

CONSULTA ONLINE

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO



2022

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892

Testata registrata presso il Tribunale di Genova
Direzione e redazione: Via Balbi, 22 16126 Genova
Info e contatti: info@giurcost.org

Consulta OnLine (periodico online) ISSN 1971-9892

DIREZIONE

Pasquale Costanzo – Lara Trucco (vicedirettrice)

COMITATO EDITORIALE

Guido Alpa; Paolo Caretti; Pasquale Costanzo; Luis Aguiar De Luque;
Thierry di Manno; Adriano Giovannelli; Riccardo Guastini; Peter Leyland;
Roberto Mastroianni; Luca Mezzetti; Otto Pfersmann; Roberto Romboli;
Antonio Ruggeri; Lara Trucco; Jacques Ziller

Referenti: Patrizia Magarò; Vincenzo Sciarabba

COMITATO SCIENTIFICO

Luiz Alberto David Araujo (Univ.
Pontificia di San Paolo)

Antonio D'Atena (Univ. di Roma
Tor Vergata)

Cesare Pinelli (Univ. di Roma La
Sapienza)

Luis Aguiar de Luque (Univ.
Carlos III, Madrid)

Giuseppe De Vergottini (Univ. di
Bologna)

Giovanni Pitruzzella (Univ. di
Palermo)

Guido Alpa (Univ. di Roma La
Sapienza)

Thierry Di Manno (Univ. di
Tolone)

† Alessandro Pizzorusso (Univ. di
Pisa)

Gaetano Azzariti (Univ. di Roma
La Sapienza)

Mario Dogliani (Univ. di Torino)

Annamaria Poggi (Università di
Torino)

Sergio Bartole (Univ. di Trieste)

Adriano Giovannelli (Univ. di
Genova)

Giuseppe Ugo Rescigno (Univ. di
Roma La Sapienza)

Roberto Bin (Univ. di Ferrara)

Riccardo Guastini (Univ. di
Genova)

Roberto Romboli (Univ. di Pisa)

Laurence Burgorgue-Larsen
(Univ. La Sorbona, Parigi)

Peter Leyland (Univ. Soas,
Londra)

Antonio Ruggeri (Univ. di
Messina)

† Beniamino Caravita di Toritto
(Univ. di Roma La Sapienza)

Roberto Mastroianni (Univ. di
Napoli Federico II)

Carmela Salazar (Univ. di Reggio
Calabria Mediterranea)

Paolo Caretti (Univ. di Firenze)

Luca Mezzetti (Univ. di Bologna)
Franco Modugno (Univ. di Roma
La Sapienza)

Fernando Facury Scaff (Univ. di
San Paolo)

† Lorenza Carlassare (Univ. di
Padova)

Valerio Onida (Univ. di Milano
statale)

Federico Sorrentino (Univ. di
Roma La Sapienza)

Josep Maria Castella Andreu
(Univ. di Firenze)

Lara Trucco (Univ. di Genova)

Augusto Cerri
(Univ. di Roma La Sapienza)

Alessandro Pace (Univ. di Roma
La Sapienza)

Gina Vidal Marcilio Pompeu
(Univ. di Fortaleza)

Pasquale Costanzo (Univ. di
Genova)

Otto Pfersmann (Ehess, Parigi)

Jacques Ziller (Univ. di Pavia)

INDICE
2022

Nota di presentazione

IX

PARTE PRIMA
STUDI

QUIRINO CAMERLENGO

Le convenzioni costituzionali tra principio di leale collaborazione e teoria dei giochi

1

GIUSEPPE BERGONZINI

Delega di funzioni amministrative regionali e principio di sussidiarietà, a vent'anni dalla riforma del Titolo V (nota a Corte cost., 7 ottobre 2021 n. 189)

61

GIANLUCA FAMIGLIETTI

Presidente di assemblea "giudice" (della costituzionalità) o "arbitro" (della vita parlamentare)? (nota a Corte cost. ord. n. 188 del 24 settembre 2021)

75

GIOVANNA RAZZANO

Quali implicazioni per il giudizio di ammissibilità dopo l'ordinanza dell'Ufficio centrale per il referendum, che ha dichiarato legittima la denominazione «abrogazione parziale dell'art. 579 c.p. (omicidio del consenziente)» e ha respinto «Disponibilità della propria vita mediante consenso libero consapevole e informato?»

86

DANIELE MANELLI

La diffamazione a mezzo stampa e il persistente dominio dell'inerzia legislativa nella tutela dei diritti. La Consulta perfeziona un nuovo caso di "incostituzionalità differita" con la sentenza n. 150 del 2021

94

SILVIO TROILO

Controlimiti versus Stato di diritto? Gli esiti della giurisdizionalizzazione dello scontro fra Unione europea e Polonia sull'indipendenza della magistratura

115

FRANCESCA MAURI

Il Tribunale costituzionale polacco le Corti sovranazionali e la salvaguardia dello Stato di diritto in Europa

125

GIUSEPPE LANEVE

La funzione parlamentare al cospetto della funzione giurisdizionale nel prisma della giurisprudenza costituzionale sui conflitti tra poteri: uno studio sugli ultimi trent'anni

139

ANTONIO RUGGERI

Diritti fondamentali e scienza: un rapporto complesso

236

FEDERICO GIRELLI - FRANCESCO CIRILLO Immuni e green pass. Prospettive di bilanciamento nella pandemia	254
ALESSIO RAUTI “A che punto è la notte?” L’approccio interculturale all’immigrazione fra capacità e accomodamenti	266
BRUNO NASCIMBENE Un “Dizionario dei diritti degli stranieri” (recensione e commento)	298
FIAMMETTA SALMONI La funzionalizzazione della tutela dello Stato di diritto alla sana gestione finanziaria e alla tutela del bilancio dell’UE (a prima lettura delle sentt. C-156 e C157 Ungheria e Polonia v. Parlamento e Consiglio)	303
MASSIMILIANO MEZZANOTTE La proporzionalità “contesa”: Corte di giustizia e giudici nazionali a confronto	311
MARIO BERTOLISSI L’udienza pubblica dinanzi alla Corte costituzionale	321
ANDREA CARDONE Le ordinanze di rimessione, la definizione del <i>thema decidendum</i> e il <i>decisum</i>	349
ANTONIO RUGGERI Alla Cassazione restia a far luogo all’applicazione diretta del diritto eurounitario la Consulta replica alimentando il fecondo “dialogo” tra le Corti (a prima lettura della sent. n. 67/2022)	359
ANTONIO GUSMAI Sulla legittimità costituzionale dei soggetti della rappresentanza politica a sollevare conflitti di attribuzione	364
FRANCESCO VALERIO DELLA CROCE - GIUSEPPE LIBUTTI - GIAMPIERO BUONOMO Sulla gestione del patrimonio pubblico di Roma Capitale. Per una regolamentazione fondata sul principio di uguaglianza e su un’interpretazione costituzionalmente orientata dei beni comuni	392
ANTONIO RUGGERI Oscurità e carenze della progettazione legislativa in tema di morte medicalmente assistita (prime notazioni)	407
SILVIO TROILO (Ancora su) democrazia rappresentanza e numero dei parlamentari. Considerazioni sulla riforma di cui alla legge costituzionale n. 1/2020	415

CECILIA SICCARDI Anticorruzione e PNRR: profili costituzionali	423
PASQUALE COSTANZO Osservazioni minime a margine della sent. n. 56 del 2022 della Corte costituzionale	442
COSIMO LOTTA La legislazione emergenziale per contrastare la pandemia da Covid-19 tra scienza e diritto: il ruolo del Comitato tecnico-scientifico	446
VALENTINA PUPO Sulle discriminazioni degli stranieri nel settore della sicurezza sociale: una nuova pronuncia della Corte costituzionale all'esito di un caso di doppia pregiudizialità	459
FRANCESCO ALBERTO SANTULLI «Quando il mio ultimo giorno verrà»: brevi riflessioni a margine di Corte cost. n. 50/2022 in materia di omicidio del consenziente	478
FRANCESCA MAURI La Corte costituzionale tra questione di genere discrezionalità del legislatore ed esigenza di preservare l'armonia del sistema (a margine della sentenza 1/22 della Corte costituzionale)	484
SIMONE FREGA L'accordo di "donazione futura" dell'aspirante candidato con il partito per le elezioni politiche e la successiva richiesta di detrazione fiscale per l'erogazione effettuata (alcuni spunti di riflessione sulla sentenza n. 207 del 2021)	491
MARGHERITA CORVASCE L'intervento del Presidente del Consiglio dei ministri nel giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale: spunti ricostruttivi alla luce della recente prassi giurisprudenziale	499
ALESSIA-OTTAVIA COZZI Per un elogio del primato, con uno sguardo lontano. Note a Corte cost. n. 67 del 2022	517
AURORA VESTO Capacità di autodeterminazione, disagio psichico e rilevanza giuridica dei trattamenti sanitari	529
FRANCESCO TORRE L'assegno per il nucleo familiare sfugge dalla morsa della doppia pregiudizialità: occasione mancata o balzo in avanti per il dialogo tra Roma e Lussemburgo? (prime riflessioni a margine della sent. n. 67/2022)	554

FEDERICO GIRELLI L'“ordinanza Cappato” e il fattore tempo nella giustizia costituzionale	573
ANTONIO RUGGERI I principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale tra interpretazioni storicamente orientate e revisioni a finalità espansiva	580
STEFANO ROVELLI Azionabilità del diritto al giudice naturale, <i>rule of law</i> e dignità dell'ordine giudiziario	599
ALESSANDRA CAMAIANI “Il fine non giustifica i mezzi”: la Corte costituzionale frena gli entusiasmi referendari sul fine vita, ma salva l'ordinamento da un grave vuoto sanzionatorio	631
LUCA BARTOLUCCI Riforma dei regolamenti parlamentari e Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza	647
MARCO MARAZZINI Emergenza politica e custodia della Costituzione. Il contributo di Kelsen e Schmitt nel contesto del processo Prussia contro Reich del 1932	671
MARINA ROMA La Corte costituzionale su reddito di cittadinanza e reddito di inclusione. Bisogni primari degli individui e limite delle risorse disponibili	731
OMAR CARAMASCHI Diritto alla vita e diritto all'autodeterminazione: un diverso bilanciamento è possibile? (a margine di Corte cost., sent. n. 50/2022)	739
MARIA ASSUNTA ICOLARI I criteri giuridici della tassazione ambientale e il bisogno di un nuovo modello per favorire l'integrazione europea e il regionalismo	748
QUIRINO CAMERLENGO Valori e identità: per un rinnovato umanesimo costituzionale	760
GIORGIA NICOLÒ La pena pecuniaria come sanzione sostitutiva di pene detentive brevi: riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 28 del 2022, in attesa della riforma Cartabia	851
ELENA SAMMACICCIO La Corte e il processo telematico: valutazioni e prospettive dopo la pandemia	864
ARMANDO LAMBERTI Libertà di informazione e democrazia ai tempi della società digitale: problemi e prospettive	875

ALESSANDRO ROSARIO RIZZA

Sul potere dimezzato del Gestore dei Servizi Energetici: brevi riflessioni sui profili critici della legge di sanatoria

909

STEFANIA MABELLINI

Il “radicamento territoriale”: chiave d’accesso e unità di misura dei diritti sociali?

918

UGO ADAMO

È (resterà) due senza tre? Sull’“incostituzionalità prospettata”: criticità ulteriori di una tecnica decisoria già di per sé problematica

945

ANTONIO IGNAZIO ARENA

La questione di fiducia nella formazione delle leggi ordinarie: quali limiti costituzionali

954

DAMIANO FLORENZANO

La disciplina dell’assegnazione delle concessioni di grande derivazione idroelettrica: una competenza legislativa primaria “sui generis” delle Province Autonome. La definizione può attendere, nel mentre si applicano i limiti comunque desumibili dalla legislazione statale vigente

968

MARCO LADU

Le più recenti esternazioni del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella e il problematico andamento del sistema di governo italiano

981

MICHELE FRANCAVIGLIA

Sulle traiettorie divergenti della Corte costituzionale e del Presidente della Repubblica sulla decretazione d’urgenza. Un tentativo di analisi sinottica a margine di Corte cost., sent. n. 8 del 2022

998

LORENZO SOTTILE

L’intervento manipolativo della Corte costituzionale nel quadro della conformazione costituzionale del diritto di difesa nell’esecuzione penale (riflessioni a margine della sentenza n. 18 del 2022)

1016

GIORGIA NICOLÒ

Riflessioni sul principio di proporzionalità nella vita della sanzione penale

1025

GIORGIO CATALDO

Lo Stato, interventista ma non troppo, di fronte all’emergenza energetica e alle opportunità offerte dagli artt. 41 e 43 Cost.: il caso degli idrocarburi

1040

ANDREA LOLLO

Libertà di manifestazione del pensiero e uso dei social da parte dei magistrati (a proposito di una recente delibera del Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa)

1060

LUCA BARTOLUCCI La disciplina del “doppio cognome” dopo la sentenza n. 131 del 2022: la prolungata inerzia del legislatore e un nuovo capitolo dei suoi rapporti con la Corte	1075
CARMINE GUERRA Patrocinio a spese dello Stato e mediazione obbligatoria (considerazioni a margine della sentenza n. 10/2022 della Corte costituzionale)	1102
PAOLO BONINI La questione dell’evoluzione della funzione giurisdizionale (alcune riflessioni sull’eccesso di potere giurisdizionale)	1114
ANTONIO RUGGERI In tema di paradossi della Costituzione e della giustizia costituzionale (prime notazioni)	1136
MARIA CRISTINA CARBONE Famiglia e nuovi rapporti di parentela: la Corte costituzionale traccia il sentiero per il riconoscimento giudico della “familiarità sociale”	1155
ARMANDO LAMBERTI Il diritto all’istruzione delle persone con disabilità: prospettive di tutela multilevel	1165
ANDREA LOLLO Riflessioni critiche a margine del secondo rinvio della Corte costituzionale sull’ergastolo “ostativo”	1189
GIOVANNI TARLI BARBIERI I nodi irrisolti della legislazione elettorale di contorno alla prova delle elezioni del 25 settembre: appunti per la XIX legislatura	1202
MARIA AGOSTINA CABIDDU Autonomia e indipendenza della Magistratura	1217
LAURA LORELLO La Corte definisce un altro tassello per l’effettività del principio delle pari opportunità. La sentenza n. 62 del 2022	1230
ALESSANDRA CAMAIANI Il valzer fabiano della Corte costituzionale in assenza delle rime obbligate. Illegittimo il tetto alle indennità per licenziamento non conforme alla legge, ma tocca (ancora!) al legislatore	1241
AGATINO CARIOLA Il tempo del processo tra giudici <i>a quibus</i> e Corte costituzionale: una proposta	1255

ANTONIO RUGGERI Teoria delle fonti versus teoria dei diritti fondamentali? (Oscillazioni e aporie di una ricostruzione ordinamentale internamente sfilacciata)	1258
FIAMMETTA SALMONI Il parere della Corte dei conti tedesca sullo Scudo per l'emergenza energetica. Fondi speciali e contabilità extra bilancio: come la Germania elude legalmente le regole del Patto di stabilità e crescita	1275
DANIELA TARANTINO Il "crudele contagio". Chiesa e Stato dalla spagnola alla Covid-19 fra regole dell'emergenza e devozione popolare	1286
GIUSEPPE BERGONZINI Statuti regionali, disposizioni programmatiche e di principio, diritti costituzionali: brevi spunti per un rinnovato dialogo	1295
ANGELO LICASTRO La questione del velo in azienda e le politiche di neutralità per la prevenzione dei conflitti ideologici tra i lavoratori	1307
VINCENZO TIGANO La detenzione domiciliare "umanitaria" per i condannati presuntivamente pericolosi: il percorso giurisprudenziale di riallineamento ai principi di eguaglianza e di rieducazione	1321
MARIA VITTORI I decreti-legge e i d.p.c.m. dell'emergenza sanitaria tra riserva di legge, tipizzazione del contenuto dei provvedimenti e bilanciamento dei diritti (riflessioni non ancora desuete a margine di Corte costituzionale sent. n. 198/2021)	1345
ALESSANDRA AMORE La responsabilità della P.A. per danno da vaccinazione: il bilanciato legame tra dovere di solidarietà e dignità umana	1364
SILVIO TROILO Il principio di solidarietà tra Stato, Regioni e Unione europea: uno sguardo alla sua declinazione in Lombardia	1383
PASQUALE COSTANZO – LARA TRUCCO <i>The historical roots of legislative technique in constitutional parliamentarism (a framework)</i>	1397
ABSTRACT	1409
I COLLABORATORI DI QUESTO VOLUME	1430

EDITORIALI



CRONACHE DALLA CORTE COSTITUZIONALE



CRONACHE DALLE ISTITUZIONI



CRONACHE DALL'UNIONE EUROPEA



Nota di presentazione

Si trova qui la raccolta completa degli articoli pubblicati sulla Rivista nel 2022.

La compilazione della raccolta annuale costituisce ormai un evento significativo in quanto permette di valutare nel suo complesso l'apporto che si cercato di dare al dibattito giuridico.

La conclusione dell'annata può essere già di per sé considerata positivamente se si pensa alla quantità di lavoro profusa e ai non marginali ostacoli che si saputo superare con mezzi non straordinari e per pura passione.

Certo, il bilancio che conta è quello scientifico, ma formularlo non spetta a noi, sibbene alla comunità di lettrici e lettori che ci segue grazie alla Rete (sul Web, su Facebook e su Twitter). Ci si limita soltanto a segnalare il dato quantitativo superiore alle annate precedenti e la varietà di temi toccati, nonché il gran numero di citazioni che da altri scritti, digitali e cartacei, rinviano a Consulta OnLine.

Per quanto riguarda la cd. mission, anche quest'anno occorre segnalare la numerosità dei contributi di giovani studiosi che si presentano al referaggio propedeutico alla pubblicazione.

Così come si è mantenuto l'impegno, attraverso un linking selettivo, mirato e costante, di rendere accessibili anche altri documenti presenti in altre Riviste giuridiche telematiche al fine di fornire un quadro del complesso e complessivo dibattito dottrinale.

Certo, l'attenzione alla giurisprudenza della Corte costituzionale resta il cuore pulsante di Consulta OnLine, anche incrementando i servizi che ne permettano la più ampia conoscenza in ideale sinergia con le altre fonti elettroniche mirate allo stesso scopo.

Un grazie particolare va al lavoro dei Referee che consente di dare diffusione ad un prodotto scientificamente meritevole.

Né è possibile, infine, omettere di ringraziare anche tutti coloro che identificano nella Rivista uno strumento apprezzato per dare risalto alle varie iniziative di cui si alimentano il confronto dottrinale e l'alta formazione.

PARTE PRIMA

STUDI

Quirino Camerlengo
Le convenzioni costituzionali
tra principio di leale collaborazione e teoria dei giochi*

ABSTRACT: *This essay aims to study constitutional conventions drawing on game theory. In fact, constitutional conventions produce rules to regulate strategic interactions between the various protagonists of institutional life. Game theory studies these strategic interactions in order to identify predicting patterns of future behaviours.*

Elements taken from game theory will demonstrate the close connection between these conventions and the principle of loyal cooperation between constitutional bodies. Thus, the deviation from a constitutional convention can be considered as a “symptom” of a violation of that principle.

SOMMARIO: 1. Introduzione: tre casi di vita istituzionale. – 2. Sulla controversa natura e vincolatività delle convenzioni costituzionali. – 3. Teoria dei giochi e regole convenzionali: un primo approccio. – 4. Competizione e cooperazione nella “materia costituzionale”. – 5. Intorno alla leale cooperazione tra poteri dello Stato. – 6. Cosa ci insegna la teoria dei giochi. – 6.1. Regolarità. – 6.2. Razionalità e informazione. – 6.3. Strategia ed equilibrio. – 6.4. Sintesi. Il test di giudizio. – 7. Convenzioni ad alto tasso di attitudine collaborativa. – 7.1. Le consultazioni nel procedimento di formazione del Governo. – 7.2. Il conferimento dell’incarico di Presidente del Consiglio dei ministri. – 7.3. Le dimissioni di cortesia del Presidente del Consiglio in occasione dell’elezione di un nuovo Capo dello Stato. – 7.4. La mozione di sfiducia individuale. – 7.5. La controfirma del ministro competente. – 7.6. L’immunità del Capo dello Stato dalle critiche politiche. – 7.7. L’elezione dei giudici della Corte costituzionale da parte del Parlamento in seduta comune. – 8. Convenzioni con più bassi livelli di stabilità, razionalità, strategia ed equilibrio. – 8.1. L’impedimento del Presidente della Repubblica. – 8.2. La rielezione del Capo dello Stato. – 8.3. La nomina dei ministri. – 8.4. Lo scioglimento anticipato delle Camere. – 9. Due sedicenti convenzioni: la *conventio ad excludendum* e la nomina dei Senatori a vita. – 10. La Corte costituzionale e le convenzioni: dalla chiusura al riconoscimento. – 11. Violazione o abbandono di una convenzione costituzionale? – 12. Le regole convenzionali come forma ed espressione di etica costituzionale.

1. *Introduzione: tre casi di vita istituzionale.*

Nel 1994, deviando da una regola convenzionale osservata per vent’anni¹, le forze di maggioranza uscite vincitrici alle elezioni politiche elessero una propria rappresentante come Presidente della Camera, nella persona dell’On. Pivetti². Questa deviazione si è, poi, riprodotta nelle successive legislature. La vocazione riequilibratrice di questa figura istituzionale, ispirata alla *speakership* inglese³, non ha retto di fronte alla svolta tendenzialmente maggioritaria del sistema elettorale⁴.

Alla fine dello stesso anno, il Presidente della Repubblica Scalfaro ritenne di non assecondare la richiesta del Presidente del Consiglio dimissionario Silvio Berlusconi diretta ad ottenere lo scioglimento anticipato delle Camere, essendo invece risultato possibile dar vita ad una nuova maggioranza in grado di garantire il funzionamento delle istituzioni parlamentari e, dunque, anche

*  Contributo scientifico sottoposto a referaggio.

¹ Cfr. C. DE CESARE, *I Presidenti di Assemblea: un quadro diacronico*, in E. Gianfrancesco, N. Lupo e G. Rivosecchi (curr.), *I Presidenti di Assemblea parlamentare*, Bologna, 2014, 57 s.

² V. N. LUPO, *Regole e regolarità nell’elezione dei presidenti delle Camere e nella formazione dei gruppi*, in Federalismi.it, 6, 2018, 3.

³ Cfr. M. IACOMETTI, *I presidenti di assemblea parlamentare*, Milano, 2001, 45 ss., nonché A. SCIORTINO, *Il presidente di assemblea parlamentare*, Torino, 2002, 6 ss.

⁴ V., *infra*, par. 11.

dell'esecutivo. In qualche modo, questa decisione si frappose all'affermazione di una regola convenzionale volta a riconoscere al Presidente del Consiglio, analogamente al *premier* inglese, il potere di chiedere ed ottenere dal Capo dello Stato il ritorno alle urne prima della fine della legislatura⁵: una richiesta, nel caso di specie, motivata dal lamentato "ribaltone", essendosi dato spazio ad una maggioranza diversa da quella uscita vincitrice dalle urne.

Nella tormentata gestazione del primo Governo a guida Conte, la tensione si è avvertita in modo particolare in occasione del rifiuto opposto dal Presidente Mattarella alla proposta del Presidente del Consiglio incaricato di nominare, quale ministro dell'economia, il Professor Savona. Un veto per la prima volta formalizzato o, quanto meno, reso palese, che ha segnato una svolta in quella che pareva essere una regola convenzionale tale da rendere il ruolo del Capo dello Stato circoscritto ad una mera *moral suasion*, da esercitare solo in casi di evidente inopportunità⁶.

I tre episodi di vita costituzionale appena succintamente rievocati condividono la medesima fisionomia essenziale: due (o più) attori – alcuni protagonisti, altri comprimari – che si confrontano pianificando e attuando mosse finalizzate a far prevalere una determinata soluzione in luogo di altre comunque possibili e praticabili.

Non solo.

In primo luogo, questi tre fatti istituzionali sono accomunati dal silenzio serbato dalla Costituzione formale in ordine alla scelta da porre in essere nello specifico caso concreto. Il dettato costituzionale non riconosce alcuna "pretesa" dell'opposizione ad esprimere il Presidente della Camera (e del Senato), così come non sono identificate le cause di scioglimento anticipato dei due rami del Parlamento. Dal canto suo, la nomina dei ministri è disciplinata in modo laconico, nel senso della sola identificazione dei due organi coinvolti e dei rispettivi ruoli (il Capo dello Stato nomina su proposta del Presidente del Consiglio).

In secondo luogo, i tre casi riguardano fattispecie di rilievo costituzionale rispetto alle quali o si è registrata una trasformazione di regolarità in regole rispettate dagli attori istituzionali oppure si è tentato di dar vita ad una nuova regola di fatto per colmare una presunta lacuna costituzionale⁷. Si è detto che la scelta del Presidente della Camera tra gli esponenti della maggioranza ha contraddetto una regola di matrice convenzionale, così come una non dissimile regola si è affermata nel tempo quanto alla natura tendenzialmente vincolante della proposta del Presidente del Consiglio in merito alla nomina dei ministri. Quanto al mancato scioglimento anticipato del 1994, chi lo propose aveva in serbo la volontà di dar vita ad un precedente formalizzato che, negli anni a venire, avrebbe potuto conferire un potere formidabile al capo dell'esecutivo quanto alla durata della legislatura.

Infine, in tutti e tre i casi narrati il fine ultimo perseguito è stato quello di garantire il "corretto" funzionamento delle istituzioni apicali della Repubblica, non solo dal punto di vista formale (elezione di un Presidente della Camera, mantenimento in vita della legislatura a pochi mesi dalle elezioni politiche), ma anche sul piano sostanziale (creazione di un Governo davvero fedele a quell'indirizzo politico costituzionale che ha reso la partecipazione dell'Italia all'Unione europea uno dei pilastri del nostro Stato). E questo fine ha indotto i soggetti coinvolti a rinunciare alla competizione per lasciare spazio ad una più costruttiva o, quanto meno, praticabile collaborazione.

Ricapitolando, i casi dapprima rievocati possono essere così fotografati: *più soggetti che partono da posizioni divergenti e che, all'esito di una interazione strategica, giungono ad una soluzione di equilibrio grazie a regole estranee al testo costituzionale ma nondimeno basate su (e alimentate da) accordi il più delle volte taciti.*

Ebbene, queste regole non sono altro che espressione di quelle *convenzioni* che da tempo impegnano la dottrina costituzionalistica e che qui si propone di esaminare proprio da un punto di vista per certi versi inedito, quale quello della teoria dei giochi. Siamo, invero, in presenza di modelli

⁵ V., *infra*, par. 8.4.

⁶ V., *infra*, par. 8.3.

⁷ In argomento Q. CAMERLENGO, *Nel silenzio della Costituzione*, in *Dir. soc.*, 2014, 269 ss., e A. RUGGERI, *Lacune costituzionali*, in *Rivista AIC*, 2016, 1, 1 ss.

o standard di comportamento *in qualche modo* vincolanti, i quali si affermano, nella vita istituzionale, come soluzioni condivise di problemi di interazione tra soggetti con funzioni e ruoli diversi.

Questa analisi parte dall'assunto secondo cui le convenzioni sono *matrici di regole che, di fronte ad un dettato costituzionale generico o lacunoso o, in qualche misura, obsoleto, mirano a fornire agli attori istituzionali, tramite accordi espliciti o taciti, schemi di condotta per individuare la soluzione al problema di volta in volta determinato da una Costituzione formale che si è rivelata "imperfetta"*.

Prima di procedere, soccorre una precisazione importante che prende le mosse da una immagine metaforica di rara bellezza, quale quella donataci da Leopoldo Elia: «la prassi è come la notte che impedisce di scorgere i profili e i colori delle cose: così è più difficile nella sua oscurità individuare se si sono formate o meno consuetudini costituzionali o convenzioni»⁸. La prassi è la matrice fattuale di tutto quel complesso e variegato coacervo di "regole" che la dottrina fatica ad inquadrare entro categorie concettuali ragionevolmente e, dunque, scientificamente certe⁹. L'analisi qui proposta "semplifica" questo panorama accedendo al panconvenzionalismo di Giuseppe Ugo Rescigno, dal momento che le convenzioni, meglio di altre figure affini, si prestano ad essere trattate dal punto di vista inedito che qui ci si prefigge di assecondare: *le convenzioni come "regole del gioco" cercate, volute e seguite (o derogate) dagli stessi giocatori*.

2. Sulla controversa natura e vincolatività delle convenzioni costituzionali.

Negli ordinamenti retti da costituzioni scritte le convenzioni hanno sempre scontato un limite quale quello della loro attitudine vincolante. Se alle consuetudini di rilievo costituzionale è sempre stata riconosciuta una chiara coattività giuridica, essendo esse fonti del diritto, è proprio la collocazione incerta delle convenzioni (tra diritto e politica¹⁰) ad alimentare dubbi sulla loro portata obbligatoria rispetto ai comportamenti assunti dagli attori istituzionali¹¹. Anzi è proprio la loro matrice politica, sottolineata sin dallo studio più risalente da Giuseppe Ugo Rescigno, ad esercitare sulle convenzioni in parola una sorta di forza centrifuga capace di allontanare le stesse dall'orbita tracciate dal diritto e dalle sue norme¹². Chi è fedele alle origini storiche e culturali delle convenzioni, nate oltremontane, non può non preservarne l'attitudine sì a impegnare gli organi costituzionali, ma senza fare affidamento sulla intrinseca e ontologica forza cogente dei materiali normativi predisposti dal diritto positivo¹³.

Invero, il sistema anglosassone, meno legato all'idea del diritto come complesso di precetti provvisti di sanzione prodotti innanzitutto dal legislatore, ha accolto le regole convenzionali come standard di comportamento comunque vincolanti gli attori istituzionali. È stato scritto che «the British Constitution is largely unwritten and unsystematic, in the sense that there is no Fundamental Law of

⁸ L. ELIA, *La sentenza sul potere di grazia; dal contesto al testo*, sul [sito](#) dell'Associazione Italiana di Costituzionalisti, 2007, 1, n. 20.

⁹ Cfr. M. AINIS, *Il valore della prassi nel diritto costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 307 ss.

¹⁰ Cfr. Q. CAMERLENGO, *Entre le droit et la politique: l'actualité des conventions constitutionnelles*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 2015, f. 101, 3 ss.

¹¹ Cfr., almeno, e con riserva di citare gli scritti più recenti in prosieguo di trattazione, Santi ROMANO, *Diritto e correttezza costituzionale* (1909), in *Scritti minori*, I, Milano, 1950, 271 ss.; G. TREVES, voce *Convenzioni costituzionali*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 524 ss.; V. ZANGARA, *Costituzione materiale e costituzionale convenzionale*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati. Aspetti e tendenze del diritto costituzionale*, I, Milano, 1977, 335 ss.; S. BARTOLE, *Le convenzioni della Costituzione tra storia e scienza politica*, in *Il Politico*, 1983, 251 ss.; G. ZAGREBELSKY, voce *Convenzioni costituzionali*, IX, Roma, 1988, 1 ss.; R. BIFULCO, *Le riflessioni della cultura giuspubblicistica sulle convenzioni costituzionali*, in *Dir. soc.*, 1992, 31 ss.; Q. CAMERLENGO, *I fatti normativi e la certezza del diritto costituzionale*, Milano, 2002, spec. 99 ss.; M. CAVINO, voce *Convenzioni e consuetudini costituzionali*, in *Dig. IV ed., Disc. pubbl.*, IV Agg., Torino, 2010, 45 ss.; Y.M. CITINO, *Dietro al testo della Costituzione. Contributo a uno studio dei materiali fattuali costituzionali nella forma di governo*, Napoli, 2021, spec. 41 ss.

¹² G.U. RESCIGNO, *Le convenzioni costituzionali*, Padova, 1972, ma già prima ID., *La responsabilità politica*, Milano, 1967, 7 ss.

¹³ Più di recente G.U. RESCIGNO, *Ripensando le convenzioni costituzionali*, in *Pol. dir.*, 1997, 499 ss.

the Constitution and there has been no attempt to codify the various rules and conventions that make up the Constitution»¹⁴. Dicey, che più di altri ha focalizzato l'attenzione su questo tema fornendo risposte autorevoli e puntuali, ha osservato che «conventions, understandings, habits, or practices which, though they may regulate the conduct of the several members of the sovereign power, of the Ministry, or of the other officials, are not in reality laws at all since they are *not enforced by the courts*»¹⁵.

Nel resto del mondo, dove pure le convenzioni hanno attecchito, la giustiziabilità delle medesime è rimasta un dilemma da sciogliere, grazie anche al diffuso convincimento circa la natura eminentemente (e, dunque, strettamente) politica delle “regole” così poste in essere¹⁶. È intuibile come, di fronte a tale sostanziale inafferrabilità delle regole convenzionali, persuadere gli attori istituzionali ad osservarle scrupolosamente ha rappresentato uno sforzo se non immane, per lo meno significativo, non essendovi una “sanzione giuridica” da minacciare e, in ipotesi, da applicare. Dunque, quale utilità potrebbero avere, in questo contesto, regole sprovviste di forza cogente? Regole prive di un giudice abilitato ad applicarle per dirimere controversie? Regole la cui violazione non potrebbe giustificare alcuna forma di responsabilità giuridica in capo ai trasgressori?

L'interrogativo che ha accomunato gli studi in materia può così essere sintetizzato: *quali sono le condizioni che dovrebbero, in assenza della minaccia della sanzione, quanto meno incentivare l'adesione degli attori istituzionali ai modelli di comportamenti invalsi in via convenzionale?*

Ponendosi dal punto di osservazione proprio del giurista non è certo sufficiente osservare che le convenzioni si collocano al crocevia tra il diritto e la politica, né che esse sintetizzano il tentativo della stessa politica di riappropriarsi di spazi che la razionalizzazione costituzionale ha inteso assorbire¹⁷. Lo scienziato della politica potrebbe ben interrogarsi sulle dinamiche che scaturiscono dalla osservanza o meno di tali regole, polarizzando l'attenzione sui fattori e sulle variabili proprie di questo approccio disciplinare. Il cultore del diritto, e specialmente di quello costituzionale, è chiamato a compiere uno sforzo ulteriore, immaginando itinerari di ricerca che possano condurlo ad una sistemazione teorica idonea a dimostrare la vincolatività delle convenzioni anche sul versante giuridico. Tuttavia, l'armamentario tradizionale della scienza giuridica non sembra offrire gli strumenti più congeniali a tal fine. È, dunque, comprensibile la non rara o episodica inclinazione da parte degli studiosi del diritto a sondare altri terreni per recuperare concetti, istituti, metodologie utili a questo scopo¹⁸.

A suo tempo Gustavo Zagrebelsky, nel tentativo di offrire una risposta credibile e soddisfacente a questo interrogativo, puntò sulla «aspettativa di reciprocità», nel senso che una convenzione è e resta vincolante se e nella misura in cui il rispetto della stessa è seguito da una corrispondente osservanza

¹⁴ R.M. PUNNETT, *British Government and Politics*, London, 1970, 160. V., altresì, E.A. FREEMAN, *The Growth of the English Constitution*, London, 1872, 112.

¹⁵ A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London, 1950, 24 (enfasi aggiunta). Similmente G. MARSHALL, G.C. MOODIE, *Some Problems of the Constitution*, London, 1967, 27, notano che «by the conventions of the constitutions (...) we mean certain rules of constitutional behaviour which are considered to be binding by and upon those who operate the Constitution, but which are not enforced by the law courts (although the courts may recognise their existence), nor by the presiding officers in the Houses of Parliament». Così anche F.W. MAITLAND, *The Constitutional History of England*, Cambridge, 1908, 398, e H. BARNETT, *Constitutional and Administrative Law*, London, 1995, 43. Più in generale, e senza ambizione di completezza, v. E.M. WHINNEY, *Constitutional Conventions*, in *Canadian Bar Review*, 1957, 92 ss.; O. HOOD PHILLIPS, *Constitutional Conventions: A Conventional Reply*, in *The Journal of the Society of public Teachers of Law*, 1964, 60 ss.; C.R. MUNRO, *Laws and Conventions Distinguished*, in *The Law Quarterly Review*, 1975, 218 ss.; G. MARSHALL, *Constitutional Conventions. The Rules and Forms of Political Accountability*, Oxford, 1984; A.D. HEARD, *Recognizing the Variety among Constitutional Conventions*, in *Canadian Journal of Political Science*, 1989, 22, 1, 63 ss.; J. JACONELLI, *The Nature of Constitutional Convention*, in *Legal Studies*, 1999, 35 ss.

¹⁶ Per tutti Y. MENY, *Convention constitutionnelle*, in O. Duhamel e Y. Mény (curr.), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, 1992, 232, che ricorda come si sia «imposée l'idée qu'une Constitution n'était pas seulement faite de règles écrites solennelles, mais aussi de pratiques conventionnelles établies (ou ratifiées plus tard) avec le consensus des principaux acteurs constitutionnels et politiques».

¹⁷ Cfr. P. AVRIL, *Les conventions de la Constitution. Normes non écrites du droit politique*, Paris, 1997, 158.

¹⁸ Così G. DEMURO, *Regole costituzionali non scritte tra diritto ed altre scienze*, Torino, 2002.

da parte degli altri soggetti¹⁹. Detto altrimenti: «a convention may derive from an expectation that an existing practice must be observed»²⁰.

Anche un approccio utilitaristico potrebbe fornire preziosi elementi di riflessione per cogliere le ragioni sottese alla conformazione a regole di matrice convenzionale: un attore istituzionale rispetta quella convenzione perché si attende dei vantaggi o appunto utilità.

Queste letture del complesso tema delle convenzioni hanno il merito di focalizzare l'attenzione sulle dinamiche fattuali sottese a tali interazioni, immergendo la trattazione in un pragmatismo che, senza inibire o frustrare il ragionamento giuridico, aiuta gli osservatori a collocarsi nella giusta prospettiva. Le convenzioni sono accordi tra attori istituzionali che si aspettano qualcosa dai loro interlocutori: mosse e contromosse per saggiare le capacità di reazione degli altri, per misurare i margini di manovra in relazione a comportamenti non rigidamente intrappolati dagli enunciati costituzionali, per spostare equilibri e accelerare o rallentare oscillazioni e movimenti non sempre lineari.

Ebbene, c'è una teoria che studia le decisioni di un soggetto in situazioni di conflitto o interazione strategica con altri individui in vista del massimo guadagno possibile di ciascun attore: la teoria dei giochi²¹.

3. Teoria dei giochi e regole convenzionali: un primo approccio.

La teoria dei giochi e la teoria delle convenzioni costituzionali condividono la medesima aspirazione ad assecondare e soddisfare un comune anelito di certezza, declinata come prevedibilità dei comportamenti futuri.

Per un verso, la teoria dei giochi è stata definita come «lo studio delle decisioni ottimali in presenza di altrui individui con obiettivi diversi»²². Trattandosi di interazioni tra soggetti portatori di interessi confliggenti, si tratta di costruire modelli predittivi: proiettandosi nel futuro, infatti, la teoria dei giochi «aiuta a chiarire connessioni complesse»²³.

Dal canto loro, le convenzioni mirano (anche, ma non solo) a correggere la rotta di una costituzione formale che, nonostante lo sforzo di razionalizzazione posto in essere dai *framers*, palesa nel suo cammino alcune criticità: enunciati che necessitano di svolgimenti ulteriori per poter davvero funzionare nei rapporti tra gli organi (prospettiva *secundum constitutionem*); enunciati che non sono riusciti ad afferrare la complessità dei comportamenti o dei rapporti disciplinati, così da rivelare lacune da colmare (prospettiva *praeter constitutionem*); enunciati che tradiscono la loro inidoneità a riflettere l'evoluzione della materia costituzionale rivelandosi obsoleti o inadatti (prospettiva *contra constitutionem*, quella cioè dei mutamenti taciti)²⁴.

¹⁹ G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale. I) Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, 1984, spec. 263.

²⁰ B. HOUGH, *Conventions and Democracy*, in *Anglo-American Law Review*, 2000, 373 s.

²¹ Un approccio non dissimile è abbozzato in B. CELANO, *Consuetudini, convenzioni*, in P. Comanducci e R. Guastini (curr.), *Analisi e diritto 1995. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, 1995, 35 ss. Quanto al ricorso alla teoria dei giochi in altri ambiti del diritto v., ad esempio, R.H. COASE, *The Problem of Social Cost*, in *Journal of Law and Economics*, 1960, 3, 1 ss.; G. CALABRESI, *The Cost of Accident: a Legal and Economic Analysis*, New Haven, 1970; R.A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, Boston, 1972. In generale v. D. BAIRD, R. GERTNER, R. PICKER, *Game Theory and Law*, Cambridge (Mass.), 1994. Utilissima, al riguardo, la lettura di C. DE GIACOMO, *Asimmetria ed equilibrio nelle interazioni strategiche. Giochi cooperativi e procedure di mediazione*, in *Iura and Legal Systems*, 2018, 128 ss.

²² R. AUMANN, *An Interview with Robert Aumann*, di S. Hart, in *Macroeconomic Dynamics*, 2005, 9, 683 ss., trad. it., *Razionalità cooperazione conflitto. Intervista sulla teoria dei giochi*, Brescia, 2020, 90.

²³ O. MORGENSTERN, *Spieltheorie und Wirtschaftswissenschaft*, Wien, 1963, trad. it., *Teoria dei giochi*, Torino, 2013, 119.

²⁴ Cfr. Q. CAMERLENGO, *Les conventions et la constitution écrite: dimension virtuelle, équilibre politique et collaboration loyale*, in *Annuaire international de Justice constitutionnelle 2020*, XXXVI, 2021, 29 ss. Sulle convenzioni come possibili matrici di modifiche tacite alla Costituzione v., di recente, M. MANETTI, *Le modifiche tacite al disegno costituzionale del procedimento legislativo*, in *Quad. cost.*, 2021, 531 ss.

Non mancano certo differenze tra i due approcci. La teoria dei giochi tende a considerare interazioni tra soggetti liberi, titolari di interessi particolari, che interagiscono in contesti semplici privi di apparati normativi che ne possano condizionare le scelte e le azioni²⁵. Le convenzioni, invece, coinvolgono attori istituzionali che, pur potendo vantare talora ampi margini di discrezionalità, non sono mai soggetti “liberi” e, in ogni caso, sono chiamati a soddisfare e tutelare interessi generali.

Dal punto di vista metodologico, poi, la teoria dei giochi confida su formule matematiche per rappresentare le diverse dinamiche secondo uno schema idoneo a sintetizzare le varie condizioni di equilibrio. Più precisamente, la teoria dei giochi si approccia in modo quantitativo alla ricerca del comportamento razionale, nel senso che le utilità attese sono oggetto di una misurazione quanto meno attraverso una scala²⁶. Questa raffigurazione matematica, però, mal si presta ad inquadrare le interazioni istituzionali incise dalle convenzioni, che non sempre riflettono schemi elementari di interazione sia sul piano dei soggetti coinvolti, sia in relazione alle tante variabili di volta in volta rilevanti²⁷.

Queste differenze non appaiono, comunque, tali da precludere in radice il dialogo tra le due teorie, sollecitando piuttosto una certa cautela nella implementazione nel campo delle convenzioni di idee e concettualizzazioni invalse nella teoria dei giochi.

Invero, un certo pragmatismo accomuna i rapporti studiati dalla teoria dei giochi e le relazioni che s'intrecciano nel tessuto ordito in qualche misura dalle convenzioni costituzionali. Per quanto razionali (nella accezione che verrà chiarita più avanti) possano essere gli agenti coinvolti su entrambi i versanti qui considerati, una diffusa incertezza pervade gli spazi attraversati da queste interazioni. Per ciò che interessa di più la nostra materia, questa incertezza genera disorientamento. A suo tempo Augusto Barbera scrisse, a proposito della incidenza della prassi, che «probabilmente agisce in noi costituzionalisti un trauma infantile, la paura di ripiombare all'indietro all'infuori delle scienze giuridiche, prima di Orlando, o di ridare spazio alla “materialità della politica” nel momento in cui invece le Corti costituzionali rendono più salde le normative costituzionali»²⁸.

Insomma, la teoria dei giochi può fornire utili e preziosi elementi per costruire una inedita griglia concettuale e operativa entro cui collocare le convenzioni costituzionali, in vista di una loro migliore comprensione quali fonti di regole preordinate a garantire la vitalità del sistema costituzionale. Anticipando la trattazione di un profilo che si rivelerà centrale, la teoria dei giochi ci dice anche quando non conviene cooperare. Dunque, la teoria dei giochi ci aiuta a capire perché si abbandona una convenzione (perché non c'è più interesse a cooperare) e ci permette di predire se e a quali condizioni una data convenzione verrà in futuro disattesa.

4. *Competizione e cooperazione nella “materia costituzionale”.*

Un'importante distinzione cui accede la teoria in parola è quella tra i *giochi competitivi*, dove ciascun soggetto agisce nel proprio interesse, e i *giochi cooperativi* quando sussiste una comunanza

²⁵ Nella “battaglia dei sessi” i contendenti sono due *partners* con gusti e aspirazioni assolutamente personali. Si pensi anche al dilemma del prigioniero, dove i due soggetti agenti sono sì coinvolti in una dinamica investigativa e processuale (le azioni del parlare o del tacere dipendono da *payoff* rappresentati dagli anni di carcere relativi ad ogni specifica opzione), ma nondimeno questa cornice normativa resta solo sullo sfondo senza ulteriori implicazioni. E anche quando la teoria dei giochi è stata utilizzata per immaginare gli scenari futuri relativi a conflitti internazionali (la minaccia nucleare), si è fatto riferimento a soggetti – gli Stati – che nella loro sovrana indipendenza possono sostanzialmente considerarsi agenti liberi. V. R. LUCCHETTI, *Di duelli, scacchi e dilemmi. La teoria matematica dei giochi*, Milano, 2001, 14 ss.

²⁶ Cfr. O. MORGENSTERN, *Teoria dei giochi*, cit., 85.

²⁷ O, almeno, chi scrive non è in possesso degli strumenti per tradurre in formule matematiche i ragionamenti qui sviluppati.

²⁸ A. BARBERA, *Intorno alla prassi*, in A. Barbera e T.F. Giupponi (curr.), *La prassi degli organi costituzionali*, Bologna, 2008, 9.

di interessi tale da spingere i giocatori a coalizzarsi per migliorare il proprio *payoff*²⁹. La teoria dei giochi strategici o non cooperativi si occupa di cogliere e quantificare «la massimizzazione individuale date le azioni degli altri»³⁰, laddove la teoria dei giochi cooperativi o coalizionali si concentra su come potrà essere divisa la torta.

È bene sin da subito precisare che la teoria dei giochi classica è proprio quella che s'interessa di relazioni competitive, essendo per definizione incerto l'esito di tale interazione antagonistica. L'equilibrio di Nash – su cui ci si soffermerà più avanti – cui si deve, per molti versi, la fortuna di tali teorie, è la risposta all'anelito di prevedibilità che pervade lo studio e l'analisi dei giochi competitivi. Nondimeno, grazie all'opera pionieristica di Von Neumann e Morgenstern, anche i giochi cooperativi hanno destato l'attenzione scientifica di molti studiosi, soprattutto negli approcci dedicati alla individuazione delle condizioni che rendono più appetibile una coalizione o, comunque, un metodo aggregativo, piuttosto che concorrenziale³¹. In ogni caso, anche un gioco competitivo viene studiato considerando, quali strategie alternative a disposizione di ogni giocatore, la coppia cooperare/non cooperare, come esemplarmente dimostrato dal dilemma del prigioniero³².

La dicotomia non è netta e priva di eccezioni. Sono stati ipotizzati, infatti, giochi in cui coesistono elementi competitivi e incentivi alla cooperazione, come nel caso della battaglia dei sessi³³. E così in un gioco isolato si può affidare al caso la scelta della decisione finale (il lancio della monetina), che consolida lo schema competitivo dell'interazione, mentre in un gioco ripetuto potrebbe rilevarsi conveniente cooperare adottando il criterio della alternanza. Dal canto suo, il “teorema folk”³⁴ dimostra che il comportamento cooperativo in un “gioco isolato” corrisponde ad un equilibrio sostenuto da un comportamento egoistico nel “gioco ripetuto”³⁵. Più in generale, il divario tra queste due rappresentazioni teoriche si assottiglia quando si rivela possibile studiare le negoziazioni (proprie della teoria dei giochi cooperativi) dal punto di vista strategico (proprio della teoria dei giochi non cooperativi), sempre che si conosca esattamente il modo in cui dette negoziazioni si svolgono. Ebbene, le convenzioni costituzionali servono proprio a questo: definire regole entro cui collocare le interazioni collaborative tra diversi soggetti agenti. Il caso del procedimento di formazione del governo è esemplare.

Nondimeno, la distinzione è ben chiara soprattutto ai fini perseguiti in questa sede. Il che suscita un interrogativo cruciale: nella “materia costituzionale” c'è spazio per interazioni competitive nel senso dapprima chiarito?

Nel campo delle relazioni costituzionali (non in quelle politiche, sia chiaro) è difficile immaginare una interazione tra soggetti mossi da interessi egoistici come quelli considerati dalla teoria dei giochi competitivi. Certamente, se si pensa alla competizione elettorale la strada della cooperazione è imboccata solo dalle forze politiche che valutano come vantaggiosa una alleanza per conquistare la vittoria alle urne. Nondimeno, si tratta in questo caso di un “gioco” che vede come protagonisti non poteri dello Stato ma soggetti “privati” (ossia non incardinati nell'apparato istituzionale), cioè partiti o movimenti politici che pianificano le rispettive strategie in funzione del fine concretamente

²⁹ Il *payoff* per un giocatore è il numero che definisce la valutazione del risultato conseguito da quel giocatore alla luce delle opzioni poste in essere da tutti i giocatori.

³⁰ R. AUMANN, *Razionalità cooperazione conflitto*, cit., 95 s.

³¹ Cfr. J. VON NEUMANN, O. MORGENSTERN, *Theory of Games and Economic Behavior*, Princeton, 1947.

³² Un altro calzante esempio è quello fornito da B. CHIARINI, *Un mondo in conflitto. Teoria dei giochi applicata*, Milano, 2017², 272 s., relativo al conflitto israelo-palestinese, dove alla fine si dimostra che ai due giocatori conviene non cooperare e, dunque, alla fine la strategia migliore (*i.e.* equilibrio di Nash) sarà proprio non collaborare: «non c'è convenienza per ognuna delle parti a deviare sapendo come si comporta la parte opponente».

³³ Due partners hanno desideri diversi su come trascorrere una serata: il primo ad un incontro di boxe, il secondo a teatro. Tuttavia, entrambi preferirebbero godere della propria preferenza insieme all'altro. Cfr. B. CHIARINI, *Un mondo in conflitto*, cit., 20.

³⁴ Cfr. R. AUMANN, *Survey of Repeated Games*, in V. Böhm (cur.), *Essays in Game Theory and Mathematical Economics in Honor of Oskar Morgenstern*, IV, Mannheim, 1981, 11 ss.

³⁵ Secondo il teorema Folk (ossia popolare, dell'uomo della strada, di buon senso), «la cooperazione tra i giocatori dipende dalla minaccia di punire chi trasgredisce gli accordi»: D.M. KREPS, *Game Theory and Economic Modelling*, Oxford, 1990, trad. it., *Teoria dei giochi e modelli economici*, Bologna, 1992, 82.

perseguito: il conseguimento del maggior numero possibile di seggi. La competizione è un *modus operandi* che mal si concilia con il tipo di interazione che contraddistingue organi chiamati a rendere funzionale l'apparato istituzionale. I poteri dello Stato sono portatori di interessi generali. Quando si tratta di organi apicali, questi interessi sono declinabili in un senso congeniale al pieno e coerente invero dei principi e degli enunciati costituzionali relativi alla forma di governo e al correlato apparato istituzionale. Quando il Capo dello Stato e il Presidente del Consiglio dialogano in ordine alla scelta dei ministri la competizione è (se c'è) solo apparente, nel senso che la Costituzione definisce in modo sufficientemente chiaro i rispettivi ruoli (nomina e proposta), quanto meno dal punto di vista formale. La Costituzione esige una cooperazione in vista di un interesse superiore rispetto a quelli che di fatto potrebbero orientare le scelte dei due organi qui coinvolti: l'interesse alla formazione di un esecutivo che sia in grado di conquistare la fiducia di entrambe le Camere³⁶.

La teoria dei giochi si presta, dunque, a fornire elementi di riflessione e di analisi in merito al metodo cooperativo, con particolare riferimento alle condizioni che lo sorreggono e alle ragioni di un suo eventuale abbandono.

Nel nostro campo, il gioco competitivo si materializza in modo paradigmatico in occasione delle elezioni. Che nelle schede ogni elettore possa scegliere tra liste che corrono da sole o tra coalizioni che mettono insieme più formazioni politiche, il discorso non cambia. Ci sarà sempre, per definizione, una competizione per la conquista della maggioranza dei seggi in Parlamento. In questo caso le predizioni (più o meno attendibili) si possono fare con i sondaggi. Lo spazio per la teoria dei giochi può riguardare le dinamiche competitive tra le diverse forze politiche. Ebbene, nel rispetto delle regole del gioco (le leggi elettorali), questa competizione esula dal terreno in cui attecchiscono le convenzioni costituzionali, trattandosi di interazioni squisitamente politiche condotte al di fuori dell'edificio costituzionale. Una volta esaurita la competizione elettorale, e dunque una volta insediatisi gli eletti e rese funzionanti le istituzioni rappresentative, allora sì che si materializza il contesto all'interno del quale affiorano e si consolidano le regole convenzionali qui considerate. Si pensi solo al procedimento di formazione del governo: la competizione si è esaurita nelle urne. Gli attori istituzionali coinvolti in questo procedimento mirano o a contribuire alla formazione di un nuovo esecutivo o ad opporsi alla formula che parrebbe essere uscita, più o meno nitidamente, dalle urne. È, dunque, il momento della cooperazione tra i soggetti politici che intendono dar vita ad un Governo capace di ottenere la fiducia di entrambe le Camere. Uno spazio per la competizione potrebbe semmai riguardare il confronto interno alle forze politiche alleate, soprattutto in relazione alla distribuzione dei singoli incarichi ministeriali. Nondimeno, questa interazione non pare essere interessata da regole convenzionali, a meno che non si voglia riconoscere a questa natura alla "regola" (per molti versi ovvia) secondo cui il numero di ministeri spettanti ad ogni partito alleato dipende dalla consistenza numerica dei rispettivi gruppi parlamentari (altro discorso è poi la "qualità" dei ministeri da distribuire).

Se l'arena politica è il terreno di elezione di relazioni competitive, essendo la posta in gioco la conquista del potere e il suo consolidamento nel tempo, l'ambito istituzionale è invece il luogo della cooperazione. Gli organi costituzionali sono chiamati ad esercitare le rispettive attribuzioni secondo una logica collaborativa finalizzata al corretto e legittimo funzionamento della struttura istituzionale complessivamente considerata. Il principio della separazione dei poteri, autentico pilastro del sistema costituzionale, non giustifica e non determina azioni competitive tra soggetti titolari di competenze proprie e, dunque, potenzialmente in "gara" tra di loro³⁷. Ogni potere riposa su di un interesse pubblico che, armonizzandosi con gli altri altrettanto generali, per definizione preclude una

³⁶ Sul "caso Savona" ci si soffermerà più avanti, e si scoprirà come questo non contraddica il ragionamento appena abbozzato.

³⁷ V., soprattutto, G. BOGNETTI, *La divisione dei poteri*, Milano, 2001, 13 ss. Cfr. anche C.J. FRIEDRICH, *Constitutional Government and Democracy*, Boston, 1950, 173 ss.; M. DUVERGER, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, 1962, 165 ss.; K. LOEWENSTEIN, *Political Power and the Governmental Process*, Chicago-London, 1965, 34 ss.; W.B. GWYN, *The Meaning of the Separation of Powers*, New Orleans, 1965; P.M. GAUDEMET, *Le pouvoir exécutif dans les pays occidentaux*, Paris, 1966; G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, I e II, Milano, 1979-1984; G. GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, 1989, 127 ss.

interazione improntata ad una tensione agonistica orientata verso l'acquisizione di utilità o vantaggi a scapito di altri concorrenti. Anche quando la divisione dei poteri è implementata e interpretata secondo un tangibile rigore geometrico, non mancano e, anzi, sono imposte dall'ordinamento forme e momenti di cooperazione secondo una logica di *check and balance* che scongiura il rischio di azioni centrifughe, come tali sfibranti il tessuto istituzionale³⁸.

5. *Intorno alla leale cooperazione tra poteri dello Stato.*

L'abbandono del modello istituzionale fondato e alimentato dalla concentrazione dei poteri in capo ad un solo organo parrebbe aver gettato i semi per un assetto competitivo anche in ambito istituzionale. Un soggetto che monopolizza il potere non gareggia con nessuno. Più organi titolari di diversi poteri, che insieme concorrono a far funzionare l'apparato statale, potrebbero competere per conquistare una qualche forma di primazia o di dominio. Ma è davvero così?

Il principio della separazione dei poteri è assurdo, sin dall'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, ad elemento essenziale di quella "costituzione" cui i rivoluzionari prima e i soggetti costituenti negli anni a venire hanno consegnato il compito di razionalizzare i rapporti tra gli organi apicali dello Stato, assecondando un diffuso anelito di certezza e prevedibilità, oltre che di equilibrio e di controllo del potere, che permeò il coevo processo di codificazione del diritto positivo³⁹.

La teoria della separazione dei poteri non presuppone, però, come unica ed esclusiva modalità di invero di tale principio una concorrenza tra istituzioni. Se il fine ultimo sotteso ad ogni attribuzione di potere è la creazione di uno Stato che preservi la pace sociale attraverso un ragionevole bilanciamento tra diritti e un altrettanto razionale rapporto tra questi e l'autorità, allora la collaborazione tra i poteri diviene quasi una soluzione obbligata, persino in quei Paesi (e penso soprattutto agli Stati Uniti) dove quel principio è davvero preso sul serio. Senza trascurare la circostanza oggettiva non marginale che l'esercizio di tali poteri deve aver luogo in una struttura funzionante, laddove una esasperata competizione tra i poteri dello Stato potrebbe sortire effetti negativi sul piano appunto dell'efficienza delle istituzioni.

Imponendo o, quanto meno, presupponendo l'agire cooperativo, il principio della divisione dei poteri supporta il compito fondamentale della costituzione di garantire un legittimo esercizio del potere in nome di quegli interessi generali che sono ascrivibili al popolo sovrano, così da non lasciare spazio a nessun "gioco" tra organi: nessun *matching pennies* dove gli attori istituzionali vorrebbero battere in anticipo l'avversario indovinandone la strategia e, nel contempo, serbandone inaccessibile la propria. In casi del genere non esiste alcun equilibrio di Nash e per catturare l'incertezza si adotta un modello di strategia mista basato sulla distribuzione delle probabilità⁴⁰.

Non sorprende, dunque, la graduale ascesa del principio di leale cooperazione anche in un ambiente istituzionale vivacemente illuminato dal canone della separazione dei poteri.

Il principio di leale collaborazione, pur nato e cresciuto nell'ambiente difficile in cui si agitano da sempre i rapporti tra i diversi anelli istituzionali della Repubblica⁴¹, ha trovato anche nel campo delle relazioni tra i poteri dello Stato un terreno fertile in cui attecchire⁴². La Corte costituzionale ha, invero,

³⁸ V., in particolare, B. ACKERMAN, *The New Separation of Powers*, in *Harvard Law Review*, 2000, 113, 633 ss.

³⁹ Cfr. M. DOGLIANI, *La codificazione costituzionale. Diritto costituzionale e scrittura oggi*, in L. Carlassare (cur.), *Il diritto costituzionale a duecento anni dall'istituzione della prima cattedra in Europa*, Padova, 1998, 44 ss. V., anche e diffusamente, C. GHISALBERTI, voce *Costituzione dello Stato (premessa storica)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, 138 ss.

⁴⁰ Cfr. R. GIBBONS, *A Primer in Game Theory*, Harlow, 1992, trad. it., *Teoria dei giochi*, Bologna, 1994, 40.

⁴¹ V., infatti, S. BARTOLE, *Supremazia e collaborazione nei rapporti tra Stato e regioni*, Milano, 1972; R. BIFULCO, *La cooperazione nello Stato unitario composto*, Padova, 1995; S. AGOSTA, *La leale collaborazione tra Stato e Regioni*, Milano, 2008.

⁴² V., infatti, R. BIN, *Il principio di leale cooperazione nei rapporti tra poteri*, in *Riv. dir. cost.*, 2001, 1 ss., nonché Q. CAMERLENGO, voce *Leale collaborazione*, in *Digesto IV ed.*, *Disc. pubbl.*, Agg. VI, Torino, 2015, 241 ss.

riconosciuto espressamente che questo principio «deve sempre permeare di per sé il rapporto tra poteri dello Stato»⁴³.

Il principio di leale collaborazione ha mitigato il rigore della divisione dei poteri sollecitando o imponendo momenti di confronto e di negoziazione finalizzati a garantire il buon andamento dell'apparato istituzionale (dimensione procedurale) e la condivisione ragionevole dei valori fondanti gli equilibri costituzionali (dimensione sostanziale)⁴⁴. In effetti, Bagehot sosteneva che la forza segreta del sistema costituzione inglese riposava proprio sulla «constant cooperation» tra il Parlamento ed il Governo⁴⁵.

Questa duttilità del principio della divisione dei poteri non ne ha mai dissolto o affievolito l'impronta garantista quale baluardo posto a presidio dei diritti fondamentali, come si evince sin dagli albori del costituzionalismo liberale a partire dall'art. 16 della *Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen* del 1789⁴⁶. In effetti, il principio in parola non risponde alla sola «esigenza estetica di dividere architettonicamente l'organizzazione delle sue parti»⁴⁷: attraverso una dislocazione diversificata dei poteri i consociati ricevono una protezione qualificata dei rispettivi diritti fondamentali contro eventuali abusi inevitabilmente favoriti da una concentrazione dei poteri in capo ad un solo organo.

Una struttura istituzionale complessa “funziona” non solo quando i diversi pezzi dell'ingranaggio ruotano in maniera corretta, ma anche quando essa si rivela idonea ad appagare le domande di tutela che il diritto positivo, a cominciare dalla Costituzione, riconosce e garantisce. La leale collaborazione contribuisce al corretto funzionamento dell'apparato istituzionale là dove la Costituzione formale non prescrive specifici comportamenti, con la previsione di misure sanzionatorie in caso di omissione o violazione, oppure quando la stessa immagina o tacitamente rinvia a momenti di raccordo tra differenti istituzioni tutte coinvolte in un medesimo processo decisionale. La Costituzione “divide” i poteri tra i diversi organi (momento dell'allocazione), ma nel contempo si aspetta che, ove l'esercizio di un potere si intrecci con le prerogative o le funzioni di altri organi, si realizzino forme di collegamento e interazione improntate alla ricerca di un assetto condiviso di “buon andamento” delle istituzioni.

Ammonisce Roberto Bin che solo se gli attori istituzionali coinvolti siano autenticamente disponibili a cooperare senza infingimenti o strategie o ambiguità la leale collaborazione può davvero funzionare: il calcolo politico è determinante e la coattività giuridica può ben poco di fronte al tatticismo di tali soggetti⁴⁸. E, allora, come “costringere” soggetti restii ad abbandonare velleità di dominio? Un nodo, questo, difficile da sciogliere, proprio perché in Costituzione sembrano difettare prescrizioni puntuali idonee a rendere cogente tale principio, con l'ausilio di una qualche sanzione.

Ebbene, è proprio lì dove la Costituzione formale lascia significativi spazi di manovra agli attori coinvolti che possono attecchire regole invalse in via di fatto, attraverso cioè convenzioni che conferiscono un senso pratico e, nel contempo, impegnativo al principio di leale collaborazione.

Dopo aver rievocato Maitland e Dicey, Roberto Bin ricorda che alle «rules of constitutional morality, or constitutional practice, the customs of the constitution, the conventions of the constitution, or again constitutional understandings» possono iscriversi «probabilmente le regole che la Corte trae dal principio di leale cooperazione»⁴⁹. In effetti, le convenzioni rispecchiano la sensibilità degli attori istituzionali verso la conformazione a schemi oggettivi di comportamento non

⁴³ Cfr., oltre alla risalente [sentenza n. 168 del 1963](#), le [sentenze n. 149 del 2007](#), [n. 26](#) e [n. 46 del 2008](#), [n. 87](#) e [n. 88 del 2012](#), [n. 168 del 2013](#).

⁴⁴ Cfr. F. MODUGNO, voce *Poteri (divisione dei)*, in *Nss. Dig. it.*, XIII, Torino, 1966, 483 ss., e A. CERRI, voce *Poteri (divisione dei)*, in *Enc. giur.*, XXVI, Roma, 1992, 5.

⁴⁵ W. BAGEHOT, *The English Constitution*, London, 1872, in *The Collected Works of W. Bagehot*, London, 1974, 3. Di canto suo già V. MICELI, *Principi di diritto costituzionale*, Milano, 1913, 84, invocò una feconda collaborazione tra gli organi costituzionali.

⁴⁶ Così M.J.C. VILE, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Oxford, 1967, 44.

⁴⁷ G. SILVESTRI, voce *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 680.

⁴⁸ R. BIN, *Le prassi della cooperazione nel sistema italiano di multilevel government*, in *Ist. fed.*, 2007, 689 ss.

⁴⁹ R. BIN, *Il principio di leale cooperazione*, cit., 8.

prescritti dal diritto positivo, ma imposti dalla adesione ad una sorta di “morale costituzionale”, già praticata in altri sistemi e affermata anche da noi. L’adesione a tali regole, provviste di una ragionevole flessibilità, pur non essendo *enforced by the courts* costituisce senza dubbio un fattore di equilibrio e di temperamento tra le rispettive sfere di attribuzioni in vista del conseguimento di obiettivi comuni di corretto funzionamento dell’apparato istituzionale⁵⁰.

Pur potendo contare su regole di invero di matrice consensuale, che acquisiscono almeno potenzialmente una forza inedita in quanto espressione del libero e spontaneo gioco tra gli attori istituzionali, la leale collaborazione non è l’infallibile risposta ai tanti problemi di corretto funzionamento delle istituzioni. In effetti, la fragilità della leale collaborazione, che ha disseminato ovunque sensazioni di disincanto se non di autentica sfiducia, affiora nel momento stesso in cui ci si sofferma sulle sue modalità operative di attuazione. Si prendano queste illuminanti parole della Corte costituzionale, pronunciate in un giudizio che ha visto contrapporsi il Consiglio superiore della Magistratura e il Ministro della Giustizia: «sotto il profilo della leale cooperazione e, in particolare, sotto quello della correttezza nei rapporti reciproci, l’attività di concertazione deve svolgersi secondo comportamenti *coerenti e non contraddittori* (...). Le parti, inoltre, non possono dar luogo ad atteggiamenti *dilatori, pretestuosi, ambigui, incongrui* o insufficientemente motivati, di modo che il confronto possa avvenire su basi di *correttezza* e di *apertura* alle altrui posizioni»⁵¹.

Questo passaggio indica, in modo evidentemente non esaustivo, i comportamenti compatibili o, al contrario, incoerenti con il principio di leale collaborazione. La dimensione fattuale è chiara e ciò rende conto delle concrete difficoltà di applicazione del suddetto principio. Quando si può sostenere che un comportamento sia contraddittorio con altri assunti dallo stesso attore istituzionale? Quando un giudice – precipuamente la Corte costituzionale – può riconoscere e dichiarare che un organo si è reso responsabile di un atteggiamento dilatorio o ambiguo?

E qui – e si perdoni l’allitterazione che segue – entra in gioco la teoria dei giochi.

La legittimazione delle convenzioni ad operare, quali matrici di schemi cogenti di comportamento, nella materia costituzionale degli ordinamenti diversi da quello inglese è stata da sempre misurata alla luce proprio del legame intercorrente tra le stesse e la legge fondamentale vista nella sua dimensione formale. La sostenibilità costituzionale delle convenzioni si è così rivelata in qualche misura graduata (e graduabile) a seconda della loro attitudine o pretesa a sviluppare gli enunciati costituzionali o a colmarne le lacune o persino a indirizzare i contegni istituzionali lungo binari diversi da quelli tracciati dalla Costituzione.

L’approccio così seguito ha sì condotto a risultati apprezzabili, ma residuano ancora dubbi circa la disponibilità (se così si può definire) della Costituzione formale a lasciarsi attuare, integrare o derogare in via convenzionale. Un dubbio, questo, alimentato soprattutto dall’alone di mistero che circonda l’esatta natura delle regole convenzionali, nate in ambito politico e proiettate verso il futuro con un carico di aspettative circa la loro capacità di vincolare davvero i comportamenti degli attori istituzionali. Nel mondo anglosassone il tema della cogenza delle convenzioni è stato risolto (o, quanto meno, gestito razionalmente) attingendo all’essenza del patrimonio giuridico accumulatosi in secoli di esperienza, così da sdrammatizzare notevolmente il dilemma in questione. Nell’Europa continentale la rigorosa fedeltà agli schemi concettuali già germogliati nel diritto romano e, nel tempo, consolidatisi e rinnovati con l’avvento del positivismo, ha reso più arduo il compito dello studioso volto ad intercettare per l’appunto la natura (giuridica o meno) delle convenzioni.

Perché non tentare, allora, una analisi che conduca ad un pieno riconoscimento della sostenibilità costituzionale delle convenzioni ancorandole ad un principio della cui “giuridicità” non si discute, quale quello della leale collaborazione? L’ascendente esercitato dalla pratica inglese delle *conventions* è chiaro: *la leale collaborazione “vive” e, dunque, funziona attraverso le regole di matrice convenzionale*. Piuttosto che intestardirsi sulla natura giuridica o meno di tali regole, occorre domandarsi se e in che modo le stesse consentano un pieno e coerente invero del principio (giuridico) di leale collaborazione.

⁵⁰ Cfr. G.U. RESCIGNO, *Le convenzioni costituzionali*, cit., 148.

⁵¹ [Sentenza n. 379 del 1992](#) (enfasi aggiunta). Cfr. anche le [sentenze n. 110](#) e [n. 410 del 1998](#), e [n. 487 del 2000](#).

Invero, in questa sede si cercherà di dimostrare che *la deviazione da una convenzione costituzionale può considerarsi un fattore sintomatico di violazione del principio di leale collaborazione*. Così ragionando, si potrebbero confutare o, quanto meno, ridimensionare le obiezioni mosse alle convenzioni come regole non giustiziabili e, dunque, prive della capacità di informare l'assetto delle relazioni tra poteri dello Stato attraverso precetti sorretti da sanzione⁵².

Perché, dunque, affidarsi alla teoria dei giochi? Le premesse per soddisfare questa curiosità sono già state illustrate. Sviluppando queste riflessioni preliminari, si osserva che la teoria dei giochi, analizzando gli scenari dischiusi da interazioni tra più soggetti ai fini di una ragionevole e appagante previsione degli esiti di tale rapporto, può fornire una serie di griglie concettuali e criteri oggettivi di comprensione e classificazione per cogliere, in modo inedito, l'intima connessione tra le convenzioni e la leale collaborazione.

6. Cosa ci insegna la teoria dei giochi.

Dal complesso delle riflessioni che convergono nella teoria dei giochi è possibile individuare ed isolare alcuni elementi che, nella loro funzionale interconnessione, confluiranno nella griglia concettuale volta a definire e misurare il rapporto tra le convenzioni e il principio di leale collaborazione.

6.1. Regolarità.

Scrivono Aumann che «nella vita di tutti i giorni spesso reagiamo a una data situazione non tanto pensando all'esito di quel gioco particolare, ma tenendo conto di come il nostro comportamento in quella data situazione può influenzare il risultato di interazioni future, in cui un gioco simile verrà nuovamente giocato»⁵³. La teoria dei giochi nasce proprio con l'intento di tradurre in modelli predittivi relazioni che sono destinate a reiterarsi nel tempo con determinate e uniformi caratteristiche⁵⁴.

La reiterazione di un gioco allude a quella stessa *regolarità* intercettata dagli studiosi delle convenzioni (e non solo di queste) che assume un significato pregnante quale base fattuale di un modello di comportamento in qualche misura impegnativo per il futuro⁵⁵: «le regolarità della politica s'immettono nel "contenitore" costituzionale, nei singoli enunciati e in tutti assieme, nel loro fare "sistema" appunto, riplasmando la sostanza normativa degli enunciati stessi ed anzi contribuendo alla messa a punto delle norme, le quali non sono – come talora semplicisticamente si afferma – il prodotto della interpretazione dei soli enunciati o, diciamo pure, della nuda lettera con cui essi si esprimono, bensì il prodotto della osservazione di un mix risultante dagli enunciati stessi e dalle regolarità che ad essi si saldano o che in essi s'immettono, concorrendo a darvi forma e sostanza allo stesso tempo»⁵⁶.

La prospettiva di interazioni future, ripetute in modo uniforme nel tempo, impegna i cultori della teoria dei giochi in sforzi concettuali protesi verso la configurazione di modelli idonei a catturare questa regolarità fornendo uno schema predittivo ragionevolmente attendibile. In modo non dissimile, gli studiosi delle convenzioni costituzionali sono impegnati nella edificazione di intelaiature teoriche

⁵² Cfr. A. CARIOLA, *Di contratti e convenzioni costituzionali, ma anche di loro giustiziabilità*, in Dirittifondamentali.it, 2021, 400 ss.

⁵³ R. AUMANN, *Razionalità cooperazione conflitto*, cit., 30.

⁵⁴ Cfr., per tutti, E. BURGER, *Einführung in die Theorie der Spiele*, Berlin 1959, trad. it., *Introduzione alla teoria dei giochi*, Milano, 1967.

⁵⁵ V., soprattutto, M. DOGLIANI, *Indirizzo politico. Riflessioni su regole e regolarità nel diritto costituzionale*, Napoli, 1985, e A. RUGGERI, *Il Governo tra vecchie e nuove regole e regolarità (spunti problematici)*, in *Annuario 2001. Il Governo* (atti del XVI Convegno annuale dell'A.I.C., Palermo 8-10 novembre 2001), Padova, 2002, 317 ss.

⁵⁶ A. RUGGERI, *Le convenzioni costituzionali: regole della politica in via di estinzione?* in Rivista del Gruppo di Pisa, 2019, 2, 78.

entro cui collocare ciò che, in guisa di comportamenti o atti o rapporti, sfugge alla plastica razionalizzazione operata dagli enunciati della Carta fondamentale. La regolarità di certi contegni, o di determinate risposte a sollecitazioni alimentate dagli altrui comportamenti, è percepita come la chiave di lettura per riconoscere e decifrare la propensione degli attori istituzionali a definire vere e proprie regole quali standard di condotta in qualche misura vincolanti. La regolarità si fa regola e ciò consente di indirizzare i contegni futuri e, dunque, di prevedere con ragionevole certezza i conseguenti scenari.

Quale presupposto oggettivo cui subordinare il riconoscimento di una regola convenzionale, la regolarità esige una reiterazione nel tempo di condotte uniformi o, comunque, ragionevolmente omogenee, così da poter consentire quella attendibile previsione di interazioni e reazioni che rappresenta l'essenza funzionale di tali regole. Una regolarità, dunque, che impegna gli attori istituzionali tracciando i binari sui quali far scorrere i relativi rapporti. Diversamente dalle consuetudini, che per assurgere a fonti del diritto abbisognano anche dell'elemento psicologico dell'*opinio iuris ac necessitatis*, le convenzioni confidano sull'elemento materiale della ripetizione di dati contegni, tale da ingenerare un affidamento su di un determinato sviluppo fattuale di quella specifica interazione.

A fronte di uno specifico caso, che possa qualificarsi come "precedente", ciò che rileva non è il comportamento in sé, quanto la sua potenziale attitudine ad orientare i futuri rapporti in relazione a quello specifico problema rispetto al quale manca nella Costituzione formale una puntuale soluzione. La gestione dell'impedimento del Presidente Segni o il veto opposto dal Presidente Mattarella alla nomina di Savona al Ministero dell'economia potranno considerarsi matrice di comportamenti ripetuti nel tempo se e solo se si verificheranno le condizioni oggettive che li hanno di fatto determinati.

La teoria dei giochi insegna, poi, che in presenza di interazioni ripetute nel tempo minacce o promesse relative al contegno futuro possono influenzare il comportamento corrente. Questa reiterazione rafforza, infatti, la credibilità di tali minacce o promesse, rendendole una eventualità provvista di un elevato grado di probabilità di verifica⁵⁷. È stato teorizzato che una minaccia è credibile quando il soggetto agente investe in essa la propria reputazione⁵⁸.

Anche la materia costituzionale è un terreno in cui possono attecchire promesse o minacce, specie se uno degli attori istituzionali coinvolti nella interazione ripetuta nel tempo ricopre una posizione di maggiore "forza contrattuale", potendo esercitare funzioni in grado di sanzionare condotte ostruzionistiche o omissioni: si pensi, a titolo esemplificativo, ad una minaccia, anche solo velata e non detta, di scioglimento anticipato delle Camere da parte del Capo dello Stato.

In definitiva, la regolarità attesta una *esperienza istituzionale* che è in grado di orientare i comportamenti correnti anche quando la razionalità dei soggetti agenti (v. *infra*) è limitata o solo intrinsecamente percepita. Questa esperienza alimenta un processo di apprendimento empirico dei singoli giocatori affinché essi siano in grado di muovere la loro razionalità verso la direzione illuminata dagli obiettivi programmati⁵⁹.

6.2. Razionalità e informazione.

Come si è anticipato, la teoria dei giochi aspira a fornire modelli esplicativi in grado di assecondare il bisogno di *prevedibilità* degli assetti determinati da interazioni tra più agenti, così come le convenzioni traducono le regolarità in regole allo scopo di orientare in modo vincolante le future scelte comportamentali degli attori istituzionali in presenza di determinate situazioni. Nella teoria dei

⁵⁷ Cfr. R. GIBBONS, *Teoria dei giochi*, cit., 94.

⁵⁸ Così D.M. KREPS, *Teoria dei giochi*, cit., 71. In campo manageriale v. lo studio di J. PINEIRO-CHOUSA, M. VIZCAÍNO-GONZÁLEZ, M.A. LÓPEZ-CABARCOS, *Reputation, Game Theory and Entrepreneurial Sustainability*, in *Sustainability*, 2016, 8, 1196 ss.

⁵⁹ V. il tentativo teorico esperito da V. CRAWFORD, H. HALLER, *Learning How to Cooperate: Optimal Play in Repeated Coordination Games*, in *Econometrica*, 1990, 58, 571 ss.

giochi, invero, si suppone che queste interazioni abbiano un fondamento razionale, anche se non sempre la razionalità è cosciente⁶⁰. Così come in economia si ipotizza che le unità di decisione economica operino le loro scelte in modo da massimizzare le rispettive utilità, i comportamenti razionali sono funzionali al pieno soddisfacimento degli interessi che muovono le azioni individuali⁶¹. È, dunque, *razionale* la scelta migliore che un soggetto può decidere di compiere nella consapevolezza che anche gli altri orienteranno le loro attività in modo altrettanto ottimale⁶².

Anche gli attori istituzionali agiscono secondo razionalità, intesa come capacità di individuare il problema e di immaginare una soluzione. Trattandosi di soggetti che operano o nella veste di organi costituzionali o quali soggetti coinvolti nell'esplicazione di funzioni costituzionali (si pensi all'azione svolta dai partiti in occasione della formazione di un nuovo esecutivo), questa può essere più propriamente definita una *razionalità istituzionale*. Lungi dall'agire quali soggetti liberi, tali attori si muovono all'interno di una struttura concepita al fine di garantire il funzionamento dell'apparato istituzionale: si muovono quali soggetti investiti direttamente di funzioni pubbliche o, comunque, coinvolti nell'esercizio di attribuzioni istituzionali devolute a specifici organi. La razionalità di un soggetto libero si manifesta attraverso atti e comportamenti congeniali al perseguimento di fini, autonomamente assunti dallo stesso soggetto, in modo ottimale e vantaggioso. La razionalità di un attore istituzionale riflette, invece, l'essenza stessa della funzione, quale compito preordinato alla tutela di interessi generali secondo modalità definite (in tutto o in parte) dal diritto positivo. La scelta migliore per un attore istituzionale, mutuando l'espressione propria della teoria dei giochi, è quella che garantisce al meglio l'ottimale e regolare marcia dei meccanismi propri dell'apparato apicale di governo del Paese⁶³.

In fondo, questa riflessione non è del tutto inedita, trovando riscontro in tutti quegli ambiti della materia costituzionale in cui la razionalità è assurta a guida dell'azione devoluta agli attori istituzionali: dalla ragionevolezza del legislatore⁶⁴ alla razionalità delle decisioni assunte da una Corte costituzionale provvista di "saggezza" (nell'accezione anglosassone di *wisdom*)⁶⁵, per arrivare alla funzione principe della Costituzione, che è quella appunto di razionalizzare il potere in vista della migliore tutela possibile dei diritti fondamentali⁶⁶. La Costituzione è un prodotto dell'intelligenza umana, che si esprime attraverso processi deliberativi retti dal confronto oggettivo tra problemi e soluzioni, tra concezioni ideali e precetti applicativi, e che ripone proprio nella razionalità degli attori istituzionali il compito di inverarla in modo coerente e armonico.

La razionalità, anche quando declinata in un ambiente particolare come quello istituzionale, richiede poi una corretta e completa *informazione* quanto agli elementi di fatto che caratterizzano la situazione reale interessata dalla interazione tra gli attori in parola⁶⁷.

Il già citato teorema folk presuppone che tutto sia "trasparente" e che, dunque, le informazioni necessarie per un comportamento cooperativo siano accessibili ai soggetti coinvolti. In altri studi ci si interroga su come il comportamento del singolo possa influenzare il livello di conoscenza dell'altro giocatore. Invero dalla mossa iniziale di un giocatore l'altro può dedurre proprio informazioni sul

⁶⁰ V. R. AUMANN, *Razionalità cooperazione conflitto*, cit., 90.

⁶¹ Cfr. O. MORGENSTERN, *Teoria dei giochi*, cit., 79.

⁶² Si rinvia a C. BICCHIERI, *Rationality and Game Theory*, in A.R. Mele e P. Rawling (curr.), *The Oxford Handbook of Rationality*, Oxford, 2008, 182 ss.

⁶³ Spiega bene questo passaggio, con una efficace metafora, A. BALDASSARRE, *Il Presidente della Repubblica nell'evoluzione della forma di governo*, in *Rivista AIC*, 2011, 1, 1 s.: «la costituzione delinea la cornice, non già l'azione dipinta nel quadro: stabilisce i confini di razionalità e di legittimità delle azioni politiche, non già le azioni politiche, azioni che, in realtà, ciascun attore politico è libero di determinare come vuole, beninteso all'interno di quei confini».

⁶⁴ Su cui, tra gli altri, G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000; A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001; L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005; F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007.

⁶⁵ Cfr. Q. CAMERLENGO, *La saggezza della Corte costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2011, 647 ss.

⁶⁶ Per tutti A. SPADARO, *Contributo per una teoria della Costituzione. I) Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Milano, 1994, 46 ss.

⁶⁷ Cfr. E. DEKEL, F. GUL, *Rationality and Knowledge in Game Theory*, in *Econometric Society Monographs*, 1997, 26, 87 ss.

primo e ciò, nel lungo periodo, può diventare un problema. Più in generale, si argomenta che nel lungo periodo non è possibile utilizzare le informazioni a propria disposizione senza rivelarle agli altri agenti: pertanto, un giocatore è indotto ad utilizzare una data informazione solo se accetta di rivelarla, pur nel dubbio che tale condivisione possa essere vantaggiosa.

Le informazioni, poi, non sono semplicemente complessi oggettivi di conoscenze, essendo in verità orientate a stimolare la formulazione di opinioni, di valutazioni, di giudizi su quanto si è appreso. Questa *common knowledge*⁶⁸ sorregge il “teorema dell’accordo”, a mente del quale se le opinioni di due soggetti su un dato accadimento sono appunto conoscenza condivisa, allora queste opinioni debbono essere uguali e ciò conduce ad un *correlated equilibrium*⁶⁹. Ciò significa che se le persone rispondono in modo ottimale alle informazioni in loro possesso, e questa circostanza è conoscenza comune, allora si perviene ad un equilibrio correlato. Questa conoscenza comune conferma la razionalità di tutti i giocatori coinvolti⁷⁰.

Ancora, si ha “informazione perfetta” (o completa) quando il giocatore che è chiamato a muovere conosce esattamente le mosse e gli eventi che si sono svolti in precedenza nel gioco.

La genesi e lo sviluppo delle convenzioni costituzionali sono processi nei quali la conoscenza puntuale della realtà di riferimento, con tutte le variabili e le circostanze di fatto rilevanti, assume un ruolo spesso sottovalutato ma senza dubbio incisivo. La convenzione ha una matrice e una conformazione consensuale. Come tale essa scaturisce da una interazione tra soggetti che partono da posizioni non collimanti. La conoscenza delle altrui posizioni di partenza è indispensabile affinché si possa pervenire ad una intesa su di un modello di comportamento da seguire in futuro in relazione ad una situazione costituzionalmente rilevante. Il tatticismo dimostrato, anche in questi frangenti e nonostante l’impostazione cooperativa di fondo, si gioca non solo sul versante delle regole da stabilire in via pattizia, ma ancor prima sul piano delle informazioni a disposizione degli attori istituzionali.

Peraltro, questa interazione tra soggetti razionali, provvisti di elementi di conoscenza relativi alla propria posizione e alle altrui ipotesi comportamentali, arricchisce la dimensione empirica dell’apprendimento, nel senso che gli attori istituzionali “imparano”, con l’esperienza, a rapportarsi secondo condivise modalità. Una sorta di *institutional learning* mediato da regole convenzionali di coordinamento⁷¹. In questo modo, la struttura entro cui tali soggetti si muovono si completerà con inediti elementi operativi, tali da esaltarne le capacità funzionali grazie proprio all’azione dei suoi protagonisti.

6.3. *Strategia ed equilibrio.*

Gli spunti appena sviluppati in merito all’importanza assunta dalle informazioni inducono a indugiare sull’uso che di tali conoscenze fanno i soggetti coinvolti in una interazione finalizzata alla definizione di una regola convenzionale.

In merito a tale profilo la teoria dei giochi ha polarizzato l’attenzione sul concetto di *strategia*. La strategia è «un piano completo di azione»⁷². La strategia include «le singole mosse di ciascun giocatore»⁷³. L’interazione si sviluppa attraverso la pianificazione e l’attuazione di strategie, che

⁶⁸ Su cui il fondamentale studio di D. LEWIS, *Convention: A Philosophical Study*, Cambridge (Mass.), 1969. Cfr., quindi, J.B. VAN HUYCK, R.C. BATTALIO, F.W. RANKIN, *On the Origin of Convention: Evidence from Coordination Games*, in *The Economic Journal*, 1997, 107, 576 ss.

⁶⁹ Cfr. R. AUMANN, *Razionalità cooperazione conflitto*, cit., 45 e 158. Sull’accordo come esito di un confronto dialettico, e sulla struttura di tale relazione, v. W.C. MANN, *Dialogue Games: Conventions of Human Interaction*, in *Argumentation*, 1988, 2, 311 ss.

⁷⁰ V. R. GIBBONS, *Teoria dei giochi*, cit., 17.

⁷¹ V., sia pure in un altro ambito, A. SCHOTTER, B. SOPHER, *Social Learning and Coordination Conventions in Intergenerational Games: An Experimental Study*, in *Journal of Political Economy*, 2003, 111, 498 ss.

⁷² R. GIBBONS, *Teoria dei giochi*, cit., 99. Così pure B. CHIARINI, *Un mondo in conflitto*, cit., 1.

⁷³ O. MORGENSTERN, *Teoria dei giochi*, cit., 89.

possono essere pure o miste a seconda che specifichino una azione per ogni possibile situazione ovvero che distribuiscano una serie di probabilità sull'insieme delle strategie pure⁷⁴.

Anche gli attori istituzionali concepiscono e perseguono strategie ogni qual volta il sistema costituzionale imponga una interazione con altri. Il caso delle consultazioni per la formazione di un nuovo governo è ancora una volta calzante.

Ogni strategia comporta un coordinamento di operazioni distinte, il cui susseguirsi o il cui intreccio sono finalizzati al conseguimento di un dato obiettivo. Anche la materia costituzionale può ospitare strategie dall'esito incerto. Il punto è che questo agire strategico determina una fitta combinazione di elementi giuridico-istituzionali e di variabili politiche, tale da generare non poche difficoltà di inquadramento dei contegni assunti dagli attori istituzionali. Il sistema costituzionale talora vincola rigidamente queste strategie, ogni volta che scandisce in modo rigoroso (anche se solo abbozzato) una data sequenza di atti oppure quando distribuisce specifiche e non fungibili sfere di attribuzione. Altre volte detto sistema si limita ad orientare i comportamenti istituzionali e allora è proprio in questi casi che si materializzano quegli spazi di manovra idonei a favorire la pianificazione di strategie in senso proprio.

Si è però di fronte ad ambiti nei quali ogni attore istituzionale è libero di agire strategicamente mosso soltanto dall'obiettivo prefissatosi?

Nella sua celeberrima *Arte della guerra* Sun Tzu scrisse che «la strategia è la via del paradosso. Così, chi è abile, si mostri maldestro; chi è utile, si mostri inutile. Chi è affabile, si mostri scostante; chi è scostante, si mostri affabile». Questa apparente contraddizione mira a confondere l'avversario, indebolendone fatalmente le difese e costringendolo ad adottare piani strategici che poi si riveleranno inefficaci⁷⁵.

Ebbene, una strategia istituzionale informata al principio di leale cooperazione non può esprimersi attraverso stratagemmi elusivi, tattiche disorientanti, camuffamenti o false rappresentazioni. I soggetti quivi coinvolti sono comunque chiamati a garantire il corretto e razionale funzionamento delle istituzioni, non a prevalere l'uno sull'altro imponendo il proprio predominio attraverso la ricerca spregiudicata della vittoria finale. Nessun paradosso, quindi, ma strategie costituzionalmente sostenibili. Si possono avere idee diverse su di un aspirante o candidato ministro, ma ogni opzione deve essere preordinata a generare un esecutivo in grado di funzionare senza tradire i principi fondamentali della nostra Repubblica.

L'adozione di comportamenti strategici da parte dei soggetti agenti genera, come si è detto, incertezza sugli esiti di tale interazione. Come si è detto, la teoria dei giochi svolge una funzione predittiva nel senso di individuare le modalità di risoluzione dei problemi che questo confronto di strategie determina. Questa funzione può considerarsi assolta quando l'analisi conduce ad uno schema idoneo a fornire una risposta attendibile circa gli sviluppi del rapporto tra più individui. Ebbene, questo risultato si considera conseguito quando il gioco perviene ad un *equilibrio*, tale da far ritenere altamente probabile la risoluzione del problema in un determinato modo.

L'*equilibrio di Nash* è uno dei pilastri della teoria dei giochi che, tuttavia – ed è bene rimarcarlo con il dovuto rigore – rappresenta una soluzione fondamentale per i giochi non cooperativi⁷⁶. Un equilibrio di Nash può essere «descritto come una lista di strategie, una per ogni giocatore, tale che nessun giocatore trae vantaggio (nel senso di migliorare il proprio guadagno) dal deviare dalla propria strategia di equilibrio»⁷⁷. Se l'obiettivo perseguito da una teoria dei giochi è quello di individuare una soluzione univoca ad un problema formulato proprio in termini di teoria dei giochi, allora la soluzione non può che essere un equilibrio di Nash. La teoria dei giochi presenta una sola predizione in merito

⁷⁴ Cfr. P.D. STRAFFIN, *Game Theory and Strategy*, Washington, 1993, nonché H. MOULIN, *Game Theory for the Social Sciences*, New York, 1986². In ordine alle strategie concepite dai soggetti politici v. S.J. BRAMS, *Game Theory and Politics*, New York, 2003.

⁷⁵ Cfr. D.M.C. YUEN, *Deciphering Sun Tzu. How to Read "The Art of War"*, Oxford, 2014.

⁷⁶ La sua tesi è condensata in J.F. NASH, *Equilibrium Points in n-Person Games*, in *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, 1950, 36, 48 s.

⁷⁷ D.M. KREPS, *Teoria dei giochi*, cit., 34.

alla strategia che ogni giocatore attuerà. Perché questa previsione sia corretta è indispensabile che ogni giocatore adotti la strategia prescritta dalla teoria. Sicché, per ogni giocatore la strategia prescritta deve essere la migliore risposta di quello stesso giocatore alle strategie prescritte per gli altri giocatori. In questo modo si perviene ad una previsione strategicamente stabile (o *self enforcing*). In effetti, l'idea sottesa alla teoria di Nash si basa sul concetto di miglior risposta: «se un giocatore sa, o immagina di conoscere, quel che faranno gli altri, allora sceglie la strategia più vantaggiosa»⁷⁸, posto che comunque la funzione di utilità di un giocatore dipende tanto dalle sue opzioni, quanto dalle scelte degli altri.

Ciò non esclude, però, che si ricerchi un equilibrio anche quando si intraprendono giochi cooperativi. Anzi è proprio la ricerca di un equilibrio, quale contemperamento ragionevole tra interessi in tutto o in parte contrapposti, a incentivare contegni collaborativi. Mentre in una competizione l'equilibrio è percepito da ogni giocatore come la condizione in cui si raggiunge la propria massima utilità a danno degli altri, in un gioco cooperativo l'interazione è intrapresa con la disponibilità di tutti i giocatori a mediare, a negoziare e, dunque, a trovare una soluzione congeniale a tutti, anche a costo di rinunciare a qualcosa: questo è appunto l'equilibrio.

Dunque, esiste un “equilibrio di Nash” in ambito costituzionale?

Come si è detto, la teoria dei giochi mira a fornire strumenti atti a predire comportamenti futuri e incerti nella loro compiuta fisionomia. La competizione tra giocatori portatori di interessi divergenti è una tipica situazione di incertezza quanto al suo epilogo: chi vincerà? Ebbene, la ricerca dell'equilibrio di Nash tende proprio a intercettare le condizioni in presenza delle quali un giocatore avrà la meglio sull'altro, non essendo evidentemente sufficiente affermare che alla fine del gioco uno dei due prevarrà sull'altro. Quando, invece, c'è cooperazione, la previsione è più agevole nel senso che l'equilibrio è raggiunto quando i giocatori, rinunciando ad una parte delle rispettive pretese, convergeranno verso una soluzione condivisa.

La “materia costituzionale” è, per sua stessa natura, la terra dell'equilibrio. La Costituzione, limite al potere quale presidio dei diritti fondamentali, è fonte e, nel contempo, presidio di equilibrio. Essa mira, infatti, a generare e preservare uno stato di quiete tra forze contrapposte (i diritti coltivati nella società, i poteri esercitati dallo Stato) per garantire la sopravvivenza nel tempo della comunità. Comunità che esprime una domanda di Costituzione proprio per affidare ad una forza superiore, quale quella incarnata dalla legge fondamentale, il compito di mantenere integro il patto tra istituzioni e ordine sociale, tra autorità e libertà. La struttura così edificata è continuamente esposta a tensioni, vale a dire all'azione di forze che rischiano di comprometterne la stabilità: compressioni, da parte di quanti vorrebbero limitarne la carica espressiva; trazioni, ad opera di quanti vorrebbero piegarla alle proprie istanze di parte; flessioni, quando se ne sfrutta senza particolari remore l'intrinseca elasticità⁷⁹. Pur dotata di ragionevoli elementi di flessibilità, idonei ad assecondare le ineluttabili trasformazioni che investono il contesto sociale nelle sue poliedriche facce, la struttura costituzionale imprime una certa direzione ai rapporti da essa contemplati affinché – come si esprimerebbero i fisici – la risultante di questa interazione tra forze antitetiche sia nulla. Per quanto possa esprimere la propria dinamicità attraverso quel “moto” che Massimo Luciani ha sapientemente intercettato e analizzato, la struttura rimane immune alle perturbazioni e sollecitazioni di varia natura alla quale essa stessa è esposta⁸⁰. Grazie ai suoi fattori intrinseci, primo tra tutti il principio della separazione dei poteri, il sistema costituzionale conserva nel tempo un determinato assetto, accettando quelle variazioni che, garantite dalla ragionevole elasticità dei suoi enunciati, la Costituzione presuppone

⁷⁸ R. LUCCHETTI, *Di duelli, scacchi e dilemmi*, cit., 111. Lo stesso A., raccontando un aneddoto che vide protagonista proprio Nash, esemplifica questo equilibrio in questo modo: se al ristorante gli amici decidono di pagare “alla Romana” (divisione in parti eguali della spesa complessiva, senza tener conto delle pietanze ordinate da ognuno dei commensali), allora ogni amico mirerà a prendere i piatti più cari e questa sarà la strategia vincente di e per tutti. L'equilibrio di Nash appunto.

⁷⁹ Su questo profilo v. L. PATRUNO, *L'elasticità della Costituzione*, Torino, 2012.

⁸⁰ V., infatti, M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in [Rivista AIC](#), 2013, 1, 1 ss. Cfr. pure il prezioso studio di S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, 2004.

tollerabili e sostenibili. L'onda d'urto provocata da colpi e contraccolpi di origine sociale è compensata da tutta una serie di elementi di stabilità che la struttura costituzionale ha in sé quali irrinunciabili e solidi pilastri: si pensi, innanzitutto ma non solo, ai principi supremi dell'ordinamento, che di questa struttura rappresentano metaforicamente il nucleo forte o nocciolo duro⁸¹.

L'equilibrio così garantito è anche proporzione tra i vari elementi condensati nella materia costituzionale, è ragionevole armonia, è sapiente coerenza tra componenti che, pur essendo stati talvolta immaginati per assecondare concezioni ideali differenti (com'è proprio delle Costituzioni votate da forze politiche che hanno cercato un compromesso tra le rispettive posizioni), riescono a convivere assicurando la tenuta complessiva di questa struttura, fatta sì di materiale normativo e nondimeno sufficientemente permeabile a fattori di diversa natura, a cominciare dalle variabili politiche. L'equilibrio costituzionale riposa proprio su questo stato di quiete: nessun elemento prevale sugli altri, non ci sono diritti tiranni⁸², i poteri si bilanciano e controllano vicendevolmente⁸³.

Se dallo stato fisiologico si passa ad una condizione patologica, allora la struttura costituzionale reca in sé i congegni necessari a ricondurre tutto all'originario equilibrio, o persino ad un assetto parzialmente differente da quello precedente ma nondimeno idoneo a generare un inedito equilibrio, pur senza scalfire l'integrità del già evocato nocciolo duro. In questo senso, la Corte costituzionale può considerarsi anche garante di questo equilibrio costituzionale, sia quando giudica della legittimità delle leggi, sia nella veste di organo chiamato a dirimere le controversie tra i poteri dello Stato⁸⁴.

Le convenzioni costituzionali, erigendo un argine metodologico a possibili derive unilaterali degli attori istituzionali capaci solo di sbilanciare il concreto assetto dei relativi rapporti, non fanno altro che concorrere a presidiare questo equilibrio. Una condizione di stabilità, questa, non imposta dagli enunciati della Carta fondamentale (o prescritta solo in parte), ma frutto di una convergente volontà di definire per l'appunto un assetto negoziale alle interazioni che si materializzano nei vari ambiti della struttura costituzionale. Un assetto impegnativo, se si vuole che quell'equilibrio permanga nel tempo.

Si chiude, così, il cerchio. Il principio di leale cooperazione è matrice e, nel contempo, forma di equilibrio costituzionale. Le convenzioni puntellano tale equilibrio inverando proprio quel principio. Ciò è valido e legittimo se e nella misura in cui le diverse convenzioni soddisfano le condizioni che la teoria dei giochi aiuta ad individuare quali presupposti su cui fissare questa intima e funzionale connessione tra le stesse e il principio di leale collaborazione.

Prima di procedere, appare utile una ulteriore riflessione.

La teoria dei giochi può essere di aiuto nel cogliere e ricostruire i meccanismi che sovrintendono non solo alla nascita di una convenzione, ma anche e soprattutto al suo abbandono, dunque alla sua trasgressione.

⁸¹ [Sentenza n. 1146 del 1988](#) della Corte costituzionale. Sul tema v. Q. CAMERLENGO, *Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico*, Milano, 2007, 37 ss., e P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, Milano, 2015, 11 ss. V. pure P. PERNTHALER, *Der Verfassungskern. Gesamtänderung und Durchbrechung der Verfassung im Lichte der Theorie, Rechtsprechung und europäischen Verfassungskultur*, Wien, 1998.

⁸² [Sentenza n. 85 del 2013](#).

⁸³ Invero, G. SILVESTRI, *L'abuso del diritto nel diritto costituzionale*, in [Rivista AIC](#), 2016, 2, 6, parla proprio di «equilibrio sotteso al principio della separazione dei poteri». V. anche F. SORRENTINO, *L'equilibrio costituzionale fra i poteri e la sua garanzia giurisdizionale*, in L. Luatti (cur.), *L'equilibrio fra i poteri nei moderni ordinamenti costituzionali*, Torino, 1994, 62 ss., e A. STERPA, *La frammentazione del processo decisionale e l'equilibrio costituzionale tra i poteri*, in [Federalismi.it](#), 2019, 23, 1 ss. Un altro versante in cui si percepisce l'anelito della Costituzione a garantire l'equilibrio tra forze che talora, potrebbero contrapporsi è quello della democrazia: v., infatti, M. DELLA MORTE, *Rappresentanza vs. partecipazione? L'equilibrio costituzionale e la sua crisi*, Milano, 2012.

⁸⁴ Non è un caso se A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2014⁵, 273, aprono la loro disamina dei conflitti interorganici celebrando il compito della Corte di risolvere il contenzioso relativo alle regole del gioco politico (trasfuse nel testo costituzionale) delineando così «con chiarezza il sistema dei "limiti giuridici" che concorrono a conservare l'equilibrio costituzionale». V. anche M. FIORILLO, *Corte costituzionale e separazione dei poteri*, in A. Ruggeri (cur.), *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 311 ss.

L'aspettativa di reciprocità, stando all'intuizione maturata da Zagrebelsky, induce a ritenere vincolante una regola convenzionale se e nella misura in cui anche gli altri attori istituzionali la percepiscano come tale, e sino a che tale adesione sussista in concreto. Nella teoria dei giochi la *trigger strategy* prescrive che un giocatore cooperi «fino a quando uno dei giocatori non devii dalla soluzione cooperativa»⁸⁵. Da quel momento in avanti il gioco si svilupperà senza collaborazione, apparendo preferibile competere, come prescritto dall'equilibrio di Nash. È stato, quindi, dimostrato che in un gioco ripetuto infinitamente è possibile raggiungere la cooperazione impiegando proprio la *trigger strategy*⁸⁶. Altrove, è stata enfatizzata la funzione deterrente della minaccia, nel senso che il modo più efficace per convincere un giocatore ad uniformarsi alla collaborazione è la prospettazione di una punizione più severa credibile qualora l'avversario finisca col deviare dalla strategia proposta⁸⁷. Posto che l'equilibrio di Nash è la condizione di stabilità rispetto a possibili deviazioni individuali, i teorici dei giochi sostengono che affinché una convenzione *su come giocare un determinato gioco* si affermi, allora le strategie prescritte dalla stessa convenzione debbono essere un equilibrio di Nash: diversamente, almeno un giocatore non si atterrà alla convenzione⁸⁸.

Torniamo al profilo dell'informazione. La ricerca di un equilibrio attraverso minacce di ripercussioni pregiudizievoli in caso di deviazione da una regola convenzionale ruota intorno alla credibilità di questa forma di pressione. Questa condizione presuppone una informazione perfetta e completa così che le funzioni di *payoff* siano conoscenza comune (*common knowledge*). Il primo giocatore sceglie la propria mossa da un insieme ammissibile di possibili azioni. Il secondo osserva l'azione del primo e, a sua volta, opta per una mossa contemplata dall'insieme ammissibile. Si hanno mosse in successione, dove ognuna di esse presuppone l'osservazione dell'avversario. Il punto di ottimizzazione si raggiunge quando il primo giocatore può prevedere cosa farà il secondo se la risposta di quest'ultimo è una sola, secondo un meccanismo di *backwards induction*. La razionalità, in questi casi, spinge a non dare credito alle minacce per l'appunto non credibili⁸⁹.

6.4. Sintesi. Il test di giudizio.

Il principio di leale collaborazione mira a garantire il corretto funzionamento dell'apparato istituzionale rendendo praticabili ed equilibrati i rapporti tra attori portatori di diversi punti di vista in merito ad una data situazione inclusa nella materia costituzionale.

Se questa è la finalità sottesa a tale principio, meno certa è la configurazione di meccanismi idonei a garantirne l'effettivo invero. Trattandosi di un principio implicito o immanente al sistema costituzionale, solo in rari casi se ne scorge la presenza negli enunciati della Carta fondamentale. Normalmente, esso si atteggia a matrice di contegni privi di una esplicita previsione ma nondimeno coerenti rispetto alla sua dimensione teleologica.

Essendo rimessa all'azione dei soggetti interessati, la vitalità del principio di leale collaborazione confida sulla capacità e, prima ancora, sulla volontà degli stessi di praticare una relazione utile secondo metodologie definite proprio da questa interazione. Prima ancora di pervenire a questa definizione, gli attori istituzionali debbono essere disposti a collaborare accettando anche l'eventualità di una parziale rinuncia alle rispettive aspirazioni di partenza. Soddisfatta tale precondizione, la leale collaborazione può attivarsi seguendo percorsi dialettici capaci di garantire il raggiungimento del prefissato obiettivo.

Il rafforzamento della effettività e, conseguentemente, della cogenza del principio di leale collaborazione, in difetto di apposite prescrizioni costituzionali, può essere perseguito incanalando le

⁸⁵ R. GIBBONS, *Teoria dei giochi*, cit., 97.

⁸⁶ Cfr. J. FRIEDMAN, *A Noncooperative Equilibrium for Supergames*, in *Review of Economic Studies*, 28, 1 ss.

⁸⁷ V. D. ABREU, *On the Theory of Infinitely Repeated Games with Discounting*, in *Econometrica*, 1988, 56, 383 ss.

⁸⁸ V. ancora una volta R. GIBBONS, *Teoria dei giochi*, cit., 19. Cfr. R. AXELROD, *The Emergence of Cooperation Among Egoists*, in *American Political Science Review*, 1981, 75, 306 ss.

⁸⁹ Cfr. A. BRANDENBURGER, *Knowledge and Equilibrium in Games*, in *Journal of Economic Perspective*, 1992, 6, 83 ss.

relazioni in parola lungo una traiettoria illuminata dalle convenzioni. Le regole così prodotte, cioè, fissano una precisa *metodologia di interazione* orientata verso il compiuto affinamento della tecnica collaborativa.

Le convenzioni intercettano il bisogno di regolarità e di prevedibilità (in una parola, certezza) traducendo i comportamenti concreti in veri e propri modelli oggettivi di condotta idonei a vincolare i contegni futuri al presentarsi di determinate circostanze di fatto. Sicché, il legame che viene ad instaurarsi tra la leale collaborazione e le convenzioni è tale da consentire a chi rende giustizia in questi ambiti (la Corte costituzionale) di riconoscere e dichiarare la violazione delle seconde come sintomo della inosservanza del primo. In questo modo, si supera (o, comunque, si ridimensiona sdrammatizzandolo) il dilemma circa la natura giuridica o meno delle regole convenzionali, per rimarcarne in pieno la loro attitudine ad assicurare il rispetto di un principio, quale quello della leale collaborazione, che giuridico lo è senz'altro.

Affinché le convenzioni possano essere legittimate ad operare quali strumenti di inveramento del principio di leale collaborazione, nei termini appena chiariti, è necessario che esse soddisfino alcuni requisiti. O, meglio, la loro attitudine ad operare come tali (nel senso che la loro violazione possa considerarsi figura sintomatica di inosservanza del principio di leale collaborazione) può essere diversamente modulata e, dunque, graduata a seconda della loro concreta e corroborata capacità di soddisfare certi requisiti.

Per fornire un fondamento razionale, in quanto scientifico, alla ricognizione di tali requisiti ho attinto alla teoria dei giochi che è, per l'appunto, la risposta scientifica ai problemi associati a relazioni conflittuali, primo tra tutti la ragionevole previsione dell'esito di una interazione (competitiva o cooperativa) tra più soggetti portatori di interessi diversi⁹⁰. La dimensione più spiccatamente matematica di questa teoria è stata accantonata per lasciar affiorare quegli elementi di riflessione e di analisi che calzano meglio in uno studio sulle convenzioni applicate alla vitalità del principio di leale collaborazione. Ed è proprio grazie a questi elementi che si può procedere alla costruzione della seguente griglia concettuale.

Tesi. La vincolatività delle convenzioni costituzionali dipende dal *livello di intensità* del nesso che avvince le stesse al principio di leale collaborazione. Dette regole, infatti, mirano a definire modalità cooperative di interazione tra attori e organi affinché il sistema istituzionale, complessivamente considerato, possa funzionare così come voluto dalla Costituzione. Sicché, una regola convenzionale è tanto più vincolante quanto più risulta intenso il legame con il principio di leale collaborazione. Nel contempo, il *tasso di inveramento* di tale principio dipende dalla solidità delle convenzioni costituzionali, là dove esso non si affida a puntuali enunciati costituzionali o legislativi. L'inveramento è quel processo che conferisce vitalità e concretezza al principio di leale collaborazione, che lo ravviva al contatto con la realtà delle relazioni istituzionali. Non è mera attuazione del suo contenuto precettivo: l'inveramento consente a questo principio di esprimere la propria forza di sviluppo e di correzione delle relazioni istituzionali, coinvolgendo tutti nella sua opera di trasformazione anche quando la Costituzione formale tace o parla poco.

Test di valutazione. Sviluppando le categorie concettuali invalse nella teoria dei giochi, è possibile misurare quel livello di intensità attraverso un test di giudizio così strutturato:

1) *Regolarità.* Questo standard intercetta e qualifica il *fatto* (dimensione oggettiva) come requisito della singola convenzione. Sicché, quanto più *regolare* è la pratica istituzionale di una regola convenzionale, tanto più stretta si rileva la connessione con il principio di leale collaborazione con conseguenti e coerenti implicazioni sul piano della cogenza di quest'ultimo. La regolarità, infatti, rispecchiando la persistente volontà degli attori istituzionali di seguire quella data regola, supporta l'esigenza di prevedibilità degli assetti relazionali futuri alimentando, nel contempo, l'aspettativa di uniformità rispetto al modello oggettivo di condotta così definito.

⁹⁰ Nella sua prefazione il Nobel per l'economia R.B. MYERSON, *Game Theory. Analysis of Conflict*, Cambridge (Mass.), 1991, XI, osserva che «game theory has a very general scope, encompassing questions that are basic to all of the social sciences. It can offer insights into any economic, political, or social situation that involves individuals who have different goals or preferences».

2) *Razionalità istituzionale*. Questo standard intercetta e qualifica il singolo *soggetto* (dimensione soggettiva). Quanto più *razionale* è l'atteggiamento sotteso alla consacrazione e al successivo sviluppo di una regola convenzionale, tanto maggiore sarà il peso assunto dal principio di leale cooperazione quale indefettibile condizione di corretto funzionamento della struttura istituzionale. È razionale il contegno coerente rispetto alle finalità sottese ai diversi ruoli, poteri, attribuzioni e rapporti inclusi nella materia costituzionale. Per misurare la razionalità di una data opzione comportamentale occorre saggiarne la concreta attitudine a sviluppare logicamente le condizioni di equilibrio del sistema costituzionale. A rendere razionale una data condotta concorre la condivisione delle informazioni che accompagnano una pretesa prassi convenzionale.

3) *Strategia*. Questo standard intercetta e qualifica l'interazione tra più attori istituzionali secondo i rispettivi piani di azione (dimensione relazionale). I comportamenti destinati a fissare una regola convenzionale si collocano all'interno di una *strategia istituzionale*, intesa quale complesso di azioni pianificate all'interno della cornice costituzionale in vista del conseguimento degli obiettivi propri di ogni attribuzione o situazione incisa dalla stessa regola.

4) *Equilibrio costituzionale*. Questo standard intercetta e qualifica l'attitudine della regola convenzionale a presidiare l'armonica e coerente compresenza di fattori anche eterogenei all'interno del sistema costituzionale (dimensione strutturale). Le strategie pianificate e assecondate da attori istituzionali razionali che operano secondo una apprezzabile e riconoscibile regolarità mirano a definire una condizione di *equilibrio costituzionale*, quale condizione ottimale di stabilità di una struttura che coniuga rigidità (per farne salva l'identità e la stabilità nel tempo, a cominciare dai suoi pilastri, ossia i principi supremi) ed elasticità (per garantirne l'attitudine a recepire i mutamenti in atto in ambito sociale).

Questo test si articola intorno alla combinazione dei descritti standard che si compenetrano vicendevolmente. Così, il livello di intensità sarà la risultante dell'intreccio delle valutazioni effettuate in relazione ad ogni parametro.

Una volta costruito questo test, occorrerà procedere con l'analisi di un campione rappresentativo di regole convenzionali, al fine di saggiare l'attendibilità scientifica e la praticabilità effettiva dell'impianto teorico qui sottoposto al giudizio del lettore.

7. *Convenzioni ad alto tasso di attitudine collaborativa.*

Un primo gruppo di convenzioni include casi nei quali è possibile riconoscere una intensa connessione tra le stesse e il principio di leale collaborazione, percepibile alla luce del test di giudizio qui proposto.

Come si noterà, gran parte delle esemplificazioni sottoposte all'attenzione del lettore riguardano il Governo. E ciò non deve sorprendere in quanto, come ha osservato Piero Calandra, «definire la posizione del Governo nel sistema costituzionale costituisce operazione abbastanza complessa dato che la disciplina formale contenuta nella Costituzione non riesce a fornire la cornice del ruolo reale di questo organismo (...). Ecco perché la più moderna dottrina tende a ricostruire l'istituzione Governo anche attraverso la lettura della trama delle convenzioni costituzionali e delle intese politiche»⁹¹.

7.1. *Le consultazioni nel procedimento di formazione del Governo.*

Di fronte ad un laconico dettato costituzionale, la concreta dinamica delle interazioni strategiche tra i diversi attori istituzionali coinvolti ha arricchito l'iter di formazione del governo con una serie

⁹¹ P. CALANDRA, *Il Governo della Repubblica*, Bologna, 1986, 7.

di varianti procedurali che si sono manifestate con regolarità: varianti che sono state giustappunto classificate come espressione di regole convenzionali⁹².

Secondo il dettato costituzionale, infatti, il Presidente della Repubblica nomina il Presidente del Consiglio e, su proposta di questi, i ministri. Dopodiché i membri del Governo prestando giuramento nelle mani del Capo dello Stato ed entro i successivi dieci giorni l'esecutivo si presenta alle Camere per ottenere la fiducia, attraverso la votazione, presso ciascun ramo del Parlamento, di una apposita mozione motivata, votata per appello nominale a maggioranza semplice.

Nella concreta esplicazione di tale potere di nomina si sono affermate le consultazioni. Il Presidente della Repubblica riceve al Quirinale alcune personalità e, soprattutto, i rappresentanti delle forze politiche presenti in Parlamento allo scopo di identificare la personalità cui attribuire l'incarico in questione. Di consultazioni non v'è traccia in Costituzione. Nondimeno esse si sono affermate quali regolarità che hanno impegnato innanzitutto il Capo dello Stato e, dunque, anche gli altri attori istituzionali coinvolti in questo frangente⁹³. Perché?

Le consultazioni rappresentano il segno più evidente della "procedimentalizzazione" del potere presidenziale di nomina dei membri dell'esecutivo⁹⁴. La costruzione di un procedimento (sequenza regolare di fasi che assecondano un determinato ordine), quale modalità di esercizio di un potere, assolve ad una funzione di garanzia. Nel caso di specie, essa permette al Presidente della Repubblica di esercitare detto potere in modo da garantire il pieno ed efficiente funzionamento delle istituzioni. Invero, il suo compito è quello di individuare una formula in grado di mettere insieme non solo un esecutivo coeso, ma soprattutto una maggioranza parlamentare disposta a sostenere detto esecutivo⁹⁵. Quale garante del corretto, efficiente ed ordinato funzionamento delle istituzioni repubblicane, il Capo dello Stato è chiamato a cercare la soluzione più adeguata, in difetto della quale si rischierebbero la paralisi e lo stallo. Ebbene, le consultazioni, quale momento di tale procedimento, mirano a fornire al Presidente tutti gli elementi necessari ad operare una scelta appropriata, nei termini dapprima chiariti: non una scelta di opportunità, bensì una scelta funzionale alla compiuta operatività di un indefettibile organo costituzionale quale appunto il Governo⁹⁶. E tutto ciò nel rispetto, giustappunto, del principio di leale collaborazione che, come ha sottolineato Adele Anzon, «non è una mera regola di etichetta, di buona educazione, ma un principio costituzionale vincolante»⁹⁷.

⁹² V. l'approfondito e ricco studio di G. CAVAGGION, *La formazione del Governo. Aspetti e problemi tra quadro costituzionale e nuove prassi*, Torino, 2020. Che il procedimento di formazione del Governo sia sempre stato retto anche dal principio di leale cooperazione è stato riconosciuto, ad esempio, da G. AZZARITI, *L'abbandono delle regole non scritte*, in *Osservatorio costituzionale*, 2018, 2, 3.

⁹³ In verità, come rammenta G. CAVAGGION, *La formazione del Governo*, cit., 20 ss., nelle prime legislature il ricorso alle consultazioni non fu pacifico e costante: v., infatti, G. ZAGREBELSKY, *La formazione del Governo nelle prime quattro legislature repubblicane*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1968, 824 ss. Ed in effetti C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1969⁸, 532 ss., considerò tale passaggio procedurale solo come il frutto di una mera prassi.

⁹⁴ Cfr. A. BARBERA, C. FUSARO, *Corso di diritto costituzionale*, Bologna, 2016³, 407 ss., nonché A. PISANESCHI, *Diritto costituzionale*, Torino, 2020⁴, 341. V. anche A. REPOSO, *Il procedimento di formazione del Governi e i suoi più recenti sviluppi costituzionali*, in *Dir. soc.*, 2003, 187 ss.

⁹⁵ Cfr. L. PRETI, *Il Governo nella Costituzione italiana*, Milano, 1954, 157, e, soprattutto, I. CIOLLI, *La questione del vertice di Palazzo Chigi. Il Presidente del Consiglio nella Costituzione repubblicana*, Napoli, 2018, 87.

⁹⁶ Sullo sfondo si staglia la formidabile questione relativa alla collocazione delle attribuzioni presidenziali tra le funzioni di garanzia e le funzioni di indirizzo. Invero, la regia del procedimento di formazione sembra oscillare tra questi due poli visto che l'impegno per assicurare il compiuto funzionamento delle istituzioni (garanzia) è intimamente connesso alla individuazione di una formula politica in grado di governare il Paese intorno ad una serie di linee programmatiche (indirizzo). Senza ambizione di completezza sul tema v. M. FIORILLO, *Il Capo dello Stato*, Bari-Roma, 2002, 13 ss.; S. PAJNO, *Il Presidente della Repubblica come organo di garanzia: You'd Better Believe It!*, in M. Cecchetti, S. Pajno e G. Verde (curr.), *Dibattito sul Presidente della Repubblica. Il Capo dello Stato nell'ordinamento italiano*, Palermo, 2012, spec. 21 ss.; G. SCACCIA, *Il ruolo del Presidente della Repubblica dopo la sent. n. 1 del 2013*, in L. Violini (cur.), *Il ruolo del Capo dello Stato nella giurisprudenza costituzionale* (Atti del Seminario annuale del "Gruppo di Pisa", Milano, 14 novembre 2014), Napoli, 2015, 43 ss.; M. LUCIANI, *Un giroscopio costituzionale. Il Presidente della Repubblica dal mito alla realtà (passando per il testo costituzionale)*, in *Nomos*, 2017, 1, 1 ss.

⁹⁷ A. ANZON, *Partecipazione alle consultazioni e principio di leale collaborazione*, in *Osservatorio costituzionale*, 2018, 2, 2.

Il sistema elettorale originariamente invalso nel nostro Paese (e, quindi, sino alla riforma del 1993) ha svolto un ruolo decisivo nella consacrazione di tale regolarità tradottasi in regola in qualche misura vincolante⁹⁸. Il modello proporzionale, senza correttivi di sorta, ha recepito e, nel contempo, favorito un'estrema frammentazione della scena politica quanto ai partiti che sono riusciti ad entrare in Parlamento. Per governare occorre una maggioranza, auspicabilmente stabile nel tempo. Neanche la Democrazia cristiana, negli anni di maggiore splendore elettorale, è mai riuscita da sola a soddisfare tale condizione. Pertanto, essa, per poter governare, ha sempre avuto bisogno del sostegno di altre forze politiche non ostili e, ad un certo punto, non ha potuto fare a meno di costituire vere e proprie coalizioni di governo sempre più estese, sino ad arrivare al "pentapartito" degli anni Ottanta. Quando la Democrazia cristiana aveva bisogno dell'appoggio di partiti disposti a rimanere al di fuori della compagine governativa, le consultazioni servivano proprio ad identificare una personalità in grado di ottenere tale sostegno. Quando, poi, fu inevitabile allargare la compagine governativa a ministri appartenenti ad altre formazioni politiche (fino a Spadolini e Craxi che furono i primi Presidenti del Consiglio non democristiani), il Capo dello Stato fu chiamato a gestire le consultazioni per identificare una siffatta aggregazione politica.

In questo quadro, le consultazioni erano la necessaria conseguenza di un sistema elettorale che non contemplava accordi anteriori alla competizione elettorale (i partiti partecipavano in ordine sparso). Le coalizioni si formavano dopo il voto, e ciò rendeva assai problematico il compito del Capo dello Stato di identificare il nuovo Presidente del Consiglio. Non a caso, non pochi governi nominati a seguito di formali consultazioni non riuscirono poi ad ottenere la fiducia iniziale.

Nella "prima Repubblica", dunque, le consultazioni operarono quale momento e luogo di ricognizione e di aggregazione di intese tra formazioni politiche disponibili ad una alleanza di governo.

La situazione potenzialmente cambiò con l'avvento di un nuovo sistema elettorale (il cd. *Mattarellum*) che, privilegiando il metodo maggioritario (e in un clima politico rivoluzionato dalla fine della prima Repubblica), creò le condizioni per una migliore visibilità degli opposti schieramenti⁹⁹. Spinti ad accaparrarsi i tre quarti dei seggi con metodo maggioritario, i partiti furono indotti a coalizzarsi prima della competizione elettorale, così da incrementare le chances di successo nei collegi uninominali: a maggior ragione se tali coalizioni (come realmente accadde) si fossero presentate con una chiara leadership, ossia con l'indicazione politica di una personalità che, in caso di vittoria, avrebbe accettato l'incarico di presiedere il nuovo esecutivo¹⁰⁰.

Questo elemento di novità ha mutato lo scenario in cui si inserivano le consultazioni.

⁹⁸ Tanto da far ritenere consacrata una vera e propria consuetudine costituzionale: v., tra i tanti, G. ZAGREBELSKY, *Sulla consuetudine costituzionale nella teoria delle fonti del diritto*, Torino, 1970, 170; C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1976, 221; M. PEDRAZZA GORLERO, *Le fonti del diritto*, Padova, 1995, 45; A. VIGNUDELLI, *Diritto costituzionale*, Torino, 1999, 159. Secondo F. MODUGNO, voce *Fonti del diritto. I) Diritto costituzionale*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1989, 19, sussiste una consuetudine solo in relazione al nucleo centrale di tale procedimento, essendo il resto rimesso a mere prassi. Per la natura convenzionale propendono, invece e tra i tanti, G. TREVES, *Duttilità della Costituzione*, in AA. VV., *Studi per il Ventesimo anniversario dell'Assemblea costituente*, IV, Firenze, 1969, 632 s.; G.U. RESCIGNO, *Le convenzioni costituzionali*, cit., 41 ss. e 148; T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano, 2020¹⁵, 369. Sulla generica natura vincolante in capo al Presidente della Repubblica delle consultazioni v. A.A. ROMANO, *La formazione del Governo*, Padova, 1977, 93.

⁹⁹ Cfr. T. GROPPI, A. SIMONCINI, *Introduzione allo studio del diritto pubblico e delle sue fonti*, Torino, 2020⁵, 295. Altre variabili che hanno inciso nel rimodellare questo procedimento sono ben illustrate da G. CAVAGGION, *La formazione del Governo*, cit., 273 ss. Come ha notato F. FURLAN, *Crisi di governo e regolarità della politica*, in *Quad. cost.*, 2005, 638, le crisi avvenute in corso di legislatura hanno favorito la riemersione dei metodi invalsi prima della svolta elettorale del 1993-1994. Al riguardo v. M. OLIVETTI, *Le dimissioni del Governo Prodi e la formazione del Governo D'Alema. Cronaca di una crisi annunciata*, in *Giur. cost.*, 1998, 2994.

¹⁰⁰ Al riguardo C. CHIOLA, *Presidente della Repubblica e formazione del governo*, in M. Luciani e M. Volpi (curr.), *Il Presidente della Repubblica*, Bologna, 1997, 107 ss., ascrive proprio alla svolta (almeno parzialmente) maggioritaria abbia determinato l'abbandono o il superamento delle pregresse regole convenzionali.

In generale, è stato da Omar Chessa notato che «per effetto del principio maggioritario le convenzioni che scandivano il procedimento di formazione del governo si sono trasformate, incidendo sugli istituti delle consultazioni e dell'incarico»¹⁰¹.

La svolta maggioritaria e la costituzione di accordi elettorali hanno agevolato il compito del Presidente della Repubblica, il quale si trovò al cospetto di un quadro politico più nitido sia in termini di leader, potenzialmente nominabile quale Presidente del Consiglio, sia in termini di coalizione di maggioranza. E così fu. Nel 1994 il Presidente Scalfaro nominò Berlusconi Presidente del Consiglio, quale leader della coalizione vincente. Lo stesso accadde due anni dopo con Romano Prodi. E così per tutta la vigenza del "Mattarellum".

La situazione, da questo punto di vista, non mutò sensibilmente con l'avvento della legge Calderoli, nel 2005, che, pur abbandonando il modello maggioritario, configurò un sistema proporzionale con quel correttivo del premio di maggioranza che indusse i partiti a coalizzarsi in vista delle nuove elezioni. Nel 2006 vinse Prodi, quale leader del centrosinistra, e proprio lui fu nominato Presidente del Consiglio. L'avvento del cd. *Rosatellum bis* (legge n. 165 del 2017), introducendo un modello ibrido pur sbilanciato a favore del proporzionale, ha reso ancor più problematica la ricerca della stabilità di governo¹⁰².

Dal 1994 in avanti la prassi delle consultazioni non venne interrotta, sebbene assunse, quanto meno nella percezione degli attori istituzionali e politici, una connotazione diversa rispetto al passato: non luogo di negoziazione e di sperimentazione di soluzioni operative, ma ambito di ratifica e di consolidamento di orientamenti già sufficientemente abbozzati prima del voto¹⁰³.

La regola delle consultazioni non fu mai abbandonata, nonostante l'avvento di sistemi elettorali accomunati dalla volontà di indurre i partiti ad aggregazioni preelettorali così da vincolare in qualche misura la decisione del Presidente della Repubblica. Tant'è vero che furono proprio le consultazioni del 2013 a consentire il superamento di una situazione di grave disagio istituzionale dovuta ai diversi esiti del voto alla Camera e al Senato: il leader di quel centrosinistra che aveva conquistato la Camera, ma non il Senato, ossia Bersani, fu costretto a rinunciare lasciando spazio ad un altro esponente dello stesso partito, Enrico Letta, che, almeno per un po' di mesi e cioè sino alla capitolazione provocata dall'avvento di Matteo Renzi, riuscì ad avere la fiducia in entrambi i rami del Parlamento.

Per essere più precisi:

- dal 1994 in avanti le consultazioni furono quasi sempre aperte a tutte le forze politiche presenti in Parlamento. Soltanto in occasione della formazione del primo Governo Prodi, nel 1996, il Capo dello Stato adottò una procedura abbreviata, limitando le consultazioni alle sole delegazioni degli schieramenti che si presentarono alle elezioni;

- nel 2014, la Lega Nord e il Movimento Cinque Stelle non accettarono l'invito di partecipare a quelle consultazioni che avrebbero di lì a poco condotto alla nomina di Matteo Renzi;

- sono sempre stati consultati i Presidenti dei due rami del Parlamento e gli ex Presidenti della Repubblica.

Alla luce di questa breve ricognizione si evince che le consultazioni presidenziali sono espressione di una azione collaborativa tra il Capo dello Stato e gli altri attori, finalizzata a conseguire un risultato costituzionalmente utile quale la formazione di un esecutivo in grado di governare interagendo fiduciarmente con le Camere. La regolarità è un dato assodato. La razionalità dei comportamenti assunti in questo frangente è comprovata dalla intelligenza strategica dei soggetti agenti, le cui relazioni sono finalizzate a rendere compiutamente operativa la struttura istituzionale di governo. L'interazione così regolata mira, quindi, a garantire una ottima condizione di equilibrio tra i diversi

¹⁰¹ O. CHESSA, *La democrazia maggioritaria nell'interpretazione costituzionale della forma di governo*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 27.

¹⁰² V. i contributi raccolti in P. Costanzo, A. Ruggeri, L. Trucco (curr.), *Elezioni politiche 2018: come funziona il Rosatellum bis. Il sistema elettorale spiegato dagli Esperti* (Serie: *Gli Speciali della Giurisprudenza Italiana*), Milano, 2018.

¹⁰³ Dal canto loro, V. LIPPOLIS, G. PITRUZZELLA, *Il bipolarismo conflittuale. Il regime politico della Seconda Repubblica*, Soveria Mannelli, 2007, 41 ss., hanno efficacemente notato come le coalizioni elettorali siano sodalizi diretti fondamentalmente ad incrementare le probabilità di vittoria, e non necessariamente a governare poi il Paese.

poteri dello Stato, le cui aspirazioni o volontà, eventualmente divergenti, si ricompongono all'interno di una cornice dialettica regolata da convenzioni preordinate all'inveramento del principio di leale collaborazione.

È ben vero che, quanto al flusso di informazioni volte a rendere gli attori istituzionali razionalmente consapevoli delle altrui strategie, la fase delle consultazioni è stata da sempre caratterizzata da un elevato tasso di riservatezza¹⁰⁴. I soggetti coinvolti, cioè, hanno preferito giocare a carte coperte per non pregiudicarsi la possibilità di sfruttare al meglio le possibili variabili di una interazione incerta e complessa. È altrettanto indiscutibile, però, che con la diffusione massiccia delle nuove tecnologie, che ha attratto nel mondo della rete e dei *social media* anche gli attori politici qui rilevanti, si è registrato di recente un cambiamento che va nella direzione opposta: la condivisione di notizie e posizioni strategiche, forse dettata da una equivoca percezione del rapporto con l'elettorato, è divenuta un tratto rilevante di questa fase del procedimento di formazione del Governo, dove si preferisce esternare i propri intendimenti in maniera più o meno chiara e coerente¹⁰⁵.

Peraltro, la dimensione collaborativa delle consultazioni appare ancor più evidente grazie ad un confronto con le "piccole consultazioni" svolte dal Presidente del Consiglio incaricato¹⁰⁶. Quale mediatore tra le forze politiche interessate a dar vita ad una maggioranza di governo, il Presidente incaricato sovrintende alle conseguenti trattative. Si è in presenza di un vero e proprio gioco politico, dove ogni attore cerca di massimizzare l'utilità derivante da questa negoziazione¹⁰⁷. In questo frangente prende il sopravvento la competizione e, dunque, si ricade in pieno in quelle dinamiche interattive che sono l'oggetto proprio di analisi della teoria dei giochi. L'esito è incerto. Le reciproche strategie sono pervase da tensioni, minacce, ricatti. La posta in gioco è alta e ogni mossa è studiata cercando di prevedere in anticipo le contromosse altrui. Si pensi solo alla distribuzione dei singoli ministeri, vero fattore di incontro (e scontro) in queste trattative. Diversamente dalle consultazioni del Capo dello Stato, che mirano a promuovere la cooperazione in vista della formazione di un nuovo esecutivo, la negoziazione che si celebra sotto la regia del Presidente del Consiglio incaricato assume contorni differenti. In ogni caso, questa negoziazione è circoscritta alla sola dialettica politica, mentre l'equilibrio costituzionale resta sullo sfondo.

7.2. Il conferimento dell'incarico di Presidente del Consiglio dei ministri.

La procedimentalizzazione, in via convenzionale, del potere presidenziale di investitura del nuovo esecutivo, si è arricchita di ulteriori varianti quanto alla posizione assunta dal destinatario dell'incarico¹⁰⁸.

In effetti, si è affermata una regolarità, inquadrabile come regola convenzionale, quanto alla accettazione "con riserva" da parte del Presidente del Consiglio nominato dal Capo dello Stato. La

¹⁰⁴ Lo ricorda bene G. CAVAGGION, *La formazione del Governo*, cit., 22.

¹⁰⁵ V., infatti, C. PINELLI, *Appunti sulla formazione del Governo Conte e sulla fine della riservatezza*, in [Osservatorio costituzionale](#), 2018, 2, 1: «mai il corridoio alla Vetrata del Quirinale era stato teatro di così esplicite dichiarazioni e discorsi: a parte i comunicati di prammatica, tutto si svolgeva, e tutto perciò si teneva, nell'omonimo studio. Mai slogan ultimativi lanciati da piattaforme mediatiche avevano condizionato in pari misura posizioni politiche manifestate dai partiti al Quirinale».

¹⁰⁶ Cfr. L. ELIA, *Appunti sulla formazione del Governo*, in *Giur. cost.*, 1957, 1181 ss.

¹⁰⁷ Sulla natura strettamente politica di tali consultazioni v. G. CAVAGGION, *La formazione del Governo*, cit., 34. Sul tema R. NANIA, *Indirizzo politico e accordo di coalizione nel funzionamento della forma di governo*, in [Nomos](#), 2015, 2, 23. Fondamentali rimangono, comunque, G. FERRARA, *Il governo di coalizione*, Milano, 1973; P.A. CAPOTOSTI, *Accordi di governo e Presidente del Consiglio dei ministri*, Milano, 1975; M. CARDUCCI, *L'accordo di coalizione*, Padova, 1989; A. D'ANDREA, *Accordi di governo e regole di coalizione. Profili costituzionali*, Torino, 1991, il quale, tra l'altro, rammenta come un accordo tra le forze politiche sia davvero "strategico" solo quando risulti fondato sulla «reale convizione» (11) dell'apprezzabile compatibilità della linea politica di un partito con quella degli altri partners; R. CHERCHI, *Il Governo di coalizione in ambiente maggioritario*, Napoli, 2006.

¹⁰⁸ Che si tratti di un istituto retto da una consuetudine è stato sostenuto da molti: v., di recente, M.C. GRISOLIA, *Alcune riflessioni sugli assetti della forma di governo*, in [Rivista AIC](#), 2019, 363. In generale, E. CATELANI, *Il Presidente del Consiglio incaricato, individuazione e ruolo nel procedimento di formazione del Governo*, in [Quad. cost.](#), 2018, 677 ss.

riserva è servita all'incaricato per sondare egli stesso il terreno politico alla ricerca di un affidabile appoggio parlamentare. Una volta esperito positivamente tale tentativo, il Presidente ha sciolto la riserva accettando in modo pieno la nomina. Al contrario, in caso di accertata impossibilità di formare una maggioranza disposta a sostenere l'esecutivo in fieri, la riserva è stata sciolta con rinuncia all'incarico.

Dopo il 1994, il Presidente del Consiglio incaricato ha accettato con riserva: riserva, in taluni casi, sciolta nel volgere di uno, al massimo due giorni. Solo nel 2008, Silvio Berlusconi accettò senza riserva e presentò contestualmente la lista dei ministri¹⁰⁹.

Peraltro, la "creatività" degli attori istituzionali ha avuto modo di esprimersi anche con la configurazione convenzionale di soluzioni o espedienti finalizzati a risolvere eventuali situazioni di stallo:

- il pre-incarico. Ad esempio, nel 1998 il dimissionario Prodi ricevette dal Presidente della Repubblica un preincarico, cui seguirono consultazioni al termine delle quali lo stesso Prodi rimise il mandato. Com'è noto, l'incarico fu poi con successo affidato a Massimo D'Alema. Ancora, nel marzo 2013 il Presidente Napolitano conferì a Bersani l'incarico «di verificare l'esistenza di un sostegno parlamentare certo, tale da consentire la formazione di un governo che ai sensi del 1° comma dell'art. 94 della Costituzione abbia la fiducia delle due Camere» e di riferire «sull'esito della verifica compiuta, appena possibile»;

- il mandato esplorativo. Nel 1987, in occasione della crisi del secondo Governo Craxi, il Capo dello Stato conferì alla Presidente della Camera Nilde Iotti un mandato esplorativo per sondare le diverse possibilità di risoluzione della predetta crisi. Nel 2008 fu la volta di Giorgio Napolitano, a seguito delle dimissioni del secondo governo Prodi, che conferì un mandato esplorativo all'allora Presidente del Senato Franco Marini, il quale non riuscì nell'impresa e il Capo dello Stato decise di sciogliere le camere. Meritano, poi, di essere segnalati i due mandati esplorativi conferiti dal Presidente Mattarella, nel 2018, dapprima alla Presidente del Senato Casellati e, poi, al Presidente della Camera Fico, che precedettero la faticosa nascita del primo Governo a guida Conte.

L'esperienza istituzionale relativa al conferimento dell'incarico in parola avvalorza l'affermazione, in via convenzionale, di varianti operative che, in presenza di determinati fattori, si praticano con regolarità e razionalità, frutto di strategie volte a presidiare l'equilibrio costituzionale. Queste varianti, che si collocano all'interno di un procedimento che si potrebbe definire standard (accettazione con riserva), fanno sì che l'iter di formazione del Governo non si irrigidisca irragionevolmente, per adattarsi a ciò che, di fatto, può condizionare l'esito di questo procedimento. Si tratta di modalità specifiche di collaborazione tra gli attori coinvolti, finalizzate a trovare una soluzione equilibrata nonostante i fattori di criticità che dovessero, in ipotesi, materializzarsi in un quadro politico cangiante e instabile.

Peraltro, l'accettazione con riserva può considerarsi come una "mossa" d'indole collaborativa, atteso che, per il suo tramite, la personalità incaricata concorre con il Presidente della Repubblica ad addivenire ad un accordo basato su solide fondamenta, piuttosto che muoversi al buio dando per scontato l'appoggio di determinate forze politiche¹¹⁰. La riserva consente al Presidente incaricato di dare il proprio contributo alla ricerca di una soluzione che garantisca il compiuto funzionamento delle istituzioni completando l'opera già intrapresa, in tal senso, dal Capo dello Stato. E ciò vale anche quando la legislazione elettorale incentiva la formazione di coalizioni, atteso che la vera alleanza di governo si costruisce comunque dopo l'esito del voto. E lo stesso vale per gli altri istituti, già citati, che hanno arricchito il procedimento di formazione del Governo¹¹¹.

¹⁰⁹ Cfr. M. TIMIANI, *Crisi e formazione dei Governi: tendenze nella prassi del maggioritario (1992-2007)*, in A. Barbera e T.F. Giupponi (curr.), *La prassi degli organi costituzionali*, cit., 74 ss.

¹¹⁰ Cfr. L. PALADIN, voce *Governo italiano*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, 699. Per L. ELIA, *Appunti sulla formazione*, cit., 1187, si avrebbe in realtà una accettazione con riserva di rifiutare.

¹¹¹ La riserva di accettazione potrebbe anche essere considerata l'atto di apertura di un modulo procedimentale autonomo rispetto a quello gestito dal Capo dello Stato e che vede nel Presidente del Consiglio il regista esclusivo: questo modo di interpretare la riserva parrebbe riflettere la nota posizione di A. PREDIERI, *Lineamenti della posizione*

L'accettazione con riserva non è una contromossa competitiva del Presidente incaricato, con la quale giocare una partita a scacchi con il suo "avversario", ossia il Capo dello Stato. Non è una opzione comportamentale denotata dalla prospettazione di una minaccia grazie alla quale imporre il proprio punto di vista all'interlocutore, specie in relazione alla successiva designazione dei ministri. Essa è, piuttosto, una manifestazione razionale di consapevolezza piena dei vari fattori che concorrono a condizionare la ricerca di una soluzione funzionale all'apertura di un nuovo capitolo nella storia delle istituzioni.

Si è, dunque, in presenza di una interazione strategica caratterizzata da un elevato tasso di razionalità istituzionale da parte di tutti i soggetti coinvolti, le cui mosse sono accomunate da un solo obiettivo, quale quello di avviare una nuova esperienza di governo sì da assecondare e, nel contempo, puntellare l'equilibrio costituzionale.

Nondimeno, le più recenti vicende istituzionali suscitano alcuni interrogativi che non si possono ignorare anche in questa sede. In particolare, le regole convenzionali che reggono il conferimento dell'incarico tratteggiano la figura del Capo dello Stato come mero mediatore (chiamato ad aiutare e incoraggiare le parti a trovare un accordo) o come vero e proprio artefice della nascita di un nuovo esecutivo in quanto interprete privilegiato della funzionalità delle istituzioni repubblicane?

Il dubbio è sorto in occasione della investitura di Mario Draghi all'inizio del 2021. È anche vero, come ha osservato il più volte citato Cavaggon, che i due precedenti esecutivi a guida Conte sono stati caratterizzati da molteplici elementi di novità rispetto al passato: il "calendario della crisi", la pretesa del Capo dello Stato di indirizzare in qualche modo il mandato esplorativo, il dichiarato veto sulla nomina di un ministro, il "contratto di governo", il coinvolgimento dei sostenitori di un partito di governo attraverso il voto da remoto proprio su quel contratto, la presenza di due vicepresidenti quali reali protagonisti politici della compagine governativa (e, dunque, una sorta di funzione notarile affidata al primo Conte)¹¹².

Questi elementi inediti (e altri ancora) hanno contribuito a rendere ancora più fluido il processo di formazione del Governo, determinando una interazione strategica dalla trama ancor più intricata e composita, così da rendere meno agevole il compito assegnato a quelle regole di matrice convenzionale che si credeva essersi consolidate da tempo.

Ma torniamo al Governo Draghi e alla sua genesi. Come non ricordare le dure e perentorie parole del Presidente Mattarella nell'annuncio dato il 2 febbraio 2021? «Dalle consultazioni al Quirinale era emersa come unica possibilità di governo a base politica quella della maggioranza che sosteneva il governo precedente. La verifica della sua concreta realizzazione ha dato esito negativo. Vi sono adesso due strade fra loro alternative: dare immediatamente vita a un governo, adeguato a fronteggiare le gravi emergenze presenti, sanitaria, sociale, economico-finanziaria, ovvero quella di immediate elezioni anticipate. Questa seconda strada va attentamente considerata perché le elezioni rappresentano un esercizio di democrazia. Di fronte a questa ipotesi ho il dovere di porre in evidenza alcune circostanze che oggi devono fare riflettere sull'opportunità di questa soluzione. Ho il dovere di sottolineare come il lungo periodo di campagna elettorale e la conseguente riduzione dell'attività di governo coinciderebbe con un momento cruciale per le sorti dell'Italia». A questo punto il Capo dello Stato si sofferma su alcuni momenti chiave: la gestione della pandemia (che non ha certo bisogno di «un governo con attività ridotta al minimo, come è inevitabile in campagna elettorale»); l'imminente sblocco dei licenziamenti, che avrebbe richiesto «decisioni e provvedimenti di tutela sociale adeguati e tempestivi, molto difficili da assumere da parte di un governo senza pienezza di funzioni, in piena campagna elettorale»; la presentazione in Europa del piano per l'utilizzo dei grandi fondi europei e «un governo dall'attività ridotta non sarebbe in grado di farlo». Segue, poi, una sintetica ma efficace ricognizione della tempistica. Ecco, quindi, l'esortazione, che suona come un vero e proprio *ultimatum*: il Presidente avverte «il dovere di rivolgere un appello a tutte le forze

costituzionale del Presidente del Consiglio, Firenze, 1951, 97 s., convinto della specificità della figura del Presidente del Consiglio quale *premier* dotato di una posizione di supremazia in seno all'esecutivo.

¹¹² Cfr. G. CAVAGGION, *La formazione del Governo*, cit., 78 ss.

politiche presenti in Parlamento perché conferiscano la fiducia a un governo di alto profilo che non debba identificarsi con alcuna formula politica»¹¹³.

Ebbene, questa presa di posizione così netta e intransigente è compatibile con le convenzioni che caratterizzano questo particolare frangente istituzionale? Oppure il Presidente ha inaugurato una nuova regola, sempre di matrice convenzionale, che, in presenza di una conclamata situazione di stallo nelle relazioni tra gli attori politici, lo pone nella condizione di imporre una propria soluzione, quale quella di un “Governo del Presidente”?

Cavaggion, che all’argomento ha dedicato una preziosa e ricca analisi, rileva innanzitutto come sia stato sperimentato un nuovo strumento, vale a dire il mandato esplorativo “vincolato”: la differenza tra il mandato esplorativo “classico” e il nuovo strumento del mandato esplorativo “vincolato” è che con quest’ultimo il Presidente della Repubblica va a perimetrare (circoscrivendola *ab origine*) la “rosa” di soggetti che il depositario del mandato potrà consultare, preordinandola a una precisa alchimia politica che egli ha individuato “a monte”. E non è poco, perché, osserva lo stesso Autore, il mandato esplorativo risulta «vincolato a una specifica formula di governo (seppur potenziale), individuata direttamente dal Presidente della Repubblica»¹¹⁴.

Avvalendosi di questo innovativo strumento il Presidente Mattarella ha posto le premesse per affermare un proprio ruolo, in parte inedito rispetto al passato, quale costruttore di alleanze, e non mero mediatore con funzioni notarili di attestazione ufficiale di un accordo (e di una formula) altrove definiti.

7.3. Le dimissioni di cortesia del Presidente del Consiglio in occasione dell’elezione di un nuovo Capo dello Stato.

Regolarmente, in occasione della elezione del nuovo Presidente della Repubblica il Presidente del Consiglio in carica rassegna la dimissioni, proprie e del Governo, nelle mani del nuovo Capo dello Stato il quale, a sua volta, le respinge.

Ad esempio, nel comunicato stampa del Quirinale del 3 febbraio 2015, si legge che «il Presidente della Repubblica, Sergio Mattarella, ha ricevuto questo pomeriggio al Quirinale il Presidente del Consiglio dei Ministri, dottor Matteo Renzi, il quale gli ha presentato le dimissioni del Governo. Il Capo dello Stato ha invitato il dottor Renzi a ritirare le dimissioni, lo ha ringraziato per l’atto di cortesia e lo ha incaricato di farsi interprete di questo suo sentimento presso i componenti del Governo. Il Presidente del Consiglio ha accolto l’invito rivoltagli dal Presidente della Repubblica»¹¹⁵.

Questi gesti, che dai più (e dalle stesse istituzioni) sono ascritti alla correttezza o galateo o cortesia costituzionale, hanno una ragione costituzionale, connessa al ruolo che la stessa Costituzione attribuisce al Presidente della Repubblica nella formazione dell’esecutivo. Le dimissioni sono consegnate ad un Presidente diverso da quello che nominò il Presidente del Consiglio e i ministri. Così facendo, il Presidente del Consiglio attesta il ruolo non meramente accessorio o strumentale o ancillare del Capo dello Stato nella formazione del Governo. In virtù di questa convenzione, il nuovo Presidente della Repubblica è messo nelle condizioni di confermare o rivedere la scelta compiuta dal suo predecessore.

Anche in questo caso, una costante regolarità, una evidente razionalità, una tangibile visione strategica e una ottimale propensione a presidiare l’equilibrio costituzionale sono riscontrabili in una regola convenzionale che mira a garantire la leale collaborazione tra i due organi quivi operanti. Una regolarità, questa, che sorta già in epoca statutaria¹¹⁶, avrebbe determinato la piena inclusione di

¹¹³ Il testo del [discorso](#) può leggersi questa *Rivista* nelle [Cronache dalle Istituzioni 2021](#).

¹¹⁴ G. CAVAGGION, *La formazione del Governo Draghi: ritorno alla “normalità costituzionale” o conferma delle nuove prassi?*, in [Federalismi.it](#), 2021, f. 13, 17.

¹¹⁵ V. [lo](#) nell’Archivio dei Comunicati al [sito](#) della Presidenza della Repubblica

¹¹⁶ Come ricorda l’ottima ricostruzione di M. CECILI, *Le declinazioni assunte dalle crisi governative nella storia costituzionale italiana*, in [Costituzionalismo.it](#), 2018, 2, 21 ss.

questa regola nel novero delle prescrizioni costituzionalmente vincolanti¹¹⁷. Pur etichettata quale espressione di “correttezza costituzionale”¹¹⁸, questa regola ha sicuramente una portata “convenzionale” nel senso di impegnare vicendevolmente gli attori quivi coinvolti in vista di un coerente funzionamento delle istituzioni repubblicane.

In generale, quella che è usualmente definita correttezza costituzionale è ascritta, quanto meno nei più risalenti studi, proprio al modello inglese delle *conventions*¹¹⁹. Se è vero che la correttezza allude ad un qualche senso etico dei soggetti titolari delle varie cariche istituzionali chiamati ad assecondare una sorta di “coscienza” oggettivata e, dunque, inglobata nella struttura di riferimento¹²⁰, è altrettanto indubitabile che essa mira, sulla base di accordi impegnativi, spesso taciti, a presidiare il corretto e coerente funzionamento del sistema costituzionale¹²¹.

Queste regole, come osservò tanto tempo fa Santi Romano, mirano ad evitare «la frode e l’insidia» nelle relazioni qui considerate¹²². Esse, dunque, aspirano a garantire proprio quella leale cooperazione che si ritiene essere la matrice ultima e il fondamento delle convenzioni costituzionali, atteso che ogni comportamento fraudolento o insidioso attenterebbe irrimediabilmente ad un lineare svolgimento del “gioco” istituzionale.

Nel caso di specie, le dimissioni e il successivo rigetto sono manifestazioni coerenti di correttezza, ma non tanto nel senso di azioni eticamente dovute, quanto di contegni imposti da una “esatta” considerazione, in via convenzionale, della forma di governo come plasmata dai principi e dalle regole costituzionali. L’atto di nomina del Presidente del Consiglio non è un mero onere procedurale volto a ratificare ufficialmente determinazioni assunte altrove, essendo invece il frutto di una decisione adottata in un procedimento che vede nel Capo dello Stato il regista insostituibile. E quando cambia il regista gli attori debbono misurarsi con quello nuovo, consentendo a quest’ultimo di gestire anche questo frangente di transizione.

E se il Capo dello Stato dovesse accogliere le dimissioni anziché rigettarle?

Una attenta dottrina ritiene che, in realtà, si tratta di “dimissioni” che, essendo motivate esclusivamente da ragioni di cortesia istituzionale, non sono giuridicamente qualificabili come tali e, dunque, viene meno la stessa possibilità di riconoscere giuridica rilevanza alla loro accettazione¹²³. In ogni caso, la violazione del principio di leale cooperazione sarebbe evidente.

E se venisse eletto al Quirinale proprio il Presidente del Consiglio in carica? È questo – nel momento in cui si scrive – uno scenario realistico, vista l’insistenza con la quale il Presidente Mario Draghi viene indicato tra i papabili con maggiori probabilità di ascendere alla carica presidenziale. Ebbene, in un caso del genere il Presidente del Consiglio in carica dovrebbe rassegnare le dimissioni a sé stesso (in quanto nuovo Capo dello Stato) e, non potendo cumulare le due cariche, si troverebbe costretto ad accettarle.

In verità il groviglio è ben più intricato. Di regola, il Presidente del Consiglio dimissionario (e lo stesso Draghi – come si è detto – non potrebbe fare altrimenti) resta in carica, sia pure per gli affari correnti, sino al giuramento del nuovo Presidente del Consiglio. Ma come potrebbe, visto che egli è il nuovo Capo dello Stato? Si dovrebbero profilare dimissioni con effetto immediato (e, dunque, senza *prorogatio*), ma chi dirigerebbe l’esecutivo? Il ministro più anziano, considerato che allo stato attuale

¹¹⁷ Così A. RUGGERI, *Le crisi di governo tra ridefinizione delle regole e rifondazione della politica*, Milano, 1990, 28.

¹¹⁸ Cfr., tra gli altri, C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 672.

¹¹⁹ V., esemplarmente, P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Le norme della correttezza costituzionale*, Milano, 1939.

¹²⁰ V., infatti, G. TREVES, voce *Correttezza costituzionale*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 716; A. REPOSO, *Le regole di correttezza costituzionale nel sistema delle fonti-fatto*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, cit., 264; G. ZAGREBELSKY, voce *Correttezza costituzionale*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1988, 2.

¹²¹ Così G.U. RESCIGNO, *Le convenzioni costituzionali*, cit., 149; A. REPOSO, *Le regole di correttezza costituzionale*, cit., 266; G. ZAGREBELSKY, voce *Correttezza costituzionale*, cit., 1. V. anche P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1995⁷, 63.

¹²² Santi ROMANO, *Diritto e correttezza costituzionale*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1903, I, 483 ss., ora in *Scritti minori*, I, Milano, 1950, 341.

¹²³ Così, infatti, F. RIGANO, *La “clausola di cortesia” nella motivazione delle dimissioni del Governo*, in L. Ventura (cur.), *Le crisi di governo nell’ordinamento e nell’esperienza costituzionale*, Torino, 2001, 281 ss.

non è mai stato nominato un Vicepresidente? Invero, come previsto dall'art. 8 della legge n. 400 del 1988, l'avvenuta elezione alla carica di Capo dello Stato potrebbe considerarsi un "impedimento temporaneo" tale da giustificare la reggenza. Ma questo non sarebbe comunque un impedimento temporaneo, vista l'irreversibilità di fatto della elezione alla Presidenza della Repubblica. E chi avvierà le consultazioni per la formazione di un nuovo Governo? Il Presidente della Repubblica uscente o quello subentrante? In questo secondo caso, ciò potrà avvenire solo dopo il giuramento, il quale, per ragioni intuibili, non potrà che essere immediatamente successivo alla elezione¹²⁴.

Questo "gioco" potrebbe essere perfezionato da un accordo che legasse l'elezione di Draghi alla scelta del suo (o della sua) successore a Palazzo Chigi. Così facendo, il Presidente Mattarella potrebbe immediatamente convocare la personalità così scelta per dar vita, in tempi rapidissimi, al nuovo esecutivo. Questa soluzione non è, però, esente da una criticità: il nuovo *premier* non verrebbe scelto dal nuovo Capo dello Stato e, dunque, dovrebbe, per conformarsi alla regola convenzionale qui esaminata, dimettersi e il neopresidente Draghi dovrebbe rigettare tali dimissioni.

7.4. *La mozione di sfiducia individuale.*

Nella notissima pronuncia sul caso Mancuso, la Corte costituzionale, dopo aver rilevato il «silenzio della Costituzione» in argomento quale espressione della volontà dei Costituenti di lasciare alle concrete dinamiche istituzionali il compito di stabilire «le modalità attuative che la forma di governo, così come definita, avrebbe consentito», ha ricondotto ad una consuetudine la fonte di previsione e disciplina della mozione di sfiducia individuale: «a questi elementi - quando siano in armonia con il sistema costituzionale, come nel caso di specie - non può non essere riconosciuto grande significato, perché contribuiscono ad integrare le norme costituzionali scritte e a definire la posizione degli organi costituzionali, alla stregua di principi e regole non scritti, manifestatisi e consolidatisi attraverso la ripetizione costante di comportamenti uniformi (o comunque retti da comuni criteri, in situazioni identiche o analoghe): vale a dire, nella forma di vere e proprie consuetudini costituzionali»¹²⁵.

La Corte sottrae esplicitamente questo istituto dall'ambito proprio delle convenzioni, condividendo l'assunto del ricorrente circa il fatto che, essendosi manifestate in passato posizioni di dissenso ad opera di alcuni gruppi parlamentari, non si sarebbe mai formata una convenzione al riguardo.

Come non notare una contraddizione in questa posizione? Se davvero fosse mancata questa unanime adesione intorno a tale istituto o, in subordine, se davvero non vi fosse stato un adeguato consenso in merito alla stessa, allora anche i due elementi costitutivi della consuetudine difetterebbero: tanto l'elemento materiale della reiterazione costante del medesimo comportamento da parte della quasi generalità degli organi, quanto l'elemento psicologico, visto il denunciato dissenso.

La riscontrata sofferenza nella struttura argomentativa eretta dalla Corte potrebbe, dunque, ridimensionare la rigidità della scelta operata dalla stessa a favore della fonte consuetudinaria (e non convenzionale). In altri termini, ciò che assume rilievo in tema di mozione di sfiducia individuale è il riconoscimento del pressoché unanime consenso delle forze politiche presenti nelle istituzioni parlamentari e governative a che la rilevata lacuna della silenziosa Costituzione formale sia colmata attraverso un modello oggettivo di condotta da seguire anche in futuro, al fine di far valere la

¹²⁴ Senza contare che se l'elezione di Draghi avvenisse prima del 3 febbraio 2022, il Presidente Mattarella dovrebbe rassegnare le dimissioni per accelerare l'insediamento del suo successore, con conseguente attivazione della supplenza da parte del Presidente del Senato.

¹²⁵ [Sentenza n. 7 del 1996](#). V., in particolare, S. BARTOLE, *Il caso Mancuso alla Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1996, 67 ss.; M. CARDUCCI, *Corte costituzionale e diritto parlamentare vivente*, *ivi*, 211 ss.; S. NICCOLAI, *Il conflitto di attribuzione e la politica*, *ivi*, 74 ss. Cfr., altresì, Y.M. CITINO, *Quale parametricità delle prassi parlamentari nei giudizi della Corte costituzionale?* in *Rass. parl.*, 2017, 285 ss.

responsabilità politica del singolo ministro senza compromettere la stabilità dell'intera compagine governativa.

Pertanto, nonostante l'apparente perentorietà della qualificazione operata dall'organo di giustizia costituzionale, non appare improprio fondare la mozione di sfiducia individuale su di una regola convenzionale. Non solo. Su di una convenzione ad alto tasso di regolarità, razionalità, strategie ed equilibrio.

Con un elevato tasso di regolarità la mozione di sfiducia individuale è entrata nello strumentario proprio della nostra forma di governo: in un caso ha portato alle dimissioni del ministro sfiduciato, in altri e più frequenti casi è stata sottoposta a votazione senza però condurre all'epilogo auspicato dai promotori¹²⁶.

La mozione in parola è espressione di una razionale percezione dell'assetto istituzionale che, pur in difetto di una esplicita previsione nel testo costituzionale, beneficia, in termini di corretto e coerente funzionamento, di uno strumento idoneo a rimuovere un ministro non in linea con la direzione politica assunta dall'esecutivo nel suo complesso¹²⁷. La stessa possibilità di "minacciare" una simile decisione può strategicamente esercitare una pressione non indifferente nel "gioco" con gli altri attori coinvolti, a cominciare proprio da quel Presidente del Consiglio chiamato dalla Costituzione a dirigere la politica generale del Governo e a indirizzare e promuovere l'azione dei singoli ministri¹²⁸. Così operando, questa regola convenzionale mira a fissare e a consolidare una interazione equilibrata, improntata quindi alla leale e fattiva cooperazione tra gli organi rilevanti in questo ambito istituzionale¹²⁹.

La soluzione (anche se non necessariamente) alternativa alla mozione di sfiducia individuale, ossia la revoca da parte del Presidente del Consiglio, può aiutare a cogliere meglio le implicazioni di teoria dei giochi sottese al ragionamento qui sviluppato¹³⁰.

Un'interazione strategica, orientata verso la leale collaborazione degli attori coinvolti, non può prescindere dagli elementi strutturali che definiscono l'intelaiatura costituzionale del Governo e dei suoi rapporti con gli altri organi apicali dello Stato. La collegialità dell'organo esecutivo nella nostra forma di governo parlamentare è un pilastro che, nonostante le ripetute sollecitazioni (compressioni, tensioni, flessioni), continua a sorreggere questo edificio. Non a caso è il Governo (organo complesso composto da organi monocratici e da un organo collegiale in senso stretto) a dover «avere la fiducia delle due Camere», come recita il primo comma dell'art. 94 Cost. Ciò rende decisivo il temperamento tra la responsabilità collegiale e quella individuale dei ministri, che si pone quale condizione di equilibrio permanente (anche se dinamico) all'interno del sistema costituzionale. Invero, si tratta di due espressioni di responsabilità che si collocano, per riprendere le parole della Corte nella sentenza Mancuso, «in un comune quadro». Per quanto possa essere spinta l'interpretazione del ruolo del Presidente del Consiglio, alla luce della stentorea quanto sfuggente

¹²⁶ Nell'arco temporale che va dal 1990 al 2017 risultano essere state presentate 58 mozioni di sfiducia individuale, di cui solo 24 discusse e votate. Nella XVII legislatura ben 5 mozioni su 6 sono state presentate dal gruppo parlamentare del Movimento Cinque Stelle. Quanto alla legislatura in corso si pensi alle due mozioni di sfiducia promosse senza esito contro il Ministro Toninelli (marzo 2019).

¹²⁷ Come ha osservato F. DONATI, *Unità di azione del Governo e responsabilità politica dei singoli ministri alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 7 del 1996*, in *Quad. cost.*, 1997, 364, «l'attività svolta individualmente dai ministri [è] indispensabile per l'attuazione dell'indirizzo politico collegialmente stabilito (...). Proprio per questo occorre che l'attività individuale dei ministri si raccordi costantemente all'attività collegiale del Governo. Se viene meno tale raccordo si pone la necessità di ripristinare le condizioni indispensabili al corretto funzionamento del circuito dell'indirizzo politico». Così già L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova, 1995², 408. V., più diffusamente, F. DONATI, *La responsabilità politica dei ministri nella forma di governo italiana*, Torino, 1997.

¹²⁸ Cfr. S. MERLINI, *Presidente del Consiglio e collegialità di Governo*, in *Quad. cost.*, 1982, 13 ss.

¹²⁹ V. già G.U. RESCIGNO, *Ancora in tema di responsabilità del singolo ministro*, in *Studi parl. e pol. cost.*, 1981, 3 ss. Più in generale cfr. G. CONSOLO, *La sfiducia ad un singolo ministro nel quadro dei poteri di indirizzo e controllo del Parlamento*, Milano, 1999. Alcune criticità di questo istituto sono messe in luce da M. OLIVETTI, *La mozione di sfiducia a più ministri: un mostro a più teste?* in *Dir. pubbl.*, 1999, 251 ss.

¹³⁰ Per una efficace ricostruzione del dibattito sul punto si rinvia a S. MERLINI, *Il governo*, in G. Amato e A. Barbera (curr.), *Manuale di diritto pubblico. II) L'organizzazione costituzionale*, Bologna, 1997⁵, 207 ss.

enunciazione dell'art. 95, primo comma, Cost., nondimeno il riconoscimento di un potere di revoca in capo a tale organo finirebbe col far vacillare drammaticamente questo equilibrio. Sicché, un simile potere di revoca determinerebbe uno sbilanciamento non razionale sul piano strategico: questa posizione di forza del Presidente del Consiglio, che potrebbe esprimersi anche sotto forma di più o meno velate (o esplicite) minacce, farebbe venir meno quella parità tra le parti che "giocano" questa partita sia sul piano della razionalità istituzionale (esautoramento delle due Camere da un momento cruciale della relazione fiduciaria), sia sul versante dell'equilibrio costituzionale (che vuole tutti i membri del Governo chiamati a definire e ad inverare il programma)¹³¹. Dal canto suo, anche in termini di teoria dei giochi la mozione di sfiducia individuale ripristina quella relazione poliedrica pluristrutturata che la Costituzione instaura tra il Presidente del Consiglio, i singoli ministri e ciascuna delle due Camere (sotto l'occhio vigile del Capo dello Stato).

7.5. *La controfirma del ministro competente.*

Un'altra regola convenzionale provvista di un elevato tasso di regolarità, razionalità, strategia ed equilibrio è quella che vede nel ministro "competente per materia" il membro del Governo chiamato a controfirmare gli atti del Presidente della Repubblica assunti su iniziativa di quest'ultimo¹³².

Ciò accade regolarmente da decenni, quale espressione di un atteggiamento intriso di razionalità istituzionale e di strategia finalizzata ad una equilibrata interazione tra i soggetti coinvolti¹³³. La controfirma non è solo il meccanismo di traslazione della responsabilità politica degli atti presidenziali verso il Governo, ma può considerarsi anche un momento di inveramento del principio di leale collaborazione, atteso che diversamente tanto il ruolo del Capo dello Stato quanto le attribuzioni affidate dalla Costituzione all'esecutivo non avrebbero modo di materializzarsi compiutamente e legittimamente.

Questa regola convenzionale parrebbe colmare una lacuna apparente del testo costituzionale. Come altrove sostenuto, intercettando un simile vuoto in realtà si è inteso perseguire l'obiettivo di riconoscere al Presidente della Repubblica il potere di assumere atti anche senza un atto governativo di impulso¹³⁴. In altri termini, questa convenzione trae origine dal consenso generalizzato degli attori istituzionali a vario titolo coinvolti in questo frangente, intorno alla rilettura del ruolo complessivo del Capo dello Stato, non più (come abbozzato dalla Costituzione formale) soltanto organo legittimato a finalizzare determinazioni assunte in seno al Governo, ma artefice egli stesso di decisioni che comunque soggiacciono all'obbligo della controfirma¹³⁵. Un Presidente, quindi, abilitato a muoversi in ambiti «sicuramente propri»¹³⁶, nei quali l'interazione strategica con il Governo può assumere connotazioni differenti e poliedriche rispetto all'assetto risultante dal solo testo costituzionale. In effetti, sin dal settennato Einaudi si registra una progressiva acquisizione di autonomia e individualità di questa carica, così da consentire al suo titolare di poter agire anche senza una formale proposta ministeriale¹³⁷.

¹³¹ Sul ruolo che le forze politiche potrebbero svolgere di fatto in questa ipotetica interazione strategica relativa alla revoca v. T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, cit., 416.

¹³² Cfr. G.U. RESCIGNO, *La Corte sul potere di grazia, ovvero come giuridificare rapporti politici e distruggere una componente essenziale del costituzionalismo nella forma di governo parlamentare*, in *Giur. cost.*, 2006, 2005 ss. Non riconosceva spazio alle convenzioni C. ESPOSITO, voce *Controfirma ministeriale*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 285 ss.

¹³³ Osservano, anzi constatano R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2021²², 279, che «una prassi consolidata e mai messa in dubbio nella vita costituzionale ha affidato la controfirma di questi atti [gli atti formalmente e sostanzialmente presidenziali, ndr.], al ministro competente per materia».

¹³⁴ Cfr. Q. CAMERLENGO, *Nel silenzio della Costituzione*, cit., 292 ss.

¹³⁵ Sullo stralcio, in Assemblea costituente, dell'emendamento volto ad introdurre nel testo proprio un esplicito riferimento al ministro competente v. M. MIDIRI, *Commento all'art. 89*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (curr.), *Commentario alla Costituzione*, II, Torino, 2006, 1733 ss. Contrario al riconoscimento di atti presidenziali privi di proposta ministeriale S. GALEOTTI, *La posizione costituzionale del Presidente della Repubblica*, Milano, 1949, 25 ss.

¹³⁶ P. CARETTI, U. DE SIERVO, *Diritto costituzionale e pubblico*, Torino, 2020⁴, 245.

¹³⁷ Così, ad esempio, E. CHELI, *Commento all'art. 89*, in G. Branca, A. Pizzorusso (curr.), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1989, 124 ss., e S. GALEOTTI, *Il Presidente della Repubblica garante della Costituzione*,

L'obbligo di controfirma è un istituto che apre un "gioco" tra due attori istituzionali. L'obiettivo finale di questa interazione strategica tra soggetti razionali è l'adozione di un atto (formalmente presidenziale) che garantisca l'equilibrio costituzionale in relazione ad una determinata decisione. Così, la controfirma consente ad una autorità diversa da quella che, sostanzialmente, assume la decisione di interloquire eventualmente facendo valere il proprio punto di vista, in ipotesi anche sotto forma di veto come accaduto esemplarmente nel caso della grazia¹³⁸.

Molto diffusa è la tesi che scorge, in questa interazione strategica, l'azione di due convergenti momenti di controllo, sì che la loro reciprocità assurga a fattore di equilibrio del sistema costituzionale¹³⁹.

Senonché, almeno in astratto lo schema dei «controlli incrociati», stigmatizzato da Carlo Esposito¹⁴⁰, potrebbe immettere in questa relazione gli elementi propri di un gioco competitivo, dove ogni attore cerca l'opzione più vantaggiosa quanto ai propri interessi o alle proprie utilità. Il coinvolgimento ministeriale in determinazioni assunte dal Capo dello Stato, in altre parole, non può essere declinato per ricostruire tale frangente istituzionale come «un gioco vicendevole di "guardie e ladri"»¹⁴¹.

Al contrario, è proprio l'enfasi riposta sulla attitudine cooperativa di tale interazione a ridimensionare, se non persino ad obliterare, la descritta ricostruzione di termini di controlli reciproci, per lasciare spazio invece ad una relazione positiva di costruzione condivisa della decisione finale, sia pure a geometria variabile. E qui, infatti, entra in gioco la nota inclinazione dottrinale a classificare gli atti del Capo dello Stato usando, quale elemento di discriminazione, l'individuazione del giocatore la cui volontà tende a dominare (salvi, quindi, gli atti complessi nei quali si coglie un equilibrio tra queste determinazioni volitive).

Ebbene, le regole convenzionali mirano a tracciare un itinerario procedimentale illuminato proprio dal principio di leale cooperazione. L'evocata classificazione aiuta a comprendere la natura e l'intensità di tale cooperazione che, per l'appunto, raggiunge il livello massimo negli atti duumvirali. In questa interazione strategica improntata alla cooperazione il coinvolgimento del ministro competente, secondo la regola convenzionale qui studiata, mira a garantire all'esecutivo, per il tramite di un suo componente qualificato, la possibilità di influenzare in qualche misura la decisione presidenziale, attesa la traslazione di responsabilità politica che la controfirma determina¹⁴².

La condivisione di un adeguato flusso di informazioni, che con questo coinvolgimento la regola convenzionale mira a garantire, non fa che rafforzare la razionalità istituzionale degli attori coinvolti.

7.6. *L'immunità del Capo dello Stato dalle critiche politiche.*

Roberto Bin e Giovanni Pitruzzella descrivono quella convenzione costituzionale in forza della quale il Presidente della Repubblica è sottratto alla critica politica: «attraverso questa convenzione si rafforza la posizione del Presidente della Repubblica come organo estraneo al circuito dell'indirizzo

Milano, 1992, 86. *Contra*, tra gli altri, A.M. SANDULLI, *Il Presidente della Repubblica e la funzione amministrativa*, in *Riv. dir. amm.*, 1950, 154, nonché V. SICA, *La controfirma*, Napoli, 1953, 13.

¹³⁸ Corte costituzionale, [sentenza n. 200 del 2006](#), su cui, in particolare, P. COSTANZO, *Controfirma (risposte ad un questionario dopo la sent. n. 200 del 2006 della Corte costituzionale in tema di grazia)*, in *Giur. cost.*, 2007, 479 ss., e M. LUCIANI, *Sulla titolarità sostanziale del potere di grazia del Presidente della Repubblica*, in *Corr. giur.*, 2007, 2, 190 ss. Giova rammentare che secondo G.U. RESCIGNO, *Il Presidente della Repubblica, Capo dello Stato*, in *Pol. dir.*, 2010, 712, non si sarebbe mai formata una convenzione in tema di grazia: «la storia costituzionale mostra che gli organi costituzionali non sono riusciti mai ad arrivare ad una conclusione condivisa».

¹³⁹ V., in particolare, P. VIRGA, *Il partito nell'ordinamento giuridico*, Milano, 1948, 250, e S. GALEOTTI, voce *Controlli costituzionali*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 320.

¹⁴⁰ V., infatti, C. ESPOSITO, *Saggio sulla controfirma ministeriale*, in ID., *Capo dello Stato-controfirma ministeriale*, Milano, 1962, 59 ss.

¹⁴¹ M. MIDIRI, *Commento all'art. 89*, cit., 1735.

¹⁴² Cfr. V. CRISAFULLI, *Aspetti problematici del sistema parlamentare vigente in Italia*, in *Studi in onore di Emilio Crosa*, I, Milano, 1960, 645.

ed alla dialettica maggioranza-opposizione, assicurando ai suoi interventi l'autorevolezza che deriva dall'essere percepito come *super partes*. Ma affinché questa convenzione sia rispettata, occorre che anche il Capo dello Stato si comporti in modo tale da essere percepito quale soggetto imparziale rispetto alla contesa politica contingente, sicché ove appaia sbilanciarsi a favore dell'una o dell'altra parte politica, la convenzione viene meno ed il Presidente espone il fianco agli attacchi politici. Tutto ciò non comporta una vera e propria assunzione di responsabilità, ma certamente dà luogo ad una perdita di autorevolezza»¹⁴³.

In ogni sistema democratico la critica politica è uno strumento indefettibile di interazione dialettica tra le diverse posizioni che innervano la trama pluralista di questo sistema¹⁴⁴. Essa, infatti, si sostanzia in opinioni o azioni che denunciano l'altrui comportamento in base a standard di carattere politico, vale a dire correlati a determinate visioni ideali dei rapporti sociali come interpretate e vissute all'interno di una specifica struttura valoriale. La critica politica nutre l'opinione pubblica, contribuendo in particolare ad arricchire quella «comprensione illuminata» da parte dei rappresentati che Robert Dahl annovera tra i criteri di un genuino processo democratico¹⁴⁵. La critica politica è elemento essenziale della discussione e del confronto che si anima tra i diversi partiti o movimenti in merito ad orientamenti, programmi, specifiche decisioni: tutte modalità di espressione di linee politiche che sono sottoposte a valutazione per l'appunto critica (dissenso) per ragioni di opportunità e non di legittimità¹⁴⁶. La critica è, dunque, espressione della democrazia come «discussione, ragionare insieme»¹⁴⁷. La critica politica è antidoto alle decisioni irrimediabili in quanto irreversibili, vale a dire decisioni incompatibili con un sano spirito democratico¹⁴⁸. La critica politica, per dirla con Habermas, amplifica la pressione dei problemi drammatizzandoli, così da favorire l'adozione di misure ancor più efficaci e mirate, vista la complessità della società stessa¹⁴⁹.

Scrisse Norberto Bobbio che con il termine “politica” si fa riferimento alla «attività volta a stabilire le regole e a prendere le decisioni destinate a rendere possibile la convivenza tra un gruppo di persone: una convivenza possibilmente pacifica all'interno e sicura all'esterno, cioè verso gli altri gruppi». Compito dello scienziato della politica è, dunque, non tanto quello di emettere giudizi di valore, quanto quello di aiutare ad orientarsi nella conoscenza dei problemi associati alla convivenza, nella consapevolezza che «il nucleo fondamentale della conoscenza politica è il problema del potere»¹⁵⁰.

La politica qui rilevante, però, non è tanto quella entità che affiora dalle complesse dinamiche di funzionamento delle istituzioni preposte al potere, quanto quella che enfatizza le diverse posizioni “ideologiche” tra le diverse componenti dell'agone politico. Dunque, “criticare politicamente” il Capo dello Stato non significa dolersi di carenze o inefficienze nell'espletamento delle sue funzioni, quanto attribuire allo stesso fatti, atti o comportamenti che lo collocano inesorabilmente e inequivocabilmente su di una precisa posizione politica. Se davvero un Presidente della Repubblica prende posizione a favore di una specifica forza politica, allora viene meno la propria vocazione neutrale e ciò giustifica la formulazione di obiezioni e rilievi di opportunità o convenienza o mero calcolo politico.

¹⁴³ R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, cit., 280.

¹⁴⁴ V., in generale, D. GENTILI, *Critica politica: una genealogia*, in *Filosofia politica*, 2016, 419 ss.

¹⁴⁵ V., infatti, R.A. DAHL, *Democracy and Its Critics*, New Haven, 1989, trad. it., *La democrazia e i suoi limiti*, Roma, 2005³, 168 ss.

¹⁴⁶ Cfr. N. URBINATI, *Me the People. How Populism Transforms Democracy*, Cambridge (Mass.), 2019, trad. it., *Io, il popolo. Come il populismo trasforma la democrazia*, Bologna, 2020, 121, per la quale la democrazia rappresentativa «è una diarchia di formazione dell'opinione e di deliberazione nella quale le pratiche di monitoraggio, contestazione e cambiamento delle decisioni rivestono un ruolo non meno essenziale di quello giocato dalle procedure e dalle istituzioni».

¹⁴⁷ G. ZAGREBELSKY, *Imparare la democrazia*, Roma, 2005, 29. Su democrazia e conflitto v. N. URBINATI, *Pochi contro molti*, Roma-Bari, 2020, 84 ss.

¹⁴⁸ V., ancora, le illuminanti pagine di G. ZAGREBELSKY, *Il «crucifige!» e la democrazia*, Torino, 2007, 114 ss.

¹⁴⁹ J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt am Main, 1992, trad. it., *Fatti e norme*, Roma-Bari, 2018, spec. 403 ss.

¹⁵⁰ N. BOBBIO, *Elementi di politica*, Torino, 2010, V. Altrettanto illuminante è l'analisi svolta da G. SARTORI, *Elementi di teoria politica*, Bologna, 1987, 241 ss.

La regola convenzionale colta da Bin e Pitruzzella mira, dunque, a definire un assetto cooperativo improntato ad una interazione strategica tra il Capo dello Stato e la generalità degli altri attori istituzionali che rifletta il ruolo complessivo assegnato al primo dal sistema costituzionale. Astenersi dal muovere critiche di questa natura al Presidente della Repubblica significa partecipare al gioco istituzionale con una corretta e razionale visione di tale carica, esente da responsabilità politica in quanto priva di quei poteri decisionali che rientrano a pieno titolo nel circuito della rappresentanza politica. La condizione di equilibrio così raggiunta presuppone, ai fini del suo consolidamento, che anche il Capo dello Stato si esima dal partecipare a questa interazione strategica travalicando i confini tracciati dal suo essere estraneo alla competizione partitica¹⁵¹. Un rischio, questo, che assume caratteri più concreti e tangibili man mano che il potere di esternazione dello stesso Presidente si avvicina a ciò che può essere considerato un esercizio costituzionalmente sostenibile¹⁵².

7.7. L'elezione dei giudici della Corte costituzionale da parte del Parlamento in seduta comune.

La legge costituzionale n. 3 del 1967, per l'elezione, da parte del Parlamento in seduta comune, di cinque dei quindici giudici della Corte costituzionale, prevede la maggioranza dei due terzi dei componenti nei primi tre scrutini, e la maggioranza dei tre quinti dei componenti a partire dal quarto scrutinio. A meno che la coalizione di governo non disponga di una simile consistenza (il sessanta per cento dei deputati e dei senatori), l'accordo con l'opposizione si rivela imprescindibile per perfezionare questa elezione.

Ebbene, è stato osservato che l'elevato *quorum* «ha contribuito alla nascita spontanea di regole convenzionali tra i partiti il cui assenso è necessario per raggiungerlo: i cinque giudici sono “spartiti” per quote e ciascun partito viene abilitato dagli altri a “designare” i giudici che rientrano nella loro quota, sulla base di un comune impegno a votarli»¹⁵³. In pratica, se cessa dal mandato un giudice che, a suo tempo, fu ad esempio designato dal centrosinistra, a questa coalizione spetta indicare e, dunque, candidare il suo successore, con l'adesione dei partiti interessati a rispettare questa regola convenzionale, secondo lo schema della aspettativa di reciprocità¹⁵⁴.

Dunque, in via convenzionale si è affermata la regola secondo cui la scelta dei giudici della Corte costituzionale deve avvenire attraverso un dialogo tra tutte le forze politiche rappresentate in Parlamento, così da garantire una composizione tendenzialmente “plurale” di questo organo.

La regola convenzionale ispirata al principio pluralista e inclusivo è stata seguita con una ragionevole regolarità, anche se – come si dirà più avanti – lo sconvolgimento del quadro politico iniziale, avvenuto nella prima metà degli anni Novanta e proseguito in anni più vicini a noi, ne ha determinato un assestamento operativo per renderla più congeniale ai mutati rapporti di forza. L'interazione strategica retta da questa regola riflette la razionale consapevolezza del ruolo che la Costituzione assegna al giudice delle leggi, quale indefettibile fattore di equilibrio e armonia tra il principio maggioritario e la necessità di presidiare nel tempo i principi della Carta fondamentale.

¹⁵¹ Sottolinea G.U. RESCIGNO, *Il Presidente della Repubblica*, cit., 707, che «il capo dello Stato non deve parteggiare per nessuno dei partiti e degli uomini politici, perché la scelta della maggioranza e degli uomini al Governo spetta o direttamente al corpo elettorale quando elegge il Parlamento, in modo da selezionare col voto anche la maggioranza del Parlamento e il capo sia di questa maggioranza sia dell'organo Governo (il Primo Ministro), o al Parlamento, se il corpo elettorale si è limitato ad attribuire seggi ai diversi partiti, lasciando ad essi il compito di selezionare il Governo ed eventualmente cambiarlo».

¹⁵² Cfr., da ultimo, A.I. ARENA, *L'esternazione del pubblico potere*, Napoli, 2019. Sul “potere comunicativo” del Capo dello Stato v. A. MORRONE, *Il Presidente della Repubblica in trasformazione*, in *Quad. cost.*, 2013, 291 ss.

¹⁵³ G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. II) Oggetti, procedimenti, decisioni*, Torino, 2018², 15. V., anche e di recente, A. FUSCO, *L'indipendenza dei custodi*, Napoli, 2019, 64 ss.

¹⁵⁴ Cfr. G. GRASSO, *Forma di governo, convenzioni costituzionali e mutamento del quadro politico*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2019, 2, 27 ss., il quale, peraltro, dopo aver esaminato nel dettaglio le elezioni degli ultimi anni, ha osservato quanto sia «prematura cogliere se la prefigurazione di un'intesa complessiva, che ha riguardato anche l'elezione dei membri laici del CSM, oltre che i giudici della Corte costituzionale scaduti, vada intesa come un accordo una tantum oppure possa essere considerato un primo elemento da cui può scaturire una nuova convenzione costituzionale, in grado di reggere negli anni a venire, se persisterà per esempio un assetto partitico tripolare».

I previsti *quorum* miravano ad affrancare i giudici eletti dai partiti presenti in Parlamento, dando spazio anche alle minoranze, come esortato dalla più avveduta dottrina¹⁵⁵. Dal canto suo, la regola convenzionale che ispira proceduralmente i negoziati volti ad identificare i futuri giudici della Corte non fa che assecondare, sviluppandola, questa finalità, garantendo in qualche misura un sufficiente grado di pluralismo non solo di professionalità ma anche di valori in seno a tale Collegio. È chiaro il rischio di una degenerazione partitocratica di questa regola, ma ciò non toglie che così operando le interazioni strategiche tra i gruppi parlamentari possano portare all'interno della Corte costituzionale differenti sensibilità (anche) politiche che non sono contrastanti con la natura delle attribuzioni devolute da questo organo¹⁵⁶. Nei giudizi di legittimità costituzionale il peso della dimensione politica dei parametri e, rispettivamente, delle norme censurate è un tratto qualificante questa peculiare tipologia di "processo"¹⁵⁷. Come non condividere la lettura offerta da Zagrebelsky, quando scrive che «la Corte costituzionale è dentro la politica, anzi ne è uno dei fattori decisivi, se per politica si intende l'attività finalizzata alla convivenza»¹⁵⁸? La norma della cui legittimità si discute e, ancor prima, il principio costituzionale, evocato quale parametro, non sono semplicemente (e kelsenianamente) freddi schemi di qualificazione giuridica entro cui sussumere il caso della vita rilevante per il diritto: sono regole che impattano sui rapporti sociali e che da questi sono anche influenzati nel loro moto dinamico. E questa dimensione fattuale è proprio la realtà che la sensibilità politica di ogni singolo giudice costituzionale intercetta e traduce nella decisione. Ciò vale soprattutto quando si tratta di leggere e interpretare gli enunciati della nostra legge fondamentale, atteso che, come ha sapientemente notato Bin, «ogni principio costituzionale si colora dei fatti che il nucleo sociale assume come rilevanti e che cercano un aggancio in costituzione»¹⁵⁹.

Questa regola non sempre si è rivelata di agevole applicazione. Non sono affatto rare le situazioni di stallo in cui è incorso il Parlamento che, talvolta, per anni non è riuscito a completare il collegio¹⁶⁰. Il meccanismo dei veti incrociati ha sovente frapposto ostacoli all'accordo, rivelandosi necessario mettere in campo altre "risorse" (i membri laici del Consiglio superiore della Magistratura o alcune autorità amministrative indipendenti) per trovare la quadra.

Con l'avvento di un nuovo e forte attore politico, lo scenario non è sostanzialmente mutato, nel senso che, in occasione delle ultime elezioni, anche il MoVimento 5 Stelle è riuscito a designare il proprio candidato (nella persona del Professor Franco Modugno).

Ad ogni modo, è utile ricordare che a partire dal 1968 i partiti diversi da quello chiamato a indicare il nuovo giudice costituzionale si sono appropriati della facoltà (poi confermata in via convenzionale) di dissentire dalla designazione, fermo restando il diritto del partito cui compete la scelta di presentare una nuova candidatura¹⁶¹.

Queste difficoltà hanno indotto a ragionare in termini di superamento di vecchie convenzioni (quali quelle operanti nella Prima Repubblica dove l'allocazione di tali risorse era fatta secondo schemi relativamente rigidi e, dunque, prevedibili), a favore di nuove convenzioni caratterizzate però da tratti più deboli e incerti¹⁶².

¹⁵⁵ V., infatti, S. GALEOTTI, *Sull'elezione dei giudici della Corte costituzionale di competenza del Parlamento*, in *Studi urb.*, 1953-1954, 155 ss., e G. GUARINO, *Deliberazione, nomina, elezione*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1954, 73 ss.

¹⁵⁶ Perspicuamente A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., 43 s., osservano che «di fronte a consolidate spartizioni partitiche di tali cariche, è difficile negare il carattere *politico* delle scelte parlamentari».

¹⁵⁷ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, 311 ss. V., altresì, O. CHESSA, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Milano, 2014, spec. 511 ss.

¹⁵⁸ G. ZAGREBELSKY, *Principi e voti*, Torino, 2005, 39. Dello stesso A., *La Corte in-politica*, in *Quad. cost.*, 2005, 273 ss.

¹⁵⁹ R. BIN, *Il fatto nel diritto costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2014, 4, 3.

¹⁶⁰ A questo proposito giova ricordare la relazione annuale del Presidente della Corte costituzionale Cesare Rupertò (11 febbraio 2002), che evocò proprio la leale cooperazione interorganica per pervenire alla agognata e attesa elezione di due giudici della Corte stessa da parte del Parlamento in seduta comune. Cfr. A. PUGIOTTO, «*Se non così, come? E se non ora, quando?*» *Sulla persistente mancata elezione parlamentare di un giudice costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (22 ottobre 2008), 10.

¹⁶¹ Così G.U. RESCIGNO, *Ripensando le convenzioni costituzionali*, cit., 510.

¹⁶² Così E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Torino, 2013⁴, 47.

Tuttavia, la regola convenzionale identificata in questo paragrafo mira, come si è detto, a definire una modalità procedurale, e non a garantire un risultato certo e univoco: è una convenzione che impone di includere tutte le forze politiche nella scelta dei giudici costituzionali di elezione parlamentare così che sia garantito il massimo grado di pluralismo in qualche misura valoriale. Che poi, di fatto, i precari equilibri in seno alle Camere possano finire col scontentare, in una specifica tornata elettorale, alcuni gruppi piuttosto che altri, ciò non inficia la validità di tale regola come presidio di leale collaborazione tra tutti gli attori coinvolti in questo frangente istituzionale. Nel suo contenuto minimale, questa regola consacra il principio che sottrae al monopolio della sola maggioranza la scelta dei giudici in parola.

8. *Convenzioni con più bassi livelli di stabilità, razionalità, strategia ed equilibrio.*

Altre convenzioni presentano un minore tasso di compenetrazione funzionale e strutturale con il principio di leale cooperazione.

8.1. *L'impedimento del Presidente della Repubblica.*

Nell'estate del 1964 l'allora Presidente della Repubblica Antonio Segni fu vittima di una trombosi cerebrale. Il conseguente impedimento temporaneo fu dichiarato con un atto congiuntamente firmato dai presidenti delle due Camere e dal Presidente del Consiglio. Più precisamente, vi fu una dichiarazione resa dal Presidente del Consiglio dei ministri, previa intesa coi Presidenti delle Camere, sulla base del referto clinico ufficialmente comunicato dal Segretario generale della Presidenza della Repubblica. Subentrò, quindi, quale supplente il Presidente del Senato Cesare Merzagora, che conservò tale ruolo nei successivi quattro mesi. Non si pervenne ad una declaratoria di impedimento permanente e Segni si dimise il 6 dicembre dello stesso anno¹⁶³.

Quella che, di primo acchito, parrebbe essere una questione di mera tecnica istituzionale, in realtà si rivela una problematica rilevante anche sul versante della dinamica delle regole convenzionali esaminata dal punto di vista della teoria dei giochi.

Chi dichiara l'impedimento presidenziale quando lo stesso Capo dello Stato versa nella impossibilità soggettiva di farlo? Quando una patologia varca il solco dell'impedimento temporaneo per divenire un ostacolo permanente (e, dunque, irreversibile) al corretto ed effettivo esercizio delle funzioni presidenziali? In che modo tale accertamento deve essere svolto e, soprattutto, da chi e su iniziativa di quale organo? Il Presidente della Repubblica "subisce" questo accertamento o è nelle condizioni di interloquire legittimamente con le altre istituzioni coinvolte?

Fantasticando (ma non troppo) si potrebbero immaginare scenari a dir poco inquietanti, tali da alterare drammaticamente le dinamiche del gioco istituzionale. Così, una presunta infermità di mente potrebbe essere dichiarata per ufficializzare la subentrata incapacità di intendere e di volere di un Capo dello Stato divenuto ingombrante a causa di esternazioni scomode o denigratorie o imbarazzanti. La via dell'impedimento permanente potrebbe essere una soluzione meno drammatica di un *impeachment*. La chiusura anticipata di un settennato divenuto indigesto da molte forze politiche potrebbe divenire, quindi, un gioco caratterizzato dalla interazione strategica tra più attori, incluso proprio colui (o colei) che quella dichiarazione vorrebbe evitare per portare a termine il proprio mandato.

La tenuta complessiva del principio di leale collaborazione rischia di vacillare sotto il peso di forze in ipotesi contrapposte: quella esercitata da un Presidente che, nonostante un quadro diagnostico non ottimale, aspirerebbe a conservare le proprie funzioni, e quelle prodotte da altri soggetti che coltivano ben altre aspirazioni quanto alla occupazione del Quirinale.

¹⁶³ Di sicuro interesse, a questo proposito, la narrazione sviluppata da A. BALDASSARRE, C. MEZZANOTTE, *Gli uomini del Quirinale. Da De Nicola a Pertini*, Roma-Bari, 1985, 123 ss. V. pure S. PANIZZA, *Le dimissioni nel diritto costituzionale*, Pisa, 2018, 23 ss.

L'attitudine di una malattia ad impedire in modo definitivo l'assolvimento delle funzioni presidenziali non sempre è il frutto di una diagnosi certa e incontrovertibile. Esistono forse ufficiali standard medici rispetto ai quali parametrare la capacità di una data persona fisica ad esercitare adeguatamente il ruolo di Capo dello Stato? Alcune patologie, come quella che colpì il Presidente Segni, possono cagionare danni permanenti di una certa entità, ma possono avere anche un decorso meno drammatico. E, così, una paralisi di modesta entità, tale da affaticare il Presidente o di rendergli meno agevoli il movimento e l'uso della parola, senza pregiudicarli, può giustificare l'accertamento ufficiale di un impedimento permanente? E, ancora, quanto "temporaneo" può e deve essere l'impedimento, in relazione ad una data condizione patologica, per non trasformarsi in definitivo?

Anche in questo caso tutto dipende dalle regole del gioco, con particolare e preliminare riferimento ai soggetti da coinvolgere in veste ufficiale in questo delicatissimo frangente istituzionale.

Nel caso Segni, intervennero i Presidenti dei due rami del Parlamento (quello del Senato sicuramente nella veste di potenziale supplente) e il Presidente del Consiglio, vale a dire l'organo col quale il Capo dello Stato coltiva più relazioni e contatti.

Nel silenzio della Costituzione, questa designazione avvenuta probabilmente in via di fatto può considerarsi un "precedente" idoneo a fondare una regola convenzionale informata al principio di leale collaborazione?

Tralasciando il noto problema della ricognizione del numero di precedenti affinché un "fatto" possa dispiegare una qualche efficacia "normativa" (come consuetudine) o comunque in qualche modo "regolativa" (come convenzione), nel caso di specie vi sono stati passaggi procedurali che vale la pena ricostruire per poi esaminarli nell'ottica della teoria dei giochi.

Dal Comunicato della Presidenza del Consiglio dei Ministri¹⁶⁴, si evince che il Segretario generale della Presidenza della Repubblica aveva trasmesso al Presidente del Consiglio (avendone data "contemporanea informazione" ai Presidenti dei due rami del Parlamento) il bollettino medico redatto dai Professori Chailiol, Fontana e Giunchi. Sicché è stato convocato il Consiglio dei Ministri il quale, udita la relazione del Presidente del Consiglio, «ha dato atto che, nelle presenti circostanze, il Presidente della Repubblica si trova nell'impossibilità di adempiere le sue funzioni». Successivamente il Presidente del Senato ha convocato il Presidente della Camera e il Presidente del Consiglio «per le opportune valutazioni» ed essi «hanno concordemente ritenuto che sussistono le condizioni previste dall'art. 86, primo comma, della Costituzione». Dunque, il Presidente del Senato ha assunto la supplenza.

Non essendosi verificati analoghi accadimenti nei decenni successivi, non si è in presenza di alcuna regolarità rilevante sul piano del consolidamento di una regola convenzionale, anche se questo solo e unico precedente non può certo essere liquidato come un evento istituzionale del tutto occasionale e irripetibile.

Premesso ciò, al fine di saggiare la consistenza degli altri elementi qui utilizzati come parametri di riferimento (razionalità, strategia, equilibrio) occorre considerare il contributo offerto dalla dottrina in merito ad un profilo, quale quello della declaratoria dell'impedimento presidenziale, che all'epoca dei fatti narrati non poteva giovare né di precedenti, né di apposite o, quanto meno, pertinenti statuizioni giurisprudenziali. Invero, l'adozione di contegni razionali, strategici e preordinati alla preservazione dell'equilibrio costituzionale non può basarsi su sensibilità o percezioni o convincimenti degli attori istituzionali del tutto privi di agganci con il sistema costituzionale come definito dalla combinazione di elementi normativi, giurisprudenziali e, per l'appunto, anche dottrinali, atteso che gli studiosi comunque offrono opzioni interpretative o soluzioni pratiche alle tante problematiche che affiorano nella materia qui considerata. Detto in altri termini, il materiale cui attingere per dar vita ad una regola convenzionale correlata alla vitalità del principio di leale collaborazione può anche scaturire dal confronto scientifico¹⁶⁵.

¹⁶⁴ Pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* n. 195 del 10 agosto 1964.

¹⁶⁵ Gran parte della letteratura qui citata è stata individuata grazie alla *Ricerca sulla supplenza del Presidente della Repubblica*, in *Quaderni di studi e legislazione*, a cura del Segretariato generale della Camera dei Deputati (23 ottobre 1964).

In via preliminare non si può fare a meno di citare Martines, per il quale la voluta latitudine dell'art. 86 Cost. dimostra quanto il diritto costituzionale «non am[i] gli schemi fissi», così da garantire ai suoi enunciati la capacità di adattarsi, nel rispetto dei principi fondamentali, ai rapporti di forza e al clima politico del Paese¹⁶⁶.

Alcuni studiosi avevano circoscritto il perimetro della fattispecie qui esaminata al solo ambito di estrinsecazione delle funzioni presidenziali. Sicché la dichiarazione del Capo dello Stato avrebbe dovuto considerarsi sufficiente, risultando improprio il coinvolgimento di altri organi così come un successivo atto formale di investitura del Presidente del Senato quale supplente¹⁶⁷.

Altri sostennero la necessità dell'intervento ufficiale degli altri organi costituzionali in caso di impossibilità per il Capo dello Stato di dichiarare il proprio impedimento. Al riguardo, si registrò una divergenza di veduta tra coloro che evocarono l'intervento del Parlamento in seduta comune e quanti rimarcarono la necessità di un passaggio in Consiglio dei Ministri¹⁶⁸. In questo secondo caso, le Camere sarebbero state coinvolte solo in un momento successivo, vale a dire in occasione del conseguente confronto in Parlamento a seguito delle comunicazioni rese dal Presidente del Consiglio¹⁶⁹.

La soluzione invalsa, in via di fatto, nel caso Segni è maturata all'interno di una cornice definita dalla combinazione di scarnissimi enunciati costituzionali e di ricchi e multiformi contributi dottrinali, senza altri elementi ricavabili dalla prassi istituzionale o dalla giurisprudenza. Questa cornice era tutt'altro che univoca e chiara, lasciando aperte molte possibilità. I protagonisti di questa vicenda hanno gestito razionalmente una interazione strategica volta a preservare l'equilibrio costituzionale pur in un frangente drammatico per la vita delle istituzioni. Nondimeno, non si può fare a meno di notare come la razionalità istituzionale che ha contraddistinto le scelte operate dagli organi dapprima ricordati si è sviluppata lungo un itinerario estremamente incerto, con tante ramificazioni possibili. L'interazione strategica così realmente vissuta appare orientata a coinvolgere tutto l'arco degli organi apicali vicini al Capo dello Stato, così da rendere a prima vista dominante la volontà di assicurare un adeguato livello di correttezza, di garbo istituzionale, forse nella consapevolezza delle straordinarie responsabilità che sarebbero di lì a poco gravate su tali organi, ciascuno nel proprio ambito di competenza: il Presidente del Senato come supplente, il Presidente della Camera in relazione al suo ruolo in occasione delle possibili operazioni elettorali per la scelta di un nuovo Capo dello Stato, il Presidente del Consiglio e gli stessi ministri riuniti a Palazzo Chigi come interlocutori privilegiati della massima carica della Repubblica italiana. E tutto ha preso avvio da un bollettino medico comunicato dalla struttura operativa più prossima al Presidente Segni.

Senonché, non pare essere stata presa in considerazione la circostanza, non trascurabile, che la configurazione sistemica della figura del Presidente della Repubblica è tale da richiedere una attenuazione della dimensione più strettamente politica a favore della condizione di terzietà e neutralità che connota tale organo. Mi spiego. Il solo coinvolgimento di istituzioni ad alto tasso di politicità, sia pure su sollecitazione del Quirinale, per di più con un ruolo decisivo, non appare del

¹⁶⁶ T. MARTINES, *La supplenza presidenziale*, in *Burocrazia*, 1956, 7. Dello stesso tenore A. BOZZI, *Sulla supplenza del Presidente della Repubblica*, in *Rass. parl.*, 1959, 47. V. anche le importanti riflessioni svolte da G. FERRARI, *L'impedimento all'esercizio delle funzioni presidenziali e la categoria giuridica della provvisorietà*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1967, 837 s.

¹⁶⁷ In questo senso G. ABBAMONTE, *Durata del mandato, dimissioni e supplenza del Presidente della Repubblica*, in *Montecitorio*, 1962, 11.

¹⁶⁸ Nel primo senso P. VIRGA, *Diritto costituzionale*, Palermo, 1959⁴, 316 ss.; P. BARILE, *I poteri del Presidente della Repubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, 354 s.; G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto costituzionale*, Milano, 1963⁶, 154 ss. La seconda opzione fu, invece, patrocinata, tra gli altri, da L. ELIA, *La continuità nel funzionamento degli organi costituzionali*, Milano, 1958, 131, il quale reputò indispensabile l'intervento del Consiglio dei Ministri, in quanto unico organo in grado di «pronunciarsi con cognizione di causa circa gli inconvenienti che alla continuità della funzione amministrativa (ed eventualmente anche a quella della funzione legislativa) possono derivare dall'assenza presidenziale». Non dissimile la posizione assunta da C. CARBONE, *La supplenza della Presidenza della Repubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1963, 38 ss.

¹⁶⁹ Così C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 449 ss., e P. BISCARETTI DI RUFFÌA, *Diritto costituzionale*, Napoli, 1962⁶, 400 ss.

tutto in sintonia con la descritta configurazione. Il rischio associato alle dinamiche dell'impedimento finisce coll'essere l'adozione di una strategia di gioco disgiunta dalla razionalità istituzionale, con conseguente squilibrio sostanziale nei rapporti tra il Presidente della Repubblica e gli altri poteri dello Stato. Per essere più pragmatici: un disturbo psicofisico potrebbe essere incanalato in una interazione strategica finalizzata all'esautoramento discreto del Capo dello Stato quando le forze politiche dominanti in un dato frangente storico si facciano interpreti e portatrici di un sentimento di sfiducia nei confronti di quel Presidente. Un gioco, questo, alterato, viziato proprio dall'allontanamento dissimulato e, dunque, pretestuoso dell'arbitro.

La consapevolezza di questo rischio avrebbe, così, imposto o suggerito una maggiore trasparenza quanto, ad esempio, alla individuazione dell'équipe medica chiamata a formulare una diagnosi ed una prognosi ufficiali, e forse avrebbe sollecitato la partecipazione alla procedura di un organo costituzionale autenticamente "terzo" quale la Corte costituzionale, nella persona quanto meno del suo Presidente. Osservando l'accaduto si può anche notare come le successive dimissioni volontarie (ma sino a che punto ?) del Presidente Segni possano considerarsi alla stregua di un vero e proprio *escamotage* per prevenire la gestione (da parte di chi ?) dell'intricata questione della trasformazione in permanente di un impedimento originariamente qualificato come temporaneo¹⁷⁰.

In definitiva, un solo precedente riduce il tasso di regolarità al minimo indispensabile perché si possa parlare di una regola convenzionale strettamente connessa al principio di leale collaborazione. Nel contempo, i riscontrati limiti relativi agli altri elementi della razionalità istituzionale, dell'interazione strategica e dell'equilibrio costituzionale concorrono a collocare questa convenzione in una dimensione intermedia di inveroamento di quel principio.

8.2. La rielezione del Capo dello Stato.

Dichiarando la propria disponibilità, sia pure temporalmente condizionata, a riassumere la carica quirinalizia nel 2013, il Presidente Giorgio Napolitano, unitamente agli attori istituzionali e politici che stimolarono o favorirono questa soluzione, fornì in via di fatto una risposta ad un dilemma lasciato aperto della Costituzione formale: il Presidente della Repubblica può essere rieletto?

Questo tema è stato affrontato dalla dottrina con la consueta varietà di opinioni ed interpretazioni, tutte in qualche misura condizionate dal compiuto inquadramento di questo organo nell'architettura istituzionale repubblicana.

In queste pagine, l'attenzione verrà rivolta ad uno specifico interrogativo: l'avvenuta rielezione del Presidente Napolitano ha dato vita ad una nuova regola convenzionale? A questa domanda si cercherà di rispondere fornendo riflessioni coerenti con l'impianto di questo studio e, dunque, alla luce degli elementi forniti dalla teoria dei giochi in relazione ad una eventuale connessione di tale ipotetica regola con il principio di leale collaborazione.

In effetti, l'evocata disponibilità fu il frutto di una interazione strategica tra lo stesso Capo dello Stato e una parte consistente delle forze politiche chiamate, attraverso i loro rappresentanti, ad eleggerne il successore. Si era creata una situazione di stallo. Alcuni importanti nomi furono inopinatamente "bruciati". Lo spettro di lunghe e sfibranti votazioni aveva seminato il panico tra i gruppi parlamentari (e non solo), timorosi di offrire all'opinione pubblica l'ennesima prova di incapacità di essere compatti persino in un frangente altamente simbolico e qualificante come l'elezione del Presidente della Repubblica. Il timore di arrivare o persino superare il numero di scrutini che hanno contrassegnato l'elezione di altri Presidenti (23 scrutini per Leone, 21 per Saragat, 16 per Pertini e Scalfaro, 9 per Segni) fu avvertito ponendosi dal punto di vista del futuro Presidente, la cui autorevolezza e il cui prestigio avrebbero potuto risentire degli effetti negativi di un processo decisionale incerto, altalenante, controverso. Come ha puntualmente scritto Morrone, «la rielezione

¹⁷⁰ Come ha perspicuamente osservato R. ESPOSITO, *Note sul carattere (auto) sanzionatorio delle dimissioni del Presidente della Repubblica*, in *Foro it.*, 1978, 249. Dello stesso parere G.U. RESCIGNO, *Sub art. 86*, in G. Branca (cur.), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1978, 97, nonché P. BARILE, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1978³, 1969.

di Napolitano il 20 aprile 2013 dimostra il sostanziale bisogno di avere un custode dell'unità nazionale in una stasi politica che si è aggravata dopo lo stallo uscito dalle politiche del 24/25 febbraio»¹⁷¹.

Le forze politiche avrebbero potuto scegliere diversamente e, cioè, non sollecitare alcuna disponibilità al Capo dello Stato in carica? Probabilmente sì, visti i precedenti già citati. La rielezione del Presidente Napolitano non rappresentava l'unica soluzione per risolvere una situazione di spossante irrisolutezza che, peraltro, non aveva ancora assunto tratti drammatici (erano andati a vuoto soltanto i primi cinque scrutini). E, allora, la strada prescelta è stata interpretata come quella meno imbarazzante per le forze politiche e quella che avrebbe conferito un ulteriore sigillo di leale e sincera fedeltà alle istituzioni repubblicane e al Paese ad un Presidente capace di anteporre il bene della Nazione alla propria e legittima aspirazione a ritirarsi a vita privata dopo un settennato comunque ricco e fecondo. Con un rischio, però, è cioè quello di conferire una sorta di mandato politico divergente rispetto al figurino costituzionale della carica di Presidente della Repubblica.

Un solo precedente, come si è detto, attenua sensibilmente l'elemento della regolarità, anche se può comunque consentire il riconoscimento della sussistenza di una regola convenzionale. Ma quale? Stando ai fatti dapprima ricostruiti si tratta della regola convenzionale che ammette la rielezione del Capo dello Stato in carica allorché le divisioni riscontrate oggettivamente in seno all'organo collegiale preposto alla elezione siano tali da lasciar intravedere, con un ragionevole tasso di probabilità, una seria, concreta e oggettiva difficoltà nella scelta del successore¹⁷².

La dichiarazione resa nel 2013 dal Presidente Napolitano è ricca di elementi che suffragano questa lettura: «non posso sottrarmi a un'assunzione di responsabilità verso la nazione. Confido che vi corrisponda una analoga collettiva assunzione di responsabilità». Il Presidente fu ancora più esplicito nel discorso pronunciato di fronte alle Camere dopo l'avvenuta (ri)elezione, il 22 aprile 2013: «avevo già nello scorso dicembre pubblicamente dichiarato di condividere l'autorevole convinzione che la non rielezione, al termine del settennato, è "l'alternativa che meglio si conforma al nostro modello costituzionale di Presidente della Repubblica". Avevo egualmente messo l'accento sull'esigenza di dare un segno di normalità e continuità istituzionale con una naturale successione nell'incarico di Capo dello Stato». Riferendosi al confronto avuto, nei giorni precedenti, con gli altri attori istituzionali coinvolti il Presidente Napolitano segnalò «un drammatico allarme per il rischio ormai imminente di un avvitarsi del Parlamento in seduta comune nell'inconcludenza, nella impotenza ad adempiere al supremo compito costituzionale dell'elezione del Capo dello Stato. Di qui l'appello che ho ritenuto di non poter declinare - per quanto potesse costarmi l'accoglierlo - mosso da un senso antico e radicato di identificazione con le sorti del paese». La mancanza di un precedente è stata intesa come conferma della natura assolutamente eccezionale della rielezione: «ci siamo dunque ritrovati insieme in una scelta pienamente legittima, ma eccezionale. Perché senza precedenti è apparso il rischio che ho appena richiamato: senza precedenti e tanto più grave nella condizione di acuta difficoltà e perfino di emergenza che l'Italia sta vivendo in un contesto europeo e internazionale assai critico e per noi sempre più stringente». Dopo aver passato in rassegna alcuni snodi problematici e alcuni accadimenti critici verificatisi negli anni precedenti, il Capo dello Stato così ribadisce e motiva la propria disponibilità a riassumere questa carica: «perché l'Italia si desse nei prossimi giorni il governo di cui ha bisogno. E farò a tal fine ciò che mi compete: non andando oltre i limiti del mio ruolo costituzionale, fungendo tutt'al più, per usare un'espressione di scuola, "da fattore di coagulazione". Ma tutte le forze politiche si prendano con realismo le loro responsabilità: era questa la posta implicita dell'appello rivoltomi due giorni or sono»¹⁷³.

L'interazione strategica tra il Presidente e gli altri soggetti coinvolti (direttamente o indirettamente) nelle operazioni di voto riflette comunque una non trascurabile dose di razionalità istituzionale, se si pensa alla determinazione con cui lo stesso Capo dello Stato, per evitare equivoci

¹⁷¹ A. MORRONE, *Il Presidente della Repubblica in trasformazione*, cit., 310.

¹⁷² Ha parlato di «soluzione emergenziale» S. CECCANTI, «Rieletto, ma non troppo»: le grandi differenze tra l'undicesimo e il dodicesimo Presidente della Repubblica, in *Quad. cost.*, 2013, 406.

¹⁷³ Per tutte le dichiarazioni, v. le [Cronache delle Istituzioni 2013](#), in questa Rivista .

su di una presunta volontà di assurgere ad una sorta di monarca repubblicano¹⁷⁴, circoscrisse temporalmente questa disponibilità, cioè «fino a quando la situazione del paese e delle istituzioni me lo suggerirà e comunque le forze me lo consentiranno». Una conferma, dunque, dell'indole del tutto eccezionale di tale rielezione, alla luce proprio degli equilibri costituzionali sottesi ai rapporti tra i poteri dello Stato coinvolti più direttamente nel governo del Paese¹⁷⁵. Che si sia trattato di un gioco cooperativo se ne può avere conferma anche dal tono di velata minaccia nei confronti delle litigiose forze politiche che traspare dal comportamento complessivamente assunto dal Presidente Napolitano: o si collabora tutti insieme e fattivamente per il corretto funzionamento delle istituzioni oppure non se ne fa nulla, e le dimissioni sono dietro l'angolo¹⁷⁶.

Ed è proprio in relazione a questa fragile condizione di equilibrio che il tema della rieleggibilità del Presidente della Repubblica è stato abbinato alla questione del “semestre bianco”. Lo ha messo bene in luce di recente Giacomo D'Amico¹⁷⁷. Una regola convenzionale che vietasse sempre e comunque la rielezione o, più correttamente, che inducesse gli organi coinvolti ad astenersi dal rieleggere lo stesso Presidente in carica, potrebbe svuotare di significato il divieto posto dal secondo comma dell'art. 88 della Costituzione, venendo meno le preoccupazioni che ispirarono questa previsione. Ma è davvero così? È ben vero che secondo una opinione largamente diffusa in dottrina la preclusione associata agli ultimi sei mesi del mandato presidenziale appare giustificata dal fine di prevenire usi strumentali del potere di scioglimento delle Camere. Senonché, è ben difficile che il Capo dello Stato possa addivenire a questa decisione solo perché interessato ad una rielezione da parte di nuove Camere più accondiscendenti. Resta, così, fondata la tesi secondo cui il semestre bianco mira soltanto a prevenire un vuoto istituzionale¹⁷⁸. Pertanto, la regola convenzionale che parrebbe essersi affermata a partire dal “caso Napolitano” lascia inalterata l'attualità e, con essa, l'opportunità di una previsione come quella sopra citata.

Peraltro, non è neppure da escludere, sempre ragionando in termini di teoria dei giochi, che la strada alla rieleggibilità aperta dal precedente Napolitano possa in qualche modo indurre gli attori istituzionali coinvolti a intessere trattative più serie ed impegnative, e dunque anche più “leali” e trasparenti, per arrivare ad un ampio consenso prima di celebrare formalmente il rito delle elezioni presidenziali. Se si vuole davvero evitare l'attivazione della regola convenzionale in parola occorre dimostrare coesione e unità quanto alla scelta del nuovo Presidente, lasciando libero sfogo alle divisioni solo dopo l'elezione. E la ragione che dovrebbe indurre gli attori in parola a evitare di percorrere la strada battuta da questa convenzione è chiara, attesa l'eccezionalità di tale rielezione anche in ordine alla sua potenziale attitudine a incrinare il già faticoso e precario equilibrio costituzionale su cui si regge l'architettura istituzionale di vertice.

Residua un dubbio: ai fini dell'operatività di questa regola convenzionale (ossia, inopportunità della rielezione del Capo dello Stato a meno che le forze politiche si rivelino manifestamente incapaci di trovare un successore), quando si può affermare che davvero gli attori politici non sono in grado di rispondere alla necessità di scegliere un nuovo Presidente?

Nel momento in cui si scrive la partita per il Quirinale ha assunto caratteristiche inedite, con una proliferazione pressoché quotidiana di candidature, di *identikit*, di interazioni strategiche che lasciano

¹⁷⁴ Alludo all'intrigante scritto di G. SCACCIA, *Il Re della Repubblica. Cronaca costituzionale della presidenza di Giorgio Napolitano*, Modena, 2015.

¹⁷⁵ Cfr. F. PETRANGELI, *Commento all'art. 85*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (curr.), *Commentario alla Costituzione*, II, Torino, 2006, 1666, per il quale (ben prima del 2013) «la prospettiva di una rielezione del Presidente sembra un'eventualità piuttosto remota, legata a circostanze di carattere eccezionale». Già prima L. PALADIN, voce *Presidente della Repubblica*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, 183.

¹⁷⁶ Così G. GRASSO, *Commento all'art. 85*, in F. Clementi, L. Cuocolo, F. Rosa, G.E. Vigevani (curr.), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, Bologna, 2021², 179. Osserva V. LIPPOLIS, *Il Presidente della Repubblica*, in *Rivista AIC*, 2018, 3, 10, che ciò che davvero rileva «non è tanto il problema della rieleggibilità del Presidente uscente, quanto semmai la circostanza che Napolitano abbia condizionato la propria rielezione all'accettazione di una serie di impegni da parte delle forze politiche, specialmente in materia di riforme costituzionali ed elettorali».

¹⁷⁷ Cfr., infatti, G. D'AMICO, *Rieleggibilità del Capo dello Stato e semestre bianco: la versione del Quirinale*, in *Quad. cost.*, 2021, 404 ss., cui si rinvia per gli opportuni riferimenti bibliografici.

¹⁷⁸ Così A. REPOSO, *Semestre bianco e scioglimento delle Camere*, in *Dir. soc.*, 1979, 813 s.

proprio intravedere le specifiche dinamiche relazionali studiate dalla teoria dei giochi. Il Presidente Mattarella è sottoposto a continue pressioni affinché manifesti la propria disponibilità ad una rielezione: pressioni prontamente respinte al mittente con toni pacati e, nondimeno, perentori, sorretti peraltro da una lucida ricognizione ed evocazione di principi costituzionali e di elementi attinti dalla prassi repubblicana. Non è, però, sicura la genuinità di queste sollecitazioni, ben potendo esse nascondere altri disegni la cui ricostruzione, però, appare preferibile demandare ad esperti di altre discipline. In questo gioco istituzionale, la regola convenzionale che parrebbe essersi affermata, pur provvista di un basso livello di compenetrazione col principio di leale collaborazione, nondimeno dovrebbe garantire interazioni razionali e orientate verso la preservazione dell'equilibrio costituzionale.

8.3. *La nomina dei ministri.*

Spetta al Presidente della Repubblica nominare i ministri, su proposta del Presidente del Consiglio. Quanto sia vincolante la proposta di cui all'art. 92, secondo comma, Cost., è ancora oggi un tema estremamente dibattuto. Basti pensare a tutti i tentativi di classificazione della nomina presidenziale dei ministri, che oscillano tra l'atto complesso e l'atto sostanzialmente governativo¹⁷⁹.

La ragione di tanta incertezza è intuibile. Se si propendesse per la sostanziale prevalenza dell'indicazione fornita dal Presidente del Consiglio incaricato, allora si creerebbero le condizioni per accentuare un qualche legame di dipendenza dei ministri rispetto al Capo dell'esecutivo, sulla falsariga dei regimi presidenziali: ministri proposti dal Presidente del Consiglio, la cui scelta è soltanto ratificata dal Capo dello Stato, non sono tanto diversi dagli assessori nominati o revocati dal Presidente della Regione o, in una dimensione comparatistica, dai segretari che circondano e coadiuvano il Presidente degli Stati Uniti. Se, invece, si riconoscesse al Capo dello Stato la capacità di interloquire dialetticamente con il Presidente incaricato, disponendo in ipotesi persino di un potere di veto, allora i ministri si potrebbero considerare affrancati da un legame così stretto e ciò a vantaggio della collegialità dell'organo esecutivo. Tutto ciò vale, ovviamente, in modo tendenziale, nel senso che sarà poi la vitalità concreta dei rapporti di forza a determinare l'assetto effettivo in seno al Governo e i relativi equilibri.

Anche la nomina dei ministri si presta ad un inquadramento e ad una analisi secondo le metodologie e lo "spirito scientifico" propri della teoria dei giochi. Le singole scelte sono al centro di interazioni strategiche tra il Presidente incaricato e le forze politiche disponibili ad addivenire ad una alleanza di governo. Nel contempo, proprio queste forze negoziano tra di loro i diversi dicasteri quale pragmatica posta in gioco per dare un senso compiuto (almeno in apparenza) alla loro coalizione, oltre e, talora, persino a prescindere dalle dichiarazioni programmatiche. In quanto titolare del potere di nomina, anche il Capo dello Stato rientra in queste trattative. E non bisogna pensare che la posizione costituzionale del Presidente della Repubblica lo renda del tutto differente dal ruolo svolto dagli altri attori (istituzionali e politici), atteso che, alla fine, tutti puntano a dar vita ad un esecutivo in grado di operare con pienezza di attribuzioni, in quanto sostenuto da una maggioranza parlamentare sufficientemente coesa: chi (come il Presidente della Repubblica) nella veste di supremo garante della funzionalità delle istituzioni; chi (come il Presidente del Consiglio) quale regista e primo interprete dell'azione di governo ai sensi dell'art. 95, primo comma Cost.; chi (come le forze politiche riunite nel sodalizio governativo) ha interesse a portare avanti le rispettive ambizioni di detenzione e gestione del potere il più a lungo possibile.

Di queste interazioni strategiche, qui contano soltanto i rapporti tra chi nomina e chi propone i ministri, essendo il resto rimesso a comportamenti e azioni suscettibili di studio in altri ambiti, quale in particolare la scienza politica.

Ecco i principali interrogativi. Il Capo dello Stato è rigidamente vincolato alla proposta del Presidente incaricato oppure dispone di sufficienti margini di manovra per suggerire o persino

¹⁷⁹ Per una sapiente e lucida ricognizione della dottrina in argomento rinvio ancora una volta a G. CAVAGGION, *La formazione del Governo*, cit., 99 ss.

imporre il proprio punto di vista? E di quale “punto di vista” si sta parlando: quello strettamente personale del Presidente della Repubblica o quello proprio del sistema costituzionale complessivamente considerato e interpretato dallo stesso Presidente? Di fronte ad una proposta “opinabile” il Presidente deve limitarsi ad un veto garbato (possibilmente in forma riservata) o può opporre un rifiuto categorico, magari coinvolgendo anche i *mass media*? Potrebbe persino avanzare o, per lo meno, suggerire una proposta alternativa? Non va trascurata, poi, la possibilità che una proposta “discutibile” sia la mossa posta in essere dal Presidente incaricato per ottenere altre utilità, sia nel confronto dialettico con il Capo dello Stato, sia nel negoziato con le forze politiche aperte ad una alleanza di governo.

Ora, la tesi secondo cui il Presidente potrebbe opporre un veto solo per palese mancanza dei requisiti giuridici richiesti per l’ufficio¹⁸⁰, è stata revocata in dubbio da non pochi episodi di attivismo del Capo dello Stato nella interlocuzione con la personalità incaricata di dar vita ad un nuovo Governo¹⁸¹.

In difetto di dichiarazioni ufficiali alcune indiscrezioni rivelano l’avvenuta opposizione di rifiuti o, per lo meno, di serie perplessità a proposte giudicate “inopportune” dal Presidente della Repubblica. Si pensi alla proposta nomina del Sen. Previti al Ministero della Giustizia, che si racconta sia stata rigettata con garbo istituzionale dal Presidente Scalfaro all’incaricato On. Berlusconi, a cagione delle difficoltà giudiziarie in cui era incorso lo stesso senatore (che fu infatti nominato Ministro della Difesa). Si pensi, ancora, all’On. Maroni, indicato come reggente politico del Viminale, ma poi dirottato al Ministero del Lavoro su sollecitazione del Presidente Carlo Azeglio Ciampi. Lo stesso Presidente Napolitano si narra che abbia manifestato perplessità in merito alla proposta del Presidente incaricato Matteo Renzi di destinare al Ministero della Giustizia il dott. Nicola Gratteri¹⁸². Si badi bene: in tutti questi casi la *moral suasion* presidenziale ha sortito gli effetti sperati persuadendo senza soverchie difficoltà l’incaricato a cambiare idea¹⁸³.

Il tratto comune ai casi appena evocati parrebbe essere quello della dimensione squisitamente “personale” dei dubbi manifestati dal Presidente della Repubblica: si tratterebbe, più precisamente, di esitazioni ascrivibili a particolari e serie condizioni soggettive in cui versavano gli aspiranti ministri. E – si noti ancora – il tutto è (o sarebbe) avvenuto lontano dal clamore dei *mass media*, con la massima riservatezza.

Tutt’al più si può notare come talora il Capo dello Stato abbia giocato d’anticipo palesando alla personalità incaricata una sorta di identikit dei ministri destinati a ruoli chiave. A suo tempo (più precisamente nella primavera del 1994) il Presidente Scalfaro inviò al Presidente del Consiglio incaricato Silvio Berlusconi una lettera recante le “caratteristiche politiche” che avrebbero dovuto possedere i ministri preposti a dicasteri chiave quali quelli dell’interno e degli affari esteri¹⁸⁴.

Ebbene, il recente “caso Savona” ha immesso in questo circuito istituzionale alcuni elementi inediti, dai quali si potrebbe inferire la creazione di una precisa regola convenzionale.

Il caso è noto. Alla fine di maggio del 2018 il Presidente Mattarella conferì l’incarico al Professor Giuseppe Conte, assecondando la precisa richiesta dei due partiti interessati a formare una maggioranza di governo. Di lì a poco la proposta della Lega, resa pubblica attraverso i *mass media*,

¹⁸⁰ Così, ad esempio, L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, cit., 387.

¹⁸¹ V., infatti, A. AMBROSI, *Commento all’art. 92*, in S. Bartole e R. Bin (curr.), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008², 836 s.

¹⁸² Da alcune indiscrezioni della stampa parrebbe essere stata opposta la “regola” secondo cui la carica di Guardasigilli sarebbe preclusa ai magistrati in servizio: cfr. ilFattoQuotidiano.it del 22 febbraio 2014

¹⁸³ Cfr., sul punto, O. CHESSA, *Il Presidente della Repubblica parlamentare. Un’interpretazione della forma di governo italiana*, Napoli, 2010, 233.

¹⁸⁴ «1) Coloro ai quali ella riterrà di affidare responsabilità attinenti alla politica estera dovranno assicurare piena fedeltà alle alleanze, alla politica di unità europea, alla politica di pace. 2) Colui che sarà proposto quale responsabile del ministero dell’Interno - ministero che ha ruolo preminente nel preservare l’unità dell’Italia e il rispetto della legalità repubblicana - non dovrà assumere posizioni politiche in contrasto con i principi di libertà e di legalità, nonché con il principio dell’Italia “una e indivisibile”, che sono fondamento ed anima della nostra carta costituzionale»: in M. AINIS, T. MARTINES, *Piccolo codice costituzionale*, Milano, 2005⁵, 311 s.

di assegnare il Ministero dell'Economia al Professor Paolo Savona, fu scoraggiata dal Capo dello Stato alla luce delle posizioni dichiaratamente antieuropeiste assunte pubblicamente dallo stesso Savona. Ne seguì la ferma e risoluta decisione da parte della stessa Lega di non partecipare ad alcun Governo senza Savona quale Ministro dell'Economia. A seguito della rinuncia all'incarico da parte di Conte, il Presidente Mattarella rilasciò una dichiarazione recante l'esposizione dei motivi sottesi al veto opposto alla proposta della Lega¹⁸⁵. Dopo aver chiarito di aver «agevolato, in ogni modo, il tentativo di dar vita a un governo», visto il fallimento delle possibili soluzioni sperimentate nei due mesi precedenti, il Presidente ricorda di aver «accompagnato, con grande collaborazione, questo tentativo; com'è del resto mio dovere in presenza di una maggioranza parlamentare; nel rispetto delle regole della Costituzione». Nel contempo, lo stesso Capo dello Stato rammenta di aver precisato a tutti gli attori istituzionali e politici quivi coinvolti la volontà di esercitare, in relazione ad alcuni ministeri, «un'attenzione particolarmente alta sulle scelte da compiere» e ciò «senza ricevere obiezioni». Nella nomina dei ministri – prosegue lo stesso Mattarella – «il Presidente della Repubblica svolge un ruolo di garanzia, che non ha mai subito, né può subire, imposizioni». Ebbene, «la designazione del ministro dell'Economia costituisce sempre un messaggio immediato, di fiducia o di allarme, per gli operatori economici e finanziari». Coerentemente con questa indicazione, il Presidente aveva sollecitato le forze politiche interessate ad un accordo di governo a proporre «un esponente politico della maggioranza (...) che - al di là della stima e della considerazione per la persona - non sia visto come sostenitore di una linea, più volte manifestata, che potrebbe provocare, probabilmente, o, addirittura, inevitabilmente, la fuoruscita dell'Italia dall'euro». Tuttavia, a questa richiesta ha fatto seguito una esplicita «indisponibilità a ogni altra soluzione, e il Presidente del Consiglio incaricato ha rimesso il mandato». A questo punto, il Presidente Mattarella indugia sulle implicazioni di carattere economico correlate a tale divergenza con una delle forze politiche in parola: «l'incertezza sulla nostra posizione nell'euro ha posto in allarme gli investitori e i risparmiatori, italiani e stranieri, che hanno investito nei nostri titoli di Stato e nelle nostre aziende. L'impennata dello spread, giorno dopo giorno, aumenta il nostro debito pubblico e riduce le possibilità di spesa dello Stato per nuovi interventi sociali. Le perdite in borsa, giorno dopo giorno, bruciano risorse e risparmi delle nostre aziende e di chi vi ha investito. E configurano rischi concreti per i risparmi dei nostri concittadini e per le famiglie italiane. Occorre fare attenzione anche al pericolo di forti aumenti degli interessi per i mutui, e per i finanziamenti alle aziende (...)». Alla luce di tale riflessione, il Capo dello Stato ha rivendicato con forza il proprio dovere, nell'assolvimento di tale funzione di nomina, di «essere attento alla tutela dei risparmi degli italiani». Ricordando il ruolo da protagonista del nostro Paese nel processo di integrazione europea il Presidente ha anteposto, «a qualunque altro aspetto, la difesa della Costituzione e dell'interesse della nostra comunità nazionale».

Questo “episodio” è ricco di elementi di interesse sia dal punto di vista delle dinamiche istituzionali (cioè, sul come collocare entro la cornice definita dagli enunciati costituzionali e dalla prassi), sia sul versante proprio della teoria dei giochi. Una vera e propria interazione strategica (quasi una partita a scacchi) dove ogni attore ha scientemente fatto la propria mossa immaginando le diverse opzioni comportamentali dell'avversario. Non è un caso se, dopo aver consumato questo dissidio intorno al nome di Paolo Savona, il Presidente Mattarella convocò al Quirinale Carlo Cottarelli, al quale conferì l'incarico accettato da quest'ultimo con riserva. Una mossa forte, impegnativa, disorientante, che avrebbe dischiuso scenari tali da ridimensionare drasticamente il peso contrattuale delle forze politiche che ambivano a guidare il Paese. Ed in effetti (e in modo solo apparentemente sorprendente), di fronte a questa iniziativa che avrebbe favorito la nascita di un vero e proprio esecutivo del Presidente, la Lega rinunciò alla propria posizione intransigente dichiarando di rinunciare al Ministero dell'Economia nella persona del contestato Paolo Savona.

Ariel Rubinstein ha fornito una soluzione a questa interazione che parrebbe possedere tutti i tratti caratteristici del “gioco dell'ultimatum”¹⁸⁶. Si è trattato di un gioco di contrattazione. Domande e offerte sono state fatte in sequenza. Una soluzione rapida era preferita da tutti rispetto ad un

¹⁸⁵ V. il [testo](#) di questa dichiarazione in questa *Rivista*.

¹⁸⁶ V. B. CHIARINI, *Un mondo in conflitto*, cit., 292 s.

defaticante allungamento dei tempi. Tutto ciò ha fatto sì che esistesse una sola offerta che un giocatore razionale avrebbe potuto fare. Alla controparte rispetto al Presidente Mattarella non sarebbe rimasto che accettare questa offerta, proprio in quanto giocatore razionale¹⁸⁷. La credibilità della minaccia insita nell'opposizione formulata dal Capo dello Stato è dipesa non solo dalla autorevolezza istituzionale del suo artefice, ma anche dalla intrinseca razionalità (sempre istituzionale) della mossa così posta in essere¹⁸⁸.

Ora, per ciò che rileva in questa sede vi sono due profili che meritano di essere messi in luce.

In primo luogo, si osserva come, diversamente dal passato, il confronto tra gli attori istituzionali si sia svolto pubblicamente, rinunciando così a quella riservatezza che – come si è detto – aveva contraddistinto la pregressa esperienza. Agevolati dall'uso massiccio della rete e dei *social media*, i protagonisti di questa vicenda hanno condiviso con la vasta platea degli elettori una trattativa dai toni aspri e concitati. A prima vista, questa divulgazione pubblica potrebbe essere vista con favore da quanti pensano che anche la formazione di un nuovo esecutivo, inclusa la scelta dei ministri, debba essere accessibile alla moltitudine dei consociati, e non limitata al solito circolo esclusivo (e, dunque, escludente) dei soggetti istituzionali. Anche questo è un frangente essenziale della vita democratica del Paese e, dunque, una buona cura per la “crisi del rappresentato”¹⁸⁹ potrebbe proprio essere la rimozione del velo che sino a quel momento aveva occultato alla vista dei più accadimenti e confronti reputati abbisognosi della massima discrezione. Non solo. Ragionando in termini di teoria dei giochi, questa pubblicità ha favorito la condivisione di informazioni e conoscenze idonee a consentire ai vari giocatori di poter pianificare al meglio le rispettive mosse accedendo in anticipo alle intenzioni (vere o verosimili o ambigue) degli altri. C'è, però, anche un altro modo di interpretare questo disvelamento: dietro questa rappresentazione pubblica si celava forse la volontà di mettere alle corde la controparte o l'interlocutore, costringendolo a operare contromosse impegnative. La proposta proprio del Professor Savona, resa nota a tutti, può cioè essere intesa anche alla stregua di una provocazione volta a determinare una reazione del Capo dello Stato tale da metterlo in imbarazzo di fronte a molti, magari fornendo elementi di censura e biasimo ai critici (se non veri e propri oppositori) verso il Presidente Mattarella¹⁹⁰.

Pertanto, questa inedita propensione a valorizzare il momento informativo, a scapito della ben sperimentata riservatezza del passato, non necessariamente depone a sicuro favore di una razionalità istituzionale quale elemento di forza, sul versante della leale cooperazione, di una regola convenzionale i cui contorni verranno di qui a poco individuati e descritti.

In effetti, il “caso Savona” potrebbe essere letto come momento che inaugura una regola convenzionale che consente al Presidente della Repubblica di agire quale «tutore degli equilibri costituzionali», rigettando una proposta volta ad ottenere una nomina che metterebbe a rischio gli «interessi permanenti» che si esprimono proprio in quegli equilibri¹⁹¹. Il veto opposto al Professor Savona, lungi dal fondarsi su ragioni strettamente “personali” (cioè attinenti alla dimensione privata o intima del protagonista – suo malgrado – di questa vicenda), si baserebbe sulla necessità di preservare l'identità costituzionale della Repubblica italiana, che dell'appartenenza all'Unione europea ha fatto un tratto distintivo qualificante, quasi ontologico. Il Presidente agirebbe in questi

¹⁸⁷ Cfr. A. RUBINSTEIN, *Perfect Equilibrium in a Bargaining Model*, in *Econometrica*, 1982, 50, 97 ss.

¹⁸⁸ V. K. BINMORE, *Game Theory. A Very Short Introduction*, Oxford, 2007, trad. it., *Teoria dei giochi*, Torino, 2008, 163 ss.

¹⁸⁹ M. LUCIANI, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in N. Zanon e F. Biondi (curr.), *Percorsi e vicende attuali e della responsabilità politica*, Milano, 2001, 109 ss.

¹⁹⁰ Sostiene A. SPADARO, *Dalla crisi istituzionale al Governo Conte: la saggezza del Capo dello Stato come freno al “populismo sovranista”*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2018, 3, che «a ben vedere, non c'è stato tanto un “irrigidimento” del Presidente della Repubblica sul nome del ministro dell'economia, ma un “impuntatura” – un vero e proprio diktat – del tandem Salvini-Di Maio sul nome del Prof. Savona».

¹⁹¹ Così R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, cit., 211. Il che rappresenta uno sviluppo che anche i più attenti osservatori della vita costituzionale del nostro Paese non avevano ipotizzato, proprio alla luce di una valutazione prognostica basata sulla storia personale e professionale del Presidente in parola: v., infatti, P. COSTANZO, *Che Presidente sarà Sergio Mattarella?* in *Federalismi.it*, 2015, spec. 5.

casi non come portatore di una propria visione dell'esecutivo, del ruolo dei singoli ministri, dell'azione politica devoluta a tale organo, quanto come interprete di questa identità costituzionale, che una nomina "opinabile" (in quanto incoerente o insidiosa) potrebbe scalfire. Si verserebbe, cioè, in una situazione di pericolo concreto e attuale per la persistenza di quegli elementi costitutivi che conferiscono una precisa fisionomia valoriale e di principi alla nostra Repubblica. Una situazione di pericolo, si è detto, non di danno effettivamente consumato, che si avrebbe solo con un'azione concreta del singolo ministro (magari con il beneplacito dell'intera compagine governativa) divergente rispetto a quella identità costituzionale¹⁹². Ma se è possibile prevenire quella lesione è meglio, e questo è senza dubbio un compito che non travalica il ruolo istituzionale del Capo dello Stato, cioè di colui a cui tutti i poteri dello Stato fanno capo¹⁹³. Questa «magistratura di influenza»¹⁹⁴ mira dunque a prevenire rischi di attentati alla integrità dell'identità costituzionale della Repubblica italiana, non già a imporre una propria visione politica¹⁹⁵.

In ogni caso, il Presidente della Repubblica non può rinunciare al proprio e fondamentale compito di favorire e, poi, suggellare la formazione di un esecutivo in grado di avere la fiducia di entrambe le Camere: ogni valutazione in merito al nome di uno o più ministri non può non fare i conti con questo imprescindibile ruolo, che ne esalta la posizione ma nel contempo ne circoscrive i limiti¹⁹⁶. Ecco perché non è da trascurare il peso assunto, di volta in volta, dalle forze politiche impegnate nella ricerca di un accordo: quanto più coese saranno le posizioni espresse, tanto minori saranno i margini di manovra del Presidente della Repubblica nel confronto dialettico finalizzato alla individuazione dei ministri. Ministri *nominati* dal Capo dello Stato, ma *scelti* da questi attori politici, e non per svilire il ruolo del primo, ma per ribadire che il suo obiettivo ultimo è assecondare utilmente gli orientamenti dei secondi in vista della nascita di una maggioranza idonea a governare il Paese. Questo equilibrio non è voluto dalla politica, ma è imposto dalla stessa Costituzione.

¹⁹² Cfr. G. CAPORALI, *Sulla scelta dei ministri: verso un mutamento della forma di governo?*, in Federalismi.it, 2019, 1, 43, per il quale «il presidente Mattarella ha operato interamente all'interno del *decision making*, intendendo far prevalere rispetto alla compagine governativa in formazione la sua visione della politica europea, imperniata sull'irreversibilità della scelta a favore della moneta unica e sull'accettazione dei vincoli derivanti dall'appartenenza all'Unione europea, escludendo a priori percorsi di diversa ed opposta direzione». Cfr. P. COSTANZO, *Contributo al dibattito sul potere del Presidente della Repubblica di condizionamento della scelta dei ministri*, in *Giur. cost.*, 2018, 995 ss.

¹⁹³ Così la metafora suggerita da M. LUCIANI, *Un giroscopio costituzionale*, cit., 28.

¹⁹⁴ Corte costituzionale, [sentenza n. 1 del 2013](#) : «per svolgere efficacemente il proprio ruolo di garante dell'equilibrio costituzionale e di "magistratura di influenza", il Presidente deve tessere costantemente una rete di raccordi allo scopo di armonizzare eventuali posizioni in conflitto ed asprezze polemiche, indicare ai vari titolari di organi costituzionali i principi in base ai quali possono e devono essere ricercate soluzioni il più possibile condivise dei diversi problemi che via via si pongono. È indispensabile, in questo quadro, che il Presidente affianchi continuamente ai propri poteri formali, che si estrinsecano nell'emanazione di atti determinati e puntuali, espressamente previsti dalla Costituzione, un uso discreto di quello che è stato definito il "potere di persuasione", essenzialmente composto di attività informali, che possono precedere o seguire l'adozione, da parte propria o di altri organi costituzionali, di specifici provvedimenti, sia per valutare, in via preventiva, la loro opportunità istituzionale, sia per saggiarne, in via successiva, l'impatto sul sistema delle relazioni tra i poteri dello Stato. Le attività informali sono pertanto inestricabilmente connesse a quelle formali».

¹⁹⁵ Il Presidente Mattarella è, dunque, rimasto entro i limiti che circoscrivono e qualificano le proprie attribuzioni: limiti che, come ha perspicuamente osservato A. D'ALOIA, *Nomina dei Ministri, interessi costituzionali fondamentali, poteri del Presidente della Repubblica. Appunti a margine del caso 'Savona'*, in [Osservatorio costituzionale](#), 2018, 2, 5, sono «confini mobili, elastici, inevitabilmente attratti in una dimensione politica». Cfr., altresì, F. RIMOLI, *Dibattito sul potere del Presidente della Repubblica di condizionamento della scelta dei ministri*, in *Giur. cost.*, 2018, 1014 ss. *Contra* V. ONIDA, *In regime parlamentare la scelta dei Ministri fa parte dell'indirizzo politico del nuovo Governo*, in *Quad. cost.*, 2018, 675, a detta del quale «ogni possibile intervento del Capo dello Stato nella formazione della compagine governativa non si configura come presunto esercizio di un potere di scelta o di veto assoluto, ma si iscrive necessariamente in quell'ampia funzione di suggerimento, consiglio, ammonimento tipica del Capo dello Stato nel nostro sistema, rappresentante dell'unità nazionale, organo di garanzia e "magistrato di persuasione e di influenza"».

¹⁹⁶ Così A. D'ANDREA, *Commento all'art. 92*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (curr.), *Commentario alla Costituzione*, cit., 1783.

Come si è detto a proposito di altre convenzioni, questo solo precedente può inaugurare una regolarità che ad oggi non sussiste ancora. Quanto agli altri elementi della razionalità sottesa alla interazione strategica finalizzata alla preservazione dell'equilibrio costituzionale, il ragionamento dapprima sviluppato non fa che confermare la sussistenza di una ragionevole connessione di questa convenzione con il principio di leale collaborazione tra i poteri dello Stato.

La varietà delle reazioni della dottrina al caso Savona è sintomatica della difficoltà di conferire a questa ipotizzata regola convenzionale il tasso più elevato di inferenza diretta con il principio di leale collaborazione, secondo la griglia concettuale ispirata dalla teoria dei giochi¹⁹⁷. Molti elementi depongono a favore della tesi che il Presidente Mattarella abbia esercitato un vero e proprio potere di veto, e non si sia avvalso invece delle sue sperimentate prerogative di *moral suasion*: come spiegare altrimenti la scelta di dichiarare formalmente le ragioni di questo dissenso? Il veto è compatibile con il ruolo assegnato dalla Costituzione al Capo dello Stato? Un dubbio, questo, legittimo atteso che, nel caso di specie, il Presidente Mattarella ha contribuito ad ostacolare la nascita di un governo che avrebbe senz'altro ottenuto la fiducia delle due Camere viste le consistenze numeriche dei due partiti disposti ad allearsi: tutto ciò laddove – come è stato chiarito più volte – il compito del Presidente è proprio quello di favorire e accompagnare la nascita di una maggioranza governante così da garantire il compiuto ed effettivo funzionamento delle istituzioni.

Il Presidente avrebbe potuto procedere ad una revoca del mandato quale *extrema ratio* di fronte ad un dissidio divenuto insanabile?¹⁹⁸ Una scelta non indolore, però, che avrebbe potuto innescare un aggravamento della situazione di stallo contrapponendo attori istituzionali non collaborativi.

Ebbene, in questi casi la regola convenzionale qui immaginata impone di far prevalere l'esigenza di presidiare l'identità costituzionale della Repubblica italiana, che si manifesta per il tramite dei suoi principi supremi, rispetto alla pur rilevante esigenza di assicurare il compiuto funzionamento delle istituzioni.

Residua, però, il dubbio a suo tempo formulato da Antonio Ruggeri: perché il Presidente Mattarella non ha sollevato le medesime obiezioni in merito alla più o meno palesata volontà di affidare il Viminale al Sen. Salvini protagonista di reiterate manifestazioni di dissenso rispetto all'accoglienza dei migranti? In effetti, l'inclusione solidale di chi versa in condizioni di estremo disagio o povertà, a prescindere dal dato formale della cittadinanza, è un valore intimamente connesso al principio personalista (dignità umana) e al principio solidaristico scolpiti nell'art. 2 Cost., ossia due autentici principi supremi che concorrono a definire l'identità costituzionale della nostra Repubblica¹⁹⁹.

8.4. *Lo scioglimento anticipato delle Camere.*

In un recente scritto Giuseppe Rescigno ha individuato una convenzione che subordina il potere presidenziale di scioglimento anticipato delle Camere all'accertamento della impossibilità di formare una maggioranza in grado non solo di far funzionare il Parlamento, ma anche e soprattutto di sostenere un Governo: «il Presidente della Repubblica non può sciogliere anticipatamente le Camere se il Governo gode della fiducia, neppure se a chiederlo fosse lo stesso Governo»²⁰⁰. In un precedente

¹⁹⁷ Si rinvia alla analitica ricostruzione di G. CAVAGGION, *La formazione del Governo*, cit., 108 ss.

¹⁹⁸ Sulla revoca dell'incarico in parola v. C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 534, e L. ELIA, *Appunti sulla formazione del Governo*, cit., 1193.

¹⁹⁹ Così anche A. RUGGERI, *Anomalie di una crisi di governo e rischio di un uso congiunturale della Costituzione*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 2018, 4: «non si capisce perché mai il sindacato del Capo dello Stato non si sia appuntato, per coerenza, nella vicenda in commento anche sul capo di altri Ministri, quale ad es. quello degli interni, al quale peraltro è stato assegnato il titolo (di sicuro non meramente onorifico) di Vicepresidente del Consiglio, le cui idee (a tutti note da tempo) appaiono problematicamente compatibili con l'intera costellazione dei valori fondanti la Repubblica, a partire da quelli di solidarietà e di rispetto della dignità dei migranti: valori – è appena il caso di far notare – di certo non meno meritevoli di considerazione di quelli giudicati a rischio per effetto della nomina di Savona all'economia».

²⁰⁰ G.U. RESCIGNO, *Prassi, regolarità, regole, convenzioni costituzionali, consuetudini costituzionali, consuetudini giuridiche di diritto pubblico*, in [Osservatorio sulle fonti](#), n. 2/2018, 8.

saggio lo stesso Rescigno osservava che «il Presidente della Repubblica non ha mai sciolto anticipatamente le Camere contro la maggioranza politica di esse: sempre lo scioglimento anticipato è stato determinato dalla verificata impossibilità di formare una maggioranza politica, e quindi dalla necessità di restituire la parola al corpo elettorale»²⁰¹.

Pertanto, alla luce della evocata (e ipotizzata) regola convenzionale, una maggioranza anche diversa da quella risultata vincitrice alle elezioni precluderebbe al Capo dello Stato l'esercizio di tale potere.

Il vaglio della fondatezza di questa tesi presupporrebbe una articolata ricostruzione di tale istituto, che l'economia del presente lavoro non consente. Non solo. La varietà degli accadimenti istituzionali che hanno contrassegnato la vitalità del potere in parola, unitamente ai molteplici tentativi di inquadramento sistematico posti in essere dagli studiosi più sensibili al tema, dimostrano la complessità dell'approccio da dedicare al tema dello scioglimento anticipato. Nel contempo, questa congerie composta di eventi e ricognizioni teoriche induce a prestare una particolare attenzione alla interpretazione di questa presunta regola convenzionale alla luce della teoria dei giochi. In effetti, la prevedibilità delle mosse future diviene un compito arduo e problematico proprio al cospetto di una siffatta poliedricità, fatta di molteplici variabili non agevolmente collocabili in una ragionevole e coerente costruzione teorica²⁰².

Dunque, come procedere?

Lo scioglimento anticipato è sempre una sanzione, visto che l'effetto è quello della rimozione dei parlamentari prima che si concluda la legislatura e, dunque, prima che venga naturalmente meno la precostituita durata del mandato. Il ritorno alle urne consegna agli elettori l'onere di ridisegnare il panorama politico in Parlamento, con l'auspicio di dar vita ad una maggioranza in grado di governare il Paese. Diversamente dal premierato inglese, dove il Primo ministro può ottenere lo scioglimento anticipato della Camera dei comuni anche solo per sfruttare una favorevole contingenza politica²⁰³, nella nostra forma di governo la prematura fine della legislatura può essere sancita quale misura straordinaria, quale *extrema ratio*, vale a dire quale soluzione che fa eccezione rispetto alla regola della durata ordinaria della legislatura stessa. Non è un caso che questo potere sanzionatorio sia stato dalla Costituzione devoluto ad una autorità neutrale, imparziale, che nella veste di arbitro del corretto funzionamento delle istituzioni repubblicane è posto nelle condizioni di assumere una scelta che non

²⁰¹ G.U. RESCIGNO, *Il Presidente della Repubblica, Capo dello Stato*, cit., 709, dove richiama «la regola convenzionale che ha riempito il testo costituzionale: lo scioglimento anticipato dipende dalla capacità del Parlamento di formare o meno una maggioranza» (710).

²⁰² Tra gli scritti di taglio monografico più significativi v. P. COSTANZO, *Lo scioglimento delle assemblee parlamentari. I) Teoria e pratica dello scioglimento dalle origini al parlamentarismo razionalizzato*, Milano, 1984, e ID., *Lo scioglimento delle assemblee parlamentari. II) Studio sui presupposti e i limiti dello scioglimento nell'ordinamento repubblicano italiano*, Milano, 1988; M. BELLETTI, *Forma di governo parlamentare e scioglimento delle camere. Dallo Statuto albertino alla Costituzione repubblicana*, Padova, 2008; S. LEONE, *Contributo allo studio dello scioglimento anticipato nel sistema costituzionale*, Milano, 2013; F.R. DE MARTINO, *Presidente della Repubblica e scioglimento delle Camere. L'era post-partitica*, Napoli, 2019.

²⁰³ Nota L. ELIA, voce *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, 649, che con lo scioglimento anticipato «il Primo Ministro sceglie la data delle elezioni più favorevole per il proprio partito e non può, in pratica, minacciare di ricorrere a questo mezzo per ristabilire la disciplina tra *senior ministers* o gruppi di *beck-benchers* divenuti infidi o apertamente ribelli. Come il partito non può eliminare il leader senza ammettere un chiaro insuccesso, così il Premier-leader non può chiedere lo scioglimento per punire la sua maggioranza, senza confessare il proprio fallimento». Cfr. anche T.E. FROSINI, *Il governo parlamentare del Premierato*, in *Percorsi cost.*, 2009, 123 ss. Occorre, però, rammentare il *Fixed Term Parliament Act* del 2011 con il quale, come rammenta F. ROSA, *Gli assestamenti del parlamentarismo maggioritario nel Regno Unito*, in *Quad. cost.*, 2012, 686, «il partito liberal-democratico è riuscito a sottrarre dalle mani del Primo Ministro la possibilità di scegliere la durata della legislatura e la data dei comizi elettorali» Al riguardo M. VOLPI, *Alla ricerca della stabilità perduta*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2019, VI, ricorda l'iniziativa della Premier Theresa May di sciogliere la Camera, attuata grazie alla condivisione da parte delle opposizioni ai sensi del *Fixed Term Parliament Act* del 2011 che esige il voto favorevole di due terzi dei deputati. Sicché, «dal 2016 al 2019 alla testa del Governo conservatore si sono avvicendati tre Primi ministri: Cameron, dimissionario dopo l'esito del referendum sulla Brexit del 23 giugno 2016, May, dimissionaria il 7 giugno 2019 a causa del fallimento dei suoi ripetuti tentativi di accordo con l'Unione Europea, Johnson, nominato il 24 luglio 2019 in seguito alla sua elezione come leader del Partito conservatore con il 66% dei voti dei suoi membri».

alteri gli equilibri costituzionali nei rapporti tra i poteri dello Stato. Almeno dal punto di vista formale, lo scioglimento anticipato non è oggetto di un diritto potestativo delle stesse Camere, i cui componenti potrebbero però di fatto creare le condizioni per rendere obiettivamente impossibile raggiungere la fine del quinquennio.

Diversamente dall'art. 126, primo comma Cost., sullo scioglimento dei Consigli regionali, l'art. 88 Cost. non individua le ragioni legittimanti l'esercizio di tale potere da parte del Capo dello Stato, limitandosi a previsioni di ordine formale (consultazione del Presidente dei due rami del Parlamento) e temporale (il cd. semestre bianco).

Nel contempo, non è previsto alcun automatismo, lasciando comunque al Presidente della Repubblica la decisione sul punto. Così come, ponendoci all'inizio di una esperienza di governo, il Capo dello Stato non è giuridicamente vincolato a nominare Presidente del Consiglio il *leader* della coalizione vincente, analogo automatismo non sussiste all'epilogo di tale esperienza, cioè quando la compagine governativa uscita dalle urne rinuncia al proprio ruolo rassegnando le dimissioni²⁰⁴. Un voto di sfiducia, dunque, non potrebbe condurre automaticamente allo scioglimento anticipato²⁰⁵.

In questo quadro, solo appena abbozzato, si colloca la regola convenzionale qui discussa. In fondo, essa sembra aver operato tutte le volte in cui, nonostante le sollecitazioni provenienti da più parti, il Presidente della Repubblica in carica ha preferito far proseguire la legislatura, riconoscendo la sussistenza di un consenso maggioritario intorno ad una determinata formula di governo. L'episodio più appariscente è forse quello che vide protagonisti, tra la fine del 1994 e i primi giorni dell'anno successivo il Presidente della Repubblica Scalfaro e il Presidente dimissionario del Consiglio Berlusconi. Questi denunciò un presunto "ribaltone" per avere il primo ufficializzato la nascita di un Governo tecnico piuttosto che convocare i comizi elettorali²⁰⁶. Una maggioranza, anche se solo in parte diversa da quella vincente, preclude lo scioglimento anticipato: una maggioranza, dunque, *quale che sia*. È questo l'effetto della adozione della regola convenzionale qui esaminata, che ha trovato per l'appunto nella "dottrina Scalfaro" un riscontro paradigmatico.

Per quanto ragionevole, la convenzione in parola sembra non tener conto delle sopravvenute riforme elettorali, che hanno anticipato a prima del voto l'aggregazione delle forze politiche disponibili a coalizzarsi in caso di vittoria per conseguire la fiducia parlamentare²⁰⁷. Accreditarla una maggioranza, *comunque*, per assicurare il compiuto funzionamento delle istituzioni repubblicane apicali significa mettere sullo sfondo il modello della rappresentanza politica in ambiente democratico, considerando quel funzionamento la sola condizione vitale che davvero conti perché la macchina di governo possa attivarsi e intraprendere il cammino. Senonché, il più volte evocato "funzionamento" non è semplicemente una condizione meccanica di attitudine di una struttura organizzativa complessa ad agire secondo procedure e attribuzioni predefinite. È anche funzionamento coerente rispetto alla natura intrinseca delle istituzioni parlamentari quali sedi della rappresentanza politica. Dunque, non pare sufficiente una maggioranza quale che sia, perché questo finirebbe coll'ignorare il responso delle urne, ossia la volontà manifestata dai rappresentati²⁰⁸.

²⁰⁴ Cfr. S. LEONE, *Sugli automatismi in tema di scioglimento anticipato delle Camere*, in *Quad. cost.*, 2008, spec. 345 s.

²⁰⁵ Di questo avviso, in particolare, O. CHESSA, *Il Presidente della Repubblica*, cit., 62.

²⁰⁶ Cfr. A. BARBERA, *La forma di Governo in transizione*, in *Quad. cost.*, 1995, 227.

²⁰⁷ Con la consueta lucidità O. CHESSA, *La democrazia maggioritaria nell'interpretazione costituzionale della forma di governo*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 32, trae le logiche conclusioni che dall'affermazione di una democrazia maggioritaria, quale quella inglese, discendono circa la disponibilità del potere di scioglimento in capo al *Premier*: l'esercizio premierale del potere di scioglimento non ha luogo mai contro il Parlamento, «ma al contrario ne traduce in concreto la sovranità. Il "Governo di partito" dell'esperienza inglese non riproduce il modulo dualista della monarchia costituzionale. Ma rappresenta invece il compimento della transizione verso un regime monista. Il potere di decidere lo scioglimento non può dunque competere ad un soggetto la cui volontà sia altra da quella, espressa o presunta, del Parlamento. Se il Parlamento è sovrano, non può che essere il Parlamento il depositario ultimo del potere di anticipare la fine della legislatura: la convenzione dello scioglimento premierale non fa altro che semplificare l'operatività di questo principio, eliminando alcuni passaggi superflui».

²⁰⁸ Ciò rende comprensibili le obiezioni sollevate da non pochi studiosi proprio in relazione al caso qui trattato. Molto duro si rivela al riguardo il commento di A. SPADARO, *Poteri del Capo dello Stato, forma di governo parlamentare e*

Una fortunata dottrina definisce come “scioglimento funzionale” la prematura fine della legislatura allorché, esperiti tutti i tentativi di dar vita ad una nuova maggioranza disposta a sostenere l’esecutivo, il ritorno alle urne si rivela di fatto la strada obbligata²⁰⁹. Ebbene, ciò che, in una prospettiva illuminata dalla teoria dei giochi cooperativi, può considerarsi una regola convenzionale non è tanto quella che preclude al Capo dello Stato di esercitare siffatto potere quando vi sia comunque una maggioranza in Parlamento, quanto quella che, proceduralmente, impone di tentare tutte le strade oggettivamente (e seriamente) praticabili per mantenere in vita un organismo in difficoltà. Non tanto il risultato, quanto il modo per pervenire a quel risultato.

In una nota pronuncia, la Corte costituzionale esige che si dimostri l’avvenuto esperimento di «un serio tentativo di superare le divergenze attraverso le necessarie fasi dialogiche, quantomeno articolate nello schema proposta-risposta, replica-controreplica». Invero – prosegue la Corte – «sotto il profilo della leale cooperazione e, in particolare, sotto quello della correttezza nei rapporti reciproci, l’attività di concertazione deve svolgersi secondo comportamenti coerenti e non contraddittori, tanto in relazione alla specifica proposta da formulare, quanto in relazione a pregresse proposte (...). Le parti, inoltre, non possono dar luogo ad atteggiamenti dilatori, pretestuosi, ambigui, incongrui o insufficientemente motivati, di modo che il confronto possa avvenire su basi di correttezza e di apertura alle altrui posizioni»²¹⁰.

Lo scioglimento anticipato può assumere i tratti di una minaccia più o meno esplicita (o velata, a seconda dei punti di vista). Essa può consegnare nelle mani del Capo dello Stato un potere che potrebbe andare anche ben oltre una elegante (e costituzionalmente sostenibile) *moral suasion*, suonando piuttosto come un vero e proprio ultimatum. In questa interazione strategica, il Presidente non può però assumere contegni elusivi della necessaria razionalità istituzionale, che impone di collocare tutti gli attori entro una solida e coerente cornice destinata a preservare l’equilibrio costituzionale. Detto in altri termini, questa minaccia può rientrare in una logica collaborativa solo se fondata su argomenti seri, su circostanze di fatto inequivocabili dal punto di vista oggettivo, su altrui comportamenti denotati da intenti dilatori o provocatori o capziosi. Si fuoriesce dal perimetro così tracciato allorché la minaccia di questa “sanzione” si limiti a riflettere un mero punto di vista personale del Presidente, carico di elementi politici intimamente connessi alla contingenza dei fatti.

Nel contempo, la regola convenzionale che impone una interazione strategica razionalmente orientata verso la preservazione dell’equilibrio costituzionale, esige che tutti gli altri attori si astengano da quei contegni che nella evocata decisione la Corte costituzionale ha stigmatizzato quali atteggiamenti inconciliabili con una cooperazione genuinamente leale. Per quanto la prospettiva di un ritorno alle elezioni possa suscitare ambizioni e alimentare comportamenti competitivi (è questa la politica!), nondimeno l’interesse ad un risultato lusinghiero non può giustificare comportamenti

rischio di “ribaltone”, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 2010, 5: «infatti – pur in presenza di una chiara, originaria volontà elettorale a favore della coalizione di centro-destra – il passaggio, in quell’occasione, dei parlamentari della Lega Nord dal centro-destra al centro-sinistra rese possibile la formazione di un governo che a questo punto aveva, sì, una maggioranza parlamentare (persino, all’inizio, con l’astensione del Polo di centro-destra), ma cui non corrispondeva più una maggioranza elettorale. Anzi, per dirla brutalmente: l’operazione compiuta dava, sì, un governo c.d. tecnico al Paese – anzi di più: evitata uno scioglimento anticipato delle Camere – ma in qualche modo tradiva la volontà del corpo elettorale, riproponendo, in forme nuove, il fenomeno antico del trasformismo politico, ciò che il nuovo quadro politico bipolare, e soprattutto il nuovo sistema elettorale maggioritario, non consentiva». Dal canto suo A. MORRONE, *Governo, opposizione, democrazia maggioritaria*, in *il Mulino*, 2003, 643, osserva che «delle due letture, quella in linea con le nuove leggi elettorali e quella tradizionale che imponeva lo scioglimento solo ove si fosse registrata l’inesistenza di una maggioranza in Parlamento, Scalfaro scelse questa seconda opzione». V. anche S. CECCANTI, *La forma neoparlamentare di governo alla prova della dottrina e della prassi*, in *Quad. cost.*, 2002, 117: «il problema principale si è manifestato con riguardo alla congruenza tra una legislazione elettorale a dominante comunque maggioritaria – e quindi tesa a costruire le coalizioni in sede elettorale – e un’interpretazione dell’ellittico art. 88 Cost. in chiave vetero-parlamentaristica, tendente cioè ad accettare passivamente qualsiasi maggioranza post-elettorale formatasi in Parlamento. Questa è stata la dottrina esposta dal Presidente Scalfaro, che l’ha presentata in più occasioni come l’unica costituzionalmente legittima, col sostegno, del resto, della maggioranza della dottrina giuspubblicistica».

²⁰⁹ Cfr. M. GALIZIA, *Studi sui rapporti tra Parlamento e Governo*, Milano, 1972, 249 ss.

²¹⁰ [Sentenza n. 379 del 1992](#). Così anche la successiva [sentenza n. 19 del 2015](#).

che hanno il solo risultato di scaricare sul Presidente della Repubblica la responsabilità di una decisione così grave e impegnativa per il nostro sistema democratico²¹¹. Nel contempo – e questo deve essere chiaro – il Capo dello Stato non può essere percepito e trattato come il mero ratificatore, in posizione di imparzialità, della volontà condivisa dalle forze politiche numericamente più consistenti, di restituire la voce agli elettori, essendo comunque l'autorità che più di altre la nostra Costituzione qualifica come organo di equilibrio e stabilità²¹².

La ricca varietà delle circostanze di fatto che hanno segnato la storia di questo istituto e le altrettanto significative differenze che hanno caratterizzato l'atteggiamento assunto dai diversi protagonisti, a cominciare proprio dal Presidente della Repubblica, non depongono certo a favore di una regola convenzionale provvista di un alto tasso di compenetrazione col principio di leale cooperazione. In questi frangenti, invero, il fattore politico sembra avere la meglio su qualsiasi inclinazione "normativa" a disciplinare presupposti e forme di esercizio del potere di scioglimento anticipato. Il peso dei concreti rapporti di forza è tale da rendere meno stabile il terreno in cui impiantare una regola convenzionale come quella ipotizzata in apertura di questo paragrafo²¹³. Maggiori probabilità di attecchimento ha, invece, la regola convenzionale che impone di tentare il tutto per tutto al fine di evitare la cessazione prematura della legislatura, non fosse altro perché essa impone un modo di agire, e non tanto un obiettivo da raggiungere. E ciò non farebbe che valorizzare il ruolo del Capo dello Stato come privilegiato punto di riferimento (se non vero e proprio regista, come ritiene Pasquale Costanzo) quanto al monitoraggio della crisi e alla definizione delle tempistiche²¹⁴.

9. Due sedicenti convenzioni: la *conventio ad excludendum* e la *nomina dei Senatori a vita*.

Prima di tentare alcune riflessioni d'insieme sull'ipotesi interpretativa qui proposta, giova soffermarsi, sia pure brevemente, su due casi di pretese o asserite convenzioni che, in verità, non dovrebbero essere riconosciute e qualificate come tali.

I) Nella sua celeberrima voce enciclopedica del 1970 dedicata alle forme di governo, Leopoldo Elia utilizzò l'espressione *conventio ad excludendum* per designare quella regola convenzionale che aveva escluso il Partito comunista da qualsiasi formula governativa²¹⁵.

Questa regola convenzionale generò una democrazia bloccata, perciò non inclusiva, in virtù di una pregiudiziale ideologica che non trovava alcun appiglio nel dettato costituzionale: invero, l'unico limite ideologico sancito dalla Costituzione al diritto di associazione partitica è rappresentato dal divieto di ricostituzione del disciolto partito fascista²¹⁶.

Nel tempo questa *conventio* ha smarrito progressivamente la propria originaria indole esclusiva. Con le elezioni amministrative del 1975 e le elezioni politiche del 1976, venne istituito un governo di solidarietà nazionale, noto pure come «governo della non-sfiducia», presieduto da Giulio Andreotti, che segnò il primo passo verso il superamento di tale convenzione. Il successivo tentativo

²¹¹ Per questa ragione appare opinabilissima la scelta di procedere ad uno scioglimento anticipato delle Camere per evitare la celebrazione di un referendum "fastidioso": v. S. LEONE, *Contributo allo studio*, cit., 249 ss.

²¹² Sul potere di scioglimento anticipato come misura eguale e contraria alla sfiducia parlamentare nei confronti del Governo v. S. LEONE, *Contributo allo studio*, cit., 31 ss., che correttamente riconduce questa relazione ad una condizione di equilibrio tra legislativo ed esecutivo.

²¹³ Intorno a questo profilo v. T.E. FROSINI, P.L. PETRILLO, *Commento all'art. 88*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (cur.), *Commentario alla Costituzione*, cit., 1719. V. anche M.L. MAZZONI HONORATI, *Aspetti giuridici e prassi costituzionale dello scioglimento delle Camere nell'ordinamento repubblicano italiano*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1978, spec. 1344.

²¹⁴ Cfr., infatti, P. COSTANZO, *La gestione delle crisi di governo e lo scioglimento anticipato delle Camere*, in A. Ruggeri (cur.), *Evoluzione del sistema politico-istituzionale e ruolo del Presidente della Repubblica*, Torino, 2011, 131.

²¹⁵ Cfr., infatti, L. ELIA, voce *Governo (forme di)*, cit., 655. Dal canto suo U. ALLEGRETTI, *Storia costituzionale italiana. Popolo e istituzioni*, Bologna, 2014, 137, ricorda come questa *conventio* fu teorizzata già nel 1950 da don Sturzo.

²¹⁶ Di rilievo appaiono le riflessioni svolte da G. FERRARA, *Prima sblocciamo la «conventio»*, in *Rinascita*, 25 gennaio 1986, che reputò prioritaria, rispetto ad ogni proposta di modifica del sistema elettorale, la rimozione della pregiudiziale di principio verso l'opposizione.

di “compromesso storico”, che vide quali protagonisti i due segretari Aldo Moro ed Enrico Berlinguer, non fece che ulteriormente palesare la volontà di abbandonare quella regola²¹⁷. Con la fine della prima Repubblica, la principale forza di sinistra partecipò, quale pretendente alla guida dell'esecutivo, alle elezioni del 1994, per poi approdare a Palazzo Chigi nel 1996.

Ora, in un gioco cooperativo le regole convenzionali mirano ad includere, non già ad escludere²¹⁸. Pur in presenza di una obiettiva regolarità, venuta meno solo con il crollo dell'originario sistema partitico, questa interazione strategica volta a negare l'accesso all'esecutivo di una specifica forza politica (percepita come una insidia per le istituzioni repubblicane e democratiche del nostro Paese) non ha nulla di razionale dal momento che la stessa Costituzione formale non contempla alcuna preclusione di questa natura, salvo il limite dapprima evocato. Se dalla platea dei potenziali attori si estromettono alcune formazioni, viene meno la stessa ragion d'essere della leale cooperazione tra tutti i soggetti coinvolti nel procedimento di formazione del Governo. Giova ribadirlo: la leale cooperazione è per sua stessa natura inclusiva e una convenzione volta ad estromettere o ad emarginare appare, anche in termini di teoria dei giochi, un non senso, visto che impedisce a taluni soggetti per l'appunto di “giocare” senza alcuna motivazione costituzionalmente sostenibile.

Piuttosto, questa *conventio* appare rilevante solo ed esclusivamente dal punto di vista politico, senza alcuna implicazione giuridico-istituzionale e, come tale, non può essere annoverata tra le regole convenzionali preordinate all'inveramento del principio di leale collaborazione. Nella sua intrinseca connotazione politica (verrebbe da dire, ideologica), detta *conventio* esprime una intensa carica delegittimante, secondo un fenomeno in verità già noto sin dagli albori dell'Italia liberale²¹⁹. Un partito, pur legittimamente entrato nella scena politica in forza dell'art. 49 Cost., si vede screditato quale entità abilitata a guidare o a contribuire al governo del Paese. Ed è difficile non ammettere che una simile delegittimazione abbia finito coll'alterare il senso ultimo della nostra forma di governo, atteso che una delle parti del panorama politicamente rappresentativo si è ritrovata al di fuori del gioco democratico con una indebita compromissione della centralità delle istituzioni parlamentari²²⁰.

II) A norma dell'art. 59, secondo comma, Cost., «il Presidente della Repubblica può nominare senatori a vita cinque cittadini che hanno illustrato la Patria per altissimi meriti nel campo sociale, scientifico, artistico e letterario».

Una volta nominati i cinque senatori a vita, quel Presidente della Repubblica ha esaurito il proprio potere, non potendolo più esercitare per tutto il mandato? Neanche se nel frattempo uno dei cinque viene meno? E se in Senato ci sono già cinque senatori a vita, nominati dal predecessore, quel Capo dello Stato non potrà esercitare questo potere di nomina?

L'alternativa è tra queste due soluzioni: ogni Presidente ha il potere di nominare cinque senatori a vita oppure il numero di cinque senatori a vita è il massimo consentito all'interno del Senato.

²¹⁷ Cfr. M. VALBRUZZI, *Trasformismo*, in E. Jones e G. Pasquino (curr.), *The Oxford Handbook of Italian Politics*, Oxford, 2015, 33 ss. Cfr. anche P. CALANDRA, *Il Governo della Repubblica*, cit., 16 ss., e M. AINIS, *La forma di governo della Terza Repubblica*, in *Quad. cost.*, 2019, 111 ss.

²¹⁸ Come ha condivisibilmente scritto B. CARAVITA, *I poteri di nomina e scioglimento delle Camere*, in A. Baldassarre e G. Scaccia (curr.), *Il Presidente della Repubblica nell'evoluzione della forma di governo*, Roma, 2011, 80, le convenzioni, sin dal loro momento genetico, esigono il consenso di tutti gli attori istituzionali.

²¹⁹ Come dimostra U. ALLEGRETTI, *Profilo di storia costituzionale italiana. Individualismo e assolutismo nello stato liberale*, Bologna, 1989, 224 ss. V., anche, F. CAMMARANO, *La delegittimazione dell'avversario politico legittimo nell'Italia post-unitaria*, in *Ricerche di storia politica*, 2009, 3 ss.

²²⁰ Cfr., infatti, G. GUZZETTA, *Dalla centralità del Parlamento alla crisi della Prima Repubblica*, in *Quad. cost.*, 2019, 69: «il precipitato storico di tale provvisorietà degli assetti politicocostituzionali è riassunto dalla formula della *conventio ad excludendum* (che evoca problematiche geo-politiche e ideologiche ampiamente eccedenti i confini nazionali), la quale non a caso si accompagnò ad un complementare moto *ad integrandum*. La ricaduta di questa cornice epocale sulla forma di governo è evidente e, allo stesso tempo, molto complessa e oscillante, soprattutto nei momenti di passaggio. Come si diceva all'inizio, le soluzioni, le convenzioni, le prassi e anche le regole espresse, lungi dal succedersi in un movimento lineare, si sono andate stratificando e accumulando, producendo un assetto i cui riflessi si colgono ancora oggi e sono addirittura percepiti con il crisma della “normalità”». Cfr. anche M.E. GENNUSA, *La posizione costituzionale dell'opposizione*, Milano, 2000, 180 ss.

A questo dilemma si è tentato di dare una risposta, ma i Presidenti hanno assunto posizioni differenti al riguardo.

Pertini (che ha nominato al Senato Valiani, Eduardo De Filippo, Ravera, Bo, Bobbio) e Cossiga (che ha nominato De Martino, Spadolini, Andreotti, Gianni Agnelli, Taviani) hanno abbracciato la prima soluzione: dunque, se ci sono già cinque senatori a vita ciò non preclude l'esercizio di tale potere fino ad un massimo di cinque nomine nel corso del settennato. Gli altri Capi dello Stato, sia quelli che hanno preceduto Pertini, sia quelli a partire da Scalfaro (che non ha nominato alcun senatore a vita) hanno aderito alla opposta interpretazione²²¹.

Ebbene, si è in presenza non tanto di una regola convenzionale volta a garantire l'osservanza del principio di leale cooperazione, quanto di un problema di interpretazione di un enunciato normativo che si è rivelato nei fatti non univoco quanto alla sua portata sostanziale. Nessun "gioco" intrapreso dal Capo dello Stato, ma una operazione ermeneutica posta in essere dall'autorità investita di questo potere di nomina, anche se, in effetti, l'adozione dell'una o dell'altra opzione esecutiva può, in certe circostanze, assumere un rilievo quasi decisivo, sol che si pensi a quei casi di esecutivi sostenuti da maggioranze risicatissime, dove anche il voto dei senatori a vita può rivelarsi di fatto determinante²²².

Ad ogni modo, a risolvere definitivamente il dilemma interpretativo in oggetto ci ha pensato il Parlamento con la legge costituzionale n. 1 del 2020 (in vigore dal 5 novembre 2020), che ha modificato l'art. 59 cit. stabilendo espressamente che «il numero complessivo dei senatori in carica nominati dal Presidente della Repubblica non può in alcun caso essere superiore a cinque».

10. *La Corte costituzionale e le convenzioni: dalla chiusura al riconoscimento.*

Molti anni addietro Rescigno ipotizzò che la Corte costituzionale «per la sua posizione e le sue funzioni è l'organo che con più probabilità può essere costretto ad occuparsi di convenzioni costituzionali»²²³. Qualche anno dopo, una volta constatata l'assenza di puntuali e pertinenti richiami alle convenzioni da parte di questo Collegio, Mannino reputò una «mera potenzialità» la presenza di queste ultime nei giudizi che si celebrano dinanzi alla Corte costituzionale»²²⁴.

In anni più vicini a noi Paolo Carnevale ha intercettato questa ritrosia e ne ha proposto una puntuale lettura. Egli, infatti, nota come «più rilevante ai presenti fini, tanto da assurgere a significativa riprova del silenzio del giudice costituzionale, potrebbe essere il tradizionale e abbastanza diffuso argomento circa l'assenza di *enforcement* giudiziario proprio delle regole convenzionali, se non a patto di traslocare in altra fonte, convertendosi in consuetudini o mediante assunzione in atti normativi formali»²²⁵.

Risuonano, al riguardo, le perspicaci parole ancora una volta di Rescigno, secondo cui, a proposito della controversa giuridicità delle convenzioni, queste «non sono tali perché non hanno giudice, ma non hanno giudice perché sono regole convenzionali»²²⁶. Carnevale è andato oltre e ha sostenuto «la quasi assoluta carenza di frequentazione» di questo istituto da parte della Corte: «quel che infatti si registra nella giurisprudenza costituzionale è proprio una tendenziale assenza anche di semplice

²²¹ Il Presidente Ciampi nominò cinque senatori a vita, ma attese che il numero di senatori per merito scendesse nel 2001 sotto il limite di cinque: limite che fu rispettato sino alla fine del settennato. Il Presidente Napolitano, nel corso del suo primo mandato, nominò un solo senatore a vita (Mario Monti). All'inizio del secondo mandato ne nominò quattro (Renzo Piano, Claudio Abbado, Elena Cattaneo e Carlo Rubbia) conformandosi così all'interpretazione restrittiva. Dal canto suo, il Presidente Mattarella ha nominato una sola senatrice a vita, nella persona di Liliana Segre.

²²² Ovviamente non meritano di essere riportate le affermazioni agghiaccianti del Sen. Salvini (che avrebbe ripreso una precedente "dichiarazione" di Beppe Grillo) in occasione del voto del Senato del 19 gennaio 2021 su di una questione di fiducia posta dal Presidente del Consiglio Giuseppe Conte.

²²³ G.U. RESCIGNO, *Le convenzioni costituzionali*, cit., 142.

²²⁴ A. MANNINO, *Prime considerazioni in tema di convenzioni costituzionali*, in G. MOR (a cura di), *Norme di correttezza costituzionale, convenzioni e indirizzo politico*, Milano, 1999, 99.

²²⁵ P. CARNEVALE, *A Corte... così fan tutti? Contributo ad uno studio su consuetudine, convenzione e prassi costituzionale nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2014, 4, 43.

²²⁶ G.U. RESCIGNO, *Le convenzioni costituzionali*, cit., 123.

cognizione, giacché la Corte mostra di non poter neanche “far uso” della regola convenzionale nella risoluzione delle controversie rimesse al proprio giudizio»²²⁷.

Tacendo al riguardo o, comunque, rifiutandosi di accogliere, tra i propri *standard* di giudizio, le convenzioni la Corte parrebbe negare alle stesse qualsivoglia potenzialità di accesso ai suoi giudizi. Carnevale ritiene, a questo proposito, rilevante «la contrapposizione che la Corte individua fra il “metodo convenzionale” e quello “giudiziario” nella risoluzione dei contrasti fra gli organi apicali dello Stato che, qualora declinata in termini di rigido aut aut, potrebbe tradursi nella formula “ove c’è convenzione, il conflitto che insorgesse non può trovare composizione dinanzi alla Corte” e viceversa. I giudici di Palazzo della Consulta paiono in questo modo voler accreditare l’idea di una inimicizia di fondo fra convenzione e giudizio costituzionale, raffigurati come istituti fondati su *rationes* contrapposte e rispondenti a logiche e matrici fra loro antitetiche»²²⁸.

Insomma, sarebbe proprio la matrice squisitamente politica ad alimentare il disagio della Corte di fronte alle convenzioni: questo «intenso tratto di politicità» secondo Carnevale «fa verosimilmente avvertire alla Corte costituzionale una condizione di maggiore estraneità. Essa è, più che giuridicamente, culturalmente ed idealmente terza. Lo è perché soggettivamente forestiera: esterna al club. Ma ancor di più perché funzionalmente aliena, giacché non solo la decisione sulla convenzione, ma anche il semplice utilizzo della stessa finirebbe per produrre un effetto di irrigidimento sicuramente sgradito alle eventuali parti in conflitto e contrario alla logica stessa dello strumento»²²⁹.

Ebbene, il ragionamento sviluppato in questa sede, e che si è in gran parte ispirato ad alcuni passaggi chiave della teoria dei giochi, depone a favore di una riscoperta delle convenzioni anche in sede giurisdizionale. Non rileva la natura giuridica o meno dalle regole così prodotte, quanto la loro attitudine a contribuire ad inverare il principio di leale collaborazione, la cui idoneità a fungere da parametro nei giudizi dinanzi alla Corte costituzionale è fuori discussione. Come si è detto, *la deviazione da una regola convenzionale non è di per sé contestabile dinanzi a tale giudice. Lo è piuttosto la sua connotazione quale figura sintomatica di violazione del principio di leale collaborazione*.

Ciò che può variare è l’intensità di questa violazione, atteso che non tutte le convenzioni presentano il medesimo grado di compenetrazione con il principio in parola. Tanto più intima si rivela questa connessione, tanto più agevole sarà dimostrare la fondatezza della pretesa fatta valere sulla base della lamentata violazione della leale collaborazione. E tanto più rigorosa sarà la valutazione fatta dalla Corte sui comportamenti rilevanti nel caso di specie. Il test di giudizio elaborato sulla scorta dei tanti elementi ricavabili dalla teoria dei giochi appare idoneo a guidare il sindacato della Corte.

11. *Violazione o abbandono di una convenzione costituzionale?*

A questo punto, però, affiora un dubbio: l’inosservanza di una regola convenzionale è sempre e necessariamente fattore sintomatico di violazione del principio di leale collaborazione oppure può equivalere ad un abbandono di quella convenzione con conseguente (ed eventuale) “ritorno al testo” (si pensi, ad esempio, al Presidente della Repubblica che non procede alle consultazioni) o persino la nascita di una nuova convenzione (si pensi – con riserva di tornarci a breve – alla presidenza delle due Camere)?

Ragionando secondo la teoria dei giochi, la convenzione dovrebbe venir meno quando per gli attori dissenzienti la rinuncia alla stessa garantirebbe maggiori utilità rispetto a quelle conseguite grazie alla

²²⁷ P. CARNEVALE, *A Corte... così fan tutti?*, cit., 43.

²²⁸ ID., 45.

²²⁹ ID., 46. Lo stesso A. ha avuto modo di tornare a riflettere su questo profilo in *Una desaparecida a Palazzo della Consulta: la convenzione costituzionale*, in Federalismi.it, 2015, f. 18, 1 ss. Sulla dimensione politica v., oltre a G.U. RESCIGNO, *La responsabilità politica*, cit., 7, A. RUGGERI, *Il Consiglio dei ministri nella Costituzione italiana*, Milano, 1981, che parla di principio di «autodeterminazione politica». Per G. DEMURO, *Regole costituzionali non scritte*, cit., 22, in queste regole massima appare «la loro contaminazione reciproca», e per Q. CAMERLENGO, *I fatti normativi e la certezza del diritto costituzionale*, cit. 105, le stesse si pongono nella «zona di frontiera tra diritto e politica».

sua sopravvivenza. È, questo, l'esatto contrario del gioco superadditivo, così definito perché la cooperazione porta ad ottenere utilità più alte per ogni giocatore rispetto all'azione individuale²³⁰. È chiaro, perciò, che se questa condizione non si rivela più soddisfatta, allora vi è l'interesse a rinnegare l'accordo. Non dissimile sarebbe l'esito del ricorso al concetto di *kernel*, vale a dire un criterio di soluzione del gioco basato su di una redistribuzione delle utilità tale per cui l'accordo assicura un *surplus* di benefici rispetto alla situazione in cui è venuto meno uno dei giocatori coalizzati²³¹. Analogamente, il valore di Shapley ridistribuisce le utilità ascrivibili all'accordo in funzione del contributo marginale che ogni singolo giocatore apporta al sodalizio²³².

In buona sostanza, la teoria dei giochi insegna che la prevedibilità dell'esito di un gioco cooperativo dipende dai vantaggi che discendono a ogni giocatore dalla persistente osservanza del vincolo convenzionale. Quanto di questa acquisizione può essere traslato nell'ambito che ci interessa?

Consideriamo proprio la regola convenzionale con la quale è stato dato avvio a questo studio, vale a dire quella relativa alla presidenza della Camera dei Deputati, dal 1974 (Pietro Ingrao) e sino al 1994 garantita al principale partito di opposizione²³³. In quell'arco temporale il Partito comunista ha tratto vantaggio da quella convenzione conquistando la terza carica dello Stato. Nel contempo, le forze di maggioranza hanno ricavato dalla osservanza della stessa una significativa utilità, riconoscendo tangibilmente al primo partito di opposizione un ruolo strategico dal punto di vista istituzionale quasi a compensare gli effetti preclusivi derivanti dalla già analizzata *conventio ad excludendum*²³⁴. Quella regola convenzionale, dunque, riposava su di una interazione strategica retta da una ragguardevole razionalità istituzionale (relativa al ruolo che la Presidenza ha all'interno della Camera, anche in termini di garanzia di un corretto rapporto tra maggioranza e opposizione), e che condusse ad un congruo equilibrio costituzionale. Vigente lo Statuto albertino, con l'avvento della sinistra al potere si è fatta strada l'immagine di un Presidente "imparziale" della Camera, che avrebbe quasi logicamente aperto la strada proprio all'opposizione (che imparziale non è, ma quanto meno può fare da contrappeso, attraverso questa carica, alla situazione di "dominio" esercitata dalla maggioranza)²³⁵.

Non sono mancate diverse interpretazioni del consumato abbandono di questa convenzione nel 1994. V'è chi ha ipotizzato una fraintesa lettura del maggioritario da parte proprio delle forze politiche

²³⁰ Cfr. T. SOLYMOSI, *On the Bargaining Set, Kernel and Core of Superadditive Games*, in *International Journal of Game Theory*, 1999, 28, 229 ss.

²³¹ V., sul punto, R.J. AUMANN, B. PELEG, P. RABINOWITZ, *A Method for Computing the Kernel of n-Person Games*, in *Mathematics of Computation*, 1965, 19, 531 ss.

²³² Così E. WINTER, *Chapter 53 The shapley value*, in *Handbook of Game Theory with Economic Applications*, 2002, 3, 2025 ss.

²³³ Ricordo che dal 24 aprile al 25 maggio 1992 la Presidenza della Camera fu affidata a Scalfaro. Rammento pure la singolarità del "caso Pertini". Il 5 giugno 1968 Sandro Pertini fu eletto Presidente della Camera. In quel momento godeva della fiducia il Governo Moro III che includeva nella relativa coalizione il PSI. Senonché, il 25 giugno di quello stesso anno si formò un Governo monocolore DC (Leone II). Nei sei mesi successivi, quindi, a presiedere la Camera fu un esponente di un partito che non era al Governo. Il 13 dicembre 1968 nacque il Governo Rumor I la cui coalizione includeva il PSU, che aveva messo insieme il PSI e i socialdemocratici italiani. Tra il 6 agosto 1969 e il 28 marzo 1970 (quando ancora Pertini era Presidente della Camera) operò il Governo monocolore Rumor II cui fece seguito, per pochi mesi, il Rumor III aperto al PSI. Dal 1972 al 1976 Pertini fu confermato in questa carica, ma nello stesso periodo non sempre il suo partito aderì alle costituite alleanze di Governo (Andreotti I e II; Moro IV e V).

²³⁴ Di questo avviso P. POMBENI, *La questione costituzionale in Italia*, Bologna, 2016, 325. Cfr. anche F. BONINI, *Storia costituzionale della Repubblica*, Roma, 1993, 97, e M.E. GENNUSA, *La posizione costituzionale dell'opposizione*, cit., 264 s.

²³⁵ V. A. SCIORTINO, *Il Presidente di assemblea parlamentare*, cit., 6 ss., che ricorda, peraltro, la genesi della consuetudine dell'astensione dal voto del Presidente stesso (17, n. 31, Presidenza Crispi nel 1877). Sull'esperienza inglese dello *Speaker*, quale interprete privilegiato del diritto parlamentare con un ruolo in qualche misura accostabile a quella di un giudice, v. A. TORRE, *Il magistrato dell'assemblea. Saggio sui Presidenti parlamentari*, Torino, 2000, 279 ss. V. pure G. FERRARA, *Il Presidente di assemblea parlamentare*, Milano, 1965, 218 e 256, nonché M. MANETTI, *La legittimazione del diritto parlamentare*, Milano, 1990. Cfr. anche S. CECCANTI, *I Presidenti di Assemblea e la "mistica" dell'imparzialità*, in V. Lippolis e N. Lupo (curr.), *Le trasformazioni del ruolo dei Presidenti delle Camere. Il Filangieri. Quaderno 2012-2013*, Napoli, 2013, 293 s.

uscite vincitrici dalla competizione elettorale di quell'anno²³⁶. Altrove si è minimizzato lo strappo osservando che i compiti di garanzia devoluti a tale carica avrebbero potuto ben essere assolti anche da un esponente della maggioranza, come dimostrato dall'esperienza di altri ordinamenti²³⁷. Non è da sottovalutare la circostanza che, una volta superata la *conventio ad excludendum*, favorita anche da una riforma elettorale – quale quella del 1993 – che incoraggiava coalizioni elettorali proiettate verso la conquista di Palazzo Chigi, è venuta meno una delle ragioni pratiche più significative poste a fondamento della riserva della guida di Montecitorio al principale partito di opposizione. E il fatto stesso che non vi furono reazioni eclatanti dopo l'elezione dell'On. Pivetti e che, soprattutto, nelle successive legislature la deviazione da quella convenzione ventennale fu ribadita, paiono dimostrare che non si è materializzata alcuna lesione del principio di leale collaborazione, trattandosi piuttosto della risoluzione consensuale di un accordo che non aveva più ragion d'essere. La rinuncia a quella convenzione non ha di fatto alterato la fisionomia di questa carica, che ha continuato – anche grazie a regolamenti parlamentari sufficientemente univoci da questo punto di vista – a garantire una qualche forma di neutralità quale garanzia di un sano e corretto confronto dialettico tra maggioranza e opposizione²³⁸.

Si è appena evocata una figura civilistica, quale quella della risoluzione consensuale di un negozio giuridico. Ma sino a che punto nella materia costituzionale i vari soggetti quivi operanti possono abbandonare una regola convenzionale in virtù di un accordo eguale e contrario?

In un sistema, quale quello costituzionale, costruito per garantire un equilibrato rapporto tra i poteri dello Stato, in vista di una migliore tutela dei diritti fondamentali, è difficile riconoscere ai diversi attori istituzionali una piena disponibilità di tali regole. Per quanto esse germoglino in contesti nei quali la dimensione politica sembra dominare o, comunque, appare non ancillare rispetto alla dimensione giuridica, le convenzioni sono comunque strettamente ancorate a quel sistema e ne condividono le finalità essenziali. Dietro ogni convenzione costituzionale c'è comunque un interesse generale da preservare: più precisamente, un interesse generale fondante il patto che lega lo Stato alla comunità. L'assetto impegnativo che i protagonisti di questa scena definiscono accettando e assecondando una regola convenzionale non è al servizio delle rispettive esigenze, ma si proietta oltre investendo la tenuta complessiva della struttura costituzionale, con particolare riferimento alla forma di governo. Affrancarsi da tale assetto impegnativo significa mettere in crisi l'attitudine razionalizzatrice di tutti gli elementi compositi che si intrecciano nella trama costituzionale. Se fossero davvero nella piena e incondizionata disponibilità delle istituzioni repubblicane le convenzioni costituzionali cesserebbero di operare quali fattori di certezza (ossia, modelli di comportamento idonei a far prevedere gli esiti di determinate interazioni istituzionali) e quali elementi di equilibrio (inteso come stabilità nel tempo e nello spazio del sistema costituzionale).

Ciò non significa che una regola convenzionale valga per sempre. Non è così per gli enunciati della Costituzione, suscettibili di revisione formale. Non è così neppure per le consuetudini, il cui superamento comporta l'affermazione di una desuetudine con le stesse caratteristiche ontologiche (elemento materiale ed elemento psicologico). Ma quando una regola convenzionale può essere disattesa senza che ciò trasmodi in violazione del principio di leale collaborazione? Quando, quindi, può essere utilmente abbandonata senza alterare i relativi equilibri?

Se le parti danneggiate dalla inosservanza di una regola convenzionale non reagiscono, questa inerzia può essere interpretata come accettazione del suo superamento. Tuttavia, ciò non è sufficiente.

²³⁶ Così S. SICARDI, voce *Parlamento (organizzazione e funzionamento)*, in *Dig. IV ed., Disc. pubbl.*, X, Torino, 1995, 661 ss.

²³⁷ Cfr. A. CIANCIO, *Riforma elettorale e ruolo garantistico del Presidente di Assemblea parlamentare: un modello in crisi?* in *Dir. soc.*, 1996, 422 ss. Non dissimile lo sguardo pragmatico di A. MANZELLA, *Controllo parlamentare e forme di governo*, in *Quad. cost.*, 1995, 314, dove osserva che la sensibile esposizione mediatica del Presidente di assemblea parlamentare sarebbe un efficace antidoto contro velleità partigiane. E l'esperienza concreta, da Irene Pivetti in avanti, sembra aver confermato questa lettura: v., infatti, C. PINELLI, *Il Presidente di assemblea parlamentare*, in *Quaderno n. 9* (Seminario 1998), *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, Torino, 1999, 76.

²³⁸ Con l'elezione del Presidente Roberto Fico si è tornati alla scelta che ha contraddistinto le prime legislature, ossia il riconoscimento della priorità assunta dal gruppo parlamentare più consistente alla Camera.

Coerentemente con il test di giudizio qui proposto, la linea di discriminazione tra la violazione e l'abbandono di una convenzione costituzionale può essere ricercata attraverso i seguenti passaggi.

Per essere riconosciuta tale la rinuncia ad una convenzione:

1) deve essere il frutto di una regolarità di comportamenti uniformi, non essendo sufficiente un solo, isolato episodio;

2) deve sostanziarsi in una interazione strategica tra più attori istituzionali, posto che lo scostamento dalla stessa ad opera di una sola parte degli stessi non può rilevare come volontà oggettiva di segnare la fine di quella data convenzione;

3) deve essere il frutto di una informata espressione di razionalità istituzionale, nel senso che gli attori agiscono nella piena consapevolezza di rinunciare ad una convenzione che si collocava armonicamente all'interno del sistema costituzionale complessivamente considerato;

4) deve, infine, preservare comunque l'equilibrio della struttura costituzionale, a cominciare dalla tenuta dei suoi pilastri, ossia i principi fondamentali. Trattandosi di struttura ragionevolmente duttile ed elastica, la rinuncia a quella convenzione può nondimeno condurre ad un riequilibrio congeniale alla ridefinizione dei rapporti tra le istituzioni.

Il caso, dapprima tratteggiato, della rinuncia alla convenzione relativa alla Presidenza della Camera appare soddisfare tutti e quattro questi passaggi.

A margine di questa riflessione si rammenta che, secondo la teoria dei giochi, la defezione dall'equilibrio determinato dall'affermazione di una strategia cooperativa può concretizzarsi quando viene meno la fiducia reciproca: una fiducia, questa, che dipende strettamente dalla reputazione dei singoli giocatori²³⁹. Questa tesi può trovare spazio anche in campo costituzionale, dove la reputazione dei soggetti titolari delle diverse cariche ha senza dubbio un peso proprio in relazione alle dinamiche attivate dalle convenzioni. La reputazione degli attori istituzionali, che molto dipende dallo "stile" che permea la personale interpretazione del proprio ruolo, nel caso delle regole convenzionali si esprime anche e soprattutto come capacità di vedere oltre i propri interessi contingenti, cioè come dimostrata attitudine a rinunciare a quei comportamenti miopi e impazienti che spesso hanno segnato il destino di una convenzione.

12. *Le regole convenzionali come forma ed espressione di etica costituzionale.*

Le regole convenzionali traducono un gioco competitivo in una interazione cooperativa. Si coglie, così, la vicendevole implicazione (strutturale e funzionale) tra le convenzioni e il principio di leale collaborazione: le convenzioni nascono per consentire a quel principio di attecchire e di funzionare e, nel contempo, il canone in questione giustifica la cogenza delle convenzioni stesse, a tal punto che alla deviazione da queste ultime non può che essere riconosciuta la portata di fattore sintomatico di lesione del principio di leale collaborazione.

Questo non significa che il principio in parola confidi esclusivamente sulle convenzioni, ben potendo palesarsi attraverso prescrizioni giuridiche *tout court* che definiscano procedure ad esso informate. Le convenzioni sono, dal canto loro, la risposta fattuale degli attori istituzionali a problematiche operative di tale principio che non trovano nel diritto positivo una determinata soluzione. In questo modo la leale cooperazione produce e alimenta una significativa forma di responsabilizzazione che rende gli stessi attori istituzionali non solo destinatari della sua portata cogente, ma ancor prima protagonisti della sua vitalità. *Attraverso le convenzioni gli attori di volta in volta coinvolti definiscono consensualmente le regole del gioco cooperativo*²⁴⁰.

²³⁹ Cfr. R. GIBBONS, *Teoria dei giochi*, cit., 227 ss., e B. CHIARINI, *Un mondo in conflitto*, cit., 249.

²⁴⁰ Da questo punto di vista, le convenzioni possono essere efficacemente guardate come forme di "autogestione" non diversamente dal governo dei beni comuni. V., infatti, E. OSTRUM, *Governing the Commons. The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge, 1990. Dunque, le regole convenzionali come una forma consensuale di razionalità cooperativa: v., infatti, C. BICCHIERI, *Rationality and Coordination*, Cambridge, 1993.

La collaborazione in oggetto è “leale”. La suggestione esercitata dalla *Bundestreue* è tangibile²⁴¹. Resta, però, un dubbio: questo aggettivo rafforza qualcosa che non può che essere leale oppure esprime una portata sostanziale non pleonastica? In fondo, può esserci una cooperazione che non sia leale?

Calata in questo contesto, la lealtà evoca una qualche forma di “moralità costituzionale”, come adesione ad un complesso di valori deontologici che dovrebbe concorrere a delineare il ritratto della “buona istituzione”²⁴². Non si tratta semplicemente di attendersi dalle persone fisiche che ricoprono tali cariche quella «disciplina ed onore» che l’art. 54 pone come oggetto di uno specifico e altamente evocativo dovere (dimensione soggettiva). La moralità costituzionale sottintesa dalla lealtà della cooperazione prelude ad azioni e interazioni che consentano alla struttura organizzativa di riferimento di svolgere appieno il proprio ruolo (dimensione oggettiva).

L’evocazione della morale costituzionale non allude, in questa sede, a quel piano assiologico che ha fomentato non poche discussioni sul senso ultimo di una Costituzione, che spesso viene accostata ad una “tavola di valori”²⁴³. Piuttosto, da questa espressione si può trarre un senso che aiuti a comprendere la portata sostanziale dell’attributo della lealtà secondo un approccio metodologicamente coerente con quello che ha ispirato la presente trattazione.

A tal fine, si può prendere spunto dalla tesi sostenuta da Sergio Bartole, secondo cui «un’etica costituzionale impone una condivisa accettazione dei suoi principi, come nel caso delle convenzioni costituzionali e delle regole di correttezza costituzionale»²⁴⁴.

Attraverso le convenzioni, la lealtà imposta ai diversi attori che animano il palcoscenico costituzionale diviene un tratto qualificante la loro posizione etica rispetto al ruolo ad essi assegnato dalla legge fondamentale. Non semplici ingranaggi di una macchina complessa, ma interpreti di una missione che la società ha assegnato alla Costituzione, e alla struttura di governo da essa eretta, proprio in occasione dell’attivazione del processo costituente. Da questi “giocatori” ci si attende non solo una concreta inclinazione a far funzionare questa struttura in modo armonico e coerente, ma ancor prima di assimilarne le attitudini finalistiche, quale complesso di elementi edificato, nel rispetto del principio della separazione dei poteri, per una effettiva tutela dei diritti fondamentali. Sicché, collaborare significa instaurare interazioni strategiche rilevanti non solo dal punto di vista funzionale, bensì anche e soprattutto quanto alla capacità del sistema costituzionale di operare quale fattore di equilibrio tra autorità e libertà, razionalizzando il potere e le sue molteplici forme di estrinsecazione.

L’adozione di una regola convenzionale, quindi, attesta – e qui si torna al linguaggio della teoria dei giochi – la primazia di quella che si potrebbe definire la *razionalità intrinseca della cooperazione* rispetto a quella razionalità soggettiva che indurrebbe gli attori istituzionali ad agire secondo i propri interessi e le proprie aspirazioni²⁴⁵. La leale cooperazione trova così una razionale traduzione in regole di matrice convenzionale che, metodologicamente, impegnano i diversi organi a perseguire le

²⁴¹ R. SMEND, *Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat*, in *Festgabe für Otto Mayer*, Tübingen, 1916, 247 ss.

²⁴² Sulla falsariga del *bonus pater familias*.

²⁴³ V., soprattutto, A. BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*, in *Pol. dir.*, 1991, 639 ss.. il cui pensiero è stato, com’è noto, oggetto di una accorata critica da parte di R. GUASTINI, *Sostiene Baldassarre*, in *Giur. cost.*, 2007, 1373 ss. Cfr., poi, G. PINO, *I diritti fondamentali nel prisma dell’interpretazione giuridica*, in G. Alpa e G. Roppo (curr.), *La funzione civile del giurista. Studi in onore di Stefano Rodotà*, Roma-Bari, 2013, 20, nonché A. SPADARO, *Dalla Costituzione come "atto" (puntuale nel tempo) alla Costituzione come "processo" (storico). Ovvero dalla continua "evoluzione" del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in *Quad. cost.*, 1998, 410, il quale sostiene che negli ordinamenti retti da una Costituzione scritta, «la morale costituzionale e la Carta costituzionale non coincidono, ma vanno di pari passo o, meglio, vivono in simbiosi. Per quanto possa sembrare confronto improprio e irriguardoso, l’una (morale costituzionale) può essere considerata come il tronco e l’altra (Costituzione) come i rami di un albero: fra essi corre una linfa vitale, poiché è dal tronco che i rami traggono sostentamento. Si possono potare i rami (revisione), si possono anche operare innesti (leggi costituzionali), ma senza la linfa che proviene dal tronco l’albero non vive».

²⁴⁴ S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni*, cit., 397.

²⁴⁵ Cfr. S. BOWLES, *Microeconomics: Behavior, Institutions, and Evolution*, New Haven, 2004, 19, nonché B. CHIARINI, *Un mondo in conflitto*, cit., 150.

finalità condivise che la Costituzione pone quale proiezione teleologica delle rispettive attribuzioni. La lealtà, così intesa, consente l'inveramento di quella etica costituzionale che, privata delle insidiose connotazioni assiologiche, esprime, come aveva già intuito Smend, la propria attitudine ad indurre gli attori istituzionali ad adempiere ai doveri di coesione e di rispetto reciproco attraverso la costante ricerca e la continua pratica di relazioni amichevoli (ossia non pretestuosamente conflittuali)²⁴⁶. Le convenzioni danno forma a questa etica costituzionale, indicando le traiettorie da seguire per sviluppare una interazione strategica autenticamente preordinata alla preservazione dell'equilibrio costituzionale.

²⁴⁶ Così R. SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht* (1928), ora in *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, Berlin, 1955, 119 ss.

Giuseppe Bergonzini
Delega di funzioni amministrative regionali e principio di sussidiarietà,
a vent'anni dalla riforma del Titolo V
(nota a Corte cost., 7 ottobre 2021, n. 189)*

ABSTRACT: With the decision no. 189/2021, the Italian Constitutional Court ruled on administrative devolution powers and their relationship with the current article 118 of the Constitution. Twenty years after the approval of the emended Title V, Part II of the Constitution, that decision allows us to focus on some peculiar effects of the substantial tightening of the scheme of allocation of the administrative powers, as a result of the new formulation of art. 118 Const.; hence, an additional administrative centralization in the hands of the Regions, to the detriment of local authorities.

SOMMARIO: 1. La questione di costituzionalità sollevata dal T.A.R. Lazio, relativa alla competenza amministrativa comunale in materia di impianti per lo smaltimento di rifiuti, delegata con legge regionale. – 2. La sent. n. 189/2021 della Corte costituzionale e la dichiarazione d'illegittimità costituzionale sopravvenuta della delega regionale, a cavallo tra il previgente e l'attuale testo dell'art. 118 Cost. – 3. Conseguenti spunti di riflessione: a) la tendenziale compatibilità della delega di funzioni amministrative regionali agli enti subregionali con il novellato art. 118 Cost. – 4. *Segue*: b) La necessità di un fondamento normativo primario *ad hoc* della delega di funzioni amministrative agli enti subregionali, tra potestà legislativa statale e regionale. – 5. Rilievi conclusivi: nuovo art. 118 Cost., sussidiarietà, adeguatezza e potenziale rigidità del sistema di allocazione delle funzioni amministrative, verso un ulteriore accentramento regionale.

1. La questione di costituzionalità sollevata dal T.A.R. Lazio, relativa alla competenza amministrativa comunale in materia di impianti per lo smaltimento di rifiuti, delegata con legge regionale

Con la sent. n. 189/2021, depositata in cancelleria lo scorso 8 ottobre, la Corte costituzionale si è pronunciata sul tema della delega di funzioni amministrative regionali ai Comuni nelle materie di potestà legislativa statale esclusiva.

Dalla decisione, che pur si pone in linea di sostanziale continuità rispetto alle precedenti (non numerose, in verità) dedicate al tema successivamente alla riforma del Titolo V, Parte II, della Costituzione, possono essere tratti alcuni specifici spunti di riflessione che offrono l'occasione per soffermarsi sull'argomento a vent'anni di distanza dalla modifica costituzionale; una modifica che molto ha dato da pensare, proprio con riferimento al regime delle funzioni amministrative, nel passaggio tra il previgente e l'attuale testo dell'art. 118 Cost.

I due giudizi amministrativi da cui è sorta l'identica questione di costituzionalità decisa dalla Corte, muovevano entrambi dalla contestata illegittimità della determinazione dirigenziale con cui Roma Capitale aveva concluso negativamente la conferenza di servizi decisoria indetta ai fini del possibile rilascio, in favore delle società ricorrenti, delle autorizzazioni per i nuovi impianti di smaltimento e di recupero di rifiuti disciplinate dall'art. 208 del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152.

Le ricorrenti eccepivano, in particolare, l'illegittimità costituzionale dell'art. 6, comma 2, lett. b) e c) della l.r. 9 luglio 1998, n. 27, con cui la Regione Lazio aveva espressamente delegato ai Comuni territorialmente competenti l'approvazione dei progetti degli impianti per lo smaltimento e il recupero dei rifiuti di cui era causa¹: in contrasto con il sopravvenuto art. 208 del d.lgs. n.



* Contributo scientifico sottoposto a referaggio.

¹ In base all'art. 6, comma 2, della l.r. n. 27/1998 (“*Disciplina regionale della gestione dei rifiuti*”), “*Sono delegate ai comuni: (...) b) l’approvazione dei progetti degli impianti per lo smaltimento ed il recupero dei rifiuti provenienti dalla demolizione degli autoveicoli a motore e rimorchi, dalla rottamazione dei macchinari e delle apparecchiature*

152/2006, che attribuisce questa competenza alle Regioni; e, quindi, in lamentata violazione dell'altrettanto sopravvenuto art. 117, comma 2, lett. s) Cost.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, constatata la decisiva pregiudizialità del dedotto vizio di legittimità costituzionale, riguardante “la compatibilità della norma attributiva del potere esercitato da Roma Capitale con la Carta costituzionale e, quindi, la competenza dell'amministrazione capitolina ad adottare gli atti impugnati” non ha potuto che ritenere rilevante la questione: la dichiarazione d'incostituzionalità della legge regionale *in parte qua* avrebbe, infatti, necessariamente comportato l'accoglimento del ricorso per vizio di incompetenza del provvedimento gravato, con assorbimento di ogni altra censura².

Quanto alla non manifesta infondatezza della questione, il Tribunale ha pienamente condiviso le eccezioni sollevate dalle ricorrenti: “il legislatore regionale del Lazio, nell'attribuire ai propri comuni le funzioni specificate all'art. 6, comma 2, lett. b) e c), della legge regionale n. 27/1998”, ha introdotto “un modello di distribuzione delle competenze decisionali che viola la riserva della competenza legislativa esclusiva statale in materia di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, in quanto contrastante con l'art. 208 del decreto legislativo n. 152/2006 che, nel disciplinare puntualmente il procedimento di autorizzazione unica per i nuovi impianti di smaltimento e di recupero dei rifiuti, assegna alla regione territorialmente competente (quella in cui ricade l'impianto) il compito di approvarne il progetto e di autorizzarne la realizzazione e la gestione. Diversamente opinando ne risulterebbe pregiudicato lo scopo perseguito dal legislatore nazionale di garantire, anche in attuazione della normativa comunitaria, la regolarità della messa in esercizio dei predetti impianti attraverso la fissazione di livelli di tutela uniformi”³.

Anche in applicazione del principio di sussidiarietà di cui al novellato art. 118 Cost.⁴, pertanto, non potrebbero essere ammesse iniziative legislative regionali che attribuiscono le competenze amministrative modificando “l'assetto delle competenze come delineato dalla legge statale, ponendosi la relativa normativa quale limite insuscettibile di deroga anche da parte delle regioni”⁵.

Ad ulteriore conforto della sollevata questione di legittimità costituzionale, il Tribunale rimettente ha infine richiamato le sentenze della Corte [15 luglio 2011, n. 187](#), e [27 giugno 2012, n. 159](#): dalle quali risulterebbe “acquisito nell'orientamento della Corte costituzionale il principio secondo il quale, nelle materie riservate dalla Costituzione alla competenza legislativa dello Stato, una discrasia normativa tra la norma statale (che stabilisce un determinato assetto di attribuzione delle funzioni) e la norma regionale (che finisce per alterarne, entro il proprio ambito territoriale, il riparto) giustifica di per sé l'illegittimità costituzionale di quest'ultima per violazione dell'art. 117, comma 2, lett. s)?, che a livello costituzionale ne attribuisce la disciplina al legislatore nazionale”⁶.

deteriorati ed obsoleti e la relativa autorizzazione alla realizzazione degli impianti, nonché l'approvazione dei progetti di varianti sostanziali in corso di esercizio e la relativa autorizzazione alla realizzazione; c) l'autorizzazione all'esercizio delle attività di smaltimento e recupero dei rifiuti di cui alle lettere a) e b)”.

² In questo senso T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, ordinanza 8 luglio 2020, n. 181, in *G.U.*, I Serie Speciale, n. 52 del 23 dicembre 2020, 72, e T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, ordinanza 8 luglio 2020, n. 185, in *G.U.*, I Serie Speciale, n. 53 del 30 dicembre 2020, 118. È opportuno precisare come il Tribunale abbia ritenuto ancora in vigore e applicabile nei relativi giudizi la l.r. n. 27/1998, sebbene anteriore alla riforma del Titolo V della Costituzione e al d.lgs. n. 152/2006, considerandola sostanzialmente ed implicitamente “convalidata” dalla successiva l.r. 5 dicembre 2006, n. 23, che aveva apportato alcune modifiche alla l.r. n. 27/1998 senza intervenire sulle disposizioni sospettate d'incostituzionalità.

³ T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, ord. n. 181/2020, cit., 74, e T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, ord. n. 185/2020, cit., 120.

⁴ Espressamente considerato dal Tribunale rimettente come un nuovo “elemento di elasticità nell'attribuzione delle funzioni amministrative, correlato alle esigenze unitarie di esercizio ‘sovraterritoriale’ delle medesime” (T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, ord. n. 181/2020, cit., 74, e T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, ord. n. 185/2020, cit., 121).

⁵ T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, ord. n. 181/2020, cit., 74-75, e T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, ord. n. 185/2020, cit., 121.

⁶ T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, ord. n. 181/2020, cit., 75, e T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, ord. n. 185/2020, cit., 121. *Ad abundantiam*, al termine della motivazione sulla non manifesta infondatezza della questione sollevata, il Tribunale ha infine ritenuto opportuno ricordare come altre Regioni, proprio al fine di adeguare la propria legislazione alle ricordate pronunce della Corte costituzionale (nonché al sopravvenuto d.lgs. n. 152/2006), abbiano “provveduto a ridefinire il quadro delle competenze amministrative in materia di gestione di rifiuti, riallocando in capo alla regione le funzioni amministrative” attribuite dallo Stato.

2. La sent. n. 189/2021 della Corte costituzionale e la dichiarazione d'illegittimità costituzionale sopravvenuta della delega regionale, a cavallo tra il previgente e l'attuale testo dell'art. 118 Cost.

All'esito del giudizio di costituzionalità, svoltosi secondo il rito camerale, la Corte ha, in sostanza, pienamente accolto la prospettazione del Tribunale rimettente.

Aggiungendovi, però, un insieme di precisazioni non prive di rilievo in ordine al riassetto delle funzioni amministrative conseguente alla riforma degli artt. 117 e 118 Cost.; sulla base delle quali gli effetti nel tempo della dichiarazione di illegittimità costituzionale sono stati conseguentemente modulati.

Confermata la rilevanza della questione e la plausibilità della motivazione svolta sul punto dal Tribunale⁷, la Corte ha preso le mosse dalla riconducibilità delle disposizioni dettate dal d.lgs. n. 152/2006 per i procedimenti di autorizzazione di nuovi impianti di smaltimento rifiuti alla materia "tutela dell'ambiente" e "dell'ecosistema", di cui all'art. 117, comma 2, lett. s) Cost. Ne ha, altresì, nuovamente ribadito il carattere di "materia naturalmente trasversale, idonea perciò a incidere sulle competenze regionali"; fermo restando il possibile esercizio di competenze legislative delle Regioni "per la cura di interessi funzionalmente collegati con quelli propriamente ambientali, purché l'incidenza nella materia di competenza esclusiva statale sia solo in termini di maggiore e più rigorosa tutela dell'ambiente"⁸.

Poste queste premesse, la Corte ha affrontato specificamente il problema del rapporto tra esercizio della potestà legislativa statale e attribuzione delle funzioni amministrative: nelle materie di competenza legislativa esclusiva statale spetta al solo legislatore nazionale "definire l'organizzazione delle corrispondenti funzioni amministrative anche attraverso l'allocatione di competenze presso enti diversi dai Comuni – ai quali devono ritenersi generalmente attribuite secondo il criterio espresso dall'art. 118, primo comma, Cost. – tutte le volte in cui l'esigenza di esercizio unitario della funzione trascenda tale ambito territoriale di governo". Il principio di legalità richiede, infatti, "che le funzioni amministrative siano organizzate e regolate mediante un atto legislativo, la cui adozione non può che spettare all'ente – Stato o Regione, 'secondo le rispettive competenze' (art. 118, secondo comma, Cost.) – che ha inteso dislocare la funzione amministrativa in deroga al criterio generale che ne predilige l'assegnazione al livello comunale"⁹.

Pertanto, nel caso in cui lo Stato individui le Regioni quali amministrazioni competenti, in base ai principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza, esse non possono riallocare le funzioni amministrative loro attribuite presso un altro ente. Ciò comporterebbe "una modifica, mediante un atto legislativo regionale, dell'assetto di competenze inderogabilmente stabilito dalla legge nazionale", e vanificherebbe le "ineludibili esigenze di protezione di un bene, quale l'ambiente, unitario e di valore primario"¹⁰.

Fin qui, nulla di particolarmente diverso rispetto alle ricordate ordinanze di rimessione; ivi incluso il richiamo, suggerito dallo stesso Tribunale rimettente, ai due precedenti costituiti dalle sentenze nn. [187/2011](#) e [159/2012](#).

In entrambi i giudizi conclusi con le decisioni appena ricordate era in discussione, peraltro, la legittimità costituzionale di discipline regionali successive alla l. cost. n. 3/2001, che riallocavano

⁷ Anche in ordine alla persistente vigenza ed applicabilità nei giudizi *a quibus* della l.r. n. 27/1998, in quanto "convalidata" dalla successiva l.r. n. 23/2006 (si veda la precedente nota 2: Corte cost., [sent. n. 189/2021](#), punto 3.1 del *Considerato in diritto*).

⁸ Corte cost., [sent. n. 189/2021](#), punto 4.2 del *Considerato in diritto*. Sul rapporto tra competenza legislativa esclusiva dello Stato e possibile esercizio di potestà legislativa regionale in senso ampliativo del livello di tutela ambientale si vedano, in precedenza: Corte cost., [sent. n. 86/2021](#), punto 8 del *Considerato in diritto*; Corte cost., [sent. n. 215/2018](#), punto 2,ì del *Considerato in diritto*.

⁹ Corte cost., [sent. n. 189/2021](#), punto 5.1 del *Considerato in diritto*.

¹⁰ Corte cost., [sent. n. 189/2021](#), punti 5.1 e 5.2 del *Considerato in diritto*.

presso altri enti competenze amministrative attribuite alle Regioni da una legge dello Stato: il che aveva indotto la Corte, in quelle occasioni, a dichiararne per ciò solo l'illegittimità costituzionale¹¹.

Nella fattispecie decisa dalla sentenza in commento, invece, sospettata d'incostituzionalità era una legge entrata in vigore prima della riforma del Titolo V, Parte II, della Costituzione, espressamente ispirata al previgente criterio della delega ordinaria di funzioni amministrative dalle Regioni agli enti locali, ai sensi dell'originario art. 118, comma 3, Cost. (*“La Regione esercita normalmente le sue funzioni amministrative delegandole alle Provincie, ai Comuni o ad altri enti locali, o valendosi dei loro uffici”*).

Ciò ha, con tutta probabilità, indotto la Corte a soffermarsi sul concetto di delega, e sulle conseguenze che la riforma dell'art. 118 Cost. ha avuto sul regime della delega di funzioni amministrative regionali agli enti locali.

Quanto al primo profilo, la Corte ha ritenuto di precisare che “con la delega di funzioni amministrative il soggetto titolare del potere di provvedere su determinati interessi conferisce ad altro soggetto la legittimazione ad adottare atti che rientrano nella propria sfera di attribuzione, così dando luogo a una competenza di carattere derivato, ancorché limitata al solo esercizio della funzione e non incidente sulla sua titolarità”. Inoltre, poiché “la predeterminazione normativa della distribuzione dei compiti costituisce una proiezione del principio di legalità, che, ai sensi dell'art. 97 Cost., regola l'agire amministrativo, l'attitudine della delega a modificare la competenza ne giustifica il condizionamento al duplice presupposto della titolarità originaria, in capo al conferente, del potere che ne forma oggetto e dell'espressa previsione e delimitazione ad opera della stessa fonte normativa che attribuisce la competenza a delegare”¹².

Da questo punto di vista, ne risulta ribadita l'illegittimità costituzionale della legge regionale *de qua*, che ha riallocato una funzione amministrativa attribuita dallo Stato alle Regioni “in assenza – sia nell'ordito costituzionale, sia nel codice dell'ambiente – di una disposizione che abiliti alla descritta riallocazione”¹³.

In particolare, osserva la Corte, risulta evidente l'attuale mancanza, nel vigente testo costituzionale, di una norma che consenta in via generale la delega di funzioni amministrative agli enti subregionali: “La mancata riproduzione, nel testo dell'art. 118 Cost. introdotto dalla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 (...), del riferimento, presente nella formulazione originaria dello stesso art. 118, alla delega come strumento di ‘normale’ esercizio delle funzioni amministrative regionali induce (...) a ritenere che tale istituto non sia più configurabile come ordinario strumento di allocazione di competenze da parte del legislatore regionale, in assenza di una specifica abilitazione da parte della fonte a ciò competente”¹⁴.

¹¹ Con la [sent. n. 187/2011](#), la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 42, comma 7, della legge della Regione Marche 15 novembre 2010, n. 16: “il legislatore regionale delle Marche ha inteso allocare, con un suo atto legislativo, la funzione amministrativa relativa alla cura delle procedure finalizzate all'affidamento del servizio di gestione della ricordata categoria di rifiuti presso l'ente territoriale Comune, laddove la legge dello Stato (il più volte ricordato art. 5, comma 4, del d.lgs. n. 182 del 2003) ha, viceversa, individuato nella Regione il soggetto pubblico cui tale funzione è assegnata. L'evidenziata discrasia normativa giustifica di per sé la pronuncia di illegittimità costituzionale” (Corte cost., [sent. n. 187/2011](#), punto 4.3 del *Considerato in diritto*). Analogamente ha disposto la [sent. 159/2012](#), relativamente all'art. 2 della legge della Regione Toscana 5 agosto 2011, n. 41: la legge regionale, “oltre a disporre la allocazione della funzione diversamente da quanto previsto dal competente legislatore statale, ha, altresì, per implicito, individuato in relazione a tale funzione una nuova competenza della Autorità marittima, struttura pacificamente appartenente alla organizzazione dello Stato”; “essa ha, in tal modo, illegittimamente modificato l'assetto competenziale delineato sul punto dalla legge dello Stato (che, come detto, attribuisce il compito di curare le procedure di affidamento del servizio di gestione dei rifiuti prodotti dalle navi e dei rifiuti del carico alla Regione)” (Corte cost., [sent. 159/2012](#), punti 4.2 e 4.3 del *Considerato in diritto*).

¹² Corte cost., [sent. n. 189/2021](#), punto 6.1 del *Considerato in diritto*; la Corte cita espressamente, al riguardo, Cons. Stato, Sez. VI, sent. 29 novembre 2012, n. 6042, secondo cui “La delega di funzioni, costituendo una deroga all'ordine legale delle competenze, deve essere prevista dalla legge”.

¹³ Corte cost., [sent. n. 189/2021](#), punto 6.2 del *Considerato in diritto*.

¹⁴ Corte cost., [sent. n. 189/2021](#), punto 6.2.1 del *Considerato in diritto*.

Emerge in modo evidente, pertanto, la differenza tra il previgente assetto ordinamentale, ispirato al principio del parallelismo tra funzioni legislative e amministrative, nel quale la delega “rispondeva a un’essenziale esigenza di flessibilità”, e il modello di ripartizione delle funzioni amministrative risultante dalla riforma costituzionale del 2001: in applicazione del principio di sussidiarietà, le funzioni amministrative sono attribuite in via generale ai Comuni, ma “la Costituzione demanda al legislatore statale e regionale, nell’ambito delle rispettive competenze, la facoltà di diversa allocazione di dette funzioni, per assicurarne l’esercizio unitario”¹⁵.

Sulla base di questo *iter* argomentativo la Corte ha, quindi, dichiarato l’illegittimità costituzionale sopravvenuta della l.r. n. 27/1998, a partire dal 29 aprile 2006, data di entrata in vigore degli artt. 196 e 208 del d.lgs. n. 152/2006; infatti, “soltanto con il codice dell’ambiente i nuovi principi regolatori risultanti dalla riforma costituzionale del 2001 si sono tradotti in una specifica disciplina del riparto delle funzioni amministrative, così rendendo attuale la discrasia, rispetto a tale assetto, della distribuzione delle competenze disposta dalla normativa regionale anteriore qui denunciata”¹⁶.

3. Conseguenti spunti di riflessione: a) la tendenziale compatibilità della delega di funzioni amministrative regionali agli enti subregionali con il novellato art. 118 Cost.

Il primo, significativo profilo di riflessione aperto dalla [sent. n. 189/2021](#) è relativo al problema dell’astratta configurabilità della delega di funzioni amministrative, o meno, successivamente all’entrata in vigore del riformato art. 118 Cost.

Proprio la premessa da cui muove la Corte, secondo cui la delega ha ad oggetto il trasferimento ad altri enti del potere di provvedere su determinati interessi (esercizio della funzione), immutata restandone la relativa titolarità in capo al delegante¹⁷, aveva, in effetti, indotto da subito diversi interpreti a considerare *ab imis* incompatibile la delega di funzioni amministrative agli enti locali con il nuovo art. 118 Cost.: in base al quale Comuni, Province e Città metropolitane potrebbero essere esclusivamente “*titolari di funzioni amministrative proprie e di quelle conferite*” con legge; ma non esercitare in concreto funzioni amministrative formalmente spettanti ad altri enti, che ne mantengono la titolarità¹⁸.

Non è questa, tuttavia, la soluzione a cui è pervenuta la Corte costituzionale: piuttosto chiaro, in tal senso, il passaggio della sentenza in cui viene evidenziata la mancata riproduzione nel nuovo testo dell’art. 118 Cost. del riferimento alla delega quale *ordinario* strumento di allocazione di competenze da parte del legislatore regionale, accompagnata dalla constatata assenza, nel caso di specie, di “una specifica abilitazione da parte della fonte a ciò competente”¹⁹.

¹⁵ Corte cost., [sent. n. 189/2021](#), punto 6.2.1 del *Considerato in diritto*.

¹⁶ Corte cost., [sent. n. 189/2021](#), punto 7.1 del *Considerato in diritto*.

¹⁷ Non dà adito a dubbi, sul punto, il già ricordato passaggio di Corte cost., [sent. n. 189/2021](#), punto 6.1 del *Considerato in diritto*.

¹⁸ Nel senso della incompatibilità della delega di funzioni con il nuovo art. 118 Cost. si sono espressi, ad esempio: M. CAMELLI, *Amministrazione (e interpreti) davanti al nuovo Titolo V*, in *le Regioni*, n. 6/2001, 1293; A. CORPACI, *Revisione del Titolo V della Parte seconda della Costituzione e sistema amministrativo*, ivi, 1315; E. FOLLIERI, *Le funzioni amministrative nel nuovo Titolo V della parte seconda della Costituzione*, in *le Regioni*, n. 2-3/2003, 449-450; P. URBANI, *L’allocazione delle funzioni amministrative secondo il Titolo V della Cost.*, ivi, 467; B. DE MARIA, *Strumenti e tecniche di riparto delle funzioni amministrative nelle leggi regionali*, in S. Staiano (a cura di), *Le funzioni amministrative nel sistema delle autonomie locali*, Napoli, 2006, 41, 50-51; Q. CAMERLENGO, *Art. 118 Cost.*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, vol. III, 2343; C. NAPOLI, *Le funzioni amministrative nel Titolo V della Costituzione. Contributo allo studio dell’art. 118, primo e secondo comma*, Torino, 2011, 140-142. Sul tema si veda anche G.C. DE MARTIN, *La funzione amministrativa tra Regioni ed enti locali*, in *Dir. pubbl.*, n. 4/2005, 980, secondo cui la delega risultava comunque “frutto di un’impostazione in certo modo legata alla supremazia dell’autonomia regionale rispetto a quella locale”.

¹⁹ Il riferimento è sempre a Corte cost., [sent. n. 189/2021](#), punto 6.2.1 del *Considerato in diritto*.

In questo ragionamento non sembra rinvenibile alcuna preclusione a priori che impedisca di ricorrere alla delega di funzioni amministrative agli enti subregionali, anche in vigenza del riformato Titolo V, Parte II, della Costituzione, quale metodo *non-ordinario* di allocazione di tali funzioni presso un diverso livello di governo: è anzi la stessa Corte a ritenerla possibile, alla sola condizione che essa trovi espresso fondamento in una previa disposizione di legge, in doveroso ossequio all'art. 97 Cost.²⁰.

Conclusione, questa, a ben vedere non del tutto ovvia: i principi di sussidiarietà e adeguatezza oggi espressi dall'art. 118, comma 1, Cost. potrebbero persino impedire *ex se*, una volta attribuita una determinata funzione amministrativa ad un livello di governo superiore a quello comunale, per ragioni di esercizio unitario, di riallocarla verso il basso tramite il meccanismo della delega. Come si è notato, infatti, “risulterebbe contraddittorio scegliere un certo ente, quale soggetto titolare, e, nel contempo (o, anche, successivamente), delegare l'esercizio ad un altro ente perché ritenuto più adeguato. Il riconoscimento della adeguatezza comporta, quale soluzione immediatamente ascrivibile al canone della sussidiarietà, l'attribuzione della titolarità”²¹.

Dalla pronuncia della Corte sembrerebbe emergere, inoltre, l'accoglimento di una nozione ampia di funzioni amministrative “*conferite*” ai sensi del vigente art. 118, commi 1 e 2, Cost., tale da ricomprendervi (evidentemente) anche le funzioni delegate²²; in una prospettiva che, in relazione al testo costituzionale novellato nel 2001, tende ad includere e sussumere nel concetto di “conferimento” ogni forma, comunque denominata e diversamente articolata, di “devoluzione” delle funzioni amministrative, “comprensiva dunque delle attribuzioni *iure proprio* e dei trasferimenti per delega”²³. Si era considerato, d'altra parte, che “in un sistema in cui la Costituzione non vincola più la titolarità di nessuna funzione amministrativa specifica la ‘delega’ di funzioni amministrative, se fatta con legge, perde ogni elemento di tipicità, e non si distingue più

²⁰ Si veda, ancora una volta, Corte cost., [sent. n. 189/2021](#), punto 6.1 del *Considerato in diritto*.

²¹ Lo ha osservato Q. CAMERLENGO, *Art. 118 Cost.*, cit., 2343. Analoghe le considerazioni di B. DE MARIA, *Strumenti e tecniche di riparto delle funzioni amministrative nelle leggi regionali*, cit., 51, con specifico riferimento ai Comuni: “apparirebbe di certo incoerente sottrarre una funzione all'ente che dalla Costituzione è espressamente indicato come quello cui, in linea di principio, va riconosciuta la titolarità di tutte le funzioni, per poi delegarne l'esercizio al medesimo ente”.

²² Nozione legittimata, in qualche modo, già dall'art. 1 della l. 15 marzo 1997, n. 59, secondo il quale “*Ai fini della presente legge, per ‘conferimento’ si intende trasferimento, delega o attribuzione di funzioni e compiti*”: lo ha sottolineato, nel rilevare la progressiva perdita di rilevanza del titolo formale attraverso cui venivano allocate le funzioni amministrative, R. TOSI, *La legge costituzionale n. 3 del 2001: note sparse in tema di potestà legislativa ed amministrativa, in le Regioni*, n. 6/2001, 1239. Si veda anche, di recente, C. BERTOLINO, *La delega di funzioni amministrative: alla ricerca delle ragioni di “abbandono” dell'istituto*, in *le Regioni*, n. 4/2019, 989. In senso contrario A. CORPACI, *Revisione del Titolo V della Parte seconda della Costituzione e sistema amministrativo*, cit., 1315. In vigore del precedente testo costituzionale, la necessità di interpretare in senso ampio (anche) il concetto di delega, in una prospettiva volta a favorire la collaborazione tra Regioni ed enti pubblici subregionali, era stata particolarmente evidenziata da L. PALADIN, *Diritto regionale*, Padova, 2000, 384, secondo cui l'art. 118, terzo comma Cost. si prestava “a ricevere le applicazioni più diverse: da una stabile devoluzione di competenze e di responsabilità (...); fino alla mera deconcentrazione di funzioni regionali ed alla stessa codipendenza di singoli tipi di uffici locali delle Regioni e degli enti autonomi minori” (nello stesso senso anche M. BERTOLISSI, *Art. 118 Cost.*, in V. Crisafulli, L. Paladin (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 1990, 723).

²³ Così T. MARTINES, A. RUGGERI, C. SALAZAR, *Lineamenti di diritto regionale*, Milano, 2008, 204. In senso favorevole alla compatibilità della delega di funzioni con il nuovo art. 118 Cost., sebbene “l'impianto del nuovo art. 118 Cost. si fondi sull'attribuzione della titolarità delle funzioni”, si erano espressi A. CELOTTO, A. SARANDREA, *Le funzioni amministrative*, in T. Groppi, M. Olivetti (a cura di), *La Repubblica delle autonomie*, Torino, 2003, 191. Ha rilevato il persistente (sebbene non frequente) utilizzo della delega come titolo per il conferimento di funzioni agli enti locali, sia da parte del legislatore statale che da parte di quello regionale, successivamente al nuovo Titolo V, G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Titolarità ed esercizio della funzione amministrativa nel nuovo assetto del sistema autonomistico locale*, in Id. (a cura di), *Comuni e funzione amministrativa*, Torino, 2007, 26. Più di recente, in favore della permanenza dell'istituto della delega anche successivamente alla riforma del Titolo V, si è espressa C. BERTOLINO, *La delega di funzioni amministrative: alla ricerca delle ragioni di “abbandono” dell'istituto*, cit., 998.

dal semplice ‘conferimento’: che ovviamente può essere limitato, parziale, soggetto a poteri del conferente, con il solo limite del rispetto dei tre principi enunciati dall’art. 118, 1° comma”²⁴.

Il punto decisivo nel ragionamento della Corte pare essere costituito, in ogni caso, dal nuovo testo dell’art. 118 Cost., che avrebbe trasformato la delega di funzioni amministrative regionali agli enti locali da strumento generale, dotato di uno specifico fondamento normativo di livello costituzionale, in metodo di allocazione delle competenze sostanzialmente eccezionale e privo di una precisa base normativa a monte; bisognoso, perciò, di essere regolato volta per volta, *ad hoc*, da una puntuale disposizione di legge che attribuisca appositamente alle Regioni non solo la titolarità di determinate funzioni amministrative, ma anche il potere di delegarle agli enti locali.

Che sia il nuovo testo dell’art. 118 Cost. a cambiare le carte in tavola è confermato, del resto, dal fatto che ad assumere rilievo dirimente nella fattispecie esaminata dalla Corte non possa essere ritenuta la sopravvenienza del Testo unico dell’ambiente: basti ricordare come il compito di approvare i progetti dei nuovi impianti per la gestione di rifiuti risultasse già attribuito alle Regioni dagli artt. 19, comma 1, lett. d), e 27 del previgente d.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22, poi confluiti negli attuali artt. 196, comma 1, lett. d) e 208 del vigente d.lgs. n. 152/2006.

È, quindi, la diversa formulazione dell’art. 118 Cost. ad aver determinato l’illegittimità della delega disposta dalla legge della Regione Lazio n. 27/1998, nella perdurante vigenza sostanziale della medesima norma statale che attribuiva (e continua ad attribuire) la competenza amministrativa *de qua* alle Regioni: ciò che era consentito prima della riforma del Titolo V (delegare questa particolare funzione amministrativa regionale ai Comuni), non è più consentito ora, nonostante il parametro legislativo statale di riferimento sia rimasto immutato.

Di qui, la dichiarazione d’illegittimità costituzionale sopravvenuta della legge regionale, che la Corte ha ritenuto di far decorrere non dall’entrata in vigore del nuovo art. 118 Cost., ma da quella della prima, nuova disciplina statale della materia successiva alla modifica del Titolo V, Parte II, della Costituzione²⁵.

4. Segue: *b) La necessità di un fondamento normativo primario ad hoc della delega di funzioni amministrative agli enti subregionali, tra potestà legislativa statale e regionale*

Se il ricorso alla delega di funzioni amministrative regionali deve, seguendo le considerazioni della Corte, ritenersi ancora compatibile con il vigente art. 118 Cost., diviene a questo punto necessario chiedersi quale sia la fonte *competente* che ne può consentire l’utilizzo (secondo profilo problematico).

Che debba trattarsi di una fonte di rango primario appare ovvio, in virtù del già richiamato principio di legalità e delle riserve di legge di cui agli artt. 97, comma 2, e 118, comma 2, Cost. D’altra parte, in un sistema nel quale è ritenuta comunque necessaria l’intermediazione del legislatore per attribuire funzioni amministrative agli enti che compongono la Repubblica, pur in

²⁴ G. FALCON, *Funzioni amministrative ed enti locali nei nuovi artt. 118 e 117 della Costituzione*, in *le Regioni*, n. 2-3/2002, 392, nota 1. Secondo P. CARETTI, *Le funzioni amministrative tra Stato, Regioni e autonomie locali*, in ID., *Stato, Regioni e enti locali tra innovazioni e continuità. Scritti sulla riforma del Titolo V della Costituzione*, Torino, 2003, 152, poiché “gli strumenti ordinari di esercizio delle funzioni a livello regionale, ossia l’utilizzazione degli uffici e la delega di funzioni, fuoriescono” dal nuovo quadro costituzionale, il vero problema diviene quello di comprendere “il modo in cui si legano in concreto l’esercizio delle funzioni conferite al sistema degli enti locali e la potestà di governo della Regione”.

²⁵ E ciò, in base alla considerazione secondo cui la modifica del Titolo V, Parte II, della Costituzione non determina “l’automatica illegittimità costituzionale delle norme emanate nel vigore dei vecchi parametri costituzionali”; dette norme, “adottate in conformità al preesistente quadro costituzionale, mantengono, in applicazione del principio di continuità, la loro validità fino al momento in cui non vengano sostituite da nuove norme dettate dall’autorità dotata di competenza nel nuovo sistema” (Corte cost., [sent. n. 189/2021](#), punto 7.1 del *Considerato in diritto*; in precedenza, nello stesso senso: Corte cost., [sent. n. 244/2020](#), punto 3.5.1 del *Considerato in diritto*; Corte cost., [sent. n. 401/2007](#), punto 21 del *Considerato in diritto*; Corte cost., [sent. n. 376/2002](#), punto 4 del *Considerato in diritto*).

vigenza del principio costituzionale di sussidiarietà²⁶, detta intermediazione deve risultare altrettanto necessaria quando si tratti di disciplinare espressamente il potere di delegare ad altri una competenza amministrativa precedentemente attribuita dalla legge.

Non si può, quindi, che replicare per la delega di funzioni amministrative quanto la stessa Corte costituzionale ha avuto occasione di precisare per la loro attribuzione: poiché l’allocazione in concreto delle funzioni amministrative “non può che trovar base nella legge, ne deriva che sarà la legge statale o regionale, a seconda che la materia spetti alla competenza legislativa dello Stato o della Regione, ad operare le scelte relative”²⁷.

Meno ovvio appare, invece, stabilire se questo compito spetti al legislatore statale, oppure al legislatore regionale: soprattutto, nelle materie di competenza concorrente.

Per quanto riguarda le materie di competenza esclusiva dello Stato, non sembrano sussistere molte alternative, come direttamente ed esplicitamente confermato proprio dalla [sent. n. 189/2021](#)²⁸: nella materia di cui all’art. 117, comma 2, lett. s) Cost. è precluso alle Regioni delegare ai Comuni (ma anche, per le stesse ragioni, alle Province e alle Città metropolitane) le funzioni amministrative loro attribuite da una legge dello Stato.

La scelta allocativa compiuta al riguardo dal legislatore statale nelle materie di competenza esclusiva non è, in altri termini, derogabile se non per espressa volontà normativa del legislatore medesimo, che dovrebbe previamente prevedere *ad hoc* la possibilità di delegare a un diverso livello di governo una determinata funzione amministrativa attribuita alle Regioni. Se così non fosse ne risulterebbe svuotata di significato, del resto, la stessa scelta allocativa operata a monte dallo Stato.

Neppure particolari problemi dovrebbero porsi nelle materie di competenza residuale delle Regioni: dovendo ritenersi implicito nel potere di allocare determinate funzioni amministrative con legge regionale anche quello di statuirne l’eventuale delegabilità ad altri livelli di governo, nei limiti e alle condizioni stabilite dalla legge regionale²⁹. Salve restando, semmai, le possibili “intromissioni” dello Stato a titolo di “chiamata in sussidiarietà”³⁰ e negli ambiti di intervento trasversali, destinati ad espandersi anche in settori materiali in linea di principio riservati alle Regioni. E salvi rimanendo comunque tutti i limiti in cui le Regioni potrebbero incorrere per effetto dell’esercizio, da parte dello Stato, della sua potestà legislativa in materia di “*funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane*”, ai sensi dell’art. 117, comma 2, lett. p) Cost.³¹.

Nelle materie di competenza concorrente, invece, la coesistenza della legislazione statale di principio e regionale di dettaglio obbliga a domandarsi se una determinata scelta allocativa di

²⁶ In questo senso, specificamente, A. D’ATENA, *Diritto regionale*, Torino, 2017, 194-196. Sul punto, a seguito dell’entrata in vigore del nuovo art. 118 Cost.: R. TOSI, *La legge costituzionale n. 3 del 2001: note sparse in tema di potestà legislativa ed amministrativa*, cit., 1240; G. FALCON, *Modello e “transizione” nel nuovo Titolo V della Parte seconda della Costituzione*, in *le Regioni*, n. 6/2001, 1259; ID., *Funzioni amministrative ed enti locali nei nuovi artt. 118 e 117 della Costituzione*, cit., 394-395; A. CORPACI, *Revisione del Titolo V della Parte seconda della Costituzione e sistema amministrativo*, cit., 1307-1308; E. FOLLIERI, *Le funzioni amministrative nel nuovo Titolo V della parte seconda della Costituzione*, cit., 441-442; A. CELOTTO, A. SARANDREA, *Le funzioni amministrative*, cit., 184-185.

²⁷ Corte cost., [sent. n. 43/2004](#), punto 3.2 del *Considerato in diritto*.

²⁸ Oltre che dalle precedenti, ricordate sentenze nn. [187/2011](#) e [159/2012](#).

²⁹ Non potendo immaginarsi, ad esempio, che una determinata funzione amministrativa attribuita con legge regionale alle Province possa essere da queste delegata ai Comuni, in assenza di un previo fondamento normativo di livello necessariamente primario, in ossequio al principio di legalità. Si veda sempre, sul punto, Cons. Stato, Sez. VI, 29 novembre 2012, n. 6042.

³⁰ Alle condizioni definite dalla nota sentenza della Corte [n. 303/2003](#), punti nn. 2.1 e 2.2 del *Considerato in diritto*.

³¹ Sui quali si veda A. D’ATENA, *Diritto regionale*, cit., 195-196, secondo cui le “funzioni fondamentali – unitamente alle funzioni (*non* fondamentali) eventualmente trasferite o conferite dallo Stato nelle materie di *sua* competenza legislativa – sono destinate a configurare un *regime giuridico comune*, valevole per tutti gli enti locali, indipendentemente dalle Regione (ordinaria) sul cui territorio siano ubicati” (ivi, 196, corsivi dell’Autore). In argomento, in precedenza, R. TOSI, *La legge costituzionale n. 3 del 2001: note sparse in tema di potestà legislativa ed amministrativa*, cit., 1240, F. PIZZETTI, *Le nuove esigenze di governance in un sistema policentrico “esplosivo”*, in *le Regioni*, n. 6/2001, 1179-1180, e R. BIN, *La funzione amministrativa nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in *le Regioni*, n. 2-3/2002, 370-371.

funzioni amministrative debba ritenersi riservata allo Stato, oppure alle Regioni: non risulta del tutto chiaro, in effetti, “se la competenza della legge statale relativamente alla determinazione dei principi fondamentali della materia includa anche un intervento in relazione alla distribuzione delle funzioni”³².

In linea teorica, potrebbe presentarsi al riguardo un problema di non poco momento, potenzialmente alimentato proprio dai vigenti principi di sussidiarietà e adeguatezza.

Se si muove dalla nuova regola generale espressa dall’art. 118, comma 1, Cost., costituita dall’attribuzione in via di principio delle funzioni amministrative ai Comuni, ogni allocazione ad un diverso livello di governo disposta dal legislatore statale o regionale (secondo le rispettive competenze) “*per assicurarne l’esercizio unitario*”, dovrebbe essere intesa come sostanzialmente derogatoria rispetto al nuovo assetto delle funzioni amministrative definito dal vigente testo costituzionale³³. Bisognosa, pertanto, proprio in quanto tale, di adeguata (e motivata, secondo alcuni³⁴) ponderazione da parte del legislatore, e sindacabile da parte della Corte costituzionale, pur con tutti i problemi che ciò comporta³⁵.

Una scelta di questo tipo, espressa in ambiti materiali di competenza concorrente, non dovrebbe essa stessa essere considerata un principio fondamentale?

L’allocazione di una determinata funzione amministrativa presso un ente diverso dal Comune, in attuazione del principio di sussidiarietà, potrebbe ritenersi riservata al legislatore statale proprio per garantire in modo uniforme su tutto il territorio nazionale che detta funzione venga esercitata dal medesimo (superiore) livello di governo, per esigenze di esercizio unitario. Se così fosse, anche nelle materie di competenza concorrente la decisione di consentire la delegabilità di una certa funzione amministrativa, attribuita dal legislatore nazionale alle Regioni, risulterebbe riservata allo Stato. Residuando un’eventuale potestà legislativa regionale al riguardo (pur nei limiti di cui si è detto) solo nelle materie di competenza legislativa regionale *ex art. 117, comma 4, Cost.*

Autorevoli opinioni, peraltro, hanno da subito escluso (ed escludono) la praticabilità di un’interpretazione di tal fatta dei rapporti tra art. 118 ed art. 117, comma 3, Cost.; ritenendo, invece, che l’attribuzione delle competenze amministrative nelle materie di competenza concorrente vada senz’altro ricondotta alla potestà legislativa delle Regioni³⁶.

³² Così F. FRACCHIA, *Le funzioni amministrative nel nuovo art. 118 della Costituzione*, in G.F. Ferrari, G. Parodi (a cura di), *La revisione costituzionale del Titolo V tra nuovo regionalismo e federalismo. Problemi applicativi e linee evolutive*, Padova, 2003, 174. L. TORCHIA, “*Concorrenza*” fra Stato e Regioni dopo la riforma del Titolo V: dalla collaborazione unilaterale alla collaborazione paritaria, in *le Regioni*, n. 4/2002, 648, osservava come anche laddove si ammettesse “che la determinazione dei principi fondamentali possa essere estesa sino alla indicazione di criteri e regole generali per l’allocazione delle funzioni amministrative o di regole per il loro esercizio, essa non può certo giungere alla diretta e unilaterale allocazione delle funzioni singolarmente e puntualmente prese”. Anche A. CORPACI, *Revisione del Titolo V della Parte seconda della Costituzione e sistema amministrativo*, cit., 1314-1315, aveva formulato l’ipotesi secondo cui la potestà di allocare con legge le funzioni amministrative nelle materie di competenza concorrente avrebbe potuto ritenersi attribuita in parte al legislatore statale, in parte al legislatore regionale. In tema, si veda pure C. NAPOLI, *Le funzioni amministrative nel Titolo V della Costituzione. Contributo allo studio dell’art. 118, primo e secondo comma*, cit., 95-96.

³³ Espressamente in tal senso F. PIZZETTI, *Le nuove esigenze di governance in un sistema policentrico “esplosivo”*, cit., 1168 e 1179. Analogamente M. CAMMELLI, *Amministrazione (e interpreti) davanti al nuovo Titolo V*, cit., 1278.

³⁴ Si vedano, in merito, A. CELOTTO, A. SARANDREA, *Le funzioni amministrative*, cit., 185. *Contra* S. BARTOLE, R. BIN, G. FALCON, R. TOSI, *Diritto regionale. Dopo le riforme*, Bologna, 2003, 173.

³⁵ A partire dall’assai delicata valutazione, che dovrebbe essere condotta in sede di giudizio di legittimità, in ordine all’effettiva sussistenza, o meno, della necessità di esercizio unitario di una certa funzione; problemi segnalati, tra gli altri, da: G. FALCON, *Modello e “transizione” nel nuovo Titolo V della Parte seconda della Costituzione*, cit., 1260-1261; R. BIN, *La funzione amministrativa nel nuovo Titolo V della Costituzione*, cit., 373-374; P. URBANI, *L’allocazione delle funzioni amministrative secondo il Titolo V della Cost.*, cit., 461-464; A. D’ATENA, *Diritto regionale*, cit., 198-200.

³⁶ Espressamente in questo senso R. TOSI, *La legge costituzionale n. 3 del 2001: note sparse in tema di potestà legislativa ed amministrativa*, cit., 1240, secondo la quale la soluzione al problema posto dovrebbe ritenersi scontata, perché la legge regionale meglio di quella statale “potrà tenere conto dei principi cui il riparto deve ispirarsi, ed in modo particolare di quello di differenziazione” (in senso analogo G. MARCHETTI, *Il sistema di governo regionale integrato: alla ricerca di un equilibrio tra esigenze di riordino territoriale, razionalizzazione della spesa pubblica e garanzia dei diritti*, Milano, 2012, 36). Si vedano anche: G. FALCON, *Modello e “transizione” nel nuovo Titolo V della Parte seconda*

La stessa Corte costituzionale sembra essere ormai ripetutamente pervenuta, sul punto, alla medesima soluzione: “nelle materie di potestà legislativa concorrente (...), l’allocazione delle funzioni amministrative non spetta, in linea di principio – in assenza, cioè, di specifiche ragioni che rendano evidente la necessità di considerare l’attribuzione della funzione ad un determinato ente locale come rispondente ad un principio fondamentale – allo Stato, bensì alla Regione, la quale può, nel rispetto dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza, trattenere a sé la funzione ovvero attribuirgli ad un diverso livello di governo”³⁷.

Negli ambiti materiali di competenza concorrente la scelta di quale sia il livello di governo al quale attribuire una determinata funzione amministrativa va generalmente ricondotta, quindi, al potere delle Regioni di legiferare con norme di dettaglio.

Se così è, lo stesso dovrebbe valere, conseguentemente, anche per l’eventuale decisione del legislatore regionale di consentire la delegabilità in via amministrativa di una certa funzione ad un livello di governo diverso da quello al quale essa sia stata originariamente attribuita.

La giurisprudenza espressa dalla Corte in merito alla distribuzione delle competenze amministrative sembra ad oggi garantire, pertanto, un certo margine di manovra al riguardo alla legislazione regionale: specie considerato il numero ed il particolare rilievo, proprio sul piano del diritto amministrativo, delle materie di potestà concorrente definite dall’art. 117, comma 3, Cost. Salva sempre restando, anche in questi ambiti materiali, la possibile, significativa incidenza: della legislazione statale specificamente dedicata alla disciplina delle funzioni fondamentali degli enti locali³⁸; della legislazione statale “trasversale”, o esercitata a titolo di chiamata in sussidiarietà.

5. Rilievi conclusivi: nuovo art. 118 Cost., sussidiarietà, adeguatezza e potenziale rigidità del sistema di allocazione delle funzioni amministrative, verso un ulteriore accentramento regionale

Quanto sin qui evidenziato consente, ora, di trarre alcune brevi considerazioni di sintesi.

Un dato di una certa consistenza è rappresentato, in primo luogo, dai reali effetti concreti che la nuova formulazione dell’art. 118 Cost. ha avuto sul sistema di attribuzione (ed ulteriore, eventuale ri-allocazione) delle funzioni amministrative.

Si è visto (lo hanno considerato sia il Tribunale rimettente³⁹, sia la stessa Corte costituzionale nella sentenza in commento⁴⁰), come la delega di funzioni amministrative rappresentasse, nel testo originario dell’art. 118 Cost., un meccanismo che consentiva di rendere maggiormente flessibile un metodo di distribuzione delle competenze amministrative ispirato all’altrimenti rigido sistema del parallelismo tra funzioni legislative e funzioni amministrative⁴¹: “la delega di funzioni implicava, in termini di obiettivi politici, una valutazione da parte del delegante degli interessi in campo e la conseguente ricerca dell’ambito amministrativo ottimale per l’espletamento delle attività al quale delegare l’esercizio delle funzioni”; il che avrebbe dovuto “condurre ad un riassetto delle competenze in sede di esercizio delle funzioni”⁴².

della Costituzione, cit., 1260; E. FOLLIERI, *Le funzioni amministrative nel nuovo Titolo V della parte seconda della Costituzione*, cit., 457; P. CAVALERI, *Diritto regionale*, Padova, 2006, 172; T. MARTINES, A. RUGGERI, C. SALAZAR, *Lineamenti di diritto regionale*, cit., 234; A. D’ATENA, *Diritto regionale*, cit., 195.

³⁷ Così Corte cost., [sent. n. 252/2016](#), punto 3.2 del *Considerato in diritto*; si vedano anche: Corte cost., [sent. n. 384/2005](#), punto 5 del *Considerato in diritto*; Corte cost., [sent. n. 336/2005](#), punto 7.1 del *Considerato in diritto*; Corte cost., [sent. n. 50/2005](#), punto 11 del *Considerato in diritto*.

³⁸ Su quest’ultimo profilo, si vedano sempre i rilievi di A. D’ATENA, *Diritto regionale*, cit., 195-196.

³⁹ Si veda T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, ord. n. 181/2020, cit., p. 74, e T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, ord. n. 185/2020, cit., p. 120.

⁴⁰ Corte cost., [sent. n. 189/2021](#), punto 6.2.1 del *Considerato in diritto*.

⁴¹ Sulla cui problematicità rimane sempre attuale la lettura di L. PALADIN, *Diritto regionale*, cit., 191-196.

⁴² C. BERTOLINO, *La delega di funzioni amministrative: alla ricerca delle ragioni di “abbandono” dell’istituto*, cit., 988.

Il superamento del principio del parallelismo nel nuovo art. 118 Cost.⁴³, e la contestuale previsione a livello costituzionale di un metodo più “dinamico” di allocazione delle funzioni amministrative fondato sui principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza, sembrerebbe di primo acchito indirizzare, già di per sé, verso un ordine assai più elastico di distribuzione di tali funzioni: un ordine che, pur privilegiando in via generale l’ente più vicino ai cittadini, ammetterebbe tutte le eccezioni necessarie ad un più proficuo svolgimento dei compiti di amministrazione attiva.

La sussidiarietà, si è in effetti precisato, “non è [non dovrebbe essere] un principio di chiusura dei vari livelli su sé stessi in una logica di spartizione di competenze: essa designa il movimento umano di apertura progressiva, che non travolge le forme intermedie ma le apre alle forme successive. Di ogni livello sociale (o istituzionale) di aggregazione lo Stato sussidiario rispetta l’autonomia in quanto gradino di questa scala, ma deve trattarsi di un’autonomia che non si restringe, ma che apre naturalmente i propri membri al livello successivo e li rende *responsabili* della società nel suo complesso”⁴⁴.

Tuttavia, il compito di assegnare una determinata funzione amministrativa ad un livello di governo superiore a quello comunale ove lo richiedano esigenze di esercizio unitario, attribuito dal vigente art. 118 Cost. al legislatore statale o regionale, può comunque portare ad un sostanziale irrigidimento (in un certo senso, *ex post*, rispetto ai principi predefiniti nel vigente testo costituzionale) del sistema amministrativo.

Una volta che l’ascensore della sussidiarietà⁴⁵ sia *risalito*, infatti, non appare così ovvio che esso possa *ridiscendere*; neppure attraverso il meccanismo della delega, che consentirebbe di investire altri del concreto esercizio di una competenza che il legislatore statale o regionale ha deciso di attribuire ad un preciso livello di governo; e che potrebbe, quindi, frustrare proprio quelle esigenze di esercizio unitario che hanno indotto il legislatore ad una certa allocazione “verso l’alto” di una determinata funzione amministrativa.

In altri termini, l’obiezione di fondo secondo cui i principi di sussidiarietà e adeguatezza sarebbero *ex se* incompatibili con il meccanismo della delega di funzioni appare ancora attuale e non agevolmente superabile, se non al rischio di vanificare i principi medesimi⁴⁶. Se il legislatore statale o regionale stabiliscono che un determinato livello di governo (diverso da quello comunale) è il più idoneo allo svolgimento di una determinata funzione amministrativa, perché dovrebbe essere possibile consentirne il successivo *spostamento* ad un altro livello? E ciò varrebbe, si badi, con riferimento ad ogni forma di ri-attribuzione della competenza amministrativa originariamente assegnata dal legislatore, comunque denominata e concepita: si tratti di *delega* in senso proprio o di *conferimento* in senso ampio di funzioni amministrative, come concretamente delineato e caratterizzato.

Il precedente testo dell’art. 118 Cost. muoveva da un assetto tendenzialmente rigido di distribuzione di compiti amministrativi (parallelismo tra funzioni legislative e amministrative), e cercava di temperarlo attraverso il ricorso a strumenti di possibile, maggiore flessibilità (delega come metodo ordinario di ri-allocazione dei compiti amministrativi regionali, e avvalimento degli uffici degli enti locali). Il percorso delineato dal vigente Titolo V, Parte II, della Costituzione sembra invece dipanarsi quasi in senso opposto: muove da principi generali teoricamente più flessibili (sussidiarietà, differenziazione, adeguatezza), ma richiede un’intermediazione del legislatore che, una volta esercitata, rischia di stabilizzare definitivamente le scelte allocative

⁴³ Superamento formale a cui ha peraltro fatto seguito, sempre a mente della sentenza della Corte n. [303/2003](#), un parallelismo inverso (dalle funzioni amministrative alla potestà legislativa) e “moderato”, nel senso sottolineato da A. RUGGERI, *Il parallelismo “redivivo” e la sussidiarietà legislativa (ma non regolamentare...) in una storica (e, però, solo in parte soddisfacente) pronuncia*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2003, 2.

⁴⁴ F. PIZZOLATO, *Il principio di sussidiarietà*, in T. Groppi, M. Olivetti (a cura di), *La Repubblica delle autonomie*, cit., 206.

⁴⁵ Per riprendere la nota espressione di R. BIN, G. PITRUZZELLA, da ultimo in *Diritto pubblico*, Torino, 2021, 88.

⁴⁶ In argomento, si vedano sempre i rilievi di Q. CAMERLENGO, *Art. 118 Cost.*, cit., 2343, e di B. DE MARIA, *Strumenti e tecniche di riparto delle funzioni amministrative nelle leggi regionali*, cit., 51, già ricordati *sub* nota 21.

compiute, impedendo un'ulteriore ri-allocazione verso il basso delle funzioni amministrative sottratte al livello comunale.

Rispetto al quadro delineato, la decisione della Corte in commento offre indicazioni di vario segno.

Da un lato pare stemperare, almeno in parte, gli effetti di potenziale irrigidimento del sistema amministrativo di cui si è detto: pervenendo ad una lettura dei principi di sussidiarietà e adeguatezza implicitamente più elastica di quanto la loro formulazione potrebbe in astratto suggerire; e tale da non impedire in via di principio la delega di funzioni amministrative (o, per le medesime ragioni, il loro conferimento ad altro titolo) ad un diverso livello di governo, alla sola condizione che il potere di delegare (conferire) dette funzioni trovi espresso fondamento nella fonte legislativa, statale o regionale, che le attribuisce. Una lettura, questa, a cui si accompagna la richiamata giurisprudenza della Corte secondo cui l'allocazione delle funzioni amministrative non costituirebbe, di per sé, una scelta espressiva di un principio fondamentale riconducibile alla disciplina di un determinato ambito materiale: con conseguente espansione della potestà legislativa regionale al riguardo in tutte le materie di potestà legislativa concorrente, di cui all'art. 117, comma 3, Cost.

D'altra parte, risulta assolutamente evidente come, sempre secondo la Corte, la formulazione attuale dell'art. 118 Cost. precluda alle Regioni, nelle materie di competenza esclusiva statale, ogni ulteriore spostamento e ri-allocazione verso il basso di una determinata competenza amministrativa attribuita dalla legislazione nazionale (sempre in assenza di un'espressa autorizzazione in tal senso da parte della fonte statale medesima).

Il giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale nel quale la Corte ha reso la sentenza in commento offre, in definitiva, la plastica dimostrazione di un peculiare esito concreto della riforma del Titolo V, Parte II, della Costituzione certo non particolarmente favorevole, in questa specifica prospettiva, all'autonomia delle Regioni e degli enti locali: in presenza di un'immutata scelta allocativa effettuata dal legislatore statale (attribuire alle Regioni la competenza all'approvazione dei progetti di nuovi impianti per la gestione di rifiuti⁴⁷), il nuovo testo dell'art. 118 Cost. determina l'illegittimità costituzionale sopravvenuta della legislazione regionale che pretenda di disporre diversamente di questa competenza amministrativa; in tal modo cristallizzando la scelta allocativa compiuta dal legislatore statale, comprimendo corrispondentemente l'autonomia regionale nonché limitando, di riflesso, l'effettiva estensione dei poteri amministrativi degli enti locali.

Il principio di sussidiarietà viene così ad assumere, sotto questo profilo, proprio quei caratteri indesiderati e non auspicabili di "principio di chiusura dei vari livelli su sé stessi in una logica di spartizione di competenze"⁴⁸.

Un effetto concreto, pare, non privo di importanza e suscettibile di presentarsi ben oltre il caso concreto che ha dato origine al giudizio *a quo*. Soprattutto se si considera che i criteri di ragionamento fatti propri dalla Corte nel caso di specie appaiono replicabili per tutte le ipotesi di ulteriore "spostamento" di funzioni amministrative attribuite alle Regioni dalla legislazione statale, a prescindere dal titolo giuridico (delega, conferimento *et similia*) che ne costituisca il fondamento. E se si tiene presente la peculiare pervasività di diverse materie di competenza legislativa esclusiva dello Stato, proprio in ambiti rilevanti per il diritto amministrativo, capaci di incidere in modo rilevante anche nelle materie di competenza legislativa regionale.

Alla decrescente fortuna che ha assistito l'istituto della delega di funzioni amministrative nel nostro ordinamento⁴⁹ si aggiunge, in ogni caso, l'effetto concreto di cui si è detto; discendente dalla

⁴⁷ Scelta, va ribadito, già effettuata dagli artt. 19, comma 1, lett. d), e 27, del previgente d.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22, successivamente confermata negli attuali artt. 196, comma 1, lett. d) e 208, del vigente d.lgs. n. 152/2006.

⁴⁸ Il riferimento è sempre al già ricordato avviso di F. PIZZOLATO, *Il principio di sussidiarietà*, in T. Groppi, M. Olivetti (a cura di), *La Repubblica delle autonomie*, cit., 206.

⁴⁹ Si rinvia, in argomento, a C. BERTOLINO, *La delega di funzioni amministrative: alla ricerca delle ragioni di "abbandono" dell'istituto*, cit., 995-1001.

nuova formulazione dell'art. 118 Cost. e dalla scomparsa del formale riferimento alla delega come *ordinario* strumento di esercizio delle funzioni amministrative regionali.

Si tratta, in definitiva, di un ulteriore, ennesimo profilo che finisce per incidere in modo potenzialmente significativo sulla configurazione delle Regioni come istituzioni deputate anche a compiti puntuali di amministrazione attiva, piuttosto che come enti di governo dotati di prevalenti compiti legislativi, di indirizzo e coordinamento⁵⁰.

Tra gli scopi esplicitamente e tradizionalmente rinvenuti dalla stessa giurisprudenza costituzionale nella delega di funzioni amministrative regionali e nell'avvalimento degli uffici degli enti locali, come delineati dal previgente testo dell'art. 118, comma 3, Cost., vi era proprio quello di evitare una complicazione burocratica della struttura amministrativa regionale⁵¹, che desse vita ad “un accentramento regionale in luogo di un accentramento statale”⁵².

Un auspicio, questo, più che un effetto costituzionalmente imposto⁵³, a cui aveva fatto seguito, nei fatti, il mantenimento di apparati amministrativi regionali consistenti (anche allo scopo di coordinare e indirizzare l'attività degli enti locali), da parte di Regioni tendenzialmente “riluttanti a decentrare agli enti locali, anche solo a titolo di delega, almeno una parte significativa delle consistenti funzioni amministrative spesso attribuite o pervenute in via provvisoria alle Regioni medesime in virtù di un malinteso parallelismo tra competenze legislative e amministrative”⁵⁴. A questo modello di amministrazione “regionocentrico”⁵⁵ aveva forse contribuito, d'altra parte, la stessa “inattitudine” o “inefficienza di molti enti locali infra-regionali, che ben difficilmente” avrebbero potuto svolgere, “accanto alle funzioni istituzionali, una gran massa di compiti nuovi ad essi delegati”; e che, lasciati a sé stessi, avrebbero comunque dato luogo “a gravi difformità di indirizzo”⁵⁶.

La riforma del Titolo V, Parte II, della Costituzione costituiva, perlomeno nelle sue premesse, un'occasione per un nuovo tentativo di andare oltre l'accentramento delle funzioni amministrative

⁵⁰ Nel senso già delineato da A. BARBERA, *La regione come ente di governo*, in *Pol. dir.*, 1973, 741-742.

⁵¹ Si veda, al riguardo, Corte cost., [sent. n. 39/1957](#): “Proprio allo scopo di evitare la creazione di troppi uffici burocratici che i molti compiti affidati all'Ente Regione renderebbero necessari, lo Statuto dispone che la Regione svolga normalmente i suoi compiti amministrativi a mezzo degli uffici già esistenti di altri enti pubblici valendosi dei detti uffici o direttamente o attraverso una delegazione data all'ente a cui gli uffici appartengono. Se la delegazione dovesse portare alla moltiplicazione degli uffici degli enti delegati lo scopo pratico del sistema sarebbe frustrato”; il parametro di riferimento era costituito, allora, dall'art. 14 dello Statuto speciale per il Trentino - Alto Adige (oggi art. 18 del d.p.r. 31 agosto 1972, n. 670), di tenore identico al previgente art. 118, comma 3, Cost.

⁵² Così Corte cost., [sent. n. 11/1959](#), punto 3 del *Considerato in diritto*, con riferimento all'art. 44 dello Statuto per la Sardegna. Secondo P. CAVALERI, *L'evoluzione dello stato regionale in Italia. Lezioni di diritto regionale*, Padova, 1997, 101, il testo originario dell'art. 118, comma 3, Cost. rispondeva, nell'intento del Costituente, non solo all'obiettivo di “ridurre all'indispensabile la creazione di uffici amministrativi”, ma anche a quello di “far sì che l'azione amministrativa, esercitata dagli enti più vicini ai cittadini-utenti, corrisponda il più possibile alle esigenze delle collettività locali (con una sorta di anticipazione del ‘principio di sussidiarietà’ (...)).”

⁵³ Sul punto, L. PALADIN, *Diritto regionale*, cit., 369, e P. CAVALERI, *L'evoluzione dello stato regionale in Italia. Lezioni di diritto regionale*, cit., 101, in senso contrario alla configurazione delle Regioni come enti ad amministrazione indiretta necessaria.

⁵⁴ G.C. DE MARTIN, *La funzione amministrativa tra Regioni ed enti locali*, cit., 976. Si vedano anche, dello stesso Autore, le considerazioni espresse in ID., *Le tendenze centralistiche nella organizzazione amministrativa delle Regioni prima e dopo le recenti riforme costituzionali*, in AA. VV., *Studi in onore di Leopoldo Mazzaroli*, Vol. II, *Attività, organizzazione, servizi*, Padova, 2007, 284-286.

⁵⁵ La definizione, critica, è sempre di G.C. DE MARTIN, *La funzione amministrativa tra Regioni ed enti locali*, cit., 976.

⁵⁶ Questi i rilievi di L. PALADIN, *Diritto regionale*, cit., 379; analogamente, M. BERTOLISSI, *Art. 118 Cost.*, cit., 723. Molto critico, rispetto alla effettiva capacità degli enti locali di svolgere al meglio funzioni amministrative di maggior rilievo (anche successivamente alla riforma del Titolo V, Parte II, della Costituzione) M. CARLI, *Le funzioni amministrative dopo la riforma del Titolo V*, in L. Violini (a cura di), *Itinerari di sviluppo del regionalismo italiano. Primo incontro di studio “Gianfranco Mor” sul diritto regionale*, Milano, 2005, 326: “per attuare l'art. 118, la Regione ha bisogno di enti locali adeguati che, nella stragrande maggioranza, non ci sono (...): 5100 Comuni sotto i cinquemila abitanti non possono essere adeguati allo svolgimento di funzioni significative. Comuni con segretario generale ‘a scavalco’, senza dirigenti, con un numero esiguo di dipendenti, non sono strutture in grado di recepire in maniera significativa funzioni amministrative”.

presso le Regioni, nella direzione di un possibile alleggerimento dei relativi apparati burocratici. La dichiarazione di intenti del legislatore costituzionale era, del resto, chiara: proprio in virtù della pari dignità costituzionale dei diversi livelli istituzionali componenti la Repubblica e del superamento del criterio del parallelismo tra funzioni legislative e amministrative, nonché della regola generale costituita dall'attribuzione di queste ultime, in via di principio, ai Comuni⁵⁷.

Eppure, la precedente linea di tendenza in ordine al rapporto tra amministrazione regionale e amministrazioni locali non ha subito particolari inversioni di rotta, neanche successivamente alla riforma del Titolo V, Parte II, Cost. La stessa, nuova stagione statutaria che ne è seguita pare aver generalmente riprodotto il precedente modello organizzativo diretto e indiretto dell'amministrazione regionale, sostanzialmente "centralizzato"⁵⁸.

A conclusioni diverse non sembra possibile pervenire oggi, pur a diversi anni di distanza da un referendum istituzionale che ha avuto (anche) l'effetto sostanziale di rafforzare il disegno autonomistico ribadito e sviluppato dalla novella costituzionale del 2001⁵⁹: anche perché, come si è notato, "a seguito della pronuncia referendaria del 4 dicembre 2016, vi è (...) un impianto costituzionale immutato che fa delle Regioni soggetti deputati alla programmazione e alla legislazione e vi è, di contro, una legislazione ordinaria che riporta in capo alle stesse Regioni ambiti amministrativi rilevanti"⁶⁰. Ivi inclusa la legge 7 aprile 2014, n. 56, che nel ridisegnare il sistema di allocazione delle funzioni amministrative provinciali "ha contribuito a una valorizzazione per molti versi impropria delle Regioni (...) quali enti di amministrazione attiva, assecondando una configurazione ancora più ambigua delle stesse"⁶¹.

La rilevata, perdurante tendenza all'accentramento di competenze amministrative presso le Regioni, a discapito degli enti locali, trova puntuale ed ulteriore conferma nella sentenza in commento. Per motivi che appaiono riconducibili, appunto, non alle scelte in tal senso effettuate dalle Regioni (che pure non mancano⁶²), ma direttamente al legislatore nazionale: anche costituzionale, per le ragioni sin qui tratteggiate.

⁵⁷ In argomento, G.C. DE MARTIN, *La funzione amministrativa tra Regioni ed enti locali*, in *Dir. pubbl.*, cit., 978-982; si veda anche G. MARCHETTI, *Il sistema di governo regionale integrato: alla ricerca di un equilibrio tra esigenze di riordino territoriale, razionalizzazione della spesa pubblica e garanzia dei diritti*, cit., 29.

⁵⁸ Ne ha ragionato diffusamente G.C. DE MARTIN, *La funzione amministrativa tra Regioni ed enti locali*, cit., 985-995 (nonché ID., *Le tendenze centralistiche nella organizzazione amministrativa delle Regioni prima e dopo le recenti riforme costituzionali*, cit., 290-297).

⁵⁹ Lo ha osservato, in particolare, M. BERTOLISSI, *Il carattere democratico dell'amministrazione locale*, in M. BERTOLISSI, G. BERGONZINI, *Province. Decapitate e risorte*, Torino, 2017, 24-35, pervenendo alle seguenti conclusioni: "Il corpo referendario ha votato in massa, con una percentuale schiacciante per il No. Il No coinvolge il testo incorporato nel quesito sotto un duplice profilo: per un verso, riconferma la perdurante preferenza per la Costituzione del 1948, così come è stata modificata nel 2001; per altro verso, nel fare ciò, sconfessa, indirettamente ma chiaramente, la lettura che della riforma del 2001 ha dato la Corte costituzionale, lettura incorporata nel nuovo testo, bocciato, appunto, dalla consultazione referendaria" (ivi, 35).

⁶⁰ In questo senso B. CARAVITA, G.M. SALERNO, F. FABRIZZI, S. CALZOLAIO, F. GRANDI, "Mappe d'Italia": dove va la riorganizzazione territoriale? Prime osservazioni sul problema dello zoning amministrativo, in *Federalismi.it*, n. 8/2018, 12. Sul punto anche C. BERTOLINO, *La delega di funzioni amministrative: alla ricerca delle ragioni di "abbandono" dell'istituto*, cit., 998-1000.

⁶¹ La notazione è di G. TARLI BARBIERI, *I nodi irrisolti del regionalismo italiano, a venti anni dalla riforma del Titolo V della Costituzione*, in *le Regioni*, n. 1-2/2021, 233.

⁶² Basti pensare, da ultimo, proprio alle leggi con cui le Regioni, in attuazione dell'art. 1, comma 89, della l. n. 56/2014, hanno deciso di trattenere presso di sé, in tutto o in parte, le funzioni amministrative in precedenza provinciali. Si è notato, al riguardo, come la decisione di confermare quasi integralmente in capo alle Province le previgenti funzioni abbia caratterizzato la legislazione regionale di Veneto, Piemonte e Lombardia; in tutte le altre Regioni italiane si è assistito ad un sostanziale trasferimento di tali funzioni all'apparato regionale, in parte più o meno consistente (in argomento: M. GORLANI, *Quale futuro per le Province dopo l'esito del referendum costituzionale del 4 dicembre 2016*, in *Federalismi.it*, n. 5/2017, 12-13, e C. BENETAZZO, *Le Province a cinque anni dalla legge "Delrio": profili partecipativi e funzionali-organizzativi*, *ivi*, n. 5/2019, 20-24).

Gianluca Famiglietti
Presidente di assemblea “giudice” (della costituzionalità)
o “arbitro” (della vita parlamentare)?
(nota a [Corte cost. ord. n. 188 del 24 settembre 2021](#))*

ABSTRACT: *The author analyzes [the ordinance n. 188 of 2021](#) with which the Constitutional Court declared inadmissible the conflict of attribution raised by the Deputy against the decision of the President of the Chamber to declare his bill inadmissible because he considered it unconstitutional. The author questions the legitimacy and extent of such a power.*

SOMMARIO: 1. Un conflitto inammissibile. – 2. La prerogativa costituzionale mortificata. – 3. Un “nuovo titolare” del sindacato di costituzionalità ed un “nuovo portiere”? – 4. Tra Voltaire e Giovenale.

1. Un conflitto inammissibile

Nel titolo di queste note è condensato il senso dei fatti posti alla base dell'[ordinanza n. 188 del 24 settembre 2021](#), con cui la Corte costituzionale ha giudicato inammissibile il ricorso per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato sorto a seguito della lettera del Presidente della Camera dei deputati con cui non è stata ammessa la presentazione in aula di una proposta di legge avanzata dal Deputato ricorrente¹. Quest'ultimo ha lamentato la menomazione delle sue prerogative parlamentari di cui all'art. 71, comma 1, Cost. («L'iniziativa delle leggi appartiene [...] a ciascun membro delle Camere [...]»), così come degli artt. 67 e 72 Cost., relativamente al libero esercizio del mandato parlamentare ed alla possibilità di concorrere alla discussione, definizione e deliberazione dei disegni di legge presentati.

Ad avviso del Parlamentare una tale menomazione sarebbe stata da imputare alla decisione presidenziale di non ammettere la presentazione in aula di un progetto di legge avanzato dallo stesso ricorrente, impedendo così la stampa e la distribuzione del testo, precludendo pertanto l'avvio dell'esame.

Punctum dolens della proposta sarebbe risultata essere la disciplina del c.d. “referendum di richiamo”.

Alla preclusione del Presidente si è tuttavia giunti a seguito di una serie di passaggi: alla presentazione della richiamata proposta il 17 aprile 2019 (che riceve il numero 1781 ed il cui deposito viene annunciato nella seduta n. 166 del giorno successivo²) fa seguito l'avvio di una serrata interlocuzione con il Servizio per i Testi normativi della Camera che chiede al proponente di espungere dalla proposta la disciplina – contenuta agli artt. 40 e 58 – relativa all'istituto che è volto a riconoscere agli elettori di un determinato collegio il potere, a certe condizioni, di revocare dalla carica il Parlamentare eletto in quel collegio (la “revoca” per l'appunto, o altrimenti detta *recall*³ o,



* Contributo scientifico sottoposto a referaggio.

¹ Più precisamente trattandosi del progetto di legge A.C. n. 1781 recante «*Modifiche al testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 marzo 1957, n. 361, in materia di elezione della Camera dei deputati, e al testo unico di cui al decreto legislativo 20 dicembre 1993, n. 533, in materia di elezione del Senato della Repubblica, nonché norme concernenti la determinazione e la revisione dei collegi uninominali*». Primo proponente (e poi ricorrente) è l'on. Andrea Ceconi (dal 1 agosto 2021 iscritto al Gruppo Misto – MAIE – PSI - FACCIAMOECO), secondo firmatario risulta l'on. Antonio Tasso (afferente al medesimo raggruppamento).

² Secondo la disciplina regolamentare dei progetti di legge presentati ad una Camera o trasmessi dall'altra il Presidente fornisce annuncio pubblico all'Assemblea e ordina la stampa (con conseguente numerazione) e la distribuzione ai Parlamentari nel più breve tempo possibile (artt. 68, c. 1, Reg. Cam. e 73, c. 2, Reg. Sen.). Degli stessi, inoltre, è fatta menzione nell'ordine del giorno generale di Assemblea ed è disposta l'assegnazione alla Commissione competente per materia.

³ Fuori dai confini europei si possono richiamare varie esperienze, a partire da quella notissima dei 19 Stati americani che prevedono l'istituto a livello costituzionale; come pure l'art. 151 della Costituzione della Repubblica di Panama del 1972 che attribuisce ai partiti la possibilità di revocare il mandato secondo le disposizioni dei loro statuti, così come agli

come nella proposta oggetto del contendere, «referendum di richiamo»). Fermo sulle proprie posizioni il proponente scrive dunque, in data 22 ottobre, al Presidente della Camera affinché inviti il Servizio per i Testi normativi a procedere quanto prima alla pubblicazione del testo della proposta nella versione depositata, nonché, in subordine, a fornirgli delucidazioni sulle specifiche ragioni che impedirebbero di procedere in tal senso. Nella sua risposta del 10 gennaio 2020 il Presidente osserva che la stampa della proposta era stata sospesa per valutazioni sull'ammissibilità delle disposizioni riguardanti l'introduzione dell'istituto del cosiddetto "referendum di richiamo", avendo egli ritenuto – anche sulla scorta di taluni precedenti presidenziali⁴ – di dover svolgere un controllo di ammissibilità con riferimento ad ogni atto parlamentare, al fine di accertare i requisiti previsti dalle norme costituzionali e regolamentari vigenti, in vista della regolarità del procedimento legislativo; un sindacato nel quale rientrerebbe anche il potere di non ammettere al voto proposte in evidente contrasto con i principi costituzionali. A giudizio del Presidente della Camera dei deputati infatti quella specifica disciplina da un lato dovrebbe conoscere corretta e più opportuna collocazione in un disegno di legge costituzionale, in quanto volta ad introdurre nell'ordinamento forme di consultazione di tipo referendario suscettibili di determinare effetti giuridici di rango costituzionale; dall'altro, se contenuta in una proposta di legge ordinaria, non potrebbe considerarsi ammissibile, in quanto incompatibile con l'art. 67 Cost., vuoi perché introdurrebbe uno strumento atto a consentire, tramite la revoca, un sindacato sulle scelte dell'eletto, vuoi perché attribuirebbe siffatto potere di "richiamo" alla sola porzione del corpo elettorale compresa nel collegio di elezione, risultando così in evidente contrasto con il principio secondo cui ciascun Parlamentare rappresenta la Nazione.

Ad avviso del ricorrente al Presidente d'Assemblea non spetterebbe il potere di non ammettere proposte di legge sulla base di valutazioni che investono il contenuto dell'atto di iniziativa, altrimenti impedendo l'esercizio dell'iniziativa legislativa e così incidendo tanto sulla «funzione di legislatore», delineata dagli artt. 71 e 72 Cost., quanto, più in generale, sullo svolgimento del mandato e sulla funzione di rappresentanza politica, di cui all'art. 67 Cost., la quale si esplicherebbe anche attraverso la presentazione di proposte di legge. Nella specie, non avendo la decisione del Presidente della Camera consentito l'avvio del procedimento legislativo, avrebbe quindi impedito al Parlamentare di esercitare le proprie prerogative.

A giudizio della Corte costituzionale il potere di iniziativa legislativa del singolo Parlamentare (art. 71, comma 1, Cost.) si estrinseca attraverso modalità ed il suo esercizio produce effetti solo in

elettori del collegio quella di adire il Tribunale elettorale per avviare la procedura di revoca del Deputato eletto; o ancora il combinato disposto degli artt. 29 e 35 della Costituzione cinese del 1978 ai sensi del quale era disciplinato (nella traduzione inglese) *the power to supervise, remove and replace* dei Deputati da parte delle Unità elettorali, cioè le Assemblies delle province, delle regioni autonome, delle municipalità, delle forze armate che li avevano prescelti (nella vigente Costituzione del 1982 l'istituto del *recall* è disciplinato all'art. 77); o il combinato degli artt. 80 lett. f), 101 lett. c), e 116 della Costituzione cubana del '76 che disciplina la revoca dei Deputati eletti all'Assemblea Nazionale; si pensi infine all'art. 40.4 della Costituzione colombiana del 1991, all'art. 197 della Costituzione venezuelana del '99 e all'art. 61.6 della Costituzione ecuadoriana del 2008.

Guardando ad esperienze anche geograficamente più prossime, anche il Regno Unito, patria del libero mandato parlamentare, ha – come è noto – accolto in tempi recenti nel proprio ordinamento l'istituto in questione, con il *Recall of MPs Act 2015*, senza tuttavia affidarne "le chiavi" all'elettorato, anche solo attraverso la gestione della minaccia di farvi ricorso. Ricorda al riguardo G. CARVALE, *L'approvazione della prima procedura di recall a dieci anni dallo scandalo del rimborso spese dei deputati e la "crisis of confidence" verso la classe politica britannica*, in *Nomos*, n. 1/2019, 552 ss. come la soluzione trovata sia stata quella di conferire in via esclusiva a Parlamento e Corti di giustizia il potere di dare avvio alla procedura di *recall* solo in seguito a tre specifiche ipotesi (una condanna inferiore ad un anno, dal momento che quelle di durata superiore già in precedenza comportavano la decadenza; un voto da parte dei Comuni di sospensione di un Deputato per minimo 10 *sitting days* o 14 *calendar days* a seguito di un *report* del *Committee of Standards*; un giudizio di colpevolezza per il reato di false o ingannevoli informazioni per ottenere rimborso di spese), evitando così che la procedura possa prendere avvio per iniziativa degli elettori. Al verificarsi di una di queste ipotesi lo *Speaker* si rivolge al *petition officer* responsabile del collegio in cui è stato eletto il Deputato invitandolo a comunicare la notizia agli elettori e ad organizzare la petizione volta a chiedere le elezioni suppletive. Tali elezioni sono concesse solo nel caso in cui la petizione venga approvata dal 10% degli elettori del collegio.

⁴ Vengono richiamate a giustificazione di tale potere le lettere dei Presidenti della Camera del 4 febbraio 1997, del 7 giugno 2002, del 25 settembre 2015 e del 4 agosto 2016.

parte disciplinati dal testo costituzionale (art. 72); gli effetti della presentazione alle Camere del progetto di legge sono infatti disciplinati dai Regolamenti parlamentari e dalle relative prassi applicative. Tra questi rientrerebbe anche l'attivazione dei poteri di controllo del Presidente della Camera sull'ammissibilità dei progetti di legge, inquadrandosi il sindacato di ammissibilità degli atti di iniziativa legislativa negli strumenti presidenziali volti a garantire la regolarità del procedimento legislativo. Dal momento che poi l'autonomia costituzionale di cui godono le Camere si estrinseca non solo nella adozione dei rispettivi Regolamenti, ma anche nella loro interpretazione ed applicazione, l'estensione del potere presidenziale e le concrete modalità del suo esercizio possono essere oggetto di valutazione ad opera del Giudice costituzionale solo in presenza di manifesta menomazione delle attribuzioni costituzionali del Parlamentare; tuttavia – conclude la Corte – dal caso di specie non emerge che la valutazione di inammissibilità del progetto di legge, accompagnata dall'esposizione dei relativi motivi, abbia di per sé prodotto l'evidente menomazione del potere di iniziativa legislativa.

A conclusione, dunque, della fase di delibazione il conflitto è stato giudicato inammissibile⁵.

2. La prerogativa costituzionale mortificata

Il conflitto, pur all'esito della procedura liminare non ammesso al merito, presenta tuttavia l'occasione per soffermarsi sui tanti spunti di sicuro rilievo offerti, tanto di natura processuale come di merito.

Relativamente al profilo soggettivo la legittimazione del singolo Parlamentare a sollevare conflitto interorganico può ormai dirsi dato acquisito: dopo l'ordinanza "compromissoria" [n. 17 del 2019](#)⁶ – apparsa come «il frutto di un sapiente equilibrista»⁷ – quell'orientamento è stato poi più volte ribadito⁸.

Ma l'inammissibile conflitto dell'[ord. n. 188/2021](#) richiama i più significativi passaggi di quella

⁵ Come è noto, ai sensi degli artt. 37 [l. 11 marzo 1953 n. 87](#) e 26 [Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale](#), in questa fase del giudizio la Corte è chiamata a deliberare, in camera di consiglio e senza contraddittorio, sulla sussistenza dei requisiti soggettivo e oggettivo, ossia a decidere se il conflitto insorga tra organi competenti a dichiarare definitivamente la volontà del potere cui appartengono e per la delimitazione della sfera di attribuzioni determinata per i vari poteri da norme costituzionali. Un carattere dunque delimitato e sommario costantemente ribadito dalla Corte nelle sue ordinanze (si vedano in particolare e di recente ord. nn. 17/2019, [60](#) e [86](#) del 2020).

⁶ Rispetto alla quale, osserva E. MALFATTI, *Il conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato*, in R. Romboli (cur.), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2017-2019)*, Torino, 2020, 233-234, la Corte aveva preparato l'ideale "terreno" per scatenare "la tempesta perfetta" già con le ord. nn. [277](#) e [280](#) del 2017, [163](#) e [181](#) del 2018.

⁷ Sono le parole impiegate da R. ROMBOLI nella sua *Nota di richiami e osservazioni* alla decisione, in *Foro it.*, 2019, I, 2299. Nell'occasione la Corte – lo si ricorderà – ebbe a riconoscere, per la prima volta in maniera esplicita, la legittimazione a proporre un conflitto tra poteri da parte del singolo Parlamentare, allo scopo di far valere l'eventuale limitazione di un potere ad esso riconosciuto dalla Costituzione, non in quanto componente l'Assemblea, ma *uti singulus*; un riconoscimento esplicito importante pur a fronte della dichiarazione di inammissibilità (qui parte dell'equilibrismo) per mancanza dell'elemento oggettivo di quel conflitto di attribuzione, un conflitto sollevato dal singolo Parlamentare nei confronti delle modalità attraverso le quali si era svolta in Senato la discussione che aveva portato all'approvazione, il 23 dicembre 2018, del disegno di "legge di bilancio".

⁸ Cfr. ord. nn. [274](#) e [275](#) del 2019; [60](#), [86](#), [129](#), [176](#) e [197](#) del 2020; [66](#) e [67](#) del 2021. Per una ricostruzione di quei conflitti cfr. J. FERRACUTI, [La gestione dell'emergenza Covid-19 alla prova del conflitto interorganico. Prime note sulle ordinanze di inammissibilità nn. 66 e 67 del 2021](#), in questa [Rivista, Studi 2021/II](#), 364 ss.

Più in generale, sulla legittimazione del singolo Parlamentare a sollevare conflitto tra poteri si rinvia, tra i tanti, a R. BIN, *L'ultima fortezza. Teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Milano, 1996, spec. 113-155; N. ZANON, *Il libero mandato parlamentare. Saggio critico sull'articolo 67 della Costituzione*, Milano, 1991, spec. 312-323; C.P. GUARINI, *Spunti ricostruttivi sulla (problematica) legittimazione del singolo parlamentare al conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato*, in [Rivista AIC](#), n. 4/2017, 12 ottobre 2017; T.F. GIUPPONI, *Funzione parlamentare e conflitto di attribuzioni: quale spazio per i ricorsi «intra-potere» dopo l'ordinanza n. 17 del 2019?* in *Quad. cost.*, n. 2/2019, 291 ss.; A. MORRONE, *Lucciole per lanterne. La n. 17/2019 e la terra promessa di quote di potere per il singolo parlamentare*, in [Federalismi.it](#), n. 4/2019, 20 febbraio 2019; A. RUGGERI, [Il parlamentare e il suo riconoscimento quale "potere dello Stato" solo... virtuale o in astratto \(nota minima a Corte cost. n. 17 del 2019\)](#), in questa [Rivista, Studi 2019/I](#), 71 ss.

“prima rondine”: «[L]a Costituzione individua una sfera di prerogative che spettano al singolo parlamentare, diverse e distinte da quelle che gli spettano in quanto componente dell’assemblea, che invece è compito di ciascuna Camera tutelare (...). Si tratta in generale della facoltà, necessaria all’esercizio del libero mandato parlamentare (art. 67 Cost.), di partecipare alle discussioni e alle deliberazioni esprimendo “opinioni” e “voti” (...); segnatamente, nell’ambito della funzione legislativa (...), le prerogative del singolo rappresentante si esplicitano anche nel potere di iniziativa, testualmente attribuito “a ciascun membro delle Camere” dall’art. 71, primo comma, Cost., comprensivo del potere di proporre emendamenti, esercitabile tanto in commissione che in assemblea (art. 72 Cost.). Del resto, è proprio attraverso la presentazione di iniziative legislative ed emendamenti da parte dei parlamentari, sulla base di una disciplina procedurale rimessa ai regolamenti parlamentari, che si concretizza l’attribuzione costituzionale alle Camere della funzione legislativa (art. 70 Cost.), che altrimenti risulterebbe ridotta a una mera funzione di ratifica di scelte maturate altrove».

Appare perciò di una certa evidenza come alle poc’anzi richiamate attribuzioni costituzionali che spettano al singolo Parlamentare faccia riferimento il Deputato la cui proposta di legge non è stata ammessa dal Presidente di Assemblea⁹, lamentando la lesione di quella che *naturaliter* connota la propria attività individuale *secundum Constitutionem*, ossia l’iniziativa legislativa di cui all’art. 71, comma 1, Cost., con effetti sulla possibilità di discutere e deliberare (art. 72 Cost.) e, più in generale, sul pieno e libero esercizio del mandato parlamentare (art. 67 Cost.).

Quanto poi alla “materia del conflitto” la prerogativa della quale il Parlamentare chiede tutela indubbiamente rientra nella sfera di attribuzioni che al ricorrente è assegnata direttamente dalla Costituzione, ossia l’iniziativa legislativa (art. 71); dagli artt. 1, secondo comma, 67, 71 e 72, primo e quarto comma, Cost. deriva «la titolarità, in capo a ciascun parlamentare, del potere di iniziativa legislativa, che si estrinseca non solo con la presentazione di proposte di legge, ma altresì con la formalizzazione di emendamenti ai progetti di legge in discussione e con la partecipazione ai lavori delle Commissioni parlamentari, anche se di esse non si faccia parte» (così l’[ordinanza n. 149 del 2016](#)).

La valutazione di inammissibilità del conflitto da parte della Corte si è fondata essenzialmente sul carattere non grave né manifesto della lesione alla prerogativa in questione, niente affatto menomata dunque in modo “serio” dalla decisione presidenziale di non ammissibilità del progetto di legge e, di conseguenza, analoghe valutazioni sono toccate alla prerogativa della discussione e del voto in assemblea (art. 72 Cost.) e, in generale, al libero esercizio del mandato parlamentare (art. 67 Cost.)¹⁰. Come non considerare *manifestamente* lesiva del potere di iniziativa legislativa, come configurato dagli artt. 71 e 72 Cost., la decisione di non ammettere una proposta di legge, incidendo sulla funzione di legislatore del Parlamentare? Come non ritenere quella decisione *gravemente* incidente, più in generale, sullo svolgimento del mandato e sulla funzione di rappresentanza politica (art. 67 Cost.), che non può che esplicarsi *anche* attraverso la presentazione di proposte di legge?

Sembra fin troppo palese rintracciare il “tono costituzionale” del conflitto, ben al di sopra della “soglia di evidenza” indicata dalla Corte costituzionale nell’[ord. n. 17/2019](#): si discorre infatti dell’esercizio di una prerogativa impedito *in radice e assolutamente*, il carattere non manifesto della lamentata lesione del quale viene rilevato in fase di delibazione, a fronte di una giurisprudenza costituzionale che aveva in passato escluso una siffatta possibilità con i contorni che qui si presentano; altrove infatti in fase liminare si sono sì arrestati conflitti in ragione dell’assenza del carattere

⁹ Sulla legittimazione passiva al conflitto del Presidente – tanto dell’Assemblea di Montecitorio come di quella di Palazzo Madama – si v. la [sentenza n. 379 del 1996](#) della Corte costituzionale e [ordd. nn. 17/2019](#) e [60/2020](#).

¹⁰ In merito al raggiungimento della “soglia di evidenza” rappresentata dalla sussistenza di una sostanziale negazione o evidente menomazione della funzione costituzionalmente attribuita al singolo Parlamentare risulta centrale l’orientamento inaugurato dalla “storica” [ord. n. 17](#), in virtù del quale «si deve ritenere che, ai fini dell’ammissibilità del conflitto, non è sufficiente che il singolo parlamentare lamenti un qualunque tipo di vizio occorso durante l’iter legislativo, bensì è necessario che allegghi e comprovi una sostanziale negazione o un’evidente menomazione della funzione costituzionalmente attribuita al ricorrente, a tutela della quale è apprestato il rimedio giurisdizionale innanzi a questa Corte ex art. 37, primo comma, della legge n. 87 del 1953».

manifesto delle violazioni lamentate, «rilevabili nella loro evidenza già in sede di sommaria deliberazione» (così Corte cost. [ord. n. 60/2020](#)¹¹), ma in virtù della *apprezzabile compressione* delle prerogative costituzionali e non in conseguenza del loro *totale annichilimento*.

Si vuol cioè sottolineare come – pur non ritenendo quella liminare la sede più adatta per un simile giudizio – in altre occasioni¹², una volta riscontrata la mancanza di un *vulnus* manifesto delle attribuzioni costituzionali dei ricorrenti, pur significativamente compresse ma mai del tutto nullificate, la Corte abbia nella sostanza inteso bilanciare l'efficienza e la tempestività delle decisioni parlamentari con la salvaguardia delle attribuzioni dei Parlamentari di effettiva partecipazione ai lavori dell'organo, disapprovando sì la compressione senza tuttavia scorgere in essa i tratti della manifesta violazione.

Pare evidente invece come nel conflitto frustrato sulla soglia del merito dall'[ord. n. 188](#) si sia in presenza di «una sostanziale negazione o un'evidente menomazione della funzione costituzionalmente attribuita al ricorrente, a tutela della quale è apprestato il rimedio giurisdizionale»¹³ del conflitto interorganico, che esige un esame nel merito.

Risuonano nemmeno troppo lontani gli echi della “presa in considerazione”, istituto disciplinato dagli artt. 132-134 del Regolamento della Camera dei deputati del 1° luglio 1900, a mente dei quali «[n]essuna proposta di legge d'iniziativa di uno o più deputati potrà essere letta in seduta pubblica prima che gli Uffici non ne abbiano autorizzata la lettura. Perché questa autorizzazione venga accordata, sarà necessario che sia consentita da tre Uffici almeno» (art. 132); «[a]llorché l'autorizzazione è concessa, il Presidente ordina la lettura pubblica, e quindi la Camera fissa il giorno dello svolgimento» (art. 133); infine «[n]el giorno indicato, il proponente svolge i motivi della proposta. Non potrà parlare che un solo oratore contro la presa in considerazione. Il proponente ha diritto di replicare. La Camera decide quindi sulla presa in considerazione» (art. 134). Rimasta formalmente in vigore per le proposte che comportassero oneri finanziari, all'atto delle ampie riforme regolamentari del 1971 venne definitivamente abbandonato ciò che di essa residuava¹⁴, proprio perché ritenuta incompatibile con l'art. 71 Cost.¹⁵. L'istituto statutario finiva col condizionare certo il potere di iniziativa legislativa, ma esso era tuttavia incanalato in forme dialogiche, anche dialettiche, che conservavano una parvenza democratica, a fronte di un potere di valutazione di ammissibilità basata sul contenuto ad opera qui del Presidente d'Assemblea e per di più senza possibilità di “appello”.

Allargando lo sguardo alle diverse forme di iniziativa legislativa, esse come è noto sono strutturate a livello concettuale secondo il principio della pari efficacia formale, «da intendersi, in forza del combinato disposto degli artt. 71 e 72 Cost., quale pari idoneità a dare avvio al procedimento di

¹¹ Sulla quale cfr. C. SALOI, *La c.d. apertura alla legittimazione del singolo parlamentare: tanto rumore per nulla?*, in *Foro it.*, 2020, I, 2612 ss., il quale condivisibilmente osserva come la valutazione che la Corte fa circa l'entità della lesione delle attribuzioni costituzionali lamentata dalla parte attrice, valutandola come non manifesta, costituisca un giudizio confacente alla fase di merito del conflitto piuttosto che a quella di ammissibilità. In sede liminare dovrebbe infatti limitarsi la Corte – ex artt. 37 l. 87/53 e 24 N.I. – a sindacare, «attraverso una deliberazione sommaria svolta in camera di consiglio, la sussistenza dei presupposti processuali: profilo soggettivo (il conflitto deve coinvolgere organi costituzionali) e oggettivo (il ricorso deve riguardare l'esercizio di attribuzioni costituzionali), [...] rimandando ogni altra valutazione alla fase a cognizione piena, che si svolge nel contraddittorio delle parti e si conclude (di norma) con una sentenza che entra nel merito della causa» (spec. 2614).

¹² Le già citate [ordd. nn. 17/2019](#) e [60/2020](#).

¹³ Così ancora [ord. n. 17/2019](#).

¹⁴ Connessa, come è noto, sotto il vigore dello Statuto, alla titolarità dell'iniziativa riservata all'intera Assemblea. In tema cfr. A. BOZZI, *L'iniziativa legislativa parlamentare e la presa in considerazione*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Antonino Giuffrè*, vol. III, Milano, 1967, 171 ss., F. CUOCOLO, *Saggio sull'iniziativa legislativa*, 1971, 98 ss., e, più vicino, R. ORRÙ, *art. 71*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (curr.), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, spec. 1358.

¹⁵ Proprio perché la norma costituzionale riconosce «un diritto politico di cui il parlamentare, *uti singulus*, in forza di questa sua qualità, viene ad essere portatore per investitura diretta della Costituzione e l'art. 72, comma 1°, di fronte a quel diritto, stabilisce il correlativo dovere della Camera considerata come organo complesso, di dare la sua prestazione volta allo svolgimento della procedura necessaria allo scopo di determinare la votazione sulla proposta di legge» (così A. BOZZI, *L'iniziativa legislativa parlamentare e la presa in considerazione*, cit., 179).

formazione della legge»¹⁶. Guardando in particolare all’iniziativa governativa, essa si dipana lungo una sequenza coordinata di atti, tra i quali – *ex art. 87, quarto comma, Cost.* – è contemplata l’autorizzazione alla presentazione da parte del Presidente della Repubblica¹⁷. In disparte le peraltro note considerazioni sull’inquadramento teorico dell’istituto – tra chi lo ritiene condizione d’efficacia della deliberazione del Consiglio dei Ministri e chi ne ravvisa invece la natura di presupposto di legittimità per l’esercizio del potere di iniziativa – come pure quelle sull’ampiezza delle ragioni che possono legittimarne il diniego – ad esempio nei casi in cui il Capo dello Stato si trovi dinanzi a vizi procedurali o ad ipotesi che violino la legalità costituzionale o nelle quali addirittura potrebbe venire in gioco la sua responsabilità penale *ex art. 90 Cost.* – ciò che qui interessa evidenziare è come sul piano empirico siffatto controllo sia stato solitamente improntato ai caratteri della informalità e della riservatezza; la dottrina è del resto concorde nell’osservare che, in caso di diniego presidenziale dell’autorizzazione, con conseguente richiesta di riesame, e a prescindere dall’impatto sul piano politico di tale decisione, al Governo resti teoricamente aperta la strada che porta ad aggirare l’ostacolo facendo presentare il disegno da Parlamentari della maggioranza¹⁸, lasciando intendere che se l’obiettivo del proponente (il Governo ma anche il singolo Parlamentare) fosse mai quello dichiarato di giungere alla approvazione di una legge incostituzionale, al di là delle ben note garanzie rappresentate dallo strumento della questione pregiudiziale (di costituzionalità) *ex art. 40 Reg. Cam.*¹⁹, dal controllo presidenziale in sede di promulgazione e dall’eventuale intervento successivo della Corte costituzionale, l’*iter legis* contiene in sé tutti gli “anticorpi democratici” per scongiurare una simile evenienza.

Una anticipazione così marcata di un vaglio di costituzionalità come quello svolto dal Presidente della Camera – prescindendo per adesso dalla sua percorribilità – rispetto al progetto di legge A.C. n. 1781 neppure può giustificarsi invocando un principio di economicità e speditezza dei lavori parlamentari – quasi che la dimensione quantitativa della celerità della decisione legislativa porti automaticamente con sé anche quella qualitativa della bontà della soluzione – dal momento che nulla esclude (anzi, ciò che si prefigura è ragionevole che accada) che una iniziativa legislativa, pur affetta nel merito da un vizio di costituzionalità, attraverso i passaggi parlamentari dell’*iter legis* e la garanzia della dialettica democratica che tutte quelle fasi accompagna, ne venga successivamente mondata.

3. Un “nuovo titolare” del sindacato di costituzionalità ed un “nuovo portiere”?

Quella presidenziale di non ammissione ha tutti i tratti della decisione vincolante e definitiva, oltre che improntata ad un ampio grado di discrezionalità, per di più sindacabile solo in sede di conflitto di attribuzione tra poteri, con tempi di definizione pertanto tali da poter di fatto compromettere il corretto espletamento nel corso della Legislatura di una prerogativa costituzionalmente prevista.

Sembra nell’occasione non potersi prescindere dal richiamare un abbastanza risalente precedente della giurisprudenza costituzionale, ancorché in tema di atti di sindacato ispettivo, ma qui comunque

¹⁶ Cfr. R. ORRÙ, *art. 71, cit.*, 1365.

¹⁷ Per un inquadramento della attribuzione presidenziale v. A. RUGGERI, *Rinvio presidenziale delle leggi ed autorizzazione alla presentazione dei disegni di legge fra aperture del modello e delusioni della prassi*, in M. Luciani e M. Volpi (curr.), *Il Presidente della Repubblica*, Bologna, 1997, 171 ss.

¹⁸ Così ancora R. ORRÙ, *art. 71, cit.*, 1367, e anche P. CARETTI, U. DE SIERVO, *Diritto costituzionale e pubblico*, III ed., 2017, 243.

¹⁹ Come è noto la “questione pregiudiziale”, quella cioè per la quale un dato argomento non deve discutersi, e la “questione sospensiva”, quella cioè per la quale la discussione deve rinviarsi al verificarsi di scadenze determinate, possono essere proposte da un singolo Deputato prima che abbia inizio la discussione stessa; mentre la prima può vertere su profili di costituzionalità, la seconda può anche giustificarsi con la necessità di attendere e valutare l’evoluzione del quadro normativo costituzionale. Non va poi dimenticato il rimedio (quello indubbiamente) presidenziale disciplinato dall’art. 73 Reg. Cam. e rappresentato dai c.d. “pareri rinforzati”: se il Presidente ritiene utile acquisire il parere di una Commissione su un progetto di legge assegnato ad altra Commissione, può richiederlo prima che si deliberi sul progetto. Di tali pareri può certamente essere richiesta la Commissione Affari costituzionali che, quando investita della richiesta in base all’art. 73, c. 1, si esprime «sugli aspetti di legittimità costituzionale del progetto di legge» (art. 75, c. 1, Reg. Cam.).

utilissimo: con la [sentenza n. 379 del 2003](#) la Corte costituzionale aveva riconosciuto che spettasse alla Camera dei deputati deliberare l'insindacabilità delle opinioni espresse da un Deputato in un comunicato-stampa che illustrava il contenuto di un'interrogazione presentata dallo stesso e successivamente dichiarata inammissibile dalla Presidenza dell'Assemblea, e per le quali pendeva un giudizio per risarcimento danni presso la giurisdizione ordinaria; nella sostanza dunque la Corte aveva valutato come il diniego di ammissibilità di un'interrogazione parlamentare non fosse sufficiente a rendere tale "proposta di interrogazione" un atto estraneo all'esercizio delle funzioni parlamentari ai fini della riconducibilità dello stesso nella sfera dell'insindacabilità ex art. 68, comma 1, Cost. E lo aveva fatto anche sulla base dell'argomento, di carattere generale e potenzialmente idoneo a sorreggere la sindacabilità davanti alla Corte costituzionale di larga parte delle decisioni dei Presidenti di Assemblea²⁰, in virtù del quale, poiché «contro la decisione presidenziale non è previsto, almeno esplicitamente, né viene praticato alcun rimedio, nemmeno in forma di appello all'assemblea, ben si comprende come legare indissolubilmente al vaglio positivo di ammissibilità la caratterizzazione dell'atto come esercizio di funzione parlamentare, e viceversa, significherebbe attribuire al Presidente della Camera un potere assoluto incidente su una prerogativa – quella della insindacabilità – che, benché indirizzata a rafforzare lo statuto dell'organo parlamentare, si riferisce pur sempre alla libertà di espressione di ogni singolo membro delle Camere»²¹.

Può perciò dirsi – anche sulla scorta del precedente testé richiamato – che condivisibilmente è stato osservato in dottrina che il Presidente è sì chiamato ad ammettere le proposte di legge, ma «il giudizio di ammissibilità serve ad accertare soltanto l'esistenza e la regolarità formale dell'atto di iniziativa, con esclusione di qualunque giudizio sulla legittimità costituzionale o sulla opportunità dell'atto stesso»²²; e ancora, il giudizio del Presidente dell'Assemblea è «da portare sugli elementi indefettibili dell'atto e non sul suo contenuto»²³.

Che un siffatto controllo si spinga sino alle soglie del vaglio di costituzionalità venne ad esempio escluso dal Presidente Casini – proprio con riguardo a quei rimedi tanto *in itinere* quanto successivi in precedenza richiamati – che, in sede di Giunta per il Regolamento (seduta del 7 marzo 2002), ebbe ad osservare che «nell'ordinamento esistono specifici strumenti esterni al procedimento parlamentare per la verifica della conformità costituzionale delle norme di legge ordinaria, tra i quali, in primo luogo il sindacato di costituzionalità sulle leggi, affidato alla Corte costituzionale. È in tale contesto che occorre quindi collocare i controlli interni al procedimento parlamentare. Per le fasi successive a quella dell'iniziativa, quando cioè il procedimento legislativo viene attivato presso le Commissioni di merito, il regolamento individua, infatti, specifici strumenti attraverso i quali si provvede a verificare *in itinere* l'osservanza nei singoli testi legislativi delle norme costituzionali, tra i quali specialmente i pareri delle Commissioni Affari costituzionali e Bilancio»; altresì sottolineando come «[t]ali pareri non producono tuttavia effetti definitivi e vincolanti, dal momento che essi possono essere comunque superati dalla volontà politica dell'Assemblea e della stessa Commissione di merito nella sede referente, che rimangono comunque libere di adottare deliberazioni in difformità rispetto al loro contenuto»²⁴.

In occasione poi della discussione sulle modalità di votazione della proposta di legge "passata alla storia" come "lodo Alfano", nella seduta della Giunta per il Regolamento dell'8 luglio 2008, il Presidente Fini – dopo aver ricordato che una proposta dal contenuto sostanzialmente analogo era stata votata dal Parlamento solo pochi anni prima (l. n. 140/2003, meglio nota come "lodo Schifani", poi dichiarata incostituzionale con la [sentenza n. 24 del 2004](#)) – ebbe modo di precisare che

²⁰ È quanto osserva N. LUPO, *Il Presidente di Assemblea come "giudice" del diritto parlamentare*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2011, vol. III, 2075. Dello stesso A. cfr. ovviamente anche la voce *Presidente di Assemblea*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Agg., Vol. IV, Torino, 2010, 444 ss.

²¹ Sulla pronuncia cfr. T.F. GIUPPONI, *Insindacabilità (del) parlamentare e "ingerenza qualificatoria" della Corte costituzionale: verso la giustiziabilità dei regolamenti delle Camere?* in *Giur. cost.*, 2003, n. 6, 3882 ss., e A. PACE, *Postilla. Gli atti riconducibili alla funzione parlamentare restano tali, anche se inammissibili*, *ibid.*, 3890 ss.

²² Così V. DI CIULO, L. CIAURRO, *Il diritto parlamentare nella teoria e nella pratica*, V ed., Milano, 2013, 500.

²³ È quanto affermato da S. TOSI, *Diritto parlamentare*, nuova ed. a cura di A. Mannino, Milano, 1993, 280.

²⁴ Resoconto su <http://documenti.camera.it/dati/leg14/lavori/bollet/200203/0307/HTML/15/comunic.htm>.

«[r]ichiamare tuttavia i principi affermati in tale sentenza ai fini della decisione sull'ammissibilità del voto segreto comporterebbe necessariamente l'esigenza di valutare in quale misura il disegno di legge presentato dal Governo superi le censure di costituzionalità rilevate a suo tempo dalla Corte. Ma ciò non compete evidentemente alla Presidenza della Camera – né alla Giunta in questa sede – cui spetta invece una valutazione del testo ad un fine meramente procedurale»; a tale riguardo richiamando la diversità sostanziale «fra il giudizio di costituzionalità delle leggi – che spetta in via esclusiva alla Corte e che attiene alla conformità di una disposizione legislativa alle norme costituzionali – e la valutazione circa la segretabilità o meno di alcune disposizioni in quanto incidenti, dal punto di vista della materia trattata, e nei termini specificati dalla Giunta per il Regolamento il 7 marzo 2002, sulle norme costituzionali richiamate dall'articolo 49 del Regolamento», esulando invece «dalla competenza della Presidenza la valutazione circa la compatibilità delle disposizioni oggetto della richiesta di voto segreto con norme e principi costituzionali»²⁵.

Né quello pare poi un controllo esercitabile in base al combinato disposto degli artt. 89 e 139**bis** Reg. Cam.

Obiettivo della disposizione per seconda richiamata è – in prima battuta – quella di attribuire la “veste corretta” a mozioni, interrogazioni ed interpellanze²⁶, ciò spettando al Presidente che conferisce ad esse la qualificazione formale corrispondente al contenuto (*ex* artt. 110, 128 e 136 Reg. Cam.), senza però poterne dichiarare l'inammissibilità. La valutazione di ammissibilità di tali atti, per espressa previsione del c. 1 dell'art. 139-*bis*, attiene solo alla coerenza fra le varie parti dei documenti, alla competenza e alla connessa responsabilità propria del Governo nei confronti del Parlamento, nonché alla tutela della sfera personale e dell'onorabilità dei singoli e del prestigio delle istituzioni, oltre che alla eventuale presenza di espressioni sconvenienti, che risulterebbe preclusiva della pubblicazione stessa dell'atto. Il profilo da ultimo evidenziato è in parte anticipato già dall'art. 89, a mente del quale il Presidente ha facoltà di negare l'accettazione e lo svolgimento di ordini del giorno, emendamenti o articoli aggiuntivi che siano formulati con frasi sconvenienti, o siano relativi ad argomenti affatto estranei all'oggetto della discussione, ovvero siano preclusi da precedenti deliberazioni, e può rifiutarsi di metterli in votazione.

Una valutazione di ammissibilità presidenziale che – recita il secondo comma dell'art. 139**bis** – si applica, *in quanto compatibile* (l'*enfasi* è aggiunta), anche nei confronti degli altri atti di iniziativa parlamentare: una disposizione, dunque, che solo *in via residuale* (in quanto compatibile) è riferibile ad *altri atti di iniziativa parlamentare*. Ma può una prerogativa costituzionale – quale quella riconosciuta dall'art. 71 – essere pregiudicata da una disposizione regolamentare, che peraltro non potrebbe mai condurre ad una dichiarazione di inammissibilità, ma al massimo ad una modifica della qualificazione dell'atto («ove necessario, [il Presidente] provvede alla corretta titolazione dell'atto, informandone il presentatore», *ex* art. 139-*bis*, c. 1)? Appare sorprendente poi che a svolgere il peculiare ruolo di “portiere” di un siffatto giudizio di costituzionalità sia il Servizio per i Testi normativi, un Ufficio che – secondo l'art. 35 del Reg. dei Servizi e del Personale – dovrebbe occuparsi degli aspetti formali relativi ai progetti di legge²⁷.

²⁵ Resoconto su <http://documenti.camera.it/leg16/resoconti/commissioni/bollettini/html/2008/07/08/15/comunic.htm>

²⁶ Come è ampiamente noto si tratta di atti dalla diversa qualificazione giuridica: mentre la mozione è atto ad iniziativa collettiva e di indirizzo, volto cioè a promuovere un dibattito ed una votazione su un oggetto specifico, per definire indirizzi di solito rivolti al Governo, interrogazioni ed interpellanze – oltre ad essere attivabili anche individualmente – costituiscono invece tipici atti di sindacato ispettivo con cui si chiede al Governo, con formalità ed intensità diverse, di riferire in merito a condotte *da assumere o già assunte* su questioni che riguardino determinati aspetti della sua politica (art. 136, c. 2, Reg. Cam.).

²⁷ L'Ufficio cura: la ricezione, la revisione formale e la stampa dei progetti di legge presentati; la loro assegnazione alle Commissioni; la ricezione, la classificazione e la trasmissione alle Commissioni degli altri atti presentati alla Camera, ivi comprese le relazioni del Governo e di altri organi o enti; la redazione tecnica e l'assistenza al coordinamento formale dei testi discussi e approvati dall'Assemblea; l'analisi e lo sviluppo delle metodologie e delle tecniche di redazione dei testi normativi e la connessa assistenza ai Parlamentari.

4. Tra Voltaire e Giovenale

Venendo al merito della “censura” di incostituzionalità – il già evocato “referendum di richiamo” – e alla sua più “opportuna” collocazione in una fonte di rango costituzionale, una riflessione su tali aspetti non sarebbe stata possibile senza procedere ad una informale interlocuzione con il ricorrente, l’on. Andrea Cecconi, volta a reperire il testo della proposta “incriminata” (l’A.C. n. 1781 e la relativa Relazione illustrativa). Al riguardo è forse opportuno riflettere sulla necessità di prevedere comunque una forma di pubblicità di tipo istituzionale rispetto ad iniziative che – non attendando alla sfera personale e all’onorabilità dei singoli e al prestigio delle istituzioni, oltre a non contenere espressioni sconvenienti – si arenano sulla soglia dell’ammissibilità presidenziale.

Ad ogni buon conto scorporare da *quella* iniziativa la disciplina del c.d. “referendum di richiamo” varrebbe a snaturare tanto l’istituto (proposto) in sé quanto il complessivo sistema di elezione (immaginato), dal momento che – come si è letto nella Relazione illustrativa – la proposta sarebbe (stata) diretta ad introdurre un sistema elettorale maggioritario con collegi uninominali a turno unico (secondo il modello anglosassone del *first past the post*), e questo al fine – sempre a detta dei proponenti – di «garantire ai cittadini la possibilità di scegliere realmente i propri rappresentanti; rinsaldare il rapporto fra elettori, forze politiche ed eletti; disincentivare la disomogeneità interna delle forze politiche e la creazione di coalizioni fittizie a meri scopi elettorali; favorire una genuina governabilità del Paese attraverso un’elevata selettività della formula elettorale; porre le condizioni perché siano i cittadini ad indirizzare le decisioni politiche fondamentali assunte nell’ambito della nostra democrazia rappresentativa attraverso Assemblee rappresentative rafforzate e in grado di costituire un solido ponte tra la società e le Istituzioni». Ed ecco che proprio «ai fini di rendere ancora più stretto il legame politico tra eletto ed elettore, pur nel rispetto del divieto di mandato imperativo sancito dall’articolo 67 della Costituzione, viene inserita la previsione del possibile svolgimento di un referendum di richiamo per revocare il mandato di un parlamentare eletto».

Come dunque considerare autonomo il “referendum di richiamo” rispetto al complessivo meccanismo elettorale e, dunque, da quello scindibile e da consegnare semmai ad un ddl costituzionale, come “suggerito” ai proponenti dalla missiva presidenziale del 20 gennaio 2020?

Ma al di là della coerenza interna che intimamente legherebbe la “revoca” del rappresentante al meccanismo elettorale del *the winner takes it all*²⁸, anche l’idea di far assurgere la disciplina elettorale a rango costituzionale (o una sua parte) suonerebbe dissonante rispetto all’intenzione originaria dei Costituenti di non cristallizzare in Costituzione un determinato sistema elettorale, lasciando «alla discrezionalità del legislatore la scelta del sistema che ritenga più idoneo ed efficace in considerazione del contesto storico» (secondo il noto passaggio della [sentenza n. 1 del 2014](#) della Corte costituzionale).

Quanto alla rilevata (sempre nella lettera del 20 gennaio) incompatibilità del “referendum di

²⁸ La proposta è diretta ad introdurre un sistema elettorale uninominale, prevedendo la possibilità di esperire un «referendum di richiamo» trascorsi dodici mesi dalla proclamazione e prima degli ultimi dodici mesi dalla scadenza del mandato, su richiesta di un quinto del totale degli elettori del collegio (o, se inferiore a quest’ultimo, pari almeno al numero di voti ottenuti dal candidato proclamato eletto e del quale è richiesta la revoca), determinandosi la revoca dell’eletto nel caso in cui «il numero dei voti attribuiti alla risposta affermativa al quesito del referendum sia superiore al numero di voti attribuiti alla risposta negativa, purché la cifra percentuale dei voti attribuiti alla risposta negativa [...] sia inferiore o uguale alla cifra elettorale percentuale [...] ottenuta dal candidato immediatamente successivo per numero di voti a quello proclamato eletto in quello stesso collegio uninominale all’ultima elezione per la Camera dei deputati e del quale è richiesta la revoca» (così l’art. 40 e, in senso analogo per il Senato, l’art. 58 della proposta). Non viene previsto un *quorum* partecipativo per la validità del «referendum di richiamo», tuttavia, perché la proposta di revoca sottoposta a referendum sia dichiarata approvata è necessario, oltre che il numero dei voti attribuiti alla risposta affermativa al quesito referendario sia superiore al numero di voti attribuiti alla risposta negativa, che si accerti che il Parlamentare del quale è proposta la revoca abbia perso il livello di consenso (calcolato in percentuale) che gli ha permesso di essere eletto alle precedenti elezioni politiche, vale a dire che la cifra percentuale dei voti attribuiti alla risposta negativa sia inferiore o uguale alla cifra elettorale percentuale ottenuta dal candidato immediatamente successivo per numero di voti a quello proclamato eletto in quello stesso collegio uninominale all’ultima elezione e del quale è richiesta la revoca. In caso poi di revoca del Parlamentare per approvazione del referendum di richiamo è previsto lo svolgimento di elezioni suppletive.

richiamo” rispetto all’art. 67 Cost., possono senz’altro richiamarsi taluni spunti di un vivace dibattito che non solo in dottrina la configurano come tutt’altro che graniticamente incrollabile.

Qualche anno fa Giorgio Grasso osservava – riflettendo sul noto caso del Movimento 5 Stelle, anche richiamandosi ad un editoriale sulla stampa nazionale di Natalino Irti – come «non si può ignorare il tentativo di interpretare, per dirla con Natalino Irti, “ciò che fremente e si agita nel profondo sentire di una collettività”, quando una società “smarrisce la propria forma politico-giuridica” e non si riconosce più nello Stato e nelle vecchie istituzioni costituzionali. Dietro a questa radicale rottura di alcuni principi della democrazia rappresentativa vi è, infatti, un disagio che non deve essere sottovalutato, per la sua capacità di minare le fondamenta del “rapporto di consonanza” tra i cittadini e lo Stato»²⁹.

Già in precedenza autorevole dottrina aveva posto in serio dubbio che l’irrevocabilità del mandato costituisca parte del nucleo essenziale del mandato stesso³⁰, e più di recente sull’esclusione della incompatibilità tra divieto di mandato imperativo e possibile revoca degli eletti si è discusso tanto in dottrina come nel dibattito pubblico³¹.

Il tentativo di esercitare una qualche forma di controllo sul mandato parlamentare, pur senza porre in discussione il divieto di mandato imperativo, costituisce dunque un tema avvertito, e variegate risultano essere le soluzioni proposte per introdurre correttivi di stampo istituzionale che consentano di bilanciare il libero espletamento del mandato con forme di responsabilità dinanzi agli elettori.

Coniugare autonomia e responsabilità, mantenendo fermo il rapporto rappresentativo potendo al

²⁹ G. GRASSO, *Mandato imperativo e mandato di partito: il caso del Movimento 5 Stelle*, in [Osservatorio costituzionale](#), n. 2/2017, 14 luglio 2017; l’editoriale richiamato è di N. IRTI, *Non possiamo ignorare il sottosuolo della società*, in *Corriere della sera*, 28 giugno 2017.

³⁰ Cfr. N. ZANON, *Il libero mandato parlamentare*, cit., spec. 331, laddove fa riferimento – sia pure in forma dubitativa – alla circostanza per cui la garanzia individuale dell’irrevocabilità in corso di mandato potrebbe non valere per l’Assemblea nel suo complesso, che potrebbe essere sciolta anticipatamente anche quando i suoi orientamenti si siano rivelati incompatibili con gli orientamenti espressi dal corpo elettorale, in occasione di referendum, elezioni amministrative, ecc.: «è chiaro che se la garanzia della stabilità prevista per il singolo parlamentare non vale per il Parlamento nel suo complesso, viene messa in forte subbuglio l’idea che anche l’irrevocabilità possa far parte del nucleo essenziale del libero mandato» (così nota n. 192).

³¹ Oltre al già cit. contributo di G. GRASSO, *Mandato imperativo e mandato di partito*, si v. anche C.S. VIGILANTI, *Prove tecniche di recall: la revoca del mandato “intramovimento” (il caso, non riuscito, del M5S)*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 18 maggio 2014; non esclude radicalmente la compatibilità del recall con i principi costituzionali italiani neppure A. MORELLI, *Rappresentanza politica e libertà del mandato parlamentare*, Napoli, 2018, 101. Cfr. anche N. URBINATI, *Democrazia rappresentativa. Sovranità e controllo dei poteri*, Roma, 2010 e P. GINSBORG, *La democrazia che non c’è*, Torino, 2006.

Rispetto alle modalità con cui la revoca è concepita osserva criticamente D. MONE, *Crisi della rappresentanza politica e della democrazia parlamentare: il recall non sembra la soluzione*, in [Osservatorio costituzionale](#), n. 1/2020, 7 gennaio 2020, come essa non possa essere lasciata, ad esempio, ai soli iscritti al partito (o a coloro che se ne dichiarino elettori), ma «[t]utti gli elettori di un collegio devono esserne titolari dal momento che una volta eletto il parlamentare rappresenta la Nazione non i suoi elettori», per concludere nel senso che «[i]l recall aperto al corpo elettorale e, dunque, non ai soli iscritti al partito, potrebbe rappresentare uno strumento finalizzato a rafforzare la democrazia rappresentativa impedendo condotte scorrette degli eletti e non a contrastarla. Il recall, in altri termini, andrebbe concepito quale strumento finalizzato a mantenere vivo, anche in via preventiva disincentivando condotte trasformistiche, il legame tra Parlamento e cittadini che vive una costante positiva tensione tra l’astrazione della rappresentanza generale della Nazione, che ogni parlamentare è tenuto ad assicurare senza vincolo di mandato (art. 67 Cost.), e la base politico-partitica».

Ha parlato di «fantasia costituzionale», riferendosi a quella che dovrebbe animare talune riforme per rinsaldare il rapporto – oramai in crisi conclamata – tra elettorato e rappresentanti, M. AINIS, *Come salvare il Parlamento? in la Repubblica*, 28 aprile 2017, suggerendo tra gli altri interventi l’introduzione proprio del recall «ossia la revoca degli eletti immeritevoli, attraverso un referendum personale indetto in corso di mandato. Funziona così in Svizzera dal 1846, negli Stati Uniti dal 1903, nonché in varie altre contrade. Ne avremmo urgenza anche in Italia, dove puoi assentarti dai lavori parlamentari per un anno senza rischiare sanzioni. E dove i cambi di casacca, dall’inizio della legislatura, toccano quota 469, un record. Ma quando c’è potere, lì dev’esserci responsabilità. Alle nostre latitudini c’è viceversa impunità».

Le stesse modifiche al Regolamento del Senato della Repubblica del 2017 paiono aver dato un segnale in questa direzione, laddove hanno previsto (o hanno esteso) una serie di conseguenze nei casi di passaggio del Senatore ad altro gruppo (con la previsione della decadenza di tutti i componenti degli Uffici di Presidenza delle Commissioni e di Vicepresidenti e Segretari dell’Assemblea), nonché regolando profili amministrativi e contabili della gestione delle risorse loro affidate.

contempo attivare verifiche periodiche sul perdurare del consenso (non certo tramite meccanismi azionabili *ad nutum*, men che meno agitandoli sotto la veste di minacciosi ricatti), può rappresentare una sfida seria che le democrazie contemporanee possono raccogliere al fine di «una riqualificazione della rappresentanza e per un rilancio della partecipazione democratica»³².

Sorprende, pertanto, da un lato il modo radicale con cui il Presidente della Camera ha frustrato sul nascere il tentativo di avviare una discussione parlamentare su un tema significativo, mortificando al contempo una prerogativa costituzionale tramite l'esercizio di un potere che, si ritiene, non gli compete, almeno con una tale profondità (spetterebbe sì ad un "giudice" ma non all'"arbitro" terzo delle procedure parlamentari³³). Quel dibattito (meglio detto, quell'*iter*), se avviato, avrebbe potuto far emergere in altri momenti e tramite ben altri strumenti parlamentari (e non solo) eventuali profili di incostituzionalità di una proposta di legge che avrebbe se non altro avuto il merito di assicurare la ribalta assembleare ad una questione fin qui relegata esclusivamente a dinamiche centrifughe di singoli partiti e movimenti.

Dall'altro lato stupisce la decisione della Corte costituzionale di non ammettere quantomeno al merito un conflitto il cui "tono costituzionale" pare attestarsi – come in precedenza evidenziato – ben al di sopra della "soglia di evidenza" indicata dalla Corte costituzionale nell'ord. n. 17/2019.

In conclusione, se sullo sfondo si odono le posizioni sul mandato parlamentare espresse alla *Convention nationale* sul finire del XVIII secolo da Condorcet³⁴ e Robespierre³⁵, non può però che tornare alla mente nel contesto pre-rivoluzionario la celebre citazione – peraltro com'è noto apocrifa – di Voltaire: *non sono d'accordo con quello che dici, ma difenderò fino alla morte il tuo diritto a dirlo*.

Altrimenti, dinanzi ad un potere esercitato in modo discrezionale e dirompente, senza essere accompagnato da garanzie procedurali chiare e da appigli regolamentari solidi, sarebbe facile rievocare – terminando un breve viaggio a ritroso nel tempo accompagnato da nobili riferimenti – la matrona romana della VI Satira di Giovenale (quella *contro le donne*), che chiede al marito di crocifiggere il servo perché «*Hoc volo, sic iubeo; sit pro ratione voluntas*».

³² Così M. VOLPI, *Dalla politica come militanza alla politica come professione: la selezione del personale politico-parlamentare in Italia*, in M. Cavino e L. Conte (curr.), *Le trasformazioni dell'istituzione parlamentare: da luogo del compromesso politico a strumento tecnico della divisione del lavoro*, Napoli, 2017, 49.

³³ Sul Presidente di Assemblea "arbitro" cfr. E. GIANFRANCESCO, *Il ruolo dei Presidenti delle Camere tra soggetti politici e arbitri imparziali*, in E. Gianfrancesco e N. Lupo (curr.), *Le regole del diritto parlamentare nella dialettica tra maggioranza e opposizione*, Roma, 2007, 11 ss.

³⁴ «*Mandataire du peuple, je ferais ce que je croirai le plus conforme à ses intérêts. Il m'a envoyé pour exposer ses idées, non les siennes: l'indépendance absolue de mes opinions est le premier de mes devoirs envers lui*».

³⁵ «*Un peuple dont les mandataires ne doivent compte à personne de leur gestion n'a point de constitution*».

Giovanna Razzano

Quali implicazioni per il giudizio di ammissibilità dopo l'[ordinanza dell'Ufficio centrale per il referendum](#), che ha dichiarato legittima la denominazione «abrogazione parziale dell'art. 579 c.p. (omicidio del consenziente)» e ha respinto «Disponibilità della propria vita mediante consenso libero, consapevole e informato»?*

ABSTRACT: The paper focuses on [the order of the Central Office at the Court of Cassation](#), that has established the name of the referendum aimed at partially repealing art. 579 of the penal code (consensual homicide) and analyzes its effects on the upcoming judgment of the Constitutional Court, which must verify the referendum admissibility.

SOMMARIO: 1. La denominazione del referendum e la consapevolezza delle manifestazioni di volontà, anche a fronte della raccolta digitale delle firme. - 2. Perché l'espressione «Disponibilità della propria vita mediante consenso libero, consapevole e informato» non favorisce la chiarezza del quesito. - 3. «La sottrazione pura e semplice di tale condotta alla sfera di operatività della norma incriminatrice darebbe luogo a intollerabili vuoti di tutela per i valori protetti, generando il pericolo di abusi». - 4. Sul carattere abrogativo del referendum e sull'importanza del consenso informato, anche alla luce di una recente Nota della Società Italiana degli Anestesiologi (SIAARTI). - 5. Le implicazioni dell'[ordinanza](#), le intenzioni dei promotori e la Corte costituzionale.

1. La denominazione del referendum e la consapevolezza delle manifestazioni di volontà, anche a fronte della raccolta digitale delle firme

Con [ordinanza definitiva depositata lo scorso 16 dicembre](#), l'Ufficio centrale per il referendum presso la Corte di Cassazione si è pronunciato in ordine alla legittimità del referendum proposto dal comitato promotore «Eutanasia legale». Il 20 aprile 2021, infatti, quest'ultimo aveva depositato la richiesta e identificato il quesito¹ e, ai primi di ottobre, aveva annunciato di aver raccolto e depositato presso l'Ufficio stesso oltre 1,2 milioni di sottoscrizioni, alcune delle quali, per la prima volta, *online*².

Con [ordinanza non definitiva depositata il 30 novembre](#), l'Ufficio centrale aveva poi proposto la denominazione di «abrogazione parziale dell'art. 579 del Codice penale (omicidio del consenziente)». Il comitato promotore aveva quindi replicato, il 10 dicembre successivo, chiedendo un'integrazione, ossia l'aggiunta della locuzione «Disponibilità della propria vita mediante consenso libero, consapevole e informato».

Secondo i proponenti, infatti, un riferimento al concetto di disponibilità della propria vita sarebbe stato «necessario» per rendere chiaro agli elettori «quale principio giuridico l'abrogazione parziale vuole introdurre». Attorno alla negazione di tale principio ruoterebbero le scelte del legislatore del 1930 e l'art. 579 c.p. sarebbe «l'unica e ultima disposizione del nostro ordinamento giuridico a sancire un principio giuridico oggi contrario ai valori costituzionali», dal momento che la [sent. n. 242/2019](#)



¹ Volete voi che sia abrogato l'art. 579 del Codice penale (omicidio del consenziente) approvato con regio decreto 19 ottobre 1930, n. 1398, comma 1 limitatamente alle seguenti parole “la reclusione da sei a quindici anni”; comma 2 integralmente; comma 3 limitatamente alle seguenti parole “Si applicano”?».

L'art. 579 c.p. risulterebbe pertanto così formulato:

“Chiunque cagiona la morte di un uomo, col consenso di lui, è punito con [la reclusione da sei a quindici anni. Non si applicano le aggravanti indicate nell'articolo 61. Si applicano] le disposizioni relative all'omicidio se il fatto è commesso:

contro una persona minore degli anni diciotto;

contro una persona inferma di mente, o che si trova in condizioni di deficienza psichica, per un'altra infermità o per l'abuso di sostanze alcoliche o stupefacenti;

contro una persona il cui consenso sia stato dal colpevole estorto con violenza, minaccia o suggestione, ovvero carpito con inganno”.

² Dall'[ordinanza](#) emerge che l'8 ottobre 2021 i promotori avessero depositato presso la Cancelleria scatole contenenti fogli dai quali sarebbero risultate, a loro dire, 847.549 firme cartacee e 391.874 firme elettroniche.

della Corte costituzionale, nel dichiarare incostituzionale il divieto assoluto di aiuto al suicidio di cui all'art. 580 c.p., avrebbe «aperto un varco all'autodeterminazione e alla disponibilità della vita».

L'Ufficio centrale presso la Cassazione, tuttavia, esercitando la competenza attribuitagli dalla legge n. 352/1970, in particolare quella di cui all'art. 32, ult. comma, della legge, per cui esso «stabilisce, sentiti i promotori, la denominazione della richiesta di referendum da riprodurre nella parte interna delle schede di votazione, al fine dell'identificazione dell'oggetto del referendum», ha respinto la proposta del comitato promotore e ha stabilito che la denominazione del referendum sia la seguente: «Abrogazione parziale dell'art. 579 del codice penale (omicidio del consenziente)».

Per quanto poi concerne il numero e la validità delle sottoscrizioni, l'[ordinanza](#) ha dichiarato valide solo 543.213 sottoscrizioni, 481.745 cartacee e 61.561 digitali. Cifre, dunque, di molto inferiori a quelle ostentate dai comunicati stampa dei promotori; e numeri che rivelano, in particolare, come le firme digitali siano state determinanti per il raggiungimento del minimo richiesto dall'art. 75 Cost. Un dato, questo, che richiama l'attenzione sulla consapevolezza della scelta, ove si consideri che l'istantaneità della forma digitale potrebbe non favorire una riflessione ponderata. In questo caso, poi, le sottoscrizioni sono state raccolte per un referendum sull'«eutanasia legale», ossia in relazione ad una denominazione ben diversa da quella poi dichiarata legittima dall'Ufficio centrale, e soprattutto non coincidente con l'oggetto del referendum.

La consapevolezza della scelta attiene peraltro ad un'esigenza di rilevanza costituzionale, legata alla libertà di voto, che - come ribadito dalla Cassazione in quest'occasione - non deve essere condizionato né condizionabile. Un'esigenza che il legislatore dovrebbe riconsiderare a fronte della novità rappresentata dalla digitalizzazione del sistema di raccolta delle firme per i referendum³. Non va dimenticato, infatti, che proprio in relazione al diritto di voto, la [sent. n. 16/1978](#) della Corte costituzionale sollecitò il legislatore ad introdurre norme attuative dell'art. 75 Cost., in modo da prevedere «appositi controlli delle singole iniziative, da effettuare - preferibilmente - prima ancora che vengano apposte le firme occorrenti a sostenere ciascuna richiesta; affinché gli stessi sottoscrittori siano messi preventivamente in grado d'intendere con precisione il valore e la portata delle loro manifestazioni di volontà»⁴. Nel quadro venutosi a creare con la l. n. 108/2021, art. 38 *quater*, invece, le firme finiscono di fatto per essere raccolte, con modalità estremamente facilitata, a supporto di iniziative referendarie denominate dai promotori in totale autonomia, in assenza di un controllo sulla effettiva corrispondenza fra la denominazione e l'oggetto effettivo del referendum. Sembra pertanto appropriato che il legislatore anticipi il controllo dell'Ufficio centrale sulla corrispondenza fra la denominazione del quesito e il suo oggetto (art. 32, ult. comma, l. n. 352/1970) ad un momento anteriore alla raccolta delle firme, al fine di garantire effettivamente che «i sottoscrittori siano messi preventivamente in grado d'intendere con precisione il valore e la portata delle loro manifestazioni di volontà».

2. Perché l'espressione «Disponibilità della propria vita mediante consenso libero, consapevole e informato» non favorisce la chiarezza del quesito

Occorre ora tornare alla decisione dell'Ufficio centrale che ha stabilito una denominazione

³ Novità introdotta con un emendamento "notturmo" al d.l. n. 77/2021 in sede di conversione e con il parere contrario del Governo, in particolare del Ministro Guardasigilli. La norma di riferimento è ora il caotico art. 38-*quater* della l. 29 luglio 2021, n. 108.

⁴ Punto 5 [sent. n. 16/1978](#). Sul tema G.M. SALERNO, *Il referendum*, Padova, 1992, 91; V. BALDINI, *L'intento dei promotori nel sindacato di costituzionalità del referendum abrogativo: continuità e discontinuità nella giurisprudenza costituzionale*, in *Jus*, 1996, 183; A. MANGIA, *Referendum*, Padova, 1999, 294; A. PERTICI, *Il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, in R. Romboli (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale*, (1996-1998) Torino, 1999, 462; A. MORRONE, *Riflessioni problematiche sulla «denominazione della richiesta di referendum»*, in *Giur. it.*, 2000, fasc. 8-9, 1554; P. CARNEVALE, *Nuove incertezze e problemi inediti per il referendum abrogativo al varco del nuovo millennio, fra oscillante assetto del regime dei controlli e interferenza da delegificazione*, in F. Modugno, G. Zagrebelsky (a cura di), *Le tortuose vie dell'ammissibilità referendaria*, Torino, 2001, 38.

conforme all'oggetto del referendum - come fra l'altro chi scrive aveva auspicato⁵ - venendo appunto in rilievo il tema della libertà e consapevolezza del voto e il conseguente orientamento delle scelte degli elettori⁶.

In primis, secondo l'[ordinanza](#), non è possibile dubitare «dell'eloquente e nitida chiarezza del senso ... fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse (art. 12 disp. prel. c.c.) manifestato dalla denominazione del quesito proposta dall'Ufficio», letteralmente ripreso dalla rubrica della norma che si vorrebbe parzialmente abrogare, intitolata appunto «Omicidio del consenziente». In tale locuzione, infatti, sarebbe presente sia il tema del diritto alla vita (che la norma intende proteggere), sia quello dell'autodeterminazione (stante l'attenuazione della pena per chi compie l'omicidio in presenza del consenso del soggetto passivo).

Soprattutto - ed è questa la parte più significativa - l'Ufficio centrale ha respinto la proposta di una locuzione aggiuntiva, quasi un sottotitolo, avanzata dal comitato promotore, in quanto non avrebbe giovato alla chiarezza del quesito. L'[ordinanza](#) rammenta, in proposito, come la finalità della norma che attribuisce all'Ufficio centrale il compito di stabilire la denominazione del referendum abbia proprio l'obiettivo di rendere chiaro agli elettori il significato della votazione cui sono chiamati, così da poter esprimere un voto pienamente consapevole, non condizionato, né condizionabile⁷.

Secondo l'Ufficio centrale l'espressione «Disponibilità della propria vita mediante consenso libero, consapevole e informato» non favorirebbe il suddetto necessario chiarimento (che per essere tale - ha precisato - dovrebbe essere «neutrale»), per due motivi: in quanto, da un lato, conterrebbe l'indicazione di un bilanciamento fra diritti di pari dignità costituzionale che, diversamente da quanto ritenuto dai promotori, non troverebbe fondamento nella [sent. n. 242/2019](#) della Corte costituzionale, e in quanto, dall'altro, non sarebbe rispettoso del carattere abrogativo del referendum, spingendosi piuttosto sul terreno di scelte che spettano agli organi istituzionalmente competenti ad adottare una disciplina organica della materia.

Si tratta di motivazioni condivisibili, non prive di interesse, fra l'altro, rispetto al giudizio di ammissibilità che la Corte costituzionale sarà presto chiamata ad esprimere.

3. La sottrazione pura e semplice di tale condotta alla sfera di operatività della norma incriminatrice darebbe luogo a intollerabili vuoti di tutela per i valori protetti, generando il pericolo di abusi

Va notato, in primo luogo, come l'Ufficio centrale abbia di fatto rifiutato l'interpretazione che il comitato promotore ha fornito della [sent. n. 242/2019](#), ossia l'idea che da quest'ultima pronuncia possa ricavarsi l'affermazione del principio di disponibilità della vita. In effetti, a ben leggere alcuni passaggi della motivazione, la Corte costituzionale «ha escluso che - contrariamente a quanto sostenuto in via principale dal giudice *a quo* - l'incriminazione dell'aiuto al suicidio, ancorché non rafforzativo del proposito della vittima, possa ritenersi di per sé in contrasto con la Costituzione»⁸. Ha aggiunto, poi, che non è possibile «desumere la generale inoffensività dell'aiuto al suicidio da un

⁵ Si era auspicato, più precisamente, che la denominazione del quesito non riproducesse il nome che il comitato promotore si era dato, ossia "eutanasia legale" e in base al quale sono state raccolte, come si è detto, le sottoscrizioni (cfr. G. RAZZANO, [Le incognite del referendum c.d. «sull'eutanasia», fra denominazione del quesito, contenuto costituzionalmente vincolato e contesto storico](#), in questa [Rivista 2021/III](#), 973-976).

⁶ P. CARNEVALE, *Noterelle in tema di motivazione della richiesta di referendum abrogativo, interpretazione della sua ratio e intendimenti soggettivi dei promotori nel giudizio sull'ammissibilità delle proposte ablatorie popolari*, in A. Ruggeri (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Torino, 1994, 406; R. PINARDI, *Eliminazione, sostituzione o modifica della normativa sottoposta a referendum e poteri dell'Ufficio centrale*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 389; ID., *L'ufficio centrale per il referendum presso la Corte di Cassazione. Natura, organizzazione, funzioni, ruolo*, Milano, 2000; A. PERTICI, *Il Giudice delle leggi e il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, Torino, 2010, 69.

⁷ [Ordinanza](#) cit., 3, ultime righe.

⁸ Punto 2.2. in dir.

generico diritto all'autodeterminazione individuale». E ha chiarito che, a prescindere dalle concezioni di cui era portatore il legislatore del 1930, la *ratio* dell'art. 580 cod. pen. può essere agevolmente scorta, alla luce del vigente quadro costituzionale, nella «tutela del diritto alla vita, soprattutto delle persone più deboli e vulnerabili, che l'ordinamento penale intende proteggere da una scelta estrema e irreparabile, come quella del suicidio. Essa assolve allo scopo, di perdurante attualità, di tutelare le persone che attraversano difficoltà e sofferenze, anche per scongiurare il pericolo che coloro che decidono di porre in atto il gesto estremo e irreversibile del suicidio subiscano interferenze di ogni genere»⁹.

In particolare, nell'individuare una circoscritta area di non punibilità nella fattispecie di cui all'art. 580 c.p., la Corte costituzionale ha affermato di volersi fare carico dell'«esigenza di evitare che la sottrazione pura e semplice di tale condotta alla sfera di operatività della norma incriminatrice dia luogo a intollerabili vuoti di tutela per i valori protetti, generando il pericolo di abusi per la vita di persone in situazioni di vulnerabilità»¹⁰.

Non si può che concordare, quindi, con la valutazione dell'Ufficio centrale: il presunto principio giuridico di disponibilità della propria vita mediante consenso libero, consapevole e informato non trova fondamento nella [sent. n. 242/2019](#).

Nel considerare poi le medesime affermazioni della Corte costituzionale nella prospettiva dell'imminente giudizio di ammissibilità, può osservarsi come le stesse valgano anche e a maggior ragione per il reato di omicidio del consenziente di cui all'art. 579 c.p. (omicidio del consenziente), che descrive una fattispecie più grave di quella di cui all'art. 580 c.p. (aiuto al suicidio). Anche rispetto all'omicidio del consenziente, infatti, può dirsi che un generico diritto all'autodeterminazione individuale non vale a rendere generalmente inoffensivo l'omicidio del consenziente. Anche tale norma assolve allo scopo di tutelare le persone che attraversano difficoltà e sofferenze da interferenze di ogni genere. E soprattutto, anche in questo caso, la sottrazione pura e semplice dell'omicidio del consenziente dalla sfera di operatività della norma incriminatrice darebbe luogo a intollerabili vuoti di tutela per i valori protetti, generando il pericolo di abusi per la vita di persone in situazioni di vulnerabilità.

Ma sottrarre puramente e semplicemente l'omicidio del consenziente dalla sfera di operatività della norma incriminatrice è proprio l'effetto che scaturirebbe dal referendum sulla cui ammissibilità la Corte costituzionale è ora chiamata a pronunciarsi. Il quesito è infatti costruito in modo da depenalizzare il comportamento di «chiunque cagiona la morte di un uomo col consenso di lui». Né può obiettarsi che l'abrogazione proposta sia solo parziale, dal momento che la parte dell'art. 579 c.p. esclusa dall'abrogazione attiene a situazioni in cui, in sostanza, manca un vero consenso (o un consenso di persona maggiorenne) e che sono infatti punite «con le disposizioni relative all'omicidio [575-577]». L'omicidio perpetrato in questi casi, infatti, è nei confronti di minore, di persona inferma di mente, o che si trova in condizioni di deficienza psichica, per un'altra infermità o per l'abuso di sostanze alcoliche o stupefacenti; di persona il cui consenso sia stato dal colpevole estorto con violenza, minaccia o suggestione, ovvero carpito con inganno.

Quanto appena osservato, insieme alla constatazione per cui la categoria dei soggetti fragili e vulnerabili è ben più ampia delle situazioni menzionate dalla norma¹¹, conduce a considerare anche l'art. 579 c.p. come una norma incriminatrice dalla cui sfera di operatività non è possibile sottrarre puramente e semplicemente la condotta di omicidio del consenziente, senza che ciò «dia luogo a intollerabili vuoti di tutela per i valori protetti, generando il pericolo di abusi per la vita di persone in situazioni di vulnerabilità». Si tratta, insomma, di una norma senza la quale il diritto alla vita non troverebbe più protezione effettiva da parte dell'ordinamento.

Se ciò è vero, il referendum sull'omicidio del consenziente è inammissibile¹², vertendo su di una

⁹ *Ibidem* e già [ord. n. 207/2018](#).

¹⁰ Punto 5.

¹¹ Si rinvia a G. RAZZANO, [Le incognite](#), cit., 979.

¹² Per P. VERONESI, *Obiettivo legittimo ma strumento (forse) sbagliato: problemi di ammissibilità per il quesito sull'art. 579 c.p.?* in *La via referendaria al fine vita*, a cura di G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, in [Forum di Quaderni](#)

norma a contenuto costituzionalmente vincolato, il cui nucleo normativo non può venire alterato o privato di efficacia, senza che ne risultino lesi i corrispondenti specifici disposti della Costituzione stessa¹³. Più specificamente, l'art. 579 c.p. è assimilabile a una di quelle leggi «la cui eliminazione determinerebbe la soppressione di una tutela minima per situazioni che tale tutela esigono secondo la Costituzione»¹⁴.

4. Sul carattere abrogativo del referendum e sull'importanza del consenso informato, anche alla luce di una recente Nota della Società Italiana degli Anestesisti (SIAARTI)

Tornando all'[ordinanza](#) dell'Ufficio centrale, la proposta dei promotori è stata rigettata altresì per un secondo motivo, ossia, come si è visto, per la sua estraneità alla natura abrogativa del referendum. Anche in questo caso, a ben vedere, il controllo di legittimità dell'Ufficio centrale non è privo di riflessi sulla valutazione di ammissibilità che spetta alla Corte costituzionale. E non potrebbe essere diversamente, se si considera che il *nome* del referendum è collegato al suo *oggetto* e che quest'ultimo è poi al centro del giudizio di *ammissibilità* della Consulta. E la giurisprudenza costituzionale che nega l'ammissibilità alle richieste referendarie apparentemente abrogative e sostanzialmente propositive è copiosa¹⁵.

Nel negare la legittimità al “sottotitolo” proposto dai promotori («Disponibilità della propria vita mediante consenso libero, consapevole e informato»), l'Ufficio centrale ha posto in evidenza come la *libertà*, la *consapevolezza* e l'avvenuta *informazione* rispetto alla condotta altrui che pone fine alla propria vita non si ottengono attraverso la mera abrogazione parziale del reato di omicidio del consenziente, ma potrebbero semmai ottenersi attraverso una complessa disciplina legislativa. Per quanto, infatti, un soggetto consenta al proprio omicidio senza aver subito violenza o inganno o aver assunto droghe, da maggiorenne, non per questo il suo consenso è certamente libero e consapevole o qualificabile come «consenso informato». Quest'ultimo principio suppone infatti, ai sensi della legge n. 219/2017 che lo disciplina, una relazione terapeutica all'interno della quale il paziente riceve previamente dal medico le informazioni sugli accertamenti e le terapie che potrebbero porsi in essere nel caso di specie, perché il malato, adeguatamente supportato, possa fare le sue scelte.

L'intento dei promotori, invece, era - e resta, come si dirà - quello di contestualizzare l'omicidio del consenziente in un ambito, quello medico-sanitario, che non è automaticamente ottenuto attraverso l'abrogazione dell'art. 579 c.p. Bene ha fatto dunque la Cassazione a rigettare la locuzione, evitando così di illudere l'elettore che dalla mera liceità dell'omicidio del consenziente possa come d'incanto scaturire l'effetto per cui tutti i futuri omicidi dei consenzienti, anziché perpetrarsi con qualsiasi mezzo e per qualsiasi motivo, abbiano senz'altro luogo in ambito sanitario, a motivo di sofferenze insopportabili, tramite farmaco e previo reiterato colloquio volto ad accertare libertà, consapevolezza e avvenuta informazione del soggetto passivo e ad evitare abusi¹⁶.

Costituzionali Rassegna, n. 1/2022, 232, è questo il maggior ostacolo all'ammissibilità. Cfr. anche V. ONIDA, *Il referendum per l'eutanasia legale. Forum di Giustizia insieme*, in [Giustizia Insieme](#) 2021.

¹³ [Sent. n. 16/1978](#).

¹⁴ [Sent. n. 35/1997](#).

¹⁵ Ne sono un esempio la [sent. n. 36 del 1997](#), per cui il referendum non può «introdurre una nuova statuizione, non ricavabile ex se dall'ordinamento»; la [sent. n. 50 del 2000](#), con cui la Corte costituzionale nega l'ammissibilità per un quesito non «meramente abrogativo» ma «introduttivo, teso a porre, per via referendaria, norme che attualmente non esistono»; e la [sent. n. 10/2020](#), che ha posto l'attenzione sul fatto che il referendum - specie quello di abrogazione parziale - non può divenire approvativo di nuovi principi e «surrettiziamente propositivo».

¹⁶ Nessuna seria obiezione è stata avanzata alla prefigurazione dell'esito referendario che deriverebbe dall'abrogazione dell'art. 579 c.p., che è, con ogni evidenza, la liceità degli «omicidi di persone consenzienti, senza limiti di sorta». Così A. RUGGERI, *Il referendum sull'art. 579 C.P.: inammissibile e, allo stesso tempo, dagli effetti incostituzionali*, in *La via referendaria al fine vita*, cit., 168, come pure A. D'ALOIA, *Qualche dubbio sull'ammissibilità del referendum sull'eutanasia legale*, ivi, 91, A. ANZON DEMMIG, *È inammissibile il quesito referendario per la cosiddetta "eutanasia legale"*, ivi, 41 e A. MORRONE, *Un referendum propositivo per relativizzare il valore fondamentale della vita umana*, ivi, 167-168. Resta, per verità, un'interpretazione alternativa (su cui *infra*, § 5 testo e note) secondo cui, abrogata la fattispecie

A proposito del consenso informato, merita attenzione la nota diffusa dalla Società italiana degli anestesisti (SIAARTI) del 31 dicembre 2021¹⁷, che prende in considerazione il problema del rifiuto del ricovero in terapia intensiva e dei trattamenti di supporto vitale giudicati appropriati dai curanti, da parte dei c.d. “negazionisti” e dei “no vax”. La nota, che richiama il rapporto CENSIS 2021 sulla situazione sociale del Paese, che stigmatizza l’onda di irrazionalità che risale dal profondo della società italiana, esorta i medici a non limitarsi ad una “presa d’atto” della volontà del paziente ma ad instaurare con essi un dialogo improntato all’attenzione e al rispetto, attraverso cui spiegare, motivare, documentare e insistere, fermo restando che i trattamenti sanitari non possono essere imposti a nessuno.

La questione è interessante ai nostri fini, perché mostra come talvolta la volontà dei pazienti, la loro autodeterminazione, e quindi il loro consenso/dissenso, quantunque non si tratti di minori, né di infermi di mente o di persone in condizioni di deficienza psichica etc. etc., possano essere condizionati da timori, scientificamente infondati, indotti dal contesto ambientale, ideologico e culturale. Il consenso informato, in conclusione, è un tema serio, è un processo che si svolge all’interno di una relazione, e non può essere liquidato attraverso semplificazioni incuranti delle garanzie o interpretazioni prive di qualsiasi base normativa¹⁸.

Ciò detto occorre ora chiedersi se, a seguito dell’[ordinanza](#) dell’Ufficio centrale che ha opportunamente stabilito una denominazione corrispondente all’oggetto del referendum, sia del tutto fugato il rischio che l’operazione referendaria sia, comunque, propositiva, avuto riguardo al senso obiettivo («vero»)¹⁹, al suo «quesito implicito»²⁰ o «allusivo»²¹.

5. Le implicazioni dell’[ordinanza](#), le intenzioni dei promotori e la Corte costituzionale

In teoria, posto che la denominazione legittima è quella di «abrogazione parziale dell’art. 579 c.p. (omicidio del consenziente)» e che non lo è il riferimento alla «Disponibilità della propria vita mediante consenso libero, consapevole e informato», neppure dovrebbe esserlo, e a maggior ragione, il riferimento all’«eutanasia».

Di fatto, tuttavia, non solo il comitato promotore continua, nonostante l’[ordinanza](#), a riferirsi al «referendum sull’eutanasia legale», come mostra la denominazione, rimasta invariata, del sito istituzionale²², ma anche tutti media seguitano a parlare di referendum «sull’eutanasia», cosicché è convinzione diffusa nell’opinione pubblica che questo sia il senso del voto referendario²³.

Questi dati - insieme alla circostanza per cui il fine concretamente perseguito dai promotori, il quesito «implicito» e «allusivo», resta quello di introdurre l’eutanasia nell’ordinamento giuridico italiano e al fatto che gli stessi sottoscrittori, come si è visto, hanno firmato per un referendum sull’eutanasia legale - non sono privi di rilevanza giuridica.

dell’omicidio del consenziente, di carattere speciale, si applicherebbe quella dell’omicidio volontario, di carattere generale.

¹⁷ Intitolata [Pandemia e rifiuto dei trattamenti di supporto vitale](#).

¹⁸ Fra queste sembra di dover annoverare quella secondo cui l’esito di una eventuale abrogazione referendaria dell’omicidio del consenziente consisterebbe nella praticabilità dell’eutanasia «limitatamente alle forme previste dalla legge (l. n. 219 del 2017 sul consenso informato) e alla sola presenza dei requisiti introdotti dalla Corte costituzionale sull’aiuto al suicidio (art. 580 c.p.) con la [sentenza n. 242 del 2019](#)» (così i costituzionalisti e le costituzionaliste dell’Università della Calabria, *Referendum sull’eutanasia legale: iniziativa popolare contro l’inerzia del Parlamento*, su [La C news 24](#), 22 giugno 2021). Sul punto anche R. ROMBOLI, *Riflessioni costituzionalistiche circa l’ammissibilità del referendum sull’art. 579 c.p.*, in *La via referendaria al fine vita*, cit., 7, ravvisa una evidente «distanza tra gli effetti che vengono indicati e quelli che realmente andrebbe a produrre la vittoria del “sì” al referendum», ravvisando uno «iato».

¹⁹ P. CARNEVALE, *Nuove incertezze*, cit., 42.

²⁰ G.M. SALERNO, *Il referendum*, cit., 91

²¹ P. CARNEVALE, *Nuove incertezze*, cit., 41-42.

²² [Referendum Eutanasia legale Liberi fino alla fine](#).

²³ Sull’importanza di questo aspetto P. CIARLO, *Intento referendario, ammissibilità e comunicazione politica*, in AA.Vv., *Il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, Milano, 1988.

Come ha affermato la stessa Corte costituzionale, è la «portata oggettiva del quesito, e non già la corrispondenza ad essa del titolo attribuito, che costituisce elemento decisivo per ritenere, da tale punto di vista, la ammissibilità della richiesta di referendum»²⁴. Conta, poi, la finalità dell’iniziativa, come emerge dalla memoria depositata dai promotori²⁵. E contano, sotto questo profilo, le intenzioni dei promotori, che ove esprimano richieste surrettiziamente propositive²⁶, portano ad una valutazione di inammissibilità del referendum, stante la natura abrogativa dello stesso²⁷.

La Corte costituzionale potrebbe quindi obiettare, come già ha fatto in passato, che lo strumento referendario è inidoneo allo scopo, «per l’incongruenza tra il significato che assume la cancellazione delle disposizioni ricomprese nel quesito referendario ed i fini concretamente perseguiti dai promotori» ([sent. n. 1/1995](#)); che «il ricorso allo strumento referendario (...) appare inidoneo ed incongruo rispetto al fine dichiarato» ([sent. n. 30/1997](#)); che «l’iniziativa referendaria in questione manca di un fine obiettivo rispetto al quale gli elettori possano esprimere una volontà consapevole dei suoi effetti normativi, alternativi rispetto alla disciplina vigente» ([sent. n. 40/1997](#)); che, soprattutto, l’eventuale soppressione delle disposizioni «non vale a conseguire l’effetto abrogativo prefigurato» ([sent. n. 43/2000](#))²⁸.

Nel caso di specie, fra l’altro, l’incertezza quanto all’effetto abrogativo prefigurato è massima²⁹. C’è il fondato “rischio”, ad esempio, che l’effetto eventualmente conseguito dal referendum sia paradossalmente opposto alle finalità perseguite dai promotori, ove si consideri che la norma sull’omicidio del consenziente rappresentò, rispetto al previgente Codice Zanardelli, una novità del Codice Rocco, volta a punire meno severamente dell’omicidio volontario l’omicidio c.d. “compassionevole”, tenendo conto della minore pericolosità sociale del reo in questi casi. L’art. 579 c.p. ha dunque carattere di norma *speciale*³⁰. Pertanto, ove fosse abrogata, non è errato trarne la conseguente interpretazione per cui l’omicida tornerebbe ad essere punito con le norme generali sull’omicidio volontario, ove si consideri che l’intero ordinamento giuridico è improntato alla norma *generale del favor vitae* e che le norme penali sui «Delitti contro la persona» ne sono una garanzia³¹. Lo ha ribadito da ultimo la Corte costituzionale, quando ha affermato che «la *ratio* dell’art. 580 cod. pen. può essere agevolmente scorta, alla luce del vigente quadro costituzionale, nella tutela del diritto alla vita», e che «dall’art. 2 Cost. - non diversamente dall’art. 2 CEDU - discende il dovere dello Stato di tutelare la vita di ogni individuo: non quello - diametralmente opposto - di riconoscere all’individuo

²⁴ [Corte cost. sent. n. 37/2000](#) (separazione carriere dei magistrati), su cui P. CARNEVALE, *Nuove incertezze*, cit., 41.

²⁵ [Corte cost. sent. n. 48/2000](#) (riforma sistema pensionistico).

²⁶ Sul carattere propositivo e consultivo del referendum sull’art. 579 c.p. G. D’ALESSANDRO, *La via referendaria al fine vita: un’iniziativa ambigua, inutile e dannosa*, in *La via referendaria al fine vita*, cit., 90.

²⁷ Cfr. [sentt. n. 36/1997](#), [n. 38 e 50 del 2000](#), [n. 43 e 46 del 2003](#), [n. 13/2012](#), [n. 5/2015](#), [n. 26/2017](#) e, da ultimo, [n. 10/2020](#).

²⁸ Cfr. anche le [sentt. n. 35](#), [36](#), [40](#), [43](#) e [50 del 2000](#), su cui A. MORRONE, A. PUGIOTTO, *La Corte e i referendum giustiziati*, in *Quad. cost.*, 2000, 414, e T.F. GIUPPONI, *Il “giudizio di legittimità” sull’esito referendario e i limiti al legislatore*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2007, 4.

²⁹ Sull’ambiguità, non univocità e non autosufficienza del quesito, G. D’ALESSANDRO, *La via referendaria*, cit., 89.

³⁰ Cfr. V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, V ed., aggiornata da P. Nuvolone e D. Pisapia, Milano, 1981, vol. VIII, 86, «Il codice penale del 1889 non prendeva in considerazione il consenso del soggetto passivo, né per costituire un delitto d’omicidio a sé stante, né come circostanza dell’omicidio comune; era quindi applicabile il titolo di omicidio volontario, con l’eventuale concorso delle circostanze attenuanti generiche»; di conseguenza, «la disposizione del codice vigente è più favorevole al reo». Sul punto anche A. MORRONE, *Un referendum propositivo per relativizzare il valore fondamentale della vita umana*, in *La via referendaria al fine vita*, cit., 165, ricorda che la previsione del primo comma dell’art. 579 c.p. costituisce una eccezione alla regola generale sull’omicidio (art. 575 c.p.), rispetto alla quale stabilisce un affievolimento di pena per tutte le condotte dell’omicidio del consenziente. Cfr. inoltre C.D. LEOTTA, *Le ragioni della inammissibilità del referendum abrogativo sull’art. 579 c.p.*, in *La via referendaria al fine vita*, cit., 146, che qualifica l’art. 579 c.p. come norma penale di favore, abrogata la quale, si dovrebbe applicare il più grave delitto di omicidio volontario. Così anche G. D’ALESSANDRO, *La via referendaria al fine vita*, cit., 90.

³¹ Cfr. in proposito A. MORRONE, *Un referendum propositivo*, cit., 169-170, che rimarca la natura propositiva del referendum escludendo che l’abrogazione sia volta a riespandere una regola (espressa o implicita) dell’ordinamento vigente, che non esiste, concernente la disponibilità della vita.

la possibilità di ottenere dallo Stato o da terzi un aiuto a morire»³².

Va aggiunto che limiti non scritti, confini evanescenti, richiami impliciti, interpretazioni ottimistiche e rinvii alla giurisprudenza costituzionale³³ sono insufficienti a garantire non solo il diritto inviolabile alla vita e il principio del consenso informato, ma anche la situazione giuridica del soggetto attivo (dell'omicida), posto che in ambito penale valgono, fra gli altri, i principi costituzionali di legalità, determinatezza e tassatività³⁴.

In definitiva le incognite di questo referendum rendono altrettanto oscuro il significato del voto. Si nota, in proposito, che parlare di «eutanasia legale» equivale a una «truffa delle etichette», perché il risultato normativo perseguito è oggettivamente di rendere lecita una pluralità indeterminata di condotte³⁵. E non può che concordarsi con chi considera che il titolo ingannevole imposto ufficialmente dai promotori e, come tale, normalmente utilizzato nel dibattito pubblico, non potrebbe non esercitare una particolare suggestione sulla formazione dell'opinione degli elettori, producendo, nonostante la ridefinizione operata dall'[ordinanza](#) dell'Ufficio centrale, quella incertezza e confusione sulla portata e gli effetti dell'abrogazione che rende inammissibile la richiesta, per assenza di chiarezza del quesito³⁶.

In conclusione, i motivi di inammissibilità del quesito referendario, per quanto appropriatamente denominato dall'Ufficio centrale per il referendum presso la Corte di Cassazione, sono diversi e traggono spunto dalle stesse motivazioni dell'[ordinanza](#). Al motivo di inammissibilità costituito dal contenuto costituzionalmente vincolato della norma si aggiunge, come si è visto, quello concernente la chiarezza del quesito e quello rappresentato dall'inidoneità allo scopo dello strumento referendario rispetto al fine perseguito dai promotori³⁷, ammesso che questo sia compatibile con il quadro costituzionale. Ma questo è un'altra questione, che attiene ai giudizi di costituzionalità delle leggi o, sempre in quest'ambito, alle sempre più frequenti indicazioni della Corte al Parlamento, affinché adotti determinate leggi. Una questione ben distinta dai giudizi sull'ammissibilità referendaria³⁸.

³² [Sent. n. 242/2019](#), punto 2.2.

³³ Così M. D'AMICO, S. BISSARO, *Il referendum sull'art. 579 c.p., tra (presunti) obblighi di penalizzazione ed esigenze di protezione delle persone più fragili*, in *La via referendaria al fine vita*, cit., 99-100, secondo cui «le quattro condizioni stabilite dalla Corte nel caso Cappato potrebbero essere, in via transitoria e in attesa di un intervento del legislatore (o della stessa Corte costituzionale) riferite anche alla fattispecie oggetto dell'odierno quesito referendario». Gli Autori richiamano *ad adiuvandum*, sul punto, G. SILVESTRI, *La vita: "dono" o "diritto"?* Relazione al XVIII Congresso dell'Associazione Luca Coscioni, 9 ottobre 2021.

³⁴ Sottolinea l'incertezza della situazione giuridica dell'omicida del consenziente e/o aiutante nel suicidio A. ANZON DEMMIG, *È inammissibile il quesito referendario*, cit., 42.

³⁵ A. MORRONE, *Un referendum propositivo*, in *La via referendaria al fine vita*, cit., 168.

³⁶ A. ANZON DEMMIG, *È inammissibile il quesito referendario*, cit., 41.

³⁷ Secondo R. ROMBOLI, *Riflessioni costituzionalistiche*, cit., 18, è questo «il più serio ostacolo alla ammissibilità di una consultazione popolare sopra un tema che non dovrebbe essere affrontato nelle stanze del palazzo della Consulta o attraverso una riscrittura "popolare" del contenuto della fattispecie penale dell'omicidio del consenziente».

³⁸ Cfr. sentt. [n. 10/1972](#), [n. 251/1975](#), [n. 16/1978](#), [n. 24](#) e [26 del 1981](#), [n. 26/1987](#), [n. 63/1990](#) e [n. 25 del 2004](#) (Iodo Maccanico-Schifani), su cui A. PUGIOTTO, *Referendum e giudizio incidentale di costituzionalità: ecco le norme*, in *Dir. giust.*, 2004, n. 20, 52 ss.; [n. 45](#), [46](#), [47](#), [48 del 2005](#); [n. 15](#) e [16 del 2008](#), [n. 17/2016](#) e [n. 27/2017](#). Cfr. anche ID., *Intervista su Il referendum sull'eutanasia legale*, in *Giustizia Insieme*, domanda n. 4.

Daniele Manelli

La diffamazione a mezzo stampa e il persistente dominio dell'inerzia legislativa nella tutela dei diritti. La Consulta perfeziona un nuovo caso di "incostituzionalità differita" con la [sentenza n. 150 del 2021](#)*

ABSTRACT: *After Cappato's case, the Italian Constitutional Court had to opt again to use the new decision practice of "delayed unconstitutionality", to decide on the legitimacy question about press-related defamation, because of the evident divergence between the Italian law in matters and the Strasburg Court consolidated path. Starting from this particular case, the intention is describing the "two steps" technique structure, in order to analyze briefly its features and to bring to light its problematic aspects. The Constitutional Court, indeed, was obliged to develop new legal instruments, due to the lawmaker chronic inactivity, as done by foreign systems, at which looking with the purpose, to perfect what we could call a new persistent type of decision.*

SOMMARIO: 1. Premesse. – 2. La decisione della Corte sulla legittimità del "carcere per i giornalisti" tra l'[ordinanza n. 132 del 2020](#) e la [sentenza n. 150 del 2021](#). I richiami alla giurisprudenza EDU e i precedenti di quella italiana. – 2.1. Due importanti precedenti nella giurisprudenza EDU contro l'Italia e l'orientamento della Corte di Cassazione sul trattamento sanzionatorio dell'art. 13 della l. n. 47 del 1948. – 2.2. Le conclusioni della Corte costituzionale nell'[ordinanza n. 132 del 2020](#) e nella [sentenza n. 150 del 2021](#). – 3. La nuova tecnica dell'"incostituzionalità differita" tra struttura e profili problematici. – 3.1. Gli effetti sui giudizi diversi da quello *a quo*. – 3.2. I possibili epiloghi dell'"incostituzionalità differita". – 4. Conclusioni nella prospettiva di un adeguamento alle esperienze straniere già consolidate.

1. Premesse.

Con l'[ord. n. 207 del 2018](#), a cui è seguita la [sent. n. 242 del 2019](#), si può dire inaugurata una nuova stagione della giustizia costituzionale italiana, attraverso l'utilizzo di un meccanismo decisorio del tutto innovativo, non essendo possibile rinvenire alcun precedente rispetto alla sopra menzionata pronuncia del 2018¹.

*Contributo scientifico sottoposto a referaggio.

¹ Sull'assenza di un precedente e sul carattere innovativo della tecnica *ex multis* si veda C. PANZERA, *L'ordinanza "una e trina"*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 7 giugno 2019, R. PINARDI, *La Corte ricorre nuovamente alla discussa tecnica decisionale inaugurata con il caso Cappato*, *ivi*, n. 3 del 2020, 104 ss., A. RUGGERI, *Venuto alla luce alla Consulta l'Ircocervo costituzionale (a margine dell'ord. n. 207 del 2018 sul caso Cappato)*, in questa *Rivista*, 2018/III, 571, ID., *Replicato seppur in modo più cauto e accorto, alla Consulta lo schema della doppia pronuncia inaugurato in Cappato (nota minima a margine di Corte cost. n. 132 del 2020)*, in questa *Rivista*, 2020/II, 406, M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in *Questione Giustizia*, 19 novembre 2018, R. ROMBOLI, *Il nuovo tipo di decisione in due tempi e il superamento delle "rime obbligate": la Corte costituzionale non terza, ma unica Camera dei diritti fondamentali?*, in *Foro italiano*, 2020, I, 2565, M. PICCHI, *Un nuovo richiamo allo spirito di leale collaborazione istituzionale nel rispetto dei limiti delle reciproche attribuzioni: brevi riflessioni a margine dell'ord. n. 132/2020 della Corte cost.*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3 del 2020, 1413 ss., F. PERCHINUNNO, *Riflessioni a prima lettura sull'ord. n. 132/2020 della Corte cost.*, in *Federalismi.It*, n. 27 del 2020, 206 ss., A. CONZUTTI, *Un indizio è un indizio, ma due indizi sono una coincidenza? La tecnica "Cappato" colpisce ancora*, in *AmbienteDiritto.it*, n. 4 del 2020, 1 ss., D. CASANOVA, *L'ord. n. 132 del 2020 sulla pena detentiva per il reato di diffamazione mezzo stampa: un altro (preoccupante) rinvio della decisione da parte del Giudice costituzionale*, in questa *Rivista*, 2020/II, 627, A. MAZZOLA, *Decide chi deciderà! La Corte costituzionale torna a adoperare la tecnica inaugurata con il "caso Cappato"*, *ivi*, 2020/III, 545, M. CUNIBERTI, *La pena detentiva per la diffamazione tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo: l'ordinanza della Corte costituzionale n. 132 del 2020*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 5 del 2020, 121 ss., C. MAGNANI, *Diffamazione e pena detentiva: la libertà di informazione tra ordinamento interno e*

Particolarmente degna di nota, fin dal principio, è la comunanza di ambito ordinamentale investito dall'utilizzo della neonata tecnica di origine pretoria: fino ad ora, ad essere decise attraverso uno schema a due tempi, nell'ambito del medesimo procedimento incidentale di legittimità, sono state questioni riguardanti fattispecie di reato², oppure norme limitative di benefici premiali in sede di esecuzione della pena per specifiche categorie di detenuti³.

Nel corso degli anni sono divenute sempre più frequenti le situazioni in cui si è reso necessario trovare una soluzione, quando il legislatore sia rimasto inerte o non sia riuscito, «da solo, ad affrontare materie caratterizzate da un'ampia discrezionalità»⁴. In assenza di una disciplina specifica degli strumenti decisori, di cui la Consulta dispone, si è pensato di adottare un apporto creativo, per far fronte alla varietà di fattispecie che si sono venute a profilare, forse più ampia di quanto si potesse prevenire sia in sede di Assemblea costituente, sia, in seguito, al momento di regolazione dell'attività della Corte costituzionale con la l. n. 87 del 1953.

Del resto, il fatto che la situazione richieda una discrezionalità legislativa «non può ergersi a limite assoluto, invalicabile in caso di inerzia»⁵, soprattutto quando la questione sottoposta all'attenzione dell'organo di garanzia costituzionale dovesse riguardare la tutela dei diritti attraverso un ponderato utilizzo degli strumenti del settore penale. Così è stata doverosa l'elaborazione di nuove tecniche di decisione, per colmare il vuoto normativo, forse, nella speranza che il consolidamento della prassi potesse portare a una codificazione, analogamente a quanto avvenne in Germania per l'*Unvereinbarerklärung*⁶.

Al termine di diversi tentativi pretori, volti ad arginare la cronica inerzia del Parlamento, si colloca la particolare conformazione del dialogo tra legislatore e Corte costituzionale sottoposta alla nostra attenzione: un'incostituzionalità accertata e sospesa, per consentire che, entro il termine dettato, venisse esercitata dalle Camere la discrezionalità richiesta dalla situazione, a cui però è seguito un silenzio, manifestazione, forse, di un'intenzione di lasciare che fosse proprio il Giudice delle leggi a trovare la soluzione, non solo nei termini di principi da attuare, ma anche di interventi effettivi nel tessuto normativo⁷.

Si è così rinnovato il dibattito sulla natura della Corte costituzionale e sul delicato bilanciamento tra le due componenti della sua essenza: quella politica e quella giurisdizionale. La natura «bifronte» dell'organo di giustizia costituzionale spesso ha conosciuto una diversa composizione, in relazione

Cedu nella ordinanza 132 del 2020 della Consulta, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), n. 2 del 2021, 163 ss., D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale italiana*, Bologna, 2020, 163 ss.

² Cfr. Corte cost., [ord. n. 207 del 2018](#), Corte cost., [sent. n. 242 del 2019](#), Corte cost., [ord. n. 132 del 2020](#), Corte cost., [sent. n. 150 del 2021](#).

³ Cfr. Corte cost., [ord. n. 97 del 2021](#). Si tenga presente che il relativo procedimento è ancora in corso, non essendo ancora scaduto il termine assegnato al legislatore per intervenire. Cfr. PERCHINUNNO, *Prime riflessioni sull'ord. n. 97/2021 della Corte cost.*, in [Federalismi.it](#), n. 22 del 2021, 198 ss., R. DICKMANN, *Considerazioni sui profili funzionali processuali e 'politici' delle ordinanze monitorie di rinvio della Corte cost.*, in [Federalismi.it](#), n. 22 del 2021, 32 ss.

⁴ M. PICCHI, *Un nuovo richiamo*, cit., 1422. Sul punto anche M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte*, cit., F. PERCHINUNNO, *Riflessioni a prima lettura*, cit., 206 ss., R. DICKMANN, *Considerazioni sui profili funzionali*, cit., 32 ss.

⁵ M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie Della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in [Rivista AIC](#), n. 2 del 2019, 644 ss., D. TEGA, *La Corte nel contesto*, cit., 103 ss.

⁶ In tal senso M. PICCHI, *Un nuovo richiamo*, cit., 1413 ss., M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte*, cit., L. A. MAZZAROLLI, *Il giudice delle leggi tra predeterminazione costituzionale e creatività*, Padova, 2000, 189, nota 1 e Appendice. A riguardo si veda anche N. FIANO, *La modulazione nel tempo delle decisioni della Corte Costituzionale tra dichiarazione di incostituzionalità e discrezionalità del Parlamento: uno sguardo alla giurisprudenza costituzionale tedesca*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 29 giugno 2016, G. CERRINA FERONI, *Giurisprudenza costituzionale e legislatore nella Repubblica federale tedesca*, Torino, 2002, 156 ss.

⁷ Così M. PICCHI, *Un nuovo richiamo*, cit., 1421, la quale ritiene che nel caso dell'ord. n. 132 del 2020 non si possa ravvisare un fallimento del dialogo tra Consulta e legislatore, in quanto piuttosto si potrebbe ritenere che lo «sforzo [...] di responsabilizzare il legislatore non abbia dato l'esito sperato», senza che questo si traduca in una situazione irrimediabile. Infatti, l'A. sostiene, riprendendo la posizione formulata da M. CARTABIA, [L'attività della Corte costituzionale nel 2019](#), che la separazione delle competenze tra organo legislativo e quello di giustizia costituzionale è presupposto di una corale azione necessaria alla corretta attuazione dei principi costituzionali.

alle vicende e agli interessi di volta in volta in gioco. Per usare un'immagine che più efficacemente può rendere quest'idea, potremmo dire che, a seconda dell'oggetto che viene sottoposto all'attenzione della Consulta, è come se questa fosse paragonabile a una bilancia: i suoi piatti, rappresentanti le due anime che la connotano, si dispongono ad altezze differenti a seconda del maggior o minor peso posto su ciascuno di essi e, quindi, della maggior o minor preponderanza del carattere politico o giurisdizionale, per risolvere la questione di costituzionalità⁸.

2. *La decisione della Corte sulla legittimità del “carcere per i giornalisti” tra l’ordinanza n. 132 del 2020 e la sentenza n. 150 del 2021. I richiami alla giurisprudenza EDU e i precedenti di quella italiana.*

Entro la cornice appena tratteggiata si collocano due recenti pronunce del Giudice delle leggi: l’ord. n. 132 del 2020 e la sent. n. 150 del 2021.

Con esse la Consulta ha avuto modo di pronunciarsi sulle questioni di costituzionalità che, rispettivamente, il Tribunale di Salerno, seconda sezione penale, e quello di Bari, prima sezione penale, hanno sollevato, con le ordinanze di rimessione n. 140 e n. 149 del registro delle ordinanze del 2019, concernenti il reato di diffamazione a mezzo stampa, poi riunite in fase decisoria, essendo legate da una stretta analogia.

Più specificamente, il Tribunale di Salerno ha chiesto alla Corte costituzionale di verificare la legittimità del combinato disposto dell’art. 595, comma 3, c.p. e dell’art. 13 della l. n. 47 del 1948 rispetto agli artt. 3, 21, 25, 27, 117, comma 1, della Costituzione, quest’ultimo per il tramite del parametro interposto dell’art. 10 CEDU. L’art. 13 era oggetto di censura nella parte in cui prevede «in via alternativa o cumulativa rispetto alla multa» la pena della reclusione⁹.

Il Tribunale di Bari, invece, ha più chirurgicamente domandato la verifica della compatibilità della previsione in via cumulativa, anziché alternativa, della pena della reclusione per chi commette diffamazione a mezzo stampa mediante l’attribuzione di un fatto determinato, con principale riferimento all’art. 13 della l. n. 47 del 1948¹⁰.

Non essendovi stato alcun intervento normativo nel termine stabilito, con la sentenza n. 150 del 2021, la Consulta ha espressamente confermato integralmente le censure fatte nell’ordinanza n. 132 del 2020, con specificazioni volte a definire il giudizio instaurato.

Più precisamente, delle questioni sollevate dai due Tribunali, solo quelle del Tribunale di Salerno sono state concretamente sviscerate dalla Corte nel *Considerato in diritto* nei §§ 4 e ss. Di esse, infatti, viene ravvisata la fondatezza nella parte in cui si prospetta una discrepanza tra l’art. 13 della legge sulla stampa e gli artt. 21 e 117, comma 1, Cost., quest’ultimo in relazione all’art. 10 CEDU¹¹. Ciò

⁸ Altro esempio figurativo può essere il pendolo che oscilla tra le due componenti dell’essenza diadica della Consulta, tra legislazione e giurisdizione. Cfr. R. ROMBOLI, *Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l’anima “politica” e quella “giurisdizionale”. Una tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla scomparsa*, in *Rivista AIC*, n. 3 del 2017, 1 ss., A. SPADARO, *Sull’intrinseca “politicalità” delle decisioni “giudiziarie” dei tribunali costituzionali contemporanei*, in *Federalismi.it*, n. 5 del 2017, 2 ss., A. RUGGERI, *Replicato, seppur in modo*, cit., 406 ss., R. PINARDI, *La Corte ricorre nuovamente*, cit., 104 ss., F. PERCHINUNNO, *Riflessioni a prima lettura*, cit., 206 ss.

⁹ Cfr. Corte cost., [ord. n. 132 del 2020](#), §1 *Cons. dir.* Cfr. F. PERCHINUNNO, *Riflessioni a prima lettura*, cit., 206 ss.

¹⁰ Cfr. Corte cost., [ord. n. 132 del 2020](#), § 2 e 5 *Cons. dir.* Nel § 2.1 del *rit. fat.* dell’ordinanza viene riportata la ragione per cui si è optato per una modifica più circoscritta: secondo il Tribunale di Bari la sostituzione della congiunzione coordinante con l’avversativa fornirebbe uno strumento in grado di consentire al giudice di modulare l’intervento sanzionatorio in ragione della gravità del caso concreto, così da circoscrivere l’irrogazione della detenzione ai casi di eccezionale gravità previsti dalla giurisprudenza di Strasburgo. La soluzione sarebbe dunque funzionale a conformare la normativa italiana al “diritto consolidato” riguardo all’art. 10 CEDU, con la modifica minore possibile delle scelte legislative in materia penale, coperte da riserva di legge *ex art.* 25, comma 2, Cost. Si veda anche M. CASTELLANETA, *La revisione della normativa italiana sulla sanzione del carcere nei casi di diffamazione a mezzo stampa dopo l’ord. n. 132/2020 della Corte cost.*, in *Rivista di diritto internazionale*, n. 4 del 2020, 1043 ss., C. MAGNANI, *Diffamazione e pena detentiva*, cit., 163 ss.

¹¹ Cfr. Corte cost., [sent. n. 150 del 2021](#), cit., § 4.

ha reso conseguentemente superfluo l'esame delle eccezioni analoghe formulate dal Tribunale di Bari¹².

La ragione dell'accoglimento si riscontra nel richiamo della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, formatasi riguardo all'art. 10 CEDU, rubricato «Libertà di espressione», ponendo l'accento sulla centralità della stampa come «cane da guardia della democrazia»¹³.

La stampa si vede riconosciuto sostanzialmente un ruolo di primaria importanza nell'assicurare un corretto operato degli apparati pubblici, quasi al pari degli organi istituzionali di garanzia previsti dai vari ordinamenti costituzionali (ad es. la magistratura). Tramite essa, infatti, è possibile sottoporre al controllo dell'opinione pubblica le eventuali anomalie, che dovessero riscontrarsi nell'attività dei soggetti esercenti pubbliche funzioni, così da “smascherare” eventuali attività di abuso dei pubblici poteri.

Ovviamente, al tempo stesso, il c.d. “quarto potere” è investito di una forte responsabilità, dovuta soprattutto alle conseguenze particolarmente distruttive della reputazione del singolo, se quanto riportato, ad esempio in un articolo, non dovesse corrispondere al vero.

È quindi evidente come l'attività giornalistica, da un punto di vista costituzionale e convenzionale, cammini sempre su un sottile filo: in bilico tra la necessaria informazione dell'opinione pubblica e l'imprescindibile corrispondenza tra verità e narrazione, al fine di non riportare fatti fuorvianti e lesivi della positiva considerazione che la collettività ha dell'individuo e, quindi, della sua reputazione, tutelata dall'art. 2 Cost. e dall'art. 8 CEDU¹⁴.

Con l'intento di impostare correttamente una simile attività di bilanciamento, secondo quelli che sono i binari tracciati dai giudici rimettenti con *petita*, la Corte costituzionale ha richiamato alcuni casi della giurisprudenza della Corte EDU, considerati particolarmente significativi nell'individuazione del diritto consolidato¹⁵ sull'art. 10 CEDU.

¹² Cfr. Corte cost., [sent. n. 150 del 2021](#), cit., § 5. Esse infatti riguardavano la medesima disposizione di cui è stata dichiarata l'incostituzionalità, ma con lo scopo di «sostituire il regime di cumulatività di reclusione e multa previsto dalla disposizione medesima con un regime di alternative tra le due sanzioni.»

¹³ Espressione utilizzata da Corte cost., [ord. n. 132 del 2020](#), cit., a sua volta ripresa dalla sentenza Corte EDU, 27 marzo 1996, *Goodwin c. Regno Unito*, § 39. Cfr. S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky (curr.), *Commentario breve alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali*, Padova, 2012, sub art. 10. Bisogna evidenziare come il richiamo della giurisprudenza EDU in materia sia stato meno ampio di quanto si riscontra nel *Considerato in diritto* dell'[ord. n. 132](#). Probabilmente perché, come specificato nel § 2 della stessa sentenza, quest'ultima deve essere saldata alla parte motiva del provvedimento precedente, *prius* logico di quello conclusivo del giudizio.

¹⁴ Cfr. F. PERCHINUNNO, *Riflessioni a prima lettura*, cit., 206 ss., M. CASTELLANETA, *La revisione della normativa*, cit., 1043 ss., M. PICCHI, *Un nuovo richiamo*, cit., 1413 ss., C. MAGNANI, *Diffamazione e pena detentiva*, cit., 163 ss.

¹⁵ Cfr. Corte cost., [sent. n. 49 del 2015](#), con cui è stato ribadito nel § 7 *Cons. dir.*, che «il giudice comune è tenuto ad uniformarsi alla “giurisprudenza europea consolidata sulla norma conferente”». «È, pertanto, solo un diritto consolidato, generato dalla giurisprudenza europea, che il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo, mentre nessun obbligo esiste in tal senso a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento ormai divenuto definitivo.» Di seguito la Consulta, consapevole della necessità di specificare che cosa si intenda per “diritto consolidato”, ha operato un'elencazione di criteri che, se presenti singolarmente o congiuntamente, possono aiutare il giudice italiano a capire se non si è in presenza di un indirizzo consolidato, tale da obbligarlo a un'uniformità, tenuto conto delle specificità del caso concreto. Il richiamo alla pronuncia si riscontra anche in P. VERONESI, *Un'altra incostituzionalità “prospettata” ma non ancora dichiarata: la diffamazione a mezzo stampa nell' ord. n. 132 del 2020*, in *Studium Iuris*, n. 11 del 2020, 1355 ss., nota 3, N. RECCHIA, *La previsione della pena detentiva per la diffamazione del giornalista: la Corte costituzionale ripropone la tecnica decisoria del caso Cappato*, in *Giur. cost.*, n. 3 del 2020, 1480 ss., R. PINARDI, *La Corte ricorre nuovamente*, cit., 104 ss., U. ADAMO, *La Corte è “attendista”... «facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale»*. *Nota Corte cost.*, [ord. n. 207 del 2018](#), in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 23 novembre 2018, M. Picchi, *Un nuovo richiamo*, cit., 1413 ss., C. MAGNANI, *Diffamazione e pena detentiva*, cit., 163 ss., A. CONZUTTI, *Un indizio è un indizio*, cit., 1 ss. Sulla necessità di operare un delicato bilanciamento tra interessi in gioco nel caso Cappato si veda G. BATTISTELLA, *La nuova tecnica decisoria sul “caso Cappato” tra diritto processuale e sostanziale*, in [Rivista del Gruppo di Pisa](#), n. 2 del 2020, 110 ss., per comprendere le similarità con l'utilizzo della medesima tecnica decisoria nel caso di specie. Per un'analisi delle sentenze della Corte costituzionale [n. 348](#) e [n. 349 del 2007](#), di cui la [sent. n. 49 del 2015](#) costituisce un completamento, si veda D. TEGA, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Milano, 2012, 83 ss., G. AMOROSO, G. PARODI, *Il giudizio costituzionale*, Milano, 2020, 130 ss.

Punto di partenza è indubbiamente la sentenza della Gran camera *Cumpănă e Mazăre c. Romania* del 2004. Essa è, a tutti gli effetti, considerabile come un *leading case* in materia di verifica della proporzionalità del trattamento sanzionatorio per i reati che superano i limiti tracciati dall'art. 10 della CEDU¹⁶. In particolare, si è affermato il principio di diritto per cui: la «“missione” di allertare il pubblico su possibili abusi da parte dei pubblici poteri»¹⁷ risulta essere essenziale, per un ordinamento democratico, a tal punto da escludere l'ammissibilità del ricorso a sanzioni penali particolarmente incisive, come nel caso di specie, al di fuori di una circoscritta e necessaria area di punibilità.

Posto che l'esercizio della libertà ex art. 10 CEDU non può essere privo di limiti, perché comporta «doveri e responsabilità», data la sua inevitabile incidenza sulla garanzia dell'art. 8 della stessa Convenzione, esso «può essere sottoposto a determinate formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni previste dalla legge costituenti misure necessarie in una società democratica, per [...] la protezione della reputazione dei diritti altrui»¹⁸. Conseguentemente, spetta ai Parlamenti nazionali stabilire un adeguato trattamento sanzionatorio e ai giudici poi darvi applicazione, a seconda delle specificità del caso concreto. Secondo la Corte EDU, più precisamente, la comminazione della detenzione per un'offesa compiuta a mezzo stampa può dirsi giustificata «soltanto in circostanze eccezionali, segnatamente quando altri diritti fondamentali siano stati seriamente offesi, come ad esempio nel caso di diffusione di discorsi d'odio (hate speech) o di istigazione alla violenza»¹⁹. Al di fuori di questa cornice ristretta, si ritiene sussistente una sproporzionata ingerenza dello Stato con un inevitabile *chilling effect*²⁰ provocato dalle sanzioni penali, ossia l'effetto dissuasivo ad esse naturalmente correlato, data l'incidenza di questi strumenti giuridici nei confronti di beni primari del singolo, quale la libertà personale.

L'effetto preventivo proprio delle sanzioni penali, in simili situazioni, rischia infatti di determinare il passaggio dalla garanzia della legalità, attraverso la dissuasione da comportamenti giuridicamente riprovati, alla sostanziale negazione di funzioni primarie per la democrazia, quale quella di informazione, dato il timore per gli operatori del settore di vedersi eventualmente coinvolti in vicende giudiziarie, con un «detrimento per l'intera società»²¹.

¹⁶ Cfr. Corte EDU, 17 dicembre 2004, *Cumpănă e Mazăre c. Romania*. A riguardo cfr. E. LA ROSA, *Diffamazione a mezzo stampa e (s)proporzionalità del trattamento sanzionatorio: la Corte costituzionale concede al parlamento un anno per intervenire sulla disciplina vigente*, in *Foro it.*, I/2020, 3709 ss., M. CASTELLANETA, *La revisione della normativa*, cit., 1043 ss., C. MAGNANI, *Diffamazione e pena detentiva*, cit., 163 ss., F. VIGANÒ, *Sulle motivazioni della Cassazione nel caso Sallusti*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 24 ottobre 2012, A. GULLO, *Diffamazione, pena detentiva e chilling effect: la Consulta bussava alla porta del legislatore*, in *Diritto penale e processo*, n. 2 del 2021, 217 ss. Particolarmente approfondita è la descrizione del caso fatta da A. GULLO, *Diffamazione e legittimazione dell'intervento penale. Contributo a una riforma dei delitti contro l'onore*, Roma, 2013, 62 ss. Sul ruolo delle pronunce della Grande Camera della Corte EDU in contrasto con le scelte legislative nazionali si veda D. TEGA, *I diritti in crisi*, cit., 168 ss.

¹⁷ A. GULLO, *Diffamazione e legittimazione*, cit., 62 ss.

¹⁸ *Op. et loc. ult. cit.*

¹⁹ Corte cost., [ord. n. 132 del 2020](#), cit., § 6.1, che richiama il § 115 della Corte EDU., 17 dicembre 2004, *Cumpănă e Mazăre c. Romania*.

²⁰ Cfr. N. RECCHIA, *La previsione della pena detentiva*, cit., 1483 ss., il quale osserva come la Corte EDU abbia fatto propria la dottrina elaborata dalla Corte Suprema degli Stati Uniti d'America in materia di libertà di espressione. Essa infatti «richiama alla necessità di considerare, in questo bilanciamento [tra libertà di espressione e rispetto dell'altrui reputazione], non solo e non tanto gli effetti negativi della scelta di criminalizzazione sul singolo, quanto - in una visuale che si potrebbe dire “obliqua” - quelli “sociali” sull'intera collettività. In altri termini, occorre preoccuparsi non già delle conseguenze che la sanzione avrà sullo specifico giornalista condannato, in un caso nel quale la sua libertà d'espressione appare pacificamente soccombente, ma dell'effetto che tale condanna avrà nei confronti degli altri giornalisti.» Sul punto anche M. CASTELLANETA, *La Corte costituzionale chiama il Parlamento sulle modifiche in tema di diffamazione secondo il “modello Cappato” (a proposito di Corte cost. n. 132/2020)*, in *Giustizia Insieme*, 2020, ID, *La revisione della normativa italiana*, cit., 1043 ss., A. GULLO, *Diffamazione e legittimazione*, cit., 60 ss., ID, *Diffamazione, pena detentiva*, cit., 217 ss., F. PERCHINUNNO, *Riflessioni a prima lettura*, cit., 206 ss., E. LA ROSA, *Diffamazione a mezzo stampa*, 3709 ss., A. CONZUTTI, *Un indizio è un indizio*, cit., 1 ss., C. MAGNANI, *Diffamazione e pena detentiva*, cit., 163 ss.

²¹ Corte EDU, 17 dicembre 2004, *Cumpănă e Mazăre c. Romania*, cit., § 114.

In realtà, risale alla sentenza *Goodwin c. Regno Unito* del 1996 la consapevolezza della qualità di «*public watchdog*»²² dei mezzi di informazione, dato il loro compito di «segnalare all'opinione pubblica casi apparenti o soltanto supposti di abuso dei pubblici poteri e di svolgere una funzione propulsiva rispetto a questioni di interesse pubblico»²³. Per tanto, certamente gli Stati contraenti sono gravati dall'obbligo positivo di tutelare la reputazione dell'individuo ex art. 8 CEDU attraverso una regolamentazione dell'esercizio della libertà di espressione in equilibrio con un simile proposito, tuttavia ciò deve avvenire in modo tale da non inibire, soprattutto, «l'attività di inchiesta e di pubblicazione dei risultati»²⁴ di tali indagini da parte dei giornalisti.

L'affermazione svolta dalla Corte EDU nella sentenza del 2004 poggia su alcune considerazioni di principio, legate alla vicenda sottoposta alla sua attenzione: dal punto di vista fattuale i due giornalisti romeni non sono stati incarcerati, ma dal punto di vista giuridico la situazione è risultata intollerabile. In sostanza, l'ingerenza statale è stata percepita come una pericolosa minaccia per una categoria di soggetti, che può operare solamente grazie all'esercizio effettivo della libertà di espressione.

2.1. Due importanti precedenti nella giurisprudenza EDU contro l'Italia e l'orientamento della Corte di Cassazione sul trattamento sanzionatorio dell'art. 13 della l. n. 47 del 1948.

A partire dal *leading case* menzionato la giurisprudenza europea sul punto è divenuta assai copiosa e sono proliferati i riferimenti alla sentenza pilota del 2004, come osservato dalla stessa Corte costituzionale nel testo dell'ordinanza²⁵. Particolarmente significative sono due pronunce che hanno riguardato il nostro Paese: la sentenza 24 settembre 2013, *Belpietro c. Italia*²⁶ e quella del 7 marzo 2019, *Sallusti c. Italia*²⁷.

In realtà, è soprattutto la più recente ad aver avuto l'incidenza più significativa. Prima di essa, infatti, la giurisprudenza italiana si era concentrata sul cercare di individuare i limiti, entro i quali si potesse definire legittimo l'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero nella sua declinazione di diritto di cronaca e critica giornalistica. L'obiettivo consisteva, quindi, nello stabilire un bilanciamento in grado di evitare che l'informazione arrecasse illegittimamente offesa all'altrui reputazione, a presidio della quale il codice penale prevede il delitto di diffamazione.

Un cambiamento di approccio dei giudici italiani sul tema della compatibilità con l'art. 10 della CEDU dell'art. 595 c.p. vi è stato, quando la Suprema Corte di Cassazione, V sezione penale, mettendo la parola fine a un procedimento penale che ha visto come imputati il direttore di *Libero*, Alessandro Sallusti, e il giornalista Andrea Monticone, ha dovuto pronunciarsi su aspetti concernenti il trattamento sanzionatorio dell'art. 13 della l. n. 47 del 1948 e, soprattutto, sulla proporzionalità e adeguatezza dello stesso.

²² Corte EDU, 27 marzo 1996, *Goodwin c. Regno Unito*, cit., § 39.

²³ M. PICCHI, *Un nuovo richiamo*, cit., 1413 ss. Cfr. anche A. CONZUTTI, *Un indizio è un indizio*, cit., 1 ss.

²⁴ Corte cost., [ord. n. 132 del 2020](#), cit., § 6.1 *Cons. dir.*, nel richiamare Corte EDU, 17 dicembre 2004, *Cumpănă e Mazăre c. Romania*, cit., §114

²⁵ Cfr. Corte cost., [ord. n. 132 del 2020](#), cit., § 6.2 *Cons. dir.*

²⁶ Essa ha riguardato il direttore de *Il Giornale*, condannato a quattro mesi di reclusione, condizionalmente sospesi, e al risarcimento del danno. Cfr. M. CASTELLANETA, *La revisione della normativa*, cit., 1043 ss., C. MAGNANI, *Diffamazione e pena detentiva*, cit., 163 ss. Come osservato da A. CONZUTTI, *Un indizio è un indizio*, cit., 1 e ss., in questa occasione è stato ribadito come «il *quantum* e la *species* della sanzione irrogata al giornalista risultassero del tutto sproporzionati rispetto al legittimo fine perseguito.» In sostanza la stessa previsione in astratto della reclusione per la diffamazione a mezzo stampa può dirsi una violazione della CEDU. In tal senso anche D. CASANOVA, [L'ord. n. 132 del 2020](#), cit., 627 ss. A. GULLO, *Diffamazione, pena detentiva*, cit., 217 ss., osserva come neanche con la sentenza *Belpietro* la suprema Corte italiana abbia cambiato orientamento, dovendosi attendere la sentenza della Corte EDU sul caso *Sallusti*.

²⁷ Essa è stata pronunciata in accoglimento del ricorso presentato dal direttore di *Libero*, Andrea Sallusti, a seguito della condanna a un anno e due mesi di reclusione e al pagamento di 5000 euro di multa in applicazione degli artt. 57 e 595 c.p. e dell'art. 13, l. n. 47 del 1948, confermata da Cass. pen., V sez., 26 settembre 2012, n. 41249, in *Foro it.*, II/2012, 669 ss.

In quella sede, più precisamente, l'oggetto di attenzione non era la legittimità costituzionale della sanzione detentiva congiuntamente a quella pecuniaria ex art. 13, ma l'applicazione del trattamento sanzionatorio, particolarmente rigido, senza il riconoscimento del beneficio della sospensione condizionale ex art. 164, comma 1, c.p.²⁸.

Nella sentenza 26 settembre 2012, n. 41249, la Suprema Corte richiama espressamente la pronuncia *Cumpănă e Mazăre* del 2004 e il principio in essa affermato, anche se l'applicazione dello stesso desta non poche perplessità: la decisione è stata nel senso di qualificare come "eccezionale" la condotta diffamatoria posta in essere dal direttore di *Libero*, così da configurare come compatibile con le coordinate sovranazionali il trattamento sanzionatorio nel caso di specie.

Una simile conclusione non parrebbe dirsi pienamente condivisibile, in quanto nella statuizione della Gran camera non si ricomprenderebbe propriamente la diffamazione nella casistica legittimante il ricorso alla detenzione. I giudici di Strasburgo hanno infatti ritagliato per le situazioni "eccezionali" uno spazio di punibilità, che opera su un piano di tutela generalmente diverso da quello dei reati contro la reputazione del singolo, ossia i discorsi d'odio e l'incitamento alla violenza, anche se può dirsi un problema aperto la possibilità di includere l'offesa individuale nella più ampia categoria dei discorsi d'odio.

Essendo evidente come i supremi giudici italiani abbiano preferito aderire a un'interpretazione restrittiva delle indicazioni provenienti da Strasburgo, Sallusti ha presentato ricorso alla stessa Corte EDU.

L'esito è stata la sentenza 7 marzo 2019, *Sallusti c. Italia*, con cui si è condannata l'Italia per aver inflitto al ricorrente un trattamento sanzionatorio per natura e severità manifestamente sproporzionato, tale da non risultare necessario in una società democratica²⁹. In motivazione non si è fatto altro che ribadire l'orientamento giurisprudenziale consolidato, con la specificazione che, solo qualora siano lesi gravemente altri diritti fondamentali, ad esempio nei «casi eccezionali» sopra menzionati, la detenzione per reati riguardanti i mezzi di comunicazione sarebbe compatibile con l'art. 10 CEDU. Proseguendo la Corte europea ha valutato positivamente le iniziative legislative italiane, volte a circoscrivere la comminazione di sanzioni penali per la diffamazione e a procedere all'abolizione della reclusione per lo stesso reato, con chiaro riferimento al settore giornalistico³⁰.

²⁸ Cfr. F. VIGANÒ, *Sulle motivazioni della Cassazione*, cit., osserva come la negazione del beneficio debba ritenersi non giustificata, dato il carattere erroneo della valutazione operata dalla Suprema Corte riguardo alla prognosi di commissione in futuro di altri reati da parte del soggetto condannato. Si contesta la mancanza di un atteggiamento di gradualità, che tenesse conto del fatto che Sallusti, condannato come espressamente sottolineato a pene pecuniarie per sette pregressi casi di diffamazione, non abbia mai visto l'irrogazione nei suoi confronti di una sanzione detentiva, la quale, in quanto tale, poteva dirsi ancora pienamente carica di quel carattere dissuasivo a cui sono funzionali per definizione le sanzioni penali. Della sentenza parlano anche A. GULLO, *Diffamazione, pena detentiva*, cit., 217 ss. D. CASANOVA, *L'ord. n. 132 del 2020*, cit., 627 ss., M. CASTELLANETA, *La revisione della normativa*, cit., 1043 ss., la quale osserva come l'Italia sia stato il paese del Consiglio d'Europa con il maggior numero di *alerts* per intimidazioni ai giornalisti (2018), secondo la Piattaforma per la protezione dei giornalisti istituita dal Consiglio d'Europa. Nel 2019 si è collocata, invece, al secondo posto.

²⁹ Cfr. Corte EDU, sentenza 7 marzo 2019, *Sallusti c. Italia*, §§ 63 e 64.

³⁰ Cfr. Corte EDU, sentenza 7 marzo 2019, *Sallusti c. Italia*, cit., §59. Dal § 30 della stessa emerge che le iniziative legislative richiamate nel § 59 sono quelle contenute nel disegno di legge A.C. 925, il quale, dopo l'approvazione da parte della Camera dei Deputati, è stato modificato dal Senato, prima, e ulteriormente dalla Camera poi, per arenarsi nel 2015 in Commissione Giustizia al Senato. Per ciò che concerne la posizione assunta dalla Corte EDU in materia con la sentenza *Sallusti c. Italia* si veda S. TURCHETTI, *Diffamazione, pena detentiva, caso Sallusti: ancora una condanna all'Italia dal parte della Corte EDU*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 18 marzo 2019. Riguardo al problema aperto dei limiti della legittimità convenzionale della detenzione per la diffamazione a mezzo stampa si veda F. VIGANÒ, *Sulle motivazioni della Cassazione*, cit.

2.2. *Le conclusioni della Corte costituzionale nell'ordinanza n. 132 del 2020 e nella sentenza n. 150 del 2021.*

Nella [sent. n. 150 del 2021](#) vi è un sostanziale avallo dell'elaborazione della Corte europea. In essa si è specificamente affermato che la disposizione va considerata in contrasto con l'art. 21 Cost., dato che la *ratio* della norma è quella di inasprire il trattamento sanzionatorio in distonia con la garanzia della libertà di stampa.

Non va però dimenticato che l'invulnerabilità di tale diritto va di pari passo con il riconoscimento di altrettanta connotazione da riservarsi alla reputazione individuale, strettamente legata con la dignità della persona. Questo perché i mezzi di informazione possono produrre pregiudizi nella «vita privata, familiare, sociale, professionale, politica delle vittime»³¹, tenuto conto della elevata capacità di diffusione, maggiore rispetto a quella avuta in passato. Inoltre, essi sono capaci di perdurare nel tempo. Per questo la sanzione detentiva «non può in assoluto escludersi [...], sempre che la sua applicazione sia circondata da cautele idonee a schermare il rischio di indebita intimidazione esercitato su chi svolge la professione giornalistica.»³²

Già nell'[ord. n. 132 del 2020](#) la Corte costituzionale aveva riconosciuto la necessità di un complessivo intervento di riforma da parte del legislatore, funzionale a delineare un equilibrio tra gli interessi in gioco «che non contempli solo il ricorso a sanzioni penali non detentive nonché a rimedi civilistici e in generale riparatori adeguati ma anche a efficaci misure di carattere disciplinare»³³. Si richiede dunque che venga predisposta una nuova disciplina della materia, per consentire anche agli ordini professionali di essere coinvolti nel controllo sull'osservanza dei rigorosi standard etici, con cui assicurare la credibilità e autorevolezza della professione. In un simile contesto non si esclude la comminazione della pena detentiva, ma lo si circoscrive solo a situazioni di particolare gravità, quali incitamento alla violenza e discorsi d'odio³⁴.

Con la [sent. n. 150 del 2021](#) è stato dunque definito il giudizio di costituzionalità con l'espunzione dell'art. 13 della l. n. 47 del 1948, unitamente, in via consequenziale, all'art. 30 della legge n. 223 del 1990 (Disciplina del sistema radiotelevisivo pubblico e privato)³⁵. È stato così possibile salvare la previsione della sanzione detentiva contenuta nell'art. 595, comma 3, c.p. attraverso l'individuazione di un'interpretazione costituzionalmente conforme: il giudice è posto nelle condizioni di operare una scelta discrezionale tra la multa e la reclusione, «tenendo conto dei criteri di commisurazione della pena indicati nell'art. 133 cod. pen., ma anche – e ancor prima – delle indicazioni derivanti dalla Costituzione e dalla CEDU»³⁶, secondo l'interpretazione fornita dalla stessa Corte costituzionale e

³¹ Corte cost., [sent. n. 150 del 2021](#), cit., § 4.3 e *Cons. dir.*, Cfr. anche *idem*, § 6.2 *Cons. dir.*, M. CASTELLANETA, *La revisione della normativa*, cit., 1043 ss.

³² *Ibidem*.

³³ Corte cost., [ord. n. 132 del 2020](#), cit., § 8 *Cons. dir.*, cfr. E. LA ROSA, *Diffamazione a mezzo stampa*, 3709 ss., A. Ruggeri, *Replicato seppur in modo*, cit., 406., M. PICCHI, *Un nuovo richiamo*, cit., 1413 ss.

³⁴ Cfr. Corte cost., [ord. n. 132 del 2020](#), cit., § 8 *Cons. dir.* Vedi anche F. PERCHINUNNO, *Riflessioni a prima lettura*, cit., 206 ss., M. CASTELLANETA, *La Corte costituzionale chiama il Parlamento*, cit., Id., *La revisione della normativa*, cit., 1043 ss., A. CONZUTTI, *Un indizio è un indizio*, cit., 1 ss., D. CASANOVA, [L'ord. n. 132 del 2020](#), cit., 627 ss., E. LA ROSA, *Diffamazione a mezzo stampa*, 3709 ss., R. PINARDI, *La Corte ricorre nuovamente*, cit., 104 ss., il quale osserva che nell'[ord. n. 132 del 2020](#) l'*iter* argomentativo, così come tratteggiato, porta chiaramente a escludere l'ammissibilità della sanzione della pena detentiva per la diffamazione a mezzo stampa nella conformazione qui considerata, salvo le gravi situazioni di eccezionalità che dovessero consentire la limitazione della libertà personale per la loro incidenza su altri beni giuridici, come quelli incisi dai reati d'odio e istigazione alla violenza.

³⁵ Cfr. Corte cost., [sent. n. 150 del 2021](#), cit., § 9 *Cons. dir.*, dove si è sottolineato come la disposizione in questione rimandi all'applicazione dell'art. 13 della legge sulla stampa nel caso di diffamazione attraverso le trasmissioni consistente nell'attribuzione di un fatto determinato. Si è dunque presentato quel requisito di consequenzialità richiesto dall'art. 27, secondo periodo, della l. n. 87 del 1953. Riguardo all'istituto si veda G. AMOROSO, G. PARODI, *Il giudizio costituzionale*, cit., 526 ss.

³⁶ Corte cost., [sent. n. 150 del 2021](#), cit., § 6.3 *Cons. dir.*, in cui, peraltro, si specifica che una simile esegesi della norma ha anche il «fine di evitare la pronuncia di condanne penali, che potrebbero successivamente dar luogo a una responsabilità internazionale dello Stato italiano per violazioni della Convenzione», richiamando la precedente pronuncia,

da quella di Strasburgo. Conseguentemente, solo qualora in virtù degli appena menzionati principi, la sanzione detentiva si ritenesse proporzionata, data la particolare gravità del fatto, sia sul piano oggettivo che soggettivo, essa potrà essere applicata ai casi di diffamazione recata con il mezzo della stampa. In tutti gli altri casi, dunque in via residuale, si dovrà irrogare la sanzione pecuniaria, opportunamente commisurata alla lesione che il fatto oggetto di giudizio abbia arrecato al bene giuridico protetto.

In conclusione, di motivazione è stato inoltre specificato come il legislatore non debba considerare vincolante il mantenimento, per opera della Consulta, della sanzione detentiva in materia, purché si riesca a garantire un'adeguata tutela agli interessi costituzionali in gioco.

Infine, importante è il monito reiterato di un intervento riformatore, al fine di fornire soluzioni giuridiche capaci di apportare una miglior garanzia del diritto di cronaca in equilibrio con il rispetto della reputazione del singolo e della sua dignità³⁷.

3. La nuova tecnica dell'“incostituzionalità differita” tra struttura e profili problematici.

Nei tempi recenti la Corte costituzionale si è sempre più spesso trovata ad affrontare delle situazioni in cui un'omissione del legislatore è causa d'incostituzionalità. Inizialmente la strategia di azione della Consulta si era assestata su una consolidata timidezza, nel caso in cui la materia avesse implicato delle scelte di tipo discrezionale. Di conseguenza si era optato per la pronuncia di sentenze d'inammissibilità, combinate con un monito per le Camere, affinché queste introducessero le modifiche necessarie³⁸.

Successivamente, l'intervento del Giudice delle leggi si è fatto d'intensità sempre più crescente, data la persistenza del Parlamento nel non esercitare in diversi contesti le funzioni che gli sono proprie, lasciando delle lacune di tutela, poi tradottesi in violazioni di principi costituzionali³⁹.

È soprattutto nei tempi più recenti che la Consulta ha “osato” maggiormente: essa è riuscita a superare la teoria crisafulliana delle “rime obbligate”⁴⁰, per approdare a una nuova concezione, soprattutto riguardante il settore penale, secondo la quale la Corte può modificare, in senso favorevole per il reo, il trattamento sanzionatorio previsto, al fine di renderlo ragionevole e proporzionato, qualora sia possibile individuare «precisi punti di riferimento»⁴¹ già esistenti nel sistema legislativo.

Corte cost., [sent. n. 68 del 2017](#), dove nel § 7, *Cons. dir.*, si è sottolineato il dovere dei giudici comuni di «evitare violazioni della CEDU» nell'esercizio delle loro funzioni giurisdizionali.

³⁷ Cfr. *idem*, § 10, in cui si ravvisa il richiamo alla Corte cost., [ord. n. 132 del 2020](#), cit., § 8 *Cons. dir.*

³⁸ Cfr. M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte*, cit., secondo cui il ricorso alle pronunce di inammissibilità con monito avviene soprattutto nei casi di «incostituzionalità alla quale possa porsi rimedio attraverso una pluralità di soluzioni normative divergenti, e tali da rendere l'intervento del giudice costituzionale privo di rime obbligate», con particolare riguardo alle situazioni in cui «la lesione costituzionale richiede di essere colmata attraverso una completa riscrittura del sistema vigente, che la Corte non ha i mezzi di operare a causa della sua complessità ricostruttiva». Cfr. anche R. ROMBOLI, *Il nuovo tipo di decisione*, cit., 2565 ss., C. PANZERA, *L'ordinanza “una e trina”*, cit., 1 ss., M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche*, cit., 644 ss., R. DICKMANN, *Considerazioni sui profili funzionali*, cit., 32 ss.

³⁹ Cfr. M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte*, cit., il quale osserva come la Consulta, per farsi carico di «esigenze di tenuta complessiva dell'ordinamento», abbia optato per un atteggiamento di maggior prudenza, attraverso la «c.d. incostituzionalità accertata, ma non dichiarata». Così, tuttavia, si permette alla «norma (incostituzionale) di avere applicazione, anche nel giudizio a quo.» Si veda anche G. BATTISTELLA, *La nuova tecnica decisoria*, cit., 110 ss.

⁴⁰ Cfr. R. DICKMANN, *Considerazioni sui profili funzionali*, cit., 32 ss. L'enunciazione dell'ormai celeberrima teoria delle rime obbligate la si può ritrovare in V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in *Giur. cost.*, 1976, I, 1694 e ss. Sul punto si segnalano anche Id., *Lezioni di giustizia costituzionale*, II, *L'ordinamento costituzionale italiano*, Padova, 1984, 369, V. Crisafulli, L. Paladin (curr.), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 1990, sub art. 136, D. Tega, *La traiettoria delle rime obbligate. Da creatività eccessiva, a felix culpa, a gabbia troppo costrittiva*, in [Sistema Penale](#), n. 2 del 2021, 5 ss., Id., *La Corte nel contesto*, cit., 101 ss., M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte*, cit.

⁴¹ Vedi Corte cost., [sent. n. 236 del 2016](#). Sul punto cfr. C. B. CEFFA, *Obiezione di coscienza e scelte costituzionalmente vincolate nella disciplina sul “fine vita”*: indicazioni e suggestioni da una recente giurisprudenza costituzionale, in [Nomos](#), n. 1 del 2021, 1ss., A. GULLO, *Diffamazione, pena detentiva*, cit., 217 ss. D. TEGA, *La Corte nel contesto*, cit., 141 ss.

Tutto ciò trova la propria causa e il proprio fine nella necessaria tutela della discrezionalità legislativa relativamente a settori che utilizzano strumenti lesivi dei più basilari diritti della persona e per i quali la riserva di legge costituisce un presidio di democraticità contro ingerenze autoritative. Si tratta di un orientamento che è stato affermato soprattutto con la [sent. n. 232 del 2016](#) e che sembra ormai dirsi consolidato alla luce delle recenti [sentt. n. 222 del 2018](#) e [nn. 40 e 99 del 2019](#)⁴².

Con il binomio composto dall'[ord. n. 207 del 2018](#) e la correlata [sent. n. 242 del 2019](#) si è aperto un nuovo capitolo della giurisprudenza costituzionale, segno di una maggiore disinvoltura del Giudice delle leggi nella creazione di nuovi strumenti processuali, attraverso la modellazione di un nuovo *modus decidendi*, di cui l'[ord. n. 132 del 2020](#) e la più recente [sent. n. 150 del 2021](#) rappresentano il secondo caso di perfezionamento⁴³.

Se infatti con il caso “Cappato” potevano sussistere dei forti dubbi sulla natura e sulla ripetibilità di uno schema decisorio senza precedenti, con la reiterazione dello stesso, per definire la questione sulla legittimità della pena detentiva per la diffamazione a mezzo stampa, sono stati fugati i dubbi iniziali della dottrina⁴⁴. Si è data la dimostrazione della volontà di consolidare un nuovo strumento, per garantire una risposta pronta a situazioni di incostituzionalità che, in passato, si sarebbero chiuse con un monito al legislatore, destinato a restare privo di ascolto⁴⁵.

A sostegno di una simile tesi vi è anche il fatto che, prima ancora di attendere l'inutile decorso del termine fissato con l'[ordinanza n. 132](#), la Corte ha colto l'occasione per sollecitare nuovamente il Parlamento a operare entro una scadenza, attraverso il meccanismo da taluni definito come “incostituzionalità differita”⁴⁶: con l'ordinanza n. 97 è stato disposto il rinvio all'udienza del 10 maggio 2022 della trattazione dell'*exceptio legitimitatis* sollevata dalla Corte di Cassazione, prima sezione penale, relativamente alla legittimità dell'esclusione dalla concessione della liberazione condizionale a soggetti condannati «all'ergastolo, per delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-bis del codice penale, ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, che non abbia collaborato con la giustizia»⁴⁷.

Numerose sono state le denominazioni utilizzate per cercare di cogliere alcuni dei tratti peculiari di una tecnica decisoria complessa. Tutto ciò attesta una particolare attenzione dei commentatori

⁴² Cfr. M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche*, cit., 644 ss., R. ROMBOLI, *Il nuovo tipo di decisione*, cit., 2565 ss., D. TEGA, *La Corte nel contesto*, cit., 153 ss.

⁴³ Cfr. C. PANZERA, *L'ordinanza “una e trina”*, cit., 1 ss., osserva come si debbano distinguere «i limiti di azione del giudice costituzionale» a seconda che derivino da «una carenza di potere» o da «carenza di specifici strumenti processuali»: i primi sono sempre invalicabili, i secondi invece possono essere aggirati attraverso la natura bifronte della Corte e la disponibilità di utilizzo degli strumenti processuali. Per ciò che concerne l'uso disinvolto degli strumenti processuali di cui la Consulta dispone si veda anche R. PINARDI, *La Corte ricorre nuovamente*, cit., 104 ss., A. PIZZORUSSO, *Uso ed abuso del diritto processuale costituzionale*, in M. Bessone (cur.), *Diritto giurisprudenziale*, Torino, 1996, 133 ss., M. CASTELLANETA, *La revisione della normativa italiana*, cit., 1043 ss., C. B. CEFFA, *Obiezione di coscienza*, cit., 1 ss., A. Ruggeri, *Ancora su Cappato e la progettazione legislativa volta a dare seguito alle indicazioni della Consulta*, in questa *Rivista*, 2020/III, 555, C. MAGNANI, *Diffamazione e pena detentiva*, cit., 163 ss. Per un confronto tra l'[ord. n. 207 del 2018](#) e la [n. 132 del 2020](#) *ex multis* si veda D. TEGA, *La Corte nel contesto*, cit., 165 e ss., M. PICCHI, *Un nuovo richiamo*, cit., 1413 ss.

⁴⁴ Sul punto E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa nell'ord. n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o tecnica di giudizio?* in *Quaderni costituzionali*, n. 3 del 2019, 543 ss., sosteneva che l'invenzione processuale del caso Cappato fosse da ritenersi un *unicum* che non avrebbe trovato un seguito giurisprudenziale. Cfr. D. TEGA, *La Corte nel contesto*, cit., 164 ss., A. CONZUTTI, *Un indizio è un indizio*, cit., 1 ss., M. BETZU, A. DEFFENU, *Pena detentiva e diffamazione a mezzo stampa in un'ordinanza di incostituzionalità accertata ma rinviata*, in *Giur. cost.*, n. 3 del 2020, 1471 ss., R. PINARDI *La Corte ricorre nuovamente*, cit., 104 ss., invece riteneva che si bisognasse restare cauti.

⁴⁵ Cfr. R. ROMBOLI, *Il nuovo tipo di decisione*, cit., 2565 ss. In tal senso anche G. LATTANZI, *Giurisprudenza costituzionale dell'anno 2018*, 141, F. PERCHINUNNO, *Riflessioni a prima lettura*, cit., 206 ss.

⁴⁶ Cfr. M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte*, cit., il quale specifica come «nel nostro ordinamento l'illegittimità costituzionale è dichiarata con sentenza, e produce effetti dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione», tuttavia nei casi di specie l'accertamento dell'illegittimità è contenuto in ordinanze con cui la trattazione della causa (di fatto già svolta) viene rinviata ad altra udienza.

⁴⁷ Corte cost., [ord. n. 97 del 2021](#), § 1 *Cons. dir.*

sull'argomento, potendosi parlare di un punto di svolta della recente giurisprudenza costituzionale italiana⁴⁸.

Essa sostanzialmente si articola in una successione di due provvedimenti: un primo di carattere maggiormente interlocutorio⁴⁹, mentre il secondo ha un contenuto potenzialmente variabile a seconda dell'intervento da parte dei detentori della potestà legislativa.

Secondo lo schema riproposto più volte, il primo pronunciamento della Consulta assume la forma di un'ordinanza (come è avvenuto per la [n. 207 del 2018](#) e, più recentemente, con le [ordinanze nn. 132 del 2020](#) e [97 del 2021](#)). Tuttavia la struttura e il contenuto della stessa mal si conciliano con un simile *nomen iuris*. Vi è infatti un'evidente «discrasia» tra forma e sostanza⁵⁰, in quanto nell'art.18 della l. n. 87 del 1953 emerge chiaramente, con l'utilizzo di una formulazione residuale, che la Corte, quando intende definire il giudizio, si pronuncia con sentenza, mentre tutti gli altri provvedimenti di sua competenza sono adottati con ordinanza. Sono decreti, invece, i provvedimenti del Presidente della Corte costituzionale.

Più precisamente nell'ultimo comma dell'appena citato art. 18 si specifica la consistenza che le ordinanze devono avere, in quanto devono essere «succintamente motivate». Tuttavia, questa caratteristica non può dirsi presente tanto nell'[ord. n.132](#), quanto in quella [n. 207 del 2018](#), poiché entrambe sono dotate di un apparato motivazionale particolarmente ricco e corposo, con una strutturazione suddivisa nei due blocchi classici che connotano l'articolazione propria delle sentenze, ossia *Ritenuto in fatto* e *Considerato in diritto*⁵¹.

La ragione di una simile apparente contraddizione si può ritenere dovuta al carattere definito dai più "interlocutorio" della pronuncia, che, in uno spirito di «leale e dialettica collaborazione»⁵², deve

⁴⁸ Cfr. C. PANZERA, *L'ordinanza "una e trina"*, cit., 1 ss., che individua l'esistenza, sulla base di una stima fatta fino ad allora (7 giugno 2019) con riferimento all'[ord. n. 207 del 2018](#), di ben dieci definizioni di tipi "tecnico" e sei di tipo "atecnico". Sul punto anche F. PERCHINUNNO, *Riflessioni a prima lettura*, cit., 206 ss., A. RUGGERI, [Venuto alla luce](#), cit., 571, ha parlato di un «"ibrido" frutto [...] dei "poteri di gestione del processo costituzionale" che le sono riconosciuti, senza che peraltro ne risulti definita tanto la natura quanto la efficacia», qualificando addirittura la nuova tecnica come «ircocervo costituzionale».

⁴⁹ Cfr. R. ROMBOLI, *Il nuovo tipo di decisione*, cit., 2565 ss., G. BATTISTELLA, *La nuova tecnica decisoria*, cit., 110 ss., M. BETZU, A. DEFENNU, *Pena detentiva e diffamazione*, cit., 1471 ss., A. MAZZOLA, [Deciderà chi deciderà!](#), cit., 545, C. MAGNANI, *Diffamazione e pena detentiva*, cit., 163 ss., A. RUGGERI, [Venuto alla luce](#), cit., 571, il quale ha una posizione molto scettica e diffidente rispetto ai nuovi approdi della giurisprudenza costituzionale, auspicandone un uso parco e contenuto. Inoltre, si domanda quale spazio potrà ulteriormente residuare per le consolidate pronunce monitorie, se le decisioni di incostituzionalità prospettata e pronunciata dovessero divenire la regola operativa. Così anche F. PERCHINUNNO, *Riflessioni a prima lettura*, cit., 206 ss., R. ROMBOLI, *Il nuovo tipo di decisione*, cit., 2565 ss., R. PINARDI, *La Corte ricorre nuovamente*, cit., 104 ss., C. PANZERA, *L'ordinanza "una e trina"*, cit., 2 ss., ritiene che l'ordinanza in questione, con particolare riferimento alla [n. 207 del 2018](#), possa definirsi "una e trina", perché avente un contenuto di rigetto, accoglimento e rinvio del giudizio al tempo stesso. Essa può essere considerata come combinazione di una molteplicità di tecniche decisorie.

⁵⁰ Cfr. R. PINARDI, *La Corte ricorre nuovamente*, cit., 104 ss., A. RUGGERI, [Replicato seppur in modo](#), cit., 406, D. CASANOVA, [L'ord. n. 132 del 2020](#), cit., 627 ss..

⁵¹ Si veda sul punto P. VERONESI, *Un'altra incostituzionalità*, cit., 1355 ss., A. RUGGERI, [Venuto alla luce](#), cit., 571, ID, [Replicato seppur in modo](#), cit., 406, F. PERCHINUNNO, *Riflessioni a prima lettura*, cit., 206 ss., D. CASANOVA, [L'ord. n. 132 del 2020](#), cit., 627 ss., A. MAZZOLA, [Deciderà chi deciderà!](#), cit., 545, U. ADAMO, *La Corte è "attendista"*, cit., G. BATTISTELLA, *La nuova tecnica decisoria*, cit., 110 ss., R. DICKMANN, *Considerazioni sui profili funzionali*, cit., 32 ss., C. MAGNANI, *Diffamazione e pena detentiva*, cit., 163 ss., R. PINARDI, *La Corte ricorre nuovamente*, cit., 104 ss. Si ritiene doveroso specificare come da un raffronto con la più recente Corte cost., [ord. n. 97 del 2021](#), venga eliminata la bipartizione, propria dei provvedimenti conclusivi del procedimento, per optare per una struttura più snella e contratta, incentrata solo sul *Considerato in diritto*. Sulla forma dei provvedimenti decisorii della Corte si segnala G. AMOROSO, G. PARODI, *Il giudizio costituzionale*, cit., 399 ss.

⁵² Corte cost., [ord. n. 207 del 2018](#), § 8 *Cons. dir.* Cfr. M. PICCHI, *Un nuovo richiamo*, cit., 1413 ss., osserva come tra l'[ord. n. 207 del 2018](#) e la [n. 132 del 2020](#) sia possibile registrare una differenza nel fatto che nel secondo caso è stato fatto venire meno l'aggettivo «dialettica» abbinato al sostantivo collaborazione, probabilmente per evitare le critiche sollevate dalla dottrina ed eventuali incomprensioni. Cfr. anche R. ROMBOLI, *Il nuovo tipo di decisione in due tempi*, cit., 2565 ss., F. PERCHINUNNO, *Riflessioni a prima lettura*, cit., 206 ss., R. PINARDI, *La Corte ricorre nuovamente*, cit., 104

contenere una compiuta ed esaustiva descrizione del vizio di costituzionalità riscontrato, in modo da fornire al Parlamento dei binari ben tracciati, su cui innestare il proprio intervento di riforma. Ciò richiede che la Consulta, oltre a indicare le norme di legge illegittime e i parametri di costituzionalità violati, debba esporre il modo in cui gli interessi in gioco, incisi dalla regolamentazione vigente, possono trovare un'equilibrata composizione, consentendo alle Camere di operare una scelta discrezionale, conforme ai principi fondamentali dell'ordinamento.

È implicito che il bilanciamento, ritenuto idoneo dal Giudice delle leggi a risolvere la questione di costituzionalità in una simile tipologia di contesti, sia idoneo a condurre a una molteplicità di soluzioni possibili, perché, se la *quaestio iuris* avesse potuto essere risolta a "rime obbligate", non vi sarebbe stata la necessità di attendere un intervento esterno e il giudizio di costituzionalità avrebbe potuto essere agevolmente definito con una sentenza manipolativa.

Altro elemento peculiare è la conformazione del dispositivo. Esso contiene sostanzialmente il rinvio della trattazione della causa ad una nuova udienza pubblica, di cui viene già fissata la data (nel caso di specie il 22 giugno del 2021, quindi posta a circa un anno di distanza). Si tratta di un espediente funzionale a sospendere il giudizio, per creare uno spazio temporale utile per consentire alle Camere di apportare i correttivi rientranti nella loro competenza⁵³.

Il rinvio in questione, tuttavia, deve essere tenuto distinto dal tradizionale rinvio a nuovo ruolo in quanto, a differenza del modo consueto di avvalersi di questo istituto, esso viene adoperato nel caso di specie non per ragioni processuali, ma, potremmo dire, di carattere sostanziale⁵⁴. Del resto, i poteri di gestione del processo costituzionale da parte della Consulta consentono il ricorso a simili espedienti, per una migliore e più efficiente organizzazione del ruolo, anche in relazione alle specificità del caso concreto⁵⁵.

ss., E. LA ROSA, *Diffamazione a mezzo stampa*, 3709 ss., D. CASANOVA, [L'ord. n. 132 del 2020](#), cit., 627 ss., C. B. CEFFA, *Obiezione di coscienza*, cit., 1 ss., R. DICKMANN, *Considerazioni sui profili funzionali*, cit., 32 ss.

⁵³ Secondo R. PINARDI, *La Corte ricorre nuovamente*, cit., 104 ss., una conformazione di questo tipo del dispositivo comporta un'imprecisione, in quanto con esso la trattazione della causa viene rinviata a una successiva udienza pubblica, anche se di fatto la causa stessa è già stata trattata.

⁵⁴Cfr. R. PINARDI, *La Corte ricorre nuovamente*, cit., 106, il quale osserva, riguardo al carattere irrituale del rinvio, che nella tecnica decisoria in questione «la causa non viene semplicemente rinviata a nuovo ruolo», dovendo poi il Presidente della Corte scegliere in un secondo momento la data dell'udienza pubblica, con tutta una serie di conseguenze processuali (viene espressamente fatto riferimento agli effetti processuali che riguardano il decorso dei termini o la nomina di un nuovo relatore). Nel caso in questione, invece, la nuova udienza viene direttamente «individuata dall'intero Collegio». Si Veda anche G. BATTISTELLA, *La nuova tecnica decisoria*, cit., 110 ss., U. ADAMO, *La Corte è "attendista"*, cit., C. PANZERA, *L'ordinanza "una e trina"*, cit., 1 ss., F. PERCHINUNNO, *Riflessioni a prima lettura*, cit., 206 ss., F. BIONDI, *L'ordinanza n. 207 del 2018: una nuova soluzione processuale per mediare tra effetti Inter partes ed effetti ordinamentali della pronuncia di incostituzionalità*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 24 giugno 2019. In occasione di una questione, concernente la conservazione e l'uso processuale delle intercettazioni telefoniche, la Consulta, attraverso un decreto del Presidente della stessa, aveva rinviato a nuovo ruolo la trattazione, nonostante fosse già stata fissata la data della camera di consiglio in cui deliberare. L'intento era stato esplicitato nella volontà di attendere che il nuovo Esecutivo e le neofornate Camere potessero esprimersi sulla questione, così da fissare una nuova camera di consiglio in cui riaffrontare il caso. In realtà non fu prestabilito il termine entro cui si sarebbe proceduto a ciò e la decisione avvenne un anno dopo, senza che ci siano state nel frattempo le iniziative attese. La definizione della questione avvenne con la Corte cost., [sent. n. 173 del 2009](#). Cfr. D. CASANOVA, [L'ord. n. 132 del 2020](#), cit., 627 ss.

⁵⁵ Infatti, se non è in dubbio che la Consulta possa decidere di fissare le udienze per la trattazione delle cause nel modo che essa dovesse ritenere più congegnale, una maggiore perplessità si può avere nei casi in cui questa libertà organizzativa dia vita ad un nuovo modo di procedere del tipo appena considerato. Cfr. A. MAZZOLA, [Deciderà chi deciderà!](#), cit., 545, M. GIANNELLI, *Oltre all'incostituzionalità prospettata nella vicenda relativa alle pene per la diffamazione a mezzo stampa*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4 del 2020, 836 ss., si domanda se effettivamente fosse necessario ricorrere a questa tecnica innovativa in tale sede, tenuto conto delle differenze esistenti con l'unico precedente: in sede di sindacato sulla diffamazione a mezzo stampa. Infatti, il richiamo all'art. 10 CEDU, così come interpretato dalla Corte EDU, lascerebbe ben pochi margini di interpretazione, mentre l'art. 21 viene semplicemente menzionato nell'ordinanza del r. o. n. 149/2019, per cui si può ritenere specifico l'intervento richiesto. Sul carattere processuale del rinvio si veda anche F. PERCHINUNNO, *Riflessioni a prima lettura*, cit., 206 ss., D. CASANOVA, [L'ord. n. 132 del 2020](#), cit., 627 ss., osserva che la Corte costituzionale ha talvolta posticipato la data delle decisioni con provvedimento del Presidente o dell'organo

Certamente il termine pressappoco annuale può definirsi ormai uno *standard* in via di consolidamento⁵⁶, nonostante i commentatori più analitici si siano sforzati di trovare delle spiegazioni per la sottile differenza (prima di undici mesi e ora di dodici) tra il termine concesso con l'[ord. n. 207](#) e quello della [n. 132 del 2020](#). Si tratta di aspetti la cui rilevanza può dirsi contingente, perché molto dipende dall'organizzazione del ruolo delle cause pendenti⁵⁷.

Indubbiamente la creazione di una finestra temporale, idonea a consentire l'intervento delle Camere, costituisce uno dei punti più critici dello schema decisorio considerato. Infatti, il prolungamento dei tempi, già di per sé non particolarmente celeri, per addivenire a una decisione da parte dei Giudici costituzionali, può risultare un ostacolo per il rispetto della garanzia della ragionevole durata del processo ex art. 6, §1, CEDU⁵⁸, dato che l'esame della questione incidentale comporta necessariamente la sospensione del procedimento in cui essa viene sollevata⁵⁹. Quindi, per la definizione di quest'ultimo, sarà necessario dapprima concludere il giudizio incidentale, la cui durata, secondo la Corte EDU, deve essere computata al fine di stabilire il rispetto della garanzia della ragionevole durata.

Un interrogativo non irrilevante, tuttavia assente nel *leading case* sul "fine vita", concerne l'eventualità in cui, *medio tempore*, alcuni membri del collegio, che ha deliberato l'ordinanza di rinvio, vengano a mutare.

A riguardo è ragionevole pensare che, per non intaccare la credibilità dell'organo⁶⁰, la Consulta non si dia a un completo cambiamento di decisione, qualora essa fosse nuovamente chiamata a pronunciarsi sulla medesima questione. Tuttavia, non è, per converso, pensabile l'esistenza di un obbligo implicito di conferma per quei giudici che siano subentrati dopo l'adozione della pronuncia, ma prima

collegiale, in alcuni casi specificando la motivazione, in altri no. Ovviamente la variazione temporale della decisione non presentava in quei casi caratteri di anticipazione dei profili di illegittimità costituzionale.

⁵⁶ A. RUGGERI, [Replicato seppur in modo](#), cit., 406. A riprova di ciò vi è il fatto che la stessa durata del termine è stata impiegata nella recente pronuncia in tema di ergastolo ostativo. Per M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte*, cit., la Consulta è libera di calibrare la durata del termine «a seconda delle circostanze, restringendolo quando appaiano forti esigenze di certezza del diritto».

⁵⁷ Cfr. R. PINARDI, *La Corte ricorre nuovamente*, cit., 104 ss., M. BETZU, A. DEFFENU, *Pena detentiva e diffamazione*, cit., 1471 ss., A. RUGGERI, [Ancora su Cappato](#), cit., 555, P. VERONESI, *Un'altra incostituzionalità*, cit., 1355 ss., osserva che nell'ordinanza 207 del 2018 era stato previsto un termine di undici mesi, anche in considerazione del fatto che nel mentre non sarebbe stato apportato alcun cambiamento alla composizione dell'organo giudicante, a differenza di quanto è avvenuto nel caso sottoposto più specificamente alla nostra analisi, essendo inevitabile la sostituzione di alcuni giudici per scadenza naturale del relativo mandato.

⁵⁸ In realtà, oltre che nell'art. 6, §1 CEDU, la ragionevole durata del processo trova una codificazione espressa anche nell'art. 14, tre, lett. c), del "Patto internazionale sui diritti civili e politici" e, dopo la legge costituzionale n. 2 del 1999, nell'art. 111, comma 1, ultimo periodo, della nostra Costituzione. A tal riguardo, la giurisprudenza della Corte EDU, ha elaborato dei criteri per poter valutare l'effettiva ragionevolezza della durata del processo: la complessità del caso; la condotta delle parti (Corte EDU 26 febbraio 1993, *Dobbertin c. Francia*); la condotta delle autorità coinvolte (Corte EDU 13 luglio 1982, *Zimmerman e Steiner c. Svizzera*, Id. 22 maggio 2003, *Kyrtatos c. Grecia*); gli interessi in gioco per il ricorrente, particolarmente pregnanti nel settore penalistico, poiché l'imputato può trovarsi sottoposto a misura cautelare. Cfr. S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky (cur.), *Commentario breve alla Convenzione Europea*, cit., sub art. 6, pp. 248 e ss., R. E. Kostoris (cur.), *La ragionevole durata del processo. Garanzie ed efficienza della giustizia penale*, Torino, 2005, 3 ss., B. NACAR, *I termini e la ragionevole durata del processo penale*, Torino, 51 ss., Ufficio studi e documentazione C.S.M. (cur.), *La durata ragionevole del processo*, in *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, n. 113 del 2000, 31 ss.

⁵⁹ La sospensione avviene ex art. 23, comma 2, della l. n. 87 del 1953. Cfr. G. AMOROSO, G. PARODI, *Il giudizio costituzionale*, cit., 224 ss.

⁶⁰ Cfr. D. CASANOVA, [L'ord. n. 132 del 2020](#), cit., 627 ss., che riprendendo A. RUGGERI, *Ritenuto seppur in modo più accorto*, cit., non esclude che si possa compromettere la certezza del diritto se, dopo aver sospeso il giudizio con una determinata motivazione, successivamente la decisione dovesse essere nel senso diametralmente opposto, anche a causa dei nuovi giudici. Nel senso di perplessità sul rischio di incertezza è anche C. PANZERA, *L'ordinanza "una e trina"*, cit., 1 ss. Cfr. R. PINARDI, *La Corte ricorre nuovamente*, cit., 104 ss., M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte*, cit., M. BETZU, A. DEFFENU, *Pena detentiva e diffamazione*, cit., 1471 ss., P. VERONESI, *Un'altra incostituzionalità*, cit., 1355 ss., il quale osserva che nell'ordinanza 207 del 2018 era stato previsto un termine di undici mesi, anche in considerazione del fatto che non vi sarebbe stato alcun cambiamento nella composizione dell'organo giudicante, a differenza di quanto è avvenuto a seguito dell'ord. n. 132, essendo stata inevitabile la sostituzione di alcuni giudici per scadenza naturale del relativo mandato.

ovviamente della scadenza del termine, senza una compromissione della necessaria garanzia di indipendenza degli stessi⁶¹.

Una concretizzazione di quelle che, a prima vista, possono sembrare delle mere speculazioni astratte si è avuta dopo il 9 giugno 2020 (giorno della camera di consiglio in cui è stata assunta [la decisione n. 132 del 2020](#)), quando hanno cessato il loro mandato la Presidente della Corte costituzionale Marta Cartabia e il Vicepresidente Aldo Carosi, mentre sono subentrati a loro, rispettivamente, un giudice di nomina presidenziale (Emanuela Navarretta) e uno nominato dalla Corte dei conti (Angelo Buscema). In realtà, per le ragioni sopra indicate e come da prassi, la coerenza nella giurisprudenza costituzionale è stata mantenuta, senza lasciare che la nuova composizione ne potesse determinare un repentino stravolgimento.

3.1. *Gli effetti sui giudizi diversi da quello a quo.*

Con l'[ord. n. 132 del 2020](#), analogamente a quanto svolto nella precedente decisione, la Corte costituzionale ha disposto la sospensione del procedimento per un anno, con udienza fissata per il 22 giugno 2021, e ha inoltre fatto appello alla collaborazione da parte di giudici diversi da quelli dei procedimenti *a quo*.

In conclusione di motivazione, infatti, è stato previsto espressamente che, qualora in giudizi ulteriori rispetto a quelli principali fossero emerse delle questioni di costituzionalità analoghe a quelle sottoposte all'attenzione della Consulta con le ordinanze n. 140 e n. 149 del r. o. del 2019, esse avrebbero dovuto «parimenti essere considerate rilevanti e non manifestamente infondate alla luce» dei principi enunciati nella parte motiva precedente, «così da evitare, nelle more del giudizio di costituzionalità, l'applicazione delle disposizioni censurate»⁶².

In questo modo è esplicita la richiesta, formulata alla magistratura ordinaria, di collaborare con l'organo di garanzia costituzionale, per assicurare una coerenza nelle decisioni. Sarebbe, del resto, inevitabile una lesione del principio della certezza del diritto nell'eventualità in cui si desse applicazione, durante il periodo di sospensione interinale del giudizio di costituzionalità, a una disciplina, il cui contrasto con i parametri costituzionali è stato prospettato nei suoi diversi aspetti, mancandone soltanto un'ufficiale proclamazione tramite sentenza conclusiva.

È logico pensare che lo stesso Giudice delle leggi sia consapevole che l'argine contro una schizofrenia giudiziaria sia nei fatti rimesso al buonsenso degli organi giurisdicenti, non essendo gli stessi gravati da alcun obbligo giuridico di rispettare pronunzie della Corte che non siano quelle di accoglimento⁶³.

Possiamo dunque concludere che ci troviamo di fronte a un mero invito, che si inserisce in un contesto di cortesia e opportunità istituzionale⁶⁴: sarebbe opportuno, ma non obbligatorio, sollevare una questione di costituzionalità, così come, invece, inopportuno sarebbe sospendere il giudizio in attesa della soluzione di questioni già sollevate altrove, senza trasmettere gli atti alla Corte

⁶¹ Cfr. A. RUGGERI, [Venuto alla luce](#), cit., 571, osserva specificamente che, se dovesse esserci un mutamento nell'organo decisorio, nulla può costringere di nuovo i giudici a restare vincolati a una decisione presa, senza il loro apporto, e a dover decidere così come hanno fatto i loro predecessori. In tal senso anche M. PICCHI, *Un nuovo richiamo*, cit., 1413 ss.

⁶² Corte cost., [ord. n. 132 del 2020](#), cit., §8, *Cons. dir.*

⁶³ Di diverso avviso M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte*, cit., il quale osserva come «il giudice ha il dovere di non applicare disposizioni che siano sospette di legittimità costituzionale, sempre e senza eccezioni», altrimenti si verificherebbe, oltre ad un vizio processuale, anche una responsabilità «disciplinare e civile del magistrato, per violazione manifesta della legge». Ciò a condizione che il caso oggetto del giudizio rientri esattamente nei «contorni dell'incostituzionalità, come già delineata dalla Corte», perché le altre fattispecie resteranno impregiudicate dall'ordinanza. Sul punto anche R. PINARDI, *La Corte ricorre nuovamente*, cit., 104 ss.

⁶⁴ Cfr. A. RUGGERI, [Venuto alla luce](#), cit., 571, P. VERONESI, *Un'altra incostituzionalità*, cit., 1355 ss. Per N. RECCHIA, *La previsione della pena detentiva*, cit., 1483 ss., non si capirebbe se la mancata applicazione possa derivare da una sospensione tecnica o atecnica, oppure, necessariamente, da questioni di costituzionalità da sollevare.

costituzionale⁶⁵. A ciò si aggiunge che la previsione nel nostro ordinamento di un accesso incidentale per il controllo di costituzionalità, di fatto, rimette all'organo giudicante, di volta in volta adito, la decisione se accogliere o meno l'eventuale istanza di parte ed emettere l'ordinanza di rimessione⁶⁶.

D'altro canto, è auspicabile, per esigenze di legittimità e tenuta del carattere rigido della Costituzione, che il giudice, in casi come quello sottoposto alla nostra attenzione, manchi di dare applicazione a una fattispecie di reato, la cui conformità ai principi superprimari è stata sostanzialmente sconfessata. Altrimenti risulterebbe poi inevitabile, in caso di inflizione della pena, la cessazione dell'esecuzione della condanna e degli effetti penali ad essa riconducibili a seguito del pronunciamento della Consulta *ex art. 30, comma 4, della l. n. 87 del 1953*⁶⁷. Nell'ipotesi, mai verificatasi, ma non per questo impossibile, di un intervento di novellazione della disciplina ad opera del Parlamento in senso favorevole al reo, la caducazione della condanna avverrà, invece, ad opera dell'art. 2, comma 2, c.p.

3.2. *I possibili epiloghi dell'incostituzionalità differita.*

Uno dei tratti caratteristici dell'"incostituzionalità differita", come abbiamo ampiamente avuto modo di notare, è la sospensione con rinvio ad udienza a data fissa, funzionale a creare uno spazio utile alle Camere per operare i dovuti interventi di riforma.

Fino ad adesso, tuttavia, il legislatore non ha mai dato prova di un'effettiva collaborazione, nonostante gli sforzi della Consulta: a seguito dell'[ord. n. 207 del 2018](#) non c'è stato alcun concreto segnale di voler dare un seguito parlamentare alle censure paventate, in modo da evitare una pronuncia di merito del Giudice delle leggi su una questione intrisa di alti livelli di politicità⁶⁸. Lo stesso esito si è avuto nel caso di specie. Per la riforma della disciplina dei reati relativi al settore giornalistico sono stati presentati alle Camere due disegni di legge: alla Camera dei Deputati l'A.C. n. 416⁶⁹, al Senato l'A.S. n. 812⁷⁰, presentato dal Senatore Giacomo Caliendo. Quest'ultimo è l'unico ad aver visto iniziare un procedimento legislativo che lo riguardi, anche se si è ancora lontani da un'approvazione, anche della sola Camera di presentazione⁷¹.

⁶⁵ Riguardo alla sospensione "impropria" del giudizio in cui si ponga analoga questione di legittimità costituzionale si veda G. AMOROSO, G. PARODI, *Il giudizio costituzionale*, cit., 262 ss.

⁶⁶ A tal riguardo M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte*, cit., osserva come il punto dolente di un siffatto sistema riguardi i casi in cui non vi è un intervento del giudice, eventuale o prematuro, come avviene nelle indagini preliminari oppure nel procedimento amministrativo. Si tratta, infatti, di situazioni, in cui mancano dei «meccanismi idonei a scongiurare che la disposizione ad incostituzionalità differita spieghi efficacia».

⁶⁷ Cfr. D. CASANOVA, [L'ordinanza n. 132 del 2020](#), cit., 627 ss., E. LA ROSA, *Diffamazione a mezzo stampa*, 3709 ss., G. AMOROSO, G. PARODI, *Il giudizio costituzionale*, cit., 469 ss. In M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte*, cit., si ricorda che gli operatori giuridici hanno la possibilità di gestire le conseguenze dell'«interregno di una norma moribonda» attraverso l'applicazione di alcuni principi generali, come la buona fede in campo civilistico, il principio di buon andamento dell'azione amministrativa, la sottoposizione del magistrato alla Costituzione.

⁶⁸ Va reso noto che al momento in cui si scrive è stata depositata, l'8 ottobre 2021, la proposta di referendum abrogativo avente ad oggetto parzialmente l'art. 579 c.p. L'iniziativa sembra aver avuto l'effetto di sollecitare il Parlamento a una presa di posizione più incisiva sul tema del "fine vita": il 13 dicembre 2021 è stato discusso alla Camera dei deputati il testo unificato, precedentemente approvato dalle Commissioni Giustizia e Affari sociali, contenente «Disposizioni in materia di morte volontaria medicalmente assistita» (A.C. T.U. 2-A e abb.).

⁶⁹ Recante «Modifiche alla legge 8 Febbraio 1948, n. 47, al codice penale, al codice di procedura penale e alla legge 3 febbraio 1963, numero 69, in materia di diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di diffusione, di contrasto delle liti temerarie, di segreto professionale e di istituzione del Giurì per la correttezza dell'informazione», presentato dal Deputato Vernini il 27 marzo 2018, di cui tuttavia l'*iter* legislativo non è mai stato realmente avviato.

⁷⁰ Recante «Modifiche alla legge 8 febbraio 1948, n. 47, al codice penale, al codice di procedura penale, al codice di procedura civile e al codice civile, in materia di diffamazione, di diffusione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di diffusione, di ingiuria e di condanna del querelante nonché di segreto professionale, e disposizioni a tutela del soggetto diffamato».

⁷¹ Dopo la nomina del Senatore Arnaldo Lomuti in qualità di relatore di maggioranza il 23 giugno 2020, il successivo 7 luglio è avvenuta la presentazione del testo degli articoli e da allora il d.d.l. è rimasto in stato di relazione. Una scarsa

Nonostante questo nuovo esempio di inerzia legislativa, può dirsi doverosa una riflessione di carattere generale sui possibili epiloghi che possono verificarsi, una volta scaduto il termine dilatorio⁷².

Innanzitutto, una prima eventualità prevede che il legislatore svolga il suo ruolo istituzionale con l'introduzione di una nuova disciplina. In questo caso la Corte dovrebbe rimettere la questione e pronunciare una sentenza processuale di restituzione degli atti al giudice *a quo* per *ius superveniens*⁷³, a meno che la normativa venga ritenuta non modificativa della situazione in essere.

Una seconda evenienza, ormai sperimentata, si ha quando il Parlamento rimanga inerte: non essendo possibile un ulteriore rinvio, data l'inutile dilatazione, già avvenuta, dei tempi del giudizio, è inevitabile che la Corte si troverà ad accogliere la questione con sentenza, dando, nei limiti delle proprie competenze, delle indicazioni ai giudici per operare un assetto di interessi conforme alla Costituzione in sostituzione della normativa espunta⁷⁴.

Se si volesse scavare più in profondità, ci si potrebbe domandare: in che termini, qualora il legislatore dovesse intervenire, la Corte può giudicare l'adeguatezza della relativa disciplina?

Certamente il controllo della Consulta non potrà incentrarsi su una disposizione diversa, che vada a sostituire nello stesso giudizio quella censurata, perché altrimenti essa estenderebbe il suo sindacato *ultra petita*, violando il principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato⁷⁵.

Si può quindi ritenere che il vaglio si possa concentrare sull'effettiva abrogazione della normativa censurata e quindi sulla sovrapposizione ad essa della novella⁷⁶, posto che, comunque, una situazione del genere non si è mai concretamente configurata, in quanto il legislatore non ha mai legiferato entro i termini, neppure nel caso Cappato.

Un'ipotesi non trascurabile - anche se con limitati margini di concretarsi, poiché la casistica non è copiosa sul punto - è che la Corte sollevi, in qualità di giudice rimettente, una questione di costituzionalità davanti a se stessa⁷⁷. Qualora, infatti, dovessero esservi delle incostituzionalità nel prodotto

fiducia sulla possibilità che il procedimento legislativo potesse giungere al termine nei tempi dettati dalla Consulta la si riscontra in M. GIANNELLI, *Oltre l'incostituzionalità prospettata*, cit., 836 ss., M. CASTELLANETA, *La Corte chiama il Parlamento*, cit. Per un'analisi che tenga conto della compatibilità del disegno di legge con le indicazioni provenienti dagli organi internazionali si veda anche ID., *La revisione della normativa italiana*, cit., 1043 ss., M. PICCHI, *Un nuovo richiamo*, cit., 1413 ss., C. MAGNANI, *Diffamazione e pena detentiva*, cit., 163 ss.

⁷² Nel caso della detenzione per il reato di diffamazione a mezzo stampa secondo alcuni, dato il linguaggio, definito da taluno accorto e paludato, usato dalla Corte per svolgere il ragionamento gravido di riferimenti alla giurisprudenza della Corte EDU, sarebbe possibile ritenere che in astratto ogni possibilità resterà nella disponibilità dell'organo giudicante. Cfr. A. RUGGERI, [Replicato seppur in modo](#), cit., 406, U. ADAMO, *La Corte è "attendista"*, cit., peraltro questi osserva che il richiamo fatto dall'ord. n. 132 del 2020 alle due pronunce del caso Cappato deve portare a ritenere che, qualora il legislatore non dovesse intervenire, dato il precedente, l'oggetto di censura verrà espunto dall'ordinamento. Importanti anche M. PICCHI, *Un nuovo richiamo*, cit., 1413 ss., F. PERCHINUNNO, *Riflessioni a prima lettura*, cit., 206 ss., il quale sottolinea come la Consulta non si sia così esplicitamente pronunciata per l'incostituzionalità già in questa sede, perché, piuttosto, voleva sollecitare un intervento organico di riforma. M. BETZU, A. DEFFENU, *Pena detentiva e diffamazione*, cit., 1471 ss., osservano come nell'ord. n. 207 del 2018 la Corte non si pronuncia sulle argomentazioni svolte dall'Avvocatura dello Stato, molto dettagliate nel mostrare le criticità sostanziali e processuali. Neppure si è espressa sulle differenze tra i *petita* che differenziano le due ordinanze di rimessione.

⁷³ In tal senso N. RECCHIA, *La previsione della pena detentiva*, cit., 1483 ss., F. PERCHINUNNO, *Riflessioni a prima lettura*, cit., 206 ss. Sul punto anche M. Bignami, *Il caso Cappato alla Corte*, cit., per un inquadramento generale G. AMOROSO, G. PARODI, *Il giudizio costituzionale*, cit., 415 ss.

⁷⁴ Cfr. U. ADAMO, *La Corte è "attendista"*, cit., P. VERONESI, *Un'altra incostituzionalità*, cit., 1355 ss., si domanda se sia possibile per la Consulta rinviare nuovamente la trattazione, nell'eventualità in cui il Parlamento non abbia ancora terminato il procedimento legislativo sui provvedimenti sottoposti alla sua attenzione. Vi è un rimando ad A. RUGGERI, [Replicato seppur in modo](#), cit., 406, come esempio di ammettere una possibilità in tal senso.

⁷⁵ Cfr. R. DICKMANN, *Considerazioni sui profili funzionali*, cit., 32 ss. Si veda riguardo alla corrispondenza tra chiesto e pronunciato G. AMOROSO, G. PARODI, *Il giudizio costituzionale*, cit., 161 ss.

⁷⁶ Cfr. A. MAZZOLA, [Deciderà chi deciderà!](#), cit., 545, il quale nel domandarsi che cosa accadrebbe se il legislatore approvasse una disciplina non conforme alle indicazioni date nell'ordinanza di delega, si interroga se la Corte debba sollevare una questione di legittimità davanti a se stessa, oppure debba pronunciarsi in relazione alla novella, se il problema non dovesse sorgere, con il rischio però di delegittimarsi.

⁷⁷ Un recente caso di autorimessione è stato quello che ha riguardato il cognome paterno. Nel giudizio di costituzionalità sull'art. 262, comma 2, c.c. per la mancata previsione della possibilità per i genitori, in caso di figlio nato al di fuori

del procedimento legislativo che ha sostituito la regolamentazione censurata, non è da escludersi che il giudice costituzionale decida di sospendere la valutazione, per aprire una parentesi processuale in quella già esistente nel procedimento principale con il rinvio ex art. 23 della l. n. 87 del 1953. In tal modo si procederebbe prima a valutare se una normativa primaria più generale sia, a sua volta, conforme alla Costituzione, siccome essa verrebbe a trovare applicazione nel caso di una pronuncia di accoglimento, essendo connessa al *thema decidendum* dell'ordinanza di rimessione in virtù di un rapporto di pregiudizialità.

È quindi ipotizzabile che sia lo stesso giudice costituzionale a verificare subito l'ammissibilità dell'intervento richiesto al Parlamento, senza operare una rimessione degli atti al giudice *a quo* e quindi attendere che sia sollevata una nuova questione di costituzionalità?

In effetti una strategia di questo tipo potrebbe produrre dei vantaggi in termini di economia processuale e una contrazione dei tempi del giudizio principale, in quanto quest'ultimo non dovrà subire ulteriori sospensioni, con inevitabili benefici per la ragionevole durata del processo (art. 111, comma 2, Cost.).

L'inconveniente sarebbe, tuttavia, l'impossibilità di rispettare il carattere indiretto e incidentale che si è voluto attribuire in Italia al giudizio di costituzionalità. La ragione di una simile scelta, del resto, deve rinvenirsi nell'intento di far sì che il controllo accentrato venga posto in essere non in astratto, ma in concreto, sulla base dell'applicazione della normativa censurata a delle fattispecie concrete. Inevitabilmente, qualora si ammettesse che il Giudice costituzionale possa verificare direttamente la legittimità costituzionale della disciplina sostitutiva, si finirebbe per ammettere che esso possa svolgere un sindacato senza lasciare previamente alla magistratura l'applicazione della novella alle situazioni che si dovessero di volta in volta conformare e di dare ad essa, qualora fosse necessario, un'interpretazione adeguatrice⁷⁸.

4. Conclusioni nella prospettiva di un adeguamento alle esperienze straniere già consolidate.

A seguito di quanto osservato nei precedenti paragrafi, risulta evidente come l'inerzia legislativa abbia costituito la causa scatenante di una prolifica attività di creazione pretoria. Si è così determinato un atteggiamento che potremo definire "attivista" nell'operato dell'organo di giustizia costituzionale, come se esso fosse investito informalmente di una sorta di «funzione ordinante»⁷⁹ ed espletasse un ruolo di "supplente" del Parlamento⁸⁰.

del matrimonio, di attribuire ad esso di comune accordo il solo cognome materno, se entrambi contestualmente procedono al riconoscimento, con [l'ord. n. 18 del 2021](#), la Corte costituzionale ha sollevato davanti a se stessa questione di legittimità costituzionale dell'art. 262, comma 1, c.c. «nella parte in cui, in mancanza di diverso accordo dei genitori, impone l'acquisizione alla nascita del cognome paterno, anziché dei cognomi di entrambi i genitori...». L'eventuale accoglimento della questione principale, infatti, non escluderebbe che, qualora l'accordo non vi sia o non sia stato formato legittimamente, ad applicarsi sia la fattispecie generale della trasmissione del solo cognome paterno. Quindi si è avvertito il carattere pregiudiziale della verifica della legittimità di quest'ultima norma.

⁷⁸ Cfr. N. RECCHIA, *La previsione della pena detentiva*, cit., 1483 ss.

⁷⁹ In tal senso F. PATERNITI, *La Corte "pedagogista" di un legislatore colpevolmente inerte. Riflessioncritiche su una svolta problematica della recente giurisprudenza costituzionale*, in [Federalismi.it](#), n. 34 del 2020, 178 ss. Secondo G. BATTISTELLA, *La nuova tecnica decisoria*, cit., 110 ss., è come se si fosse in una sorta di «gioco di ruoli nel quale l'elemento dirimente (e variabile) è come la Corte interpreta la propria funzione di garanzia quando si fa portatrice di determinate istanze.»

⁸⁰ In tal senso P. BARILE, *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia: sintesi*, in P. Barile, E. Cheli, S. Grassi (curr.), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982, 537 ss., si interroga se la Corte debba essere vista come un supplente o un vero e proprio sostituto. Prosegue affermando che nel momento in cui sta scrivendo, quindi il 1981, la giustizia costituzionale è arrivata a influire addirittura sull'indirizzo politico di Governo con questo «fenomeno di sostituzione istituzionale». Egli pone una distinzione tra due differenti prese di posizione: quella dei «contrattualisti», che propendono per una posizione secondo cui il legislatore non sarebbe totalmente esautorato, ma semplicemente riceverebbe un intervento ausiliario in sua assenza da parte del Giudice delle leggi; quella degli «organicisti», secondo cui il sistema avrebbe trovato un nuovo equilibrio sul quale parametrarsi. Per F. MODUGNO,

Si è arrivati perfino a parlare di “suprematismo giudiziario”, per intendere con esso il fenomeno che porta i giudici a non limitarsi a un’attività applicativa, in cui gli spazi di innovazione vengono a dirsi limitati e molto circoscritti, ma svolgono quella che è una vera e propria attività creatrice di «“realtà e “forme” giuridiche nuove nell’ordinamento vigente»⁸¹.

È ormai pacifico come il Giudice delle leggi, grazie agli strumenti da esso stesso elaborati, sia arrivato ad acquisire anche nel nostro ordinamento la capacità di elaborare una soluzione giurisprudenziale, una volta riscontrata la presenza di un diritto costituzionalmente tutelato e l’assenza di una normativa capace di renderlo effettivo, pur in presenza di una pluralità di soluzioni possibili e in mancanza di linee guida desumibili dal dettato costituzionale⁸².

In «tal modo, il passaggio dall’*obbligatorietà* di un’eventuale soluzione prospettabile dalla Corte alla *adeguatezza* della stessa apre il campo a nuovi scenari di intervento del giudice costituzionale che, in presenza di un prolungato silenzio del legislatore, si auto legittima quale istituzione decidente»⁸³. Così facendo, il rischio di violare la discrezionalità legislativa non viene ad avere un effetto paralizzante come in passato.

Le ragioni di una siffatta compromissione degli equilibri istituzionali, con conseguente ampliamento *de facto* del sindacato dell’organo di garanzia costituzionale, sono analoghe a quelle

Corte costituzionale e potere legislativo, in P. Barile, E. Cheli, S. Grassi (curr.), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo*, cit., 19 ss., il Parlamento in fin dei conti assume un atteggiamento di acquiescenza verso la Corte cost., moderatrice e mediatrice dei conflitti. Essa viene a costituire una sorta di canale alternativo alle Camere, anche se si dubita che la Consulta sia disposta a tornare a uno spazio più limitato nel caso di risveglio del Parlamento dal proprio torpore istituzionale. Analogamente sostiene S. RODOTÀ, *La Corte, la politica, l’organizzazione sociale*, in P. Barile, E. Cheli, S. Grassi (curr.), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, cit., 489 ss. G. ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale e il legislatore*, in P. Barile, E. Cheli, S. Grassi (curr.), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, cit., 103 ss., interpreta invece questa supplezza come inidonea a creare delle ulteriori competenze in capo all’organo costituzionale.

⁸¹ In tal senso F. PATERNITI, *La Corte “pedagogista”*, cit., 178 ss. Si deve dar conto che il primo ad aver coniato l’espressione “suprematismo giudiziario” è stato Andrea Morrone in A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte cost.*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2 del 2019, 251 ss., in cui si legge, alla nota n. 1, che la locuzione vuole avere il significato di indicare «un’attività giurisdizionale lontana dalle forme giuridiche», volta a plasmare «realtà» inesistenti nell’ordinamento e, per questo motivo, qualificabili come nuove. Realtà che si pretende di rendere oggettive «attraverso diversi strumenti e, in ultimo, mediante la costruzione di un consenso presso l’opinione pubblica, come fonte di legittimazione politica». Posizione ribadita in ID., *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in Federalismi.it, n. 12 del 2021, 170 ss. A. RUGGERI, *Venuto alla luce*, cit., 571, specifica come non sia possibile obbligare «*manu militari*» il legislatore ad adottare provvedimenti legislativi, che non intenda approvare. Così l’inerzia finisce per lasciare spazio alla “supplezza” dei giudici: in primis la Consulta, a cui seguirà quella dei giudici comuni in attuazione dei principi dalla prima elaborati. Si veda anche A. SPADARO, *Sull’intrinseca “politicità”*, cit., 2 ss.

⁸² Secondo G. BATTISTELLA, *La nuova tecnica decisoria*, cit., 110 ss., la «posizione della Corte nell’ambito della giustizia costituzionale si connota [...], per la sua funzione rimediabile, quale giudice che interpola la sua decisione in un contesto normativo generalmente già definito dal legislatore, operando essa come operatore di secondo grado che agisce in via successiva [...] perfezionando un prodotto frutto della concertazione politica». Anche se M. CERASE, *Indirizzo politico*, in S. Cassese (cur.), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, osserva che «l’indirizzo politico sarebbe un’attività ormai vincolata, giacché la Carta costituzionale stessa» è «ricca di finalità e obiettivi politici che agli organi costituzionali (soprattutto legislativo ed esecutivo) non rimarrebbe che darvi piena attuazione». Esisterebbero così due tipologie di indirizzo politico: uno «generale e «permanente», vincolato dal dettato della carta costituzionale» e uno «contingente» di maggioranza, che si attua sulla scala delle singole politiche e che quindi è suscettibile di modificarsi nel tempo».

⁸³ F. PATERNITI, *La Corte “pedagogista”*, cit., 178 ss. Del resto R. ROMBOLI, *Il nuovo tipo di decisione*, cit., 2565 ss., osserva come vi sia un legame tra «il nuovo tipo di decisione bifasico» e il superamento della «tradizionale barriera delle «rime obbligate»», la cui prima affermazione si sarebbe avuta con la [sent. n. 236 del 2016](#). Tuttavia è soltanto con le sentenze [n. 222 del 2018](#) e la [206 del 2019](#) che si può parlare propriamente di «nuova linea della giurisprudenza costituzionale» in tal senso. Si veda anche C. MAGNANI, *Diffamazione e pena detentiva*, cit., 163 ss., G. BATTISTELLA, *La nuova tecnica decisoria*, cit., 110 ss., osserva che è duplice la limitazione a cui va incontro la Consulta nell’affrontare vistose lacune esistenti nell’ordinamento: «il vincolo al *petitum* per come formulato dal giudice a quo»; «la ristrettezza degli strumenti manipolativi di cui dispone». Riguardo alle implicazioni di queste innovazioni pretorie sul diritto processuale costituzionale si veda anche R. PINARDI, *La Corte ricorre nuovamente*, cit., 106, E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa*, cit., 543 ss.

riscontrabili in altre realtà straniere e si possono, più specificamente, identificare nella generale crisi della rappresentanza politica⁸⁴.

Non sarebbe accettabile che l'incapacità degli organi rappresentativi di espletare appieno le proprie funzioni impedisca di realizzare l'interesse prevalente ad assicurare la conformità alla Costituzione dell'ordinamento, una volta che sia stato consentito ad ogni soggetto istituzionale di operare in tale direzione nell'ambito delle proprie attribuzioni costituzionali. Data la posta in gioco particolarmente alta, la tutela dei diritti dei cittadini non può, dunque, rimanere ostaggio della politica, sovente sprovvista di adeguata preparazione tecnica e timorosa di esporsi su tematiche molto dibattute nell'opinione pubblica, come appunto la tutela della libertà di informazione rispetto alla protezione da assicurare alla reputazione del singolo⁸⁵.

Non è però possibile parlare di sacrificio delle funzioni parlamentari, se il soggetto titolare delle stesse ha rinunciato ad avvalersene. Del resto, il legislatore non sembra considerare come un attentato alla democrazia l'idea che a mobilitarsi sia la Consulta. In tal caso ad assumere priorità, anche se non in modo totalizzante, sarà l'esigenza contrapposta di assicurare la conformità della legge alla Costituzione⁸⁶. Una certa perplessità investe invece una parte della dottrina, per cui non sarebbe auspicabile, in un'ottica di separazione dei poteri, che «la Corte costituzionale si trasformi, più che in una terza Camera, nell'unica Camera dei diritti fondamentali»⁸⁷.

Ad ogni buon conto, data questa cronica stortura dell'ordinaria sinergia tra organi costituzionali, si può ritenere doverosa una tecnica come quella dell'"incostituzionalità differita", perché così facendo: da un lato la Corte non abiura alla propria attività di "custode" dei supremi principi ordinamentali; dall'altro il Parlamento ha la possibilità di essere guidato con competenza nella delineazione di una disciplina sostitutiva. Tuttavia, per evitare degenerazioni di un simile modello, può vedersi necessaria la presenza di un ulteriore attore *super partes*: la dottrina. Essa potrebbe infatti costituire quell'elemento critico, capace di essere un riflettore costantemente puntato sull'attività della Consulta, per metterne in luce eventuali criticità nel funzionamento⁸⁸. Come ampiamente osservato dalla

⁸⁴ Cfr. F. PATERNITI, *La Corte "pedagogista"*, cit., 178 ss., il quale sostiene che le ragioni della crisi appena menzionata siano riconducibile a molteplici fattori: l'incapacità delle istituzioni politiche di tradurre in soluzioni giuridiche razionali gli interessi delle varie anime che compongono il corpo sociale; la mancanza di preparazione tecnica della classe politica, con conseguente mancanza di soddisfacimento dei bisogni della collettività in sede istituzionale; la lentezza nell'elaborazione di discipline necessarie al miglioramento della vita dei cittadini in contrasto con l'affermazione di una normativa sovranazionale in grado di lavorare più speditamente ed efficientemente, non solo per le procedure richieste per la formazione di determinati atti, ma anche per un'incapacità di dialogo tra i diversi partiti, spesso arroccati su posizioni funzionali ad evitare la perdita del consenso della propria fetta di elettorato. Timori su un eccessivo «schiacciamento» della Corte verso il polo politico si riscontrano in R. PINARDI, *La Corte ricorre nuovamente*, cit., 107. Sull'incapacità del Parlamento di legiferare adeguatamente nella materia penale si veda D. TEGA, *La Corte nel contesto*, cit., 106 ss.

⁸⁵ Si veda E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa*, cit., 543 ss., il quale manifestava numerose perplessità già riguardo all'[ord. n. 207 del 2018](#) circa l'opportunità di usare uno strumento privo di codificazioni con delle caratteristiche così indirizzanti l'intervento legislativo su una materia coperta *ex art. 25*, comma 2, Cost. dalla riserva assoluta di legge. Tuttavia, per G. BATTISTELLA, *La nuova tecnica decisoria*, cit., 110 ss., la Costituzione non esclude un'evoluzione del modo di coadiuvarsi tra gli organi costituzionali, perché «il binomio Corte Costituzionale-Parlamento designa un rapporto non di reciproca commutabilità, ma di «sussidiarietà funzionale»»: la Consulta è chiamata a intervenire per eliminare l'eventuale patologia presente nell'operato del secondo. Importanti anche M. PICCHI, *Un nuovo richiamo*, cit., 1413 ss., F. PERCHINUNNO, *Riflessioni a prima lettura*, cit., 206 ss., C. MAGNANI, *Diffamazione e pena detentiva*, cit., 163 ss.

⁸⁶ Cfr. A. MAZZOLA, [Deciderà chi deciderà!](#), cit., 545, M. BETZU, A. DEFFENU, *Pena detentiva e diffamazione*, cit., 1471 ss., F. BIONDI, *L'ordinanza n. 207 del 2018*, cit., F. PATERNITI, *La Corte "pedagogista"*, cit., 178 ss., R. DICKMANN, *Considerazioni sui profili funzionali*, cit., 32 ss. Sulla intollerabilità di una paralisi dell'operato della Corte a causa dell'inerzia legislativa si veda D. TEGA, *La Corte nel contesto*, cit., 105, in cui vi è il richiamo a G. Lattanzi, [Giurisprudenza costituzionale dell'anno 2018](#), 15 e a M. CARTABIA, [L'attività della Corte costituzionale nel 2019](#), 9.

⁸⁷ R. ROMBOLI, *Il nuovo tipo di decisione a due tempi*, cit., 2565 e ss.

⁸⁸ Cfr. A. MAZZOLA, [Deciderà chi deciderà!](#), cit., 545. Per G. BATTISTELLA, *La nuova tecnica decisoria*, cit., 126, appartiene «alla fisiologia della democrazia costituzionale che ciascun conflitto sociale trovi composizione nell'ambito della concertazione politica (e quindi in Parlamento)», anche se tuttavia «la dinamica costituzionale degli ultimi anni» dimostra una non più trascurabile disfunzione del «meccanismo di contrattazione, con la conseguenza che il conflitto si

Presidente Cartabia nella sua [relazione sull'attività del 2019](#), le necessità di ricorrere a modalità decisorie prive di precisa copertura normativa sono state maturate anche dagli organi di giustizia costituzionale di altri Stati, così come specificato dalla stessa Corte costituzionale italiana⁸⁹, a dimostrazione di una comunanza di difficoltà che le contemporanee democrazie occidentali sono chiamate ad affrontare, per assicurare la tenuta dei rispettivi assetti costituzionali, soprattutto per ciò che concerne la protezione delle libertà fondamentali⁹⁰.

Emblematici in tal senso sono l'esempio del Canada, nonché quello tedesco, spagnolo e austriaco, in cui il Tribunale costituzionale di turno ha elaborato formule decisorie atipiche, talvolta poi codificate, con cui si riconosce l'incostituzionalità della normativa censurata, rinviando solamente gli effetti di tale accertamento. Non vi è in sostanza una mera prospettazione che si pone in una fase antecedente alla chiusura del processo costituzionale, ma ci si trova davanti a vere e proprie declaratorie definitive.

Il rinvio, pertanto, non potrà che riguardare semplicemente gli effetti conseguenti all'illegittimità pronunciata⁹¹. In un simile meccanismo l'intervento legislativo non può quindi che avere un carattere successivo e la finestra temporale per la *reformatio* sarà ottenuta con la previsione di un differimento delle naturali conseguenze delle sentenze.

Effettivamente la modulazione del nuovo schema decisorio italiano, traendo spunto dalle soluzioni delle Corti costituzionali straniere, può costituire un utile *escamotage*, per evitare le disfunzioni dell'"incostituzionalità rinviata" sulla garanzia della ragionevole durata del processo. Del resto, basti pensare che nel 2020 il tempo medio intercorso tra la data di pubblicazione dell'ordinanza di rimessione in Gazzetta Ufficiale e la data di trattazione della causa in camera di consiglio o in pubblica udienza è stato di 226 giorni, confermando un *trend* discendente rispetto agli anni precedenti. In ogni caso la media del tempo di sospensione necessario, affinché la causa venga concretamente trattata, è ora poco meno di un anno, a cui si aggiunge il tempo per la deliberazione della decisione e, nel caso dell'incostituzionalità differita, si avrebbe un altro anno di attesa per lasciare intervenire il Parlamento, secondo le odierne tempistiche adottate⁹².

è spostato dalla sede politica al fronte giudiziario, importando un sempre maggior coinvolgimento della Consulta in questioni politicamente connotate.»

⁸⁹ Cfr. M. CARTABIA, [L'attività della Corte costituzionale nel 2019](#). In tal senso Corte cost., [ord. n. 207 del 2018](#), § 11, come ripreso da F. PERCHINUNNO, *Riflessioni a prima lettura*, cit., 206 ss., G. NAGLIERI, [Un nuovo modello decisorio per un nuovo equilibrio tra poteri? Unvereinbareklärung e Anwendungssperre nel diritto processuale costituzionale italiano \(breve note, comparate, a margine di Corte cot. ord. 132/2020\)](#), in questa *Rivista, Studi*, 2021/I, 175 ss., D. DE LUNGO, *Comparazione e legittimazione. Considerazioni sull'uso dell'argomento comparatistico nella giurisprudenza costituzionale recente, a partire dal caso Cappato*, in [Federalismi.it](#), n. 17 del 2019, 2 ss., G. BATTISTELLA, *La nuova tecnica decisoria*, cit., 110 ss.

⁹⁰ In quell'occasione, infatti, si è sottolineato come i risultati del XV Congresso della Conferenza delle Corti costituzionali europee, tenutosi a Bucarest nel 2011, abbiano dimostrato come sia ormai una scelta consolidata da parte dei diversi Tribunali costituzionali la sospensione degli effetti della propria decisione, per evitare che dall'accertamento svolto si possano creare delle carenze di protezione e regolazione di diritti insopprimibili, o altri inconvenienti particolarmente preoccupanti. La necessità è anche quella di fornire tutele nell'eventualità di omissioni legislative che, di per sé, un Giudice delle leggi non ha le capacità di colmare. Adirittura, si è arrivati ad ammettere un'applicazione interinale, entro un termine di scadenza determinato in via pretoria, della normativa ritenuta illegittima. Si è inoltre affermata la conclusione per cui «il governo degli effetti delle proprie decisioni da parte della Corti costituzionali, soprattutto *ratione temporis*, e la cooperazione con il legislatore» costituiscano «due facce della stessa medaglia.» Cfr. M. CARTABIA, [L'attività della Corte costituzionale nel 2019](#), 11 ss.

⁹¹ Si vedano la *suspended declaration* per il Canada, la *Unvereinbareklärung* per la Germania, nonché i poteri derogatori stabiliti dal § 140 della Costituzione austriaca e la *simple incostitucionalidad* spagnola. *Ex multis* a riguardo si veda J. LUTHER, R. ROMBOLI, R. TARCHI, *Esperienze di giustizia costituzionale*, Torino, 2000, Tomo I, T., ÖHLINGER, *La giurisdizione costituzionale in Austria*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3 del 1982, 535 ss., oltre ai riferimenti bibliografici contenuti nella nota n. 6 del presente lavoro. Per una posizione a favorevole alla modulazione della tecnica decisoria secondo l'esempio straniero cfr. N. RECCHIA, *La previsione della pena detentiva*, cit., 1483 ss.

⁹² SERVIZIO STUDI, [Giurisprudenza costituzionale dell'anno 2020. Dati quantitativi e di analisi](#), 18, riporta anche il dato relativo agli anni precedenti: 272 giorni nel 2019, 389 nel 2018, 362 nel 2017 e 344 nel 2016.

Inoltre, da tempo si è avvertito il bisogno sempre più insistente di una modifica della disciplina della legge n. 87 del 1953 nel senso di introdurre una specifica regolamentazione degli strumenti decisori della Consulta, così da non costringere la stessa a manovre al limite tra l'arbitrio e la (il)legittimità per mancanza di specifica copertura legislativa⁹³. Nonostante le numerose critiche mosse da una parte della dottrina⁹⁴, il nuovo modo di procedere della Corte, per quanto ardito e non perfettamente rispondente alla ripartizione di competenze contenuta nella Costituzione, si può forse ritenere, allo stato delle cose, necessario a operare un bilanciamento tra la protezione dei diritti individuali - tanto più per un settore sensibile come quello penale - e il rispetto della discrezionalità di un legislatore silente e poco collaborativo.

⁹³ Si veda R. DICKMANN *Considerazioni sui profili funzionali*, cit., 32 ss., L. A. MAZZAROLLI, *Il giudice delle leggi*, cit., 191, secondo cui la differenza tra Corte costituzionale e legislatore si rinviene nel carattere necessariamente predefinito dalla Costituzione o da leggi attuative degli strumenti che la prima può adoperare. In una prospettiva di riforma è interessante l'autorevole proposta formulata da A. SPADARO, *Sulla intrinseca "politicalità"*, cit., 2 ss., secondo cui, per contrastare efficacemente il silenzio del legislatore, vi sarebbe la possibilità di introdurre una disciplina legislativa modellata sulla falsa riga di quella contenuta nella legge europea, quest'ultima finalizzata a un'armonizzazione della normativa italiana con quella dell'Unione europea. Si tratterebbe di una sorta di «legge di adeguamento costituzionale», attraverso la quale sistematizzare una «leale e dialettica collaborazione» tra Corte costituzionale e Parlamento. Quindi «qualora il Parlamento – per inerzia o per incapacità politica – non modifichi, entro un tempo determinato, gli orientamenti espressi dalla Corte, gli stessi possano intendersi approvati per come formulati nella proposta governativa, così acquisendo efficacia e forma legislativa». Si tratterebbe di una procedura diversa e dotata di maggiore cogenza rispetto a quella delineata nel Regolamento della Camera dei Deputati, art. 108 e in quello del Senato, all'art. 139, la cui concreta attuazione è stata pressoché scarsa. Riguardo alla procedura di seguito legislativo codificata si veda F. PATERNITI, *La Corte "pedagogista"*, cit., 178 ss., R. DICKMANN *Considerazioni sui profili funzionali*, cit., 32 ss. Più diffusamente A. RUGGERI, *Le attività conseguenziali nei rapporti tra Corte costituzionale e legislatore: premesse metodico dogmatiche ad una teoria giuridica*, Milano, 1988, 245 ss., G. AMOROSO, G. PARODI, *Il giudizio costituzionale*, cit., 531 ss.

⁹⁴ Posizione molto critica è quella assunta da A. RUGGERI, *Venuto alla luce*, cit., 571, ID., *Ancora su Cappato*, cit., 555, il quale si domanda se si possa applicare alla tecnica decisoria in questione il principio machiavellico del "fine giustifica i mezzi". Egli ritiene che la risposta non possa che essere negativa, perché «per la elementare ragione che, confondendosi reciprocamente i ruoli del legislatore e del giudice (sia pure del tutto peculiare, qual è la Corte), viene meno una delle due gambe su cui può portarsi avanti [...] lo Stato costituzionale.» In A. RUGGERI, *Replicato seppur in modo*, cit., 406, si parla di vera e propria pronuncia di delega al legislatore. D. CASANOVA, *L'ord. n. 132 del 2020*, cit., 627 ss., osserva, invece, come una parte della dottrina abbia salutato positivamente il nuovo approccio come, *ex multis*, M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche*, cit., 644 ss., il quale sostiene che questo sia un tentativo di trovare un equilibrio tra il rispetto della discrezionalità legislativa e il ruolo di custode della Costituzione. Una posizione di apertura verso la neonata tecnica la si riscontra anche in G. BATTISTELLA, *La nuova tecnica decisoria*, cit., 113, il quale considera l'"incostituzionalità differita" come una «composizione armonica tra istanze contrapposte, vuoti di natura etico-sociale vuoti di natura politica, ma soprattutto una valida opzione per rispondere alla «domanda di giustizia costituzionale»». Si veda anche D. TEGA, *La Corte nel contesto*, cit., 164 ss., R. DICKMANN, *Considerazioni sui profili funzionali*, cit., 32 ss.

Silvio Troilo
Controlimiti *versus* Stato di diritto?
Gli esiti della giurisdizionalizzazione dello scontro fra Unione europea e Polonia
sull'indipendenza della magistratura*

ABSTRACT: *On October 7, 2021, the Polish Constitutional Tribunal ruled that some of the corollaries of the primacy of EU law are inconsistent with the national Constitution, opening a very serious legal and institutional crisis with the European Union.*

The conflict between Poland and the EU stemmed from the substantive value accorded in recent years by the European institutions to the concept of the rule of law, on which, along with other values, the EU is based. It also has an effect when the Member States intervene in the field of application of European law: in this case, they are subject both to the “centralized” control of the Commission and the Court of Justice, through the infringement procedures, and to the “diffuse” control entrusted to national judges, who cannot apply incompatible domestic legislation.

In addition, there are the two procedures – one of mere censure, the other of sanctions – governed by art. 7 TEU, the “European mechanism for the rule of law”, which provides for an annual dialogue between all interested parties, and the recent Regulation no. 2020/2092 which provides for the withdrawal of European funding assigned to a member country if it violates the rule of law, jeopardizing sound financial management or the financial interests of the EU.

While the use of the new regulation on budgetary conditionality would have the merit of bringing the conflict back to the administrative and financial level (albeit in the light of precise legal bases), the jurisdictionalisation of the conflict through infringement procedures could also send it into a downward spiral.

SOMMARIO: 1. La sentenza del Tribunale costituzionale polacco del 7 ottobre 2021. – 2. Il rilievo della pronuncia nel contesto del dibattito sui controlimiti al primato del diritto UE. – 3. Il più ampio quadro dello scontro fra autorità polacche ed istituzioni europee sul principio dello Stato di diritto. – 4. Le conseguenze in atto o prevedibili.

1. *La sentenza del Tribunale costituzionale polacco del 7 ottobre 2021.*

Dopo essere stata più volte evocata dai giudici costituzionali italiani e tedeschi (e di altri Paesi), alla fine, nei complessi rapporti fra l'Unione europea e gli Stati membri, è deflagrata l'“arma atomica” dei controlimiti al primato del diritto euounitario¹. L'ha adoperata il Tribunale costituzionale polacco con la sentenza del 7 ottobre 2021², emessa nel procedimento K 3/21 iniziato il 29 marzo precedente su ricorso del primo ministro Morawiecki, che aveva chiesto di accertare se alcuni dei corollari fondamentali di tale primato – come la capacità dei giudici nazionali di disapplicare le norme interne incompatibili con quelle europee – fossero contrastanti con la Costituzione della Polonia.

Dopo che già con la sentenza del 14 luglio 2021³, nella causa P 7/20 nata su istanza della discussa Sezione disciplinare della Corte suprema, il Tribunale costituzionale aveva dichiarato che l'ordinanza cautelare della Corte di giustizia dell'8 aprile 2020⁴ era *ultra vires* e non poteva dispiegare effetti



¹ Intesi in senso ampio, comprensivi della verifica del rispetto europeo del principio di attribuzione.

² Reperibile (per ora, per la parte dispositiva) [in inglese](#). Per un primo commento ad essa in lingua italiana v. C. CURTI GIALDINO, *In cammino verso la Poxit? Prime considerazioni sulla sentenza del Tribunale costituzionale polacco del 7 ottobre 2021*, in [Federalismi.it](#), 24/2021, XX ss.; J. SAWICKI, *La collisione insanabile tra diritto europeo primario e diritto costituzionale interno come prodotto della manomissione ermeneutica di quest'ultimo*, in [DPCE online](#), 4/2021, 16 ss.

³ Reperibile (per ora, per la parte dispositiva) [in inglese](#).

⁴ Emessa nella causa C-791/19, *Commissione c. Polonia*, nata a seguito della riforma del regime disciplinare dei magistrati. Con tale ordinanza, la Corte di giustizia ha ordinato alla Polonia di sospendere l'applicazione delle disposizioni della legge sulla Corte suprema dell'8 dicembre 2017, costituenti il fondamento della competenza della Sezione

nell'ordinamento nazionale (dato che le competenze attribuite all'Unione europea non implicano l'adozione di misure relative all'organizzazione e al funzionamento dei tribunali polacchi⁵), il 7 ottobre esso ha dichiarato incompatibili con diversi articoli della Carta fondamentale nazionale⁶ l'art. 1, par. 1 e 2, l'art. 2 e l'art. 19, par. 1, secondo comma del Trattato sull'Unione europea, nella misura in cui consentono:

a) in generale, che le autorità dell'UE possano agire al di fuori dell'ambito delle competenze loro conferite dalla Polonia nei Trattati e che il diritto comunitario, come interpretato dalla Corte di giustizia, prevalga sulla Costituzione polacca quanto a forza vincolante e ad applicazione;

b) specificamente, che i giudici nazionali siano abilitati a non tener conto della Costituzione, ad applicare norme abrogate dal Parlamento o dichiarate illegittime dal Tribunale costituzionale, a riesaminare la legittimità della procedura di nomina di un giudice, incluse la proposta del Consiglio nazionale della magistratura e l'atto di nomina del Presidente della Repubblica, a determinare l'invalidità di dette procedure rifiutando di considerare come giudice un soggetto preposto ad un ufficio giudiziario ai sensi dell'art. 179 della Costituzione.

Pertanto, le norme costituzionali invocate non sembrano, a una prima lettura, contrapporsi radicalmente ai capisaldi dell'ordinamento europeo: esse proclamano⁷, in termini generali, che «La Repubblica Polacca è uno Stato democratico di diritto che realizza i principi di giustizia sociale» (art. 2), «La Costituzione è la legge suprema della Repubblica Polacca» (art. 8), «Gli organi del potere pubblico operano sulla base ed entro i limiti della legge» (art. 7), «I giudici, nell'adempimento del proprio ufficio, sono indipendenti e soggetti soltanto alla Costituzione e alle leggi» (art. 178, comma 1).

Inoltre, l'art. 90, definito in dottrina "clausola europea", stabilisce al comma 1 che «La Repubblica Polacca può, sulla base di accordi internazionali, delegare ad organizzazioni o ad organi internazionali competenze degli organi di potere pubblico in determinate questioni». L'art. 91 sancisce, altresì, che un accordo ratificato previa autorizzazione data con legge (come quello di adesione all'UE) prevale sulla legislazione nazionale in caso di contrasto (comma 2). In più, «il diritto, derivante da un accordo ratificato dalla Repubblica Polacca e costitutivo di un'organizzazione internazionale, è applicato direttamente e prevale sulle leggi interne in caso di conflitto» (comma 3).

Ed infatti il medesimo Tribunale costituzionale, l'11 maggio 2005⁸, aveva dichiarato compatibile con la Costituzione nazionale l'accordo di adesione all'Unione europea, aprendo la strada alla sua ratifica, già approvata a larga maggioranza dal corpo elettorale nel giugno 2003, in un apposito referendum convocato per decisione del *Sejm* ai sensi dell'art. 90, commi 3-4, Cost.⁹.

disciplinare della medesima Corte suprema a statuire, sia in primo grado che in appello, nei procedimenti disciplinari relativi a magistrati, nonché di astenersi dal rimettere le cause pendenti dinanzi alla Sezione disciplinare a un collegio giudicante che non soddisfi i requisiti di indipendenza definiti, in particolare, nella sentenza della Corte di giustizia del 19 novembre 2019, *A.K. e altri*, resa nelle cause C-585/18, C-624/18 e C-625/18.

Il giorno successivo alla sentenza del Tribunale costituzionale del 14 luglio 2021, la Corte di Lussemburgo ha adottato la decisione definitiva nella medesima causa C-791/19, sancendo che la normativa polacca sul regime disciplinare dei magistrati non è compatibile con il diritto dell'UE.

⁵ Risultando ciò incompatibile con gli artt. 2, 7, 8, comma 1, 90, comma 1, della Costituzione nazionale in combinato disposto con l'art. 4, comma 1, Cost.

⁶ Essenzialmente gli artt. 2, 7, 8, 90, 91, 178 Cost.

⁷ La [traduzione in lingua italiana](#) è ripresa dal sito della banca dati del [Consiglio regionale del Veneto](#).

⁸ Con sentenza emessa nel procedimento K 18/04, reperibile, in inglese, in <https://trybunal.gov.pl/en/case-list/judicial-decisions/art/6080-polands-membership-in-the-european-union-the-accession-treaty>. Su tale pronuncia e sull'iniziale inquadramento dei rapporti tra i due ordinamenti v. K. WITKOWSKA, P. CHRZCZONOWICZ, *I rapporti tra l'ordinamento interno e quello comunitario nella ricostruzione della giurisprudenza costituzionale polacca: profili ricostruttivi e spunti problematici*, in [poloniaeuropae](#), n. 3/2012.

⁹ A loro volta, sia il *Sejm* che il *Senat* avevano precedentemente autorizzato la ratifica del Trattato di adesione a maggioranza superiore ai due terzi, come richiesto dall'art. 90, comma 2, della Costituzione. La legge di ratifica fu ugualmente impugnata da deputati contrari all'adesione avanti il Tribunale costituzionale, che rigettò il ricorso affermando che l'interpretazione delle leggi deve tener conto del *favor* costituzionale per il processo d'integrazione europea, ricavabile dall'art. 90, comma 1.

Perciò la rivendicazione di controlimiti così ampi e generalizzati e l'affermazione della loro inconciliabilità con i Trattati europei contraddicono apertamente il giudizio dato inizialmente.

Invero, fin da allora il Tribunale costituzionale – pur composto da personalità meno legate di quelle odierne alla maggioranza di governo – aveva sottolineato che l'art. 90, comma 1, e l'art. 93, comma 3, Cost. non autorizzano il trasferimento ad organizzazioni internazionali di competenze suscettibili di impedire alla Polonia di funzionare come uno Stato sovrano e democratico o, comunque, della competenza ad adottare atti giuridici o decisioni contrari alla Costituzione. Nondimeno, aveva ritenuto che la supremazia di quest'ultima non sarebbe stata pregiudicata dall'attuazione del diritto comunitario nell'ordinamento polacco, anche grazie all'"applicazione cooperativa" del diritto nazionale e di quello europeo, che non è «del tutto avulso da quello polacco». Tuttavia, non aveva mancato di segnalare che, nell'eventuale ipotesi in cui si fosse prodotta una «inconciliabile incompatibilità» tra il diritto dell'UE e la normativa costituzionale, non componibile attraverso l'interpretazione, sarebbero state percorribili solo tre strade: a) revisionare la Costituzione; b) richiedere le opportune modifiche della normativa comunitaria; c) da ultimo, uscire dall'Unione europea¹⁰.

2. Il rilievo della pronuncia nel contesto del dibattito sui controlimiti al primato del diritto UE.

La sentenza emessa il 7 ottobre scorso dal Tribunale costituzionale polacco si distacca da quelle di altre Corti costituzionali o supreme nazionali, che hanno affermato l'esistenza di controlimiti al primato del diritto comunitario o hanno rivendicato il potere di vigilare su eventuali atti europei *ultra vires*, ma che, in linea di principio, hanno riconosciuto i Trattati UE come fonti prevalenti su quelle interne.

È vero che ancora di recente il Tribunale costituzionale federale tedesco, nella pronuncia del 5 maggio 2020¹¹ in merito al c.d. *Quantitative Easing* della Banca centrale europea (o PSPP - *Public Sector Purchase Programme*), ha ribadito di essere legittimato a verificare il rispetto europeo del principio di attribuzione (*Ultra-vires Kontrol*) e l'eventuale lesione di principi fondamentali della Costituzione nazionale (*Verfassungsideintät Kontrol*), giungendo a ritenere, per la prima volta, *ultra vires* per difetto di motivazione – e pertanto temporaneamente inapplicabili nell'ordinamento tedesco – tanto le misure oggetto del contendere, quanto la sentenza della Corte di giustizia dell'11 dicembre 2018, *Weiss*¹², che aveva ritenuto conforme al diritto dell'Unione il programma PSPP. L'assenza di adeguata motivazione non consentiva, infatti, il sindacato giurisdizionale del Tribunale costituzionale sul rispetto del principio di proporzionalità, posto alla base anche dell'azione della Banca centrale europea e del relativo controllo della Corte di giustizia¹³.

Tuttavia, il *Bundesverfassungsgericht* ha assegnato un lasso di tempo di tre mesi per porre rimedio a tale difetto. In tal modo la Banca centrale europea ha potuto fornire spiegazioni alle autorità tedesche, che le hanno ritenute sufficienti e adeguate rispetto alle indicazioni del Tribunale costituzionale. Sicché gli stessi giudici di Karlsruhe hanno successivamente dichiarato inammissibili,

¹⁰ V. il punto 13 della sentenza dell'11 maggio 2005. In merito cfr. anche K. WITKOWSKA, P. CHRZCZONOWICZ, *I rapporti tra l'ordinamento interno e quello comunitario*, cit., 6; C. CURTI GIALDINO, *In cammino verso la Polesia?*, cit., 23.

¹¹ 2 BvR 859/15 - 2 BvR 1651/15 - 2 BvR 2006/15 - 2 BvR 980/16.

¹² Resa nella causa C-493/17, sorta a seguito di rinvio pregiudiziale dello stesso Tribunale costituzionale del 18 luglio 2017.

¹³ Sulla sentenza PPSP del *Bundesverfassungsgericht*, che ha suscitato moltissimi commenti e prese di posizione, v., *ex plurimis*, R. ADAM, *Il controlimite dell'ultra vires e la sentenza della Corte costituzionale tedesca del 5 maggio 2020*, in *Dir. Unione eur.*, 1/2020; B. CARAVITA, M. CONDINANZI, A. MORRONE, A.M. POGGI, *Da Karlsruhe una decisione poco meditata in una fase politica che avrebbe meritato maggiore ponderazione*, in Federalismi.it, 14/2020, I ss.; P. FARAGUNA, *Il Bundesverfassungsgericht dichiara ultra vires il Quantitative Easing (con uno sguardo al Pandemic Emergency Purchase Programme)*, in *Forum cost. - Rassegna*, 2/2020; D.U. GALETTA, *Karlsruhe über alles? Il ragionamento sul principio di proporzionalità nella pronuncia del 5 maggio 2020 del BVerfG tedesco e le sue conseguenze*, in Federalismi.it, 14/2020, 166 ss.

con ordinanza del 29 aprile 2021, due domande dirette a ottenere un ordine di esecuzione della propria sentenza del 5 maggio 2020.

A sua volta, la Corte costituzionale italiana non ha mancato di evidenziare con forza i controlimiti alla prevalenza dell'ordinamento dell'Unione costituiti dai principi supremi della nostra Costituzione, da ultimo con la nota [ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24](#), nel c.d. caso Taricco¹⁴.

Anche il Tribunale costituzionale di Varsavia ha contestato all'Unione europea di agire al di fuori dell'ambito di competenza conferitole nei Trattati UE (più che di violare nel merito principi fondamentali della Costituzione). Ma, oltre a non aver esperito alcun tentativo di dialogo con la Corte di giustizia (né, come si dirà più avanti, con la Corte europea dei diritti dell'uomo), attraverso questioni pregiudiziali o pronunce interlocutorie, esso ha affermato una prevalenza generalizzata della Costituzione nazionale (che «prevale per quanto riguarda la sua forza vincolante e la sua applicazione») e della volontà della «Repubblica di Polonia» in quanto «Stato sovrano e democratico»¹⁵.

Inoltre, l'indubbia competenza nazionale in materia di ordinamento giudiziario (in senso lato, incluse anche le responsabilità dei magistrati e l'organizzazione della giustizia costituzionale) – che assume certamente particolare rilievo nel garantire la democraticità dell'ordinamento, presidiando il confine fra l'ambito d'azione del potere legislativo e di quello giudiziario – deve essere esercitata nel rispetto, oltre che della stessa Costituzione polacca (in base al cui art. 178 «i giudici, nell'adempimento del proprio ufficio, sono indipendenti», nonché «soggetti soltanto alla Costituzione e alle leggi»), degli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione e, in particolare, dall'art. 19, par. 1, secondo comma, TUE¹⁶, il quale proclama un principio generale di diritto dell'Unione che deriva già dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri ed è pure sancito dagli artt. 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo¹⁷.

Di fronte ai pronunciamenti delle Corti costituzionali e supreme nazionali sui controlimiti, la Commissione europea aveva quasi sempre evitato di reagire aprendo procedure di infrazione¹⁸. Ora, invece, ha deciso di mettere in mora – oltre che la Polonia, come si illustrerà in seguito – la Germania, con lettera inviata il 9 maggio 2021, poiché con la sentenza sul programma PSPP il Tribunale costituzionale federale avrebbe violato i principi di autonomia, primato, efficacia e applicazione

¹⁴ Su cui v., *ex plurimis*, i numerosissimi commenti riportati in questa [Rivista](#) preliminarmente all'ordinanza. Con essa, come è noto, la Consulta ha sollevato in via pregiudiziale la questione se la sentenza della Corte di giustizia dell'8 settembre 2015, *Taricco*, nella causa C-105/14, «debba essere interpretata nel senso di imporre al giudice penale di non applicare una normativa nazionale sulla prescrizione che osta in un numero considerevole di casi alla repressione di gravi frodi in danno degli interessi finanziari dell'Unione europea, ovvero che prevede termini di prescrizione più brevi per frodi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea di quelli previsti per le frodi lesive degli interessi finanziari dello Stato, anche quando tale omessa applicazione sia in contrasto con i principi supremi dell'ordine costituzionale dello Stato membro o con i diritti inalienabili della persona riconosciuti dalla Costituzione dello Stato membro». A ciò la Corte di giustizia ha risposto con la sentenza del 5 dicembre 2017, nella causa C-42/17, dichiarando che le disposizioni interne sulla prescrizione non vanno disapplicate ove ciò «comporti una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene a causa dell'insufficiente determinatezza della legge applicabile, o dell'applicazione retroattiva di una normativa che impone un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato». In tal modo, la Corte costituzionale ha potuto chiudere la vertenza con la [sentenza di rigetto n. 115 del 2018](#), con cui ha dichiarato infondate le questioni di legittimità prospettate, sulla base della nuova interpretazione del diritto UE data dalla Corte di giustizia (su tale sentenza v. i diversi commenti riportati in *Consulta online* preliminarmente alla stessa).

¹⁵ V. il punto 1, lett. b), del dispositivo della sentenza 7 ottobre 2021.

¹⁶ In tal senso, v. CGUE, 27 febbraio 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, in causa C-64/16, punto 40; CGUE, 2 marzo 2021, *A.B. e a.*, in causa C-824/18, punto 68.

¹⁷ Anche se non va sottaciuto che spesso le istituzioni europee, compresa la Corte di giustizia, tendono a non considerare il diritto costituzionale degli Stati membri o a trarne, sotto forma di “tradizioni costituzionali comuni”, i soli elementi ritenuti utili: basti pensare che, nella prima decisione sul caso Taricco, la Corte di Lussemburgo non ha pronunciato mai la parola “Costituzione”.

¹⁸ Così si era comportata, ad esempio, nei confronti della Corte costituzionale della Repubblica ceca nel 2012, per il caso *Landtová-Holubec*, e della Corte suprema danese nel 2016, rispetto al caso *Dansk Industri-Ajos*.

uniforme del diritto dell'Unione, nonché il rispetto della competenza della Corte di giustizia ai sensi dell'articolo 267 TFUE¹⁹.

La severa reazione della Commissione risente certamente del contesto odierno, caratterizzato, come si è visto, dalla radicale contestazione del primato del diritto e della giurisprudenza europei da parte della Polonia (e, più sottilmente, da parte dell'Ungheria). Infatti, la Commissione ha voluto sottolineare che, benché il *Bundesverfassungsgericht* abbia respinto due domande dirette a ottenere un ordine di esecuzione della sentenza del 5 maggio 2020, ciò non sana la violazione al primato del diritto dell'Unione, né impedisce che «la sentenza della Corte costituzionale tedesca costituisca un grave precedente, sia per la futura prassi della Corte costituzionale tedesca stessa, sia per le Corti supreme e costituzionali di altri Stati membri»²⁰.

3. Il più ampio quadro dello scontro fra autorità polacche ed istituzioni europee sul principio dello Stato di diritto.

Se la tensione fra il primato del diritto eurounitario e la supremazia delle costituzioni statali non appare, in sé e per sé, una novità – mentre lo sono l'ampiezza e la radicalità della odierna contrapposizione –, va sottolineato come lo scontro con le autorità polacche sia stato originato dalla valenza sostanziale riconosciuta in anni recenti dalle istituzioni europee alla nozione di Stato di diritto, su cui – insieme ai «valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza ... e del rispetto dei diritti umani» – si fonda l'Unione (art. 2 TUE).

Benché fra di essi non vi sia una gerarchia, lo Stato di diritto (o *rule of law*)²¹ riveste un'importanza particolare: il suo rispetto rappresenta un prerequisito sia per la tutela di tutti gli altri valori fondamentali, sia per fare valere, da parte dei singoli soggetti, i diritti e i doveri derivanti dai Trattati europei e dal diritto internazionale²².

La tutela dello Stato di diritto è assicurata dal convergere di più fonti multilivello: non solo i Trattati istitutivi dell'UE, la Carta europea dei diritti fondamentali (in particolare l'art. 47, che sancisce il diritto ad un ricorso effettivo e ad un giudice indipendente) e la giurisprudenza della Corte di giustizia, ma anche le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, nonché la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e le pronunce della Corte di Strasburgo.

¹⁹ Su tale procedura di infrazione v. P. MORI, *Riflessioni sulla possibilità e sull'opportunità di aprire una procedura di infrazione nei confronti della Germania a causa della sentenza del Bundesverfassungsgericht sul PSPP*, in [Eurojus.it](#), 3/2020; A. FRANCESCANGELI, *La Commissione europea apre una procedura di infrazione contro la Germania per la sentenza del BVerfG sul PSPP: l'ennesimo atto dei nodi irrisolti (e volutamente ignorati) dell'integrazione europea*, in [Diritti Comparati](#), 26 luglio 2021; M. BURSI, *La reazione europea alla sentenza sul PSPP del Bundesverfassungsgericht: il doveroso avvio di una procedura d'infrazione*, in [Federalismi.it](#), 23/2021.

²⁰ V. il [comunicato 9.6.2021](#) della Commissione (al punto 4 "Giustizia").

²¹ Per la verità, la nozione di *rule of law* non ha una perfetta equivalenza con quella di Stato di diritto o con altri termini italiani che ne rendano in un'unica formula la complessità di significato, come segnala la dottrina più avvertita: per tutti v. G.M. SALERNO, *European Rule of Law: un principio in cerca d'autore*, in [Federalismi.it](#), 19/2020, 2 ss., secondo cui «è ben diversa la logica che ne è a fondamento. Il rispetto dello "Stato di diritto" vuole, nella sua essenza, che non solo il potere pubblico sia limitato dal diritto, ma anche che la legge debba essere l'indispensabile modalità di produzione, strutturazione e trasmissione delle decisioni autoritative. Diversamente, alla base della *rule of law* vi è l'idea che lo Stato non disponga del monopolio della produzione del diritto». In ogni caso, le due formule sono utilizzate come sinonimi, a livello ufficiale, dalla stessa Unione europea.

Sullo Stato di diritto in termini generali v., *ex plurimis*, R. BIN, *Lo Stato di diritto*, Bologna, 2017; V. BALDINI, *Lo Stato costituzionale di diritto e il ruolo del giudice, oggi*, in [Dirittifondamentali.it](#), 1/2018, 1 ss.; N. ZANON, *Discours introductif: questions actuelles en matière de rule of law: le rôle de la séparation des pouvoirs, l'importance de la stabilité des règles de droit, les traits spécifiques de la fonction juridictionnelle*, in C. Amalfitano, I. Anrò (a cura di), *L'État de droit = Lo Stato di diritto = The Rule of Law*, Università degli Studi di Milano, 2020, 19 ss.; M. CARTA, *Unione europea e tutela dello Stato di diritto negli Stati membri*, Bari, 2020.

²² In merito v., *ex plurimis*, G.M. SALERNO, *European Rule of Law*, cit., e, se si vuole, S. TROILO, *La tutela dello Stato di diritto nell'Unione europea post Covid-19*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#) - Rassegna, 4/2021.

Il principio-valore in oggetto dispiega i suoi effetti ogni volta in cui gli Stati membri intervengano nell'ambito di applicazione del diritto dell'UE: in tal caso, essi sono sottoposti sia al controllo "accentrato" della Commissione e della Corte di giustizia, mediante la procedura d'infrazione²³, sia a quello "diffuso" affidato ai giudici nazionali, che possono disapplicare la normativa interna incompatibile.

Così, con le successive pronunce relative alle riforme dell'ordinamento giudiziario polacco²⁴, il supremo giudice dell'Unione ha condiviso l'approccio della Commissione²⁵, adottando una lettura dell'art. 2 TUE congiunta con l'art. 19 TUE (in base al cui par. 1, secondo comma, «gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione») e con il principio dell'indipendenza dei giudici di cui all'art. 47 della Carta di Nizza. Pertanto, le norme nazionali relative alla magistratura, nella misura in cui riguardano organi qualificati come "giurisdizione" ai sensi del diritto dell'Unione, sono necessariamente collegate all'obbligo di cui all'art. 19 TUE perché hanno inevitabilmente una ricaduta sull'interpretazione e applicazione del diritto europeo da parte di tali organi (come già ritenuto nelle pronunce, emesse in via pregiudiziale, *ASJP* del 27 febbraio 2018 e *LM o Celmer* del 25 luglio 2018)²⁶.

La conseguente sindacabilità degli assetti organizzativi dei pubblici poteri statali (riguardo al sistema giudiziario, ma non solo²⁷) denota la dimensione materialmente costituzionale che stanno progressivamente assumendo, sul piano sostanziale, la configurazione della ripartizione di competenze tra l'Unione europea e gli Stati membri e, su quello processuale, la procedura di infrazione, soprattutto in relazione a quei casi in cui il sindacato delle istituzioni europee è esercitato in merito a violazioni di natura strutturale aventi origine in atti legislativi (se non costituzionali) degli Stati membri²⁸.

Se il ruolo di principale antagonista delle riforme illiberali concernenti la magistratura polacca è stato svolto dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, da ultimo è "scesa in campo" anche la Corte europea dei diritti dell'uomo che, investita di ben 38 ricorsi contro la Polonia fra il 2018 e il 2021, li sta esaminando con priorità (ai sensi dell'art. 41 delle proprie norme di procedura) dimostrando la sua attenzione alle situazioni in cui è in gioco lo Stato di diritto. In particolare, la Corte di Strasburgo, con la sentenza del 7 maggio 2021, *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. c. Polonia* (ric. n. 4907/18)²⁹, ha

²³ In merito v., *ex plurimis*, P. MORI, *L'uso della procedura di infrazione a fronte di violazioni dei diritti fondamentali*, in [Il diritto dell'Unione europea](#), 2018, 363 ss.

²⁴ CGUE, 24 giugno 2019, *Commissione c. Polonia*, causa C-619/18; CGUE, 5 novembre 2019, *Commissione c. Polonia*, causa C-192/18; CGUE, 15 luglio 2021, *Commissione c. Polonia*, causa C-791/19; cui si aggiungono CGUE, 19 novembre 2019, *A.K. e a.*, emessa in via pregiudiziale nelle cause riunite C-585/18, C-624/18 e C-625/18, e CGUE, 2 marzo 2021, *A.B. e a.*, emessa in via pregiudiziale nella causa C- 824/18.

²⁵ Non esitando ad esercitare anche poteri cautelari, ordinando la sospensione delle misure nazionali in grado di ledere la *rule of law*: v. l'ordinanza della CGUE del 17 dicembre 2018 (nella causa C-619/18) e quella, già citata, dell'8 aprile 2020 (nel procedimento C-791/19), su cui, rispettivamente, G. REPETTO, *Incroci (davvero) pericolosi. Il conflitto giurisdizionale sull'indipendenza dei giudici tra Lussemburgo e Varsavia*, in [Diritti Comparati](#), 7 novembre 2018, e S. GIANELLO, *La Corte di Giustizia ordina di sospendere l'attività giurisdizionale della Sezione disciplinare del Sad Najwyzszy: alcune riflessioni a margine dell'ordinanza della Grande Sezione (causa c-791/19 r) dell'8 aprile 2020*, in [Nomos](#), 1/2020, 1 ss. Da ultimo v. l'ordinanza del 14 luglio 2021 (nella causa C-204/21).

²⁶ Per una sintetica ricostruzione del contenzioso e della giurisprudenza UE sullo Stato di diritto cfr., *ex plurimis*, G. PITRUZZELLA, *L'Unione europea come "comunità di valori" e la forza costituzionale del valore dello "stato di diritto"*, in [Federalismi.it](#), 28/2021.

²⁷ Basti ricordare la procedura di infrazione contro l'Ungheria di cui alla causa C-288/12, sfociata nella sentenza di condanna della Corte di Giustizia dell'8 aprile 2014, *Commissione c. Ungheria*, originata da una disciplina dell'autorità nazionale per la protezione dei dati personali che ne aveva intaccato l'indipendenza.

²⁸ In merito, parlano di «momento costituzionale» dell'Unione europea A. VON BOGDANDY, P. BOGDANOWICZ, I. CANOR, G. RUGGE, M. SCHMIDT, M. TABOROWSKI, *Un possibile momento costituzionale per lo Stato di diritto europeo: i confini invalicabili*, in *Quad. cost.*, 2018, 855 ss.

²⁹ Su cui v. M. COLI, *The Judgement of the Strasbourg Court in Xero Flor v. Poland: The Capture of the Polish Constitutional Court condemned by a European Court, at Last!*, in [Diritti Comparati](#), 1 luglio 2021; S. GIANELLO, *Se il Trybunał Konstytucyjny dichiara l'inesistenza della decisione Xero Flor v. Poland della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: alcune riflessioni a margine*, in [DPCE online](#), 3/2021.

dichiarato che la composizione del Tribunale costituzionale prevista da una prima riforma legislativa contrastava con quanto richiesto dall'art. 6, par. 1, della CEDU, mentre con le sentenze *Reczkowicz c. Polonia* del 22 luglio 2021 (ric. n. 43447/19) e *Dolinka, Ficek e Ozimek c. Polonia* dell'8 novembre 2021 (ric. n. 49868/19 e n. 57511/19) ha ritenuto nuovamente violato l'art. 6, par. 1, in quanto la Sezione disciplinare della Corte suprema, istituita a seguito di una contestata riforma del 2017, non costituisce un «tribunale costituito per legge», difettando dei requisiti di imparzialità e indipendenza dal potere esecutivo e da quello legislativo.

Anche riguardo a tale contenzioso, il Tribunale costituzionale polacco ha reagito duramente: con sentenza del 24 novembre 2021³⁰ (nel procedimento K 6/21, iniziato su ricorso del Procuratore generale della Repubblica), esso ha sancito che sono incompatibili con la Costituzione nazionale la propria inclusione fra i tribunali contemplati dall'art. 6, par. 1, della CEDU e l'attribuzione alla Corte europea dei diritti dell'uomo della facoltà di controllare la legittimità dell'elezione dei giudici costituzionali e la loro indipendenza³¹.

4. Le conseguenze in atto o prevedibili.

Inutile dire che la dirompente reazione del Tribunale costituzionale di Varsavia sconvolgerà l'applicazione del diritto comunitario in Polonia e potrebbe addirittura aprire la strada ad una futura "Polexit" dall'Unione europea, anche se il primo ministro Morawiecki – in una lettera indirizzata, il 18 ottobre scorso, ai capi di governo dei Paesi membri ed ai presidenti del Consiglio europeo, della Commissione e del Parlamento, e poi nell'intervento, il 19 ottobre, alla sessione plenaria del Parlamento europeo – ha sottolineato che il Paese non ha nessuna intenzione di recedere dall'UE.

In ogni caso, la decisione in oggetto può segnare la fine non solo della cooperazione giudiziaria con gli altri Stati membri, ma anche del riconoscimento automatico nel resto dell'Unione delle pronunce dei tribunali polacchi in ogni caso di applicazione del diritto UE, rendendo assai problematica la partecipazione della Polonia al mercato interno ed allo «spazio di libertà, sicurezza e giustizia» previsti dal TUE.

In più è presumibile che sia applicato nei confronti di tale Paese il recente regolamento n. 2020/2092 del Parlamento e del Consiglio (invero, attualmente oggetto di ricorsi di annullamento da parte proprio di Polonia e Ungheria, su cui la Corte di giustizia si dovrebbe pronunciare entro breve)³², che ha introdotto un meccanismo sanzionatorio a carico dei Paesi membri, ove commettano violazioni dei principi dello Stato di diritto che rischiano seriamente di compromettere, in modo diretto, la sana gestione finanziaria del bilancio dell'Unione o la tutela degli interessi finanziari dell'UE. Tra l'altro, si prevede che il Consiglio, su proposta della Commissione, possa sospendere i pagamenti e gli impegni a valere sul bilancio europeo, ridurre i finanziamenti nell'ambito degli accordi esistenti e vietare di concludere nuovi impegni a favore dei Paesi interessati, i quali devono invece continuare a dare esecuzione ai programmi o ai fondi che siano stati toccati dalle misure sanzionatorie.

Per intanto, la Commissione europea ha evitato di approvare i Piani nazionali di ripresa e resilienza di Polonia e Ungheria, senza i quali non possono essere erogati i cospicui fondi del *Next Generation EU*.

Il 7 settembre 2021, poi, la Commissione ha messo in mora la Polonia a norma dell'art. 260, par. 2, TFUE per non aver adottato le misure necessarie a dare piena esecuzione alla sentenza della Corte

³⁰ Reperibile (per ora, per la parte dispositiva) [in inglese](#).

³¹ Risultando ciò incompatibile con l'art. 173 della Costituzione nazionale in combinato disposto con l'art. 10, comma 2, 175, comma 1, e 8, comma 1, Cost, nonché con l'art. 194, comma 1, in combinato disposto con l'art. 8, comma 1, Cost.

³² Ungheria e Polonia hanno entrambe impugnato il regolamento UE n. 2020/2092 l'11 marzo 2021: nelle conseguenti cause C-156/21 e C-157/21 – trattate con procedura accelerata ai sensi dell'art. 133 del regolamento di procedura della Corte – le udienze di discussione hanno avuto luogo a Lussemburgo l'11 e 12 ottobre 2021, con l'intervento dello Stato ricorrente, delle istituzioni dell'UE, del Paese ricorrente nel procedimento parallelo, nonché di ulteriori 10 Stati membri, tra cui non figura l'Italia. L'Avvocato generale Campos Sánchez Bordona ha presentato le sue conclusioni il 2 dicembre, con cui ha proposto di respingere entrambi i ricorsi.

di giustizia del 15 luglio 2021 (emessa nella causa C-791/19) ed ha chiesto al giudice comunitario di imporre sanzioni pecuniarie al Paese al fine di ottenerne l'adempimento. Il 27 ottobre la Corte, accogliendo la richiesta, ha imposto una penalità di mora di un milione di euro al giorno fino alla completa attuazione delle misure cautelari da essa disposte nella suddetta sentenza.

Infine, la Commissione – mentre valutava la risposta polacca alla precedente messa in mora, pervenuta l'8 novembre – ha deciso di reagire direttamente alle pronunce del Tribunale costituzionale inviando al Governo di Varsavia, il 22 dicembre, una ulteriore lettera di contestazione, prodromica all'apertura di una procedura di infrazione, concernente le due menzionate sentenze costituzionali del 14 luglio 2021 (causa P 7/20) e del 7 ottobre 2021 (causa K 3/21). Esse, infatti, ad avviso della Commissione, violano i principi generali di autonomia, primato, efficacia e applicazione uniforme del diritto dell'Unione, oltre che l'art. 19, par. 1, del TUE, e disconoscono l'effetto vincolante delle sentenze della Corte di giustizia.

Nelle sue argomentazioni³³ la Commissione sottolinea, inoltre, di nutrire «seri dubbi sull'indipendenza e l'imparzialità del Tribunale costituzionale». Infatti, come già evidenziato nella proposta di apertura della procedura di cui all'art. 7, par. 1, TUE (di cui si dirà fra poco), formulata nel dicembre 2017, e come ritenuto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza *Xero Flor* del 7 maggio 2021, «il procedimento di nomina al Tribunale costituzionale di tre giudici nel dicembre 2015 è avvenuto in violazione di norme fondamentali che sono parte integrante dell'istituzione e del funzionamento del sistema di controllo costituzionale in Polonia. La gravità di questa violazione fa sorgere un ragionevole dubbio nelle menti delle persone circa l'indipendenza e l'imparzialità dei giudici interessati. Ciò è dimostrato anche da altre irregolarità e carenze come l'elezione del presidente e del vicepresidente del Tribunale costituzionale, che ha sollevato serie preoccupazioni circa l'imparzialità dei giudici del Tribunale costituzionale quando trattano casi individuali».

Anche la Segretaria generale del Consiglio d'Europa, Marija Pejčinović Burić, ha ufficialmente chiesto alla Polonia di spiegare, entro il 7 marzo 2022, in che modo assicurerà l'effettiva attuazione degli obblighi previsti dall'adesione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, dopo la sentenza del Tribunale costituzionale del 24 novembre 2021 (nella causa K 6/21). La richiesta si riferisce, in particolare, alla garanzia del diritto ad un equo processo da parte di un tribunale indipendente e imparziale stabilito dalla legge, nonché al ruolo della Corte europea dei diritti dell'uomo, alla quale spetta l'ultima parola sull'interpretazione della CEDU³⁴.

La Polonia si ritrova, quindi, nella non invidiabile condizione di essere oggetto di plurime procedure di infrazione ex art. 258 TFUE e, nello stesso tempo, della parallela procedura di monitoraggio prevista nell'ambito del Consiglio d'Europa³⁵, nonché della ben più grave procedura di cui all'art. 7 TUE per il mancato rispetto del principio-valore dello Stato di diritto³⁶.

Infatti, qualora i valori su cui si fonda l'Unione europea siano messi a repentaglio da uno Stato membro, su motivata proposta della Commissione o del Parlamento europeo o di almeno un terzo degli altri Paesi, il Consiglio – a maggioranza dei quattro quinti dei componenti e previa approvazione del Parlamento europeo³⁷ – può constatare che esiste un evidente rischio di loro grave violazione e può rivolgere al Paese interessato delle raccomandazioni (art. 7, par. 1, TUE).

³³ V. il [comunicato 22.12.2021](#) della Commissione.

³⁴ V. la notizia riportata nel [sito](#) del Consiglio d'Europa (in), nonché il relativo [comunicato stampa](#).

La procedura in oggetto è prevista dall'art. 52 della CEDU, secondo cui «Ogni Alta Parte contraente, su domanda del Segretario generale del Consiglio d'Europa, fornirà le spiegazioni richieste sul modo in cui il proprio diritto interno assicura l'effettiva applicazione di tutte le disposizioni della presente Convenzione».

³⁵ ASSEMBLEA PARLAMENTARE DEL CONSIGLIO D'EUROPA, Risoluzione 2316 (2020), *Le fonctionnement des institutions démocratiques en Pologne*, adottata il 28 gennaio 2020 sulla base della relazione della Commissione per il rispetto degli obblighi e degli impegni degli Stati membri del Consiglio d'Europa.

³⁶ COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta di decisione del Consiglio sulla constatazione dell'esistenza di un evidente rischio di violazione grave dello Stato di diritto da parte della Repubblica di Polonia*, Bruxelles, 20 dicembre 2017, COM(2017) 835 final.

³⁷ Il quale, ai sensi dell'art. 354 TFUE, delibera a maggioranza dei due terzi dei voti espressi, che rappresentino la maggioranza assoluta dei deputati.

A tale procedura preventiva può far seguito quella accertativa, disciplinata nell'art. 7, par. 2. Infatti, il Consiglio europeo, all'unanimità³⁸, può ulteriormente constatare l'esistenza di una violazione grave e persistente dei valori dell'Unione da parte dello Stato in questione, su proposta della Commissione o di almeno un terzo dei Paesi membri e previa approvazione del Parlamento (con la maggioranza precedentemente indicata). In questa fase lo Stato interessato non è semplicemente "ascoltato" (come nella fase preventiva), ma è legittimato a «presentare osservazioni». La violazione, inoltre, deve essere, oltre che «grave», «persistente»³⁹.

Se necessario, può seguire un'ulteriore fase, di carattere sanzionatorio (prevista dal successivo par. 3), ossia ciò che l'allora Presidente della Commissione Barroso, con espressione suggestiva, ha chiamato l'"opzione nucleare" dell'art. 7. Non si tratta però di una conseguenza automatica: infatti il Consiglio (e non più il Consiglio europeo), a maggioranza qualificata, «può» adottare misure sanzionatorie, consistenti nella sospensione di «alcuni» (ma non tutti) i diritti derivanti allo Stato dall'applicazione dei Trattati, compreso il diritto di voto in seno al Consiglio del rappresentante del Governo del Paese in questione⁴⁰.

Peraltro, il funzionamento delle procedure di cui all'art. 7 TUE, finora avviate solo per due volte nei confronti della Polonia e, poi, dell'Ungheria (ad opera rispettivamente della Commissione, il 20 dicembre 2017, e del Parlamento, il 12 settembre 2018), si è rivelato politicamente difficile e tecnicamente farraginoso, sicché in entrambi i casi non si è superata la fase istruttoria. Ora non può escludersi che il procedimento contro la Polonia venga ripreso, dato che la constatazione dell'evidente rischio di violazione grave del principio-valore dello Stato di diritto richiede l'assenso non di tutti ma solo dei quattro quinti dei membri del Consiglio, cioè di 21 Stati. Assai più arduo sarebbe, invece, passare alle fasi successive, visto che la constatazione, da parte del Consiglio europeo, dell'esistenza di una violazione grave e persistente va assunta all'unanimità (escluso il Paese interessato) ma è pressoché certo il voto contrario dell'Ungheria. Tuttavia, è stata avanzata l'ipotesi, tutta da approfondire, che, se si incardinassero assieme le procedure ex art. 7 TUE concernenti i due Stati, potrebbe sostenersi che essi non possano partecipare a nessuna delle due deliberazioni, bloccandole vicendevolmente⁴¹.

In ogni caso – anche senza utilizzare la procedura estrema di cui all'art. 7 TUE o fare affidamento sulla (finora scarsa) efficacia di ulteriori strumenti messi in campo dalla Commissione, come il "Meccanismo europeo per lo Stato di diritto"⁴², né tanto meno poter espellere la Polonia dall'UE, avendo solo lo Stato membro la facoltà di uscirne – il ricorso alle procedure di infrazione, con la possibilità di applicare una penalità di mora giornaliera, e l'utilizzo del nuovo regolamento sulla condizionalità di bilancio possono costituire armi assai efficaci.

³⁸ Non computando però, ex art. 354 TFUE, il Paese oggetto di constatazione, che non partecipa alla votazione, né gli eventuali astenuti.

³⁹ Ossia deve rimanere invariata o accrescersi nell'arco di almeno due anni, secondo l'interpretazione del Parlamento europeo (art. 10.3 dell'allegato alla risoluzione 2015/2254 (INL) del 25 ottobre 2016, recante *raccomandazioni alla Commissione sull'istituzione di un meccanismo dell'UE in materia di democrazia, Stato di diritto e diritti fondamentali*).

⁴⁰ Sulle procedure di cui all'art. 7 TUE v., *ex plurimis*, C. CURTI GIALDINO, *L'attivazione da parte della Commissione europea dell'art. 7 TUE nei confronti della Polonia per mancato rispetto dello stato di diritto*, in M. Messina (a cura di), *I valori fondanti dell'Unione europea a 60 anni dai Trattati di Roma*, Napoli, 2017, 33 ss.; B. NASCIBENE, *Lo Stato di diritto e la violazione grave degli obblighi posti dal Trattato UE*, in Eurojus.it, 24 ottobre 2017; A. CIRCOLO, *Il rispetto dei valori fondanti dell'Unione e l'attivazione della procedura di controllo alla luce delle recenti vicende di Polonia e Ungheria*, in [DPCE online](http://DPCE.online), 1/2019.

⁴¹ C. CURTI GIALDINO, *In cammino verso la Polexit?* cit., 29.

⁴² Che prevede un dialogo annuale tra la Commissione, il Consiglio e il Parlamento europei, insieme agli Stati membri, ai parlamenti nazionali, alla società civile e ad altre parti interessate, volto – tra l'altro – ad acquisire informazioni per redigere una relazione annuale, nella quale si dia conto del rispetto nei Paesi membri del principio-valore in esame ed a cui faccia seguito un dibattito in seno al Consiglio e al Parlamento europeo, e auspicabilmente anche nei parlamenti nazionali e nella società civile (v. le comunicazioni della Commissione COM(2019) 163 final, *Rafforzare lo Stato di diritto nell'Unione*, 3 aprile 2019, e COM(2019) 343 final, *Rafforzare lo Stato di diritto nell'Unione. Programma d'azione*, 17 luglio 2019, che erano state precedute nel 2014 da COM(2014) 158, *Un nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di Diritto*, 11 marzo 2014).

Mentre, però, il secondo strumento avrebbe il pregio di riportare il contrasto sul piano amministrativo e finanziario (anche se alla luce di precise basi giuridiche), la giurisdizionalizzazione del conflitto attraverso le procedure di infrazione potrebbe anche avvitarlo in una spirale senza fine.

Resta il fatto che, entrando a far parte dell'Unione europea, la Polonia si è unita agli altri «Stati che hanno liberamente e volontariamente aderito ai valori comuni attualmente previsti dall'articolo 2 TUE, che rispettano tali valori e che si impegnano a promuoverli ... Ne consegue che il rispetto da parte di uno Stato membro dei valori sanciti dall'articolo 2 TUE costituisce una condizione per il godimento di tutti i diritti derivanti dall'applicazione dei trattati ... Uno Stato membro non può quindi modificare la propria normativa in modo da comportare una regressione della tutela del valore dello Stato di diritto ... [e] adottare qualsiasi misura che possa pregiudicare l'indipendenza dei giudici»⁴³.

⁴³ Come ha limpidamente ricordato la Corte di giustizia in una recente pronuncia pregiudiziale riferita non alla situazione polacca, ma a quella maltese: CGUE, 20 aprile 2021, *Repubblika*, causa C-896/19, punti 61, 63, 64.

Francesca Mauri
Il Tribunale costituzionale polacco, le Corti sovranazionali
e la salvaguardia dello Stato di diritto in Europa*

ABSTRACT: *The paper explores Poland's troubled relationship with the European Union and the Council of Europe on the justice's reform package. Starting from the two recent judgements of the Polish Constitutional Tribunal, with which it has declared the unconstitutionality of articles 1, 2 and 19 TEU and article 6 paragraph 1 ECHR, the paper analyses the possible evolution of Poland's membership in the two Organizations.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'affondo di Lussemburgo: La sentenza A.B. sulla nomina dei giudici del *Sąd Najwyższy*. – 3. L'affondo di Lussemburgo: La sentenza A.B. sulla nomina dei giudici del *Sąd Najwyższy*. – 4. Il contraccolpo di Varsavia: La sentenza K 3-21 del Tribunale Costituzionale polacco. – 5. L'origine delle tensioni tra Strasburgo e Varsavia: la sentenza *Xero Flor* sulla composizione del Tribunale costituzionale polacco. – 6. *Melius abundare quam deficere*: la doppia reazione del Tribunale Costituzionale alla sentenza *Xero Flor*. – 7. Osservazioni conclusive.

1. Premessa.

Mai, come nell'ultimo periodo, la partecipazione della Polonia alle due principali organizzazioni sovranazionali europee, Unione europea e Consiglio d'Europa, ha evidenziato le sue criticità.

Con le sentenze del 7 ottobre¹ e del 24 novembre 2021², rispettivamente sull'incostituzionalità degli artt. 1, 2 e 19 del Trattato sull'Unione europea e art. 6 par. 1 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, il Tribunale costituzionale polacco (*Trybunał konstytucyjny*), difendendo strenuamente la legittimità della riforma della giustizia, ha segnato infatti un'ulteriore presa di distanza dalle due organizzazioni.

Ripercorrendo, allora, i recenti sviluppi nei rapporti tra Polonia, Unione Europea e Consiglio d'Europa, s'intendono qui esaminare i possibili futuri scenari della *membership* polacca nell'ambito dei succitati organismi sovranazionali, nonché i risvolti giurisdizionali e politici per contenerne una deriva giudicata pressoché unanimemente illiberale.

Le vicende, com'è noto, possono riportarsi all'ormai annoso contenzioso che vede contrapporsi Varsavia e le organizzazioni europee sul tema della giustizia portata avanti dal partito di maggioranza conservatore "Diritto e giustizia" (PiS)³. Iniziato con la riforma della composizione del Tribunale



¹ Tribunale costituzionale polacco, sent. n. K 3/21, "Assessment of the conformity to the Polish Constitution of selected provisions of the Treaty on European Union", Varsavia, 7 ottobre 2021 ([traduzione ufficiale in inglese disponibile sul sito del Tribunale costituzionale polacco](#)).

² Tribunale costituzionale polacco, sent. n. K 6/21, "Article 6(1), first sentence, of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, insofar as the term 'tribunal' used therein comprises the Constitutional Tribunal" ([traduzione ufficiale in inglese disponibile sul sito del Tribunale costituzionale polacco](#)). Su questa pronuncia, v., in particolare, S. TROILO, [Controlimiti versus Stato di diritto? Gli esiti della giurisdizionalizzazione dello scontro fra Unione europea e Polonia sull'indipendenza della magistratura](#), retro, 115.

³ W. SADURSKI, *Poland's Constitutional Breakdown*, Oxford, 2019; R. GRZESZCZAK AND S. TERRETT, *The EU's Role in Policing the Rule of Law: Reflections on Recent Polish Experience*, in [Northern Ireland Legal Quarterly](#), n. 69, Issue 3, 2018, 347-366; L. BESSELINK, K. TUORI, G. HALMAI, C. PINELLI, *The Rule of Law Crisis in Europe*, in *Diritto Pubblico*, Issue 1, 2019, 267-287; A. BODNAR, *Protection of Human Rights after the Constitutional Crisis in Poland*, in *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*, edited by S. Baer, O. Lepsius, C. Scöberger, C. Waldhoff, C. Walter, 2018; R. PIOTROWSKI, *L'indipendenza della magistratura e la democrazia costituzionale. Rivisitazione dell'esperienza attuale della Polonia*, in G. Pitruzzella, O. Pollicino, M. Bassini (curr.), *Corti europee e democrazia. Rule of Law, indipendenza e accountability*, Milano, 2019, 95-122; A. ANGELI, A. DI GREGORIO, J. SAWICKI, *La controversa approvazione del "pacchetto giustizia" nella Polonia di "Diritto e giustizia"*. Ulteriori considerazioni sulla crisi del costituzionalismo polacco alla luce del contesto europeo, in [DPCE Online](#), n. 3, 2017, 802 ss.

costituzionale a fine 2015⁴ e dell'Ufficio della Procura nel 2016, il processo di progressiva erosione dell'indipendenza del potere giudiziario nell'ordinamento polacco è proseguito con le modifiche alla Corte suprema e alle Corti ordinarie del 2017 e del 2019, giungendo all'apice nel dicembre 2019 con l'approvazione, da parte del *Sejm*, della legge sull'ordinamento giudiziario⁵.

Tale percorso, già evidenziatosi con riferimento alla magistratura ungherese e definito da Scheppele con il termine *court packing*⁶, è chiaramente volto a ridurre sempre più la distanza che separa il potere giudiziario dalla politica, in un quadro di allargamento delle competenze del governo negli ambiti cruciali di pertinenza della magistratura.

Nella stessa direzione sembrano, dunque, essersi mosse le due sentenze oggetto del presente lavoro, in quanto volte proprio ad avallare – attraverso la voce autorevole del Tribunale costituzionale polacco – il progressivo affievolimento del principio dell'indipendenza della magistratura messo in atto dal Governo polacco.

2. L'affondo di Lussemburgo: La sentenza A.B. sulla nomina dei giudici del Sąd Najwyższy

I rapporti già tesi tra la Corte di giustizia e il Governo polacco hanno subito un aggravamento con la sentenza pronunciata dalla Grande Camera il 2 marzo 2021 su richiesta del *Naczelny Sąd Administracyjny* (Corte suprema amministrativa) nella causa AB⁷, riguardante le nuove regole per la nomina dei giudici della Corte Suprema polacca (*Sąd Najwyższy*) introdotte con la riforma del 2019.

All'origine del dissidio si trovano le azioni intentate da alcuni candidati alla Corte Suprema che si erano visti rifiutare la proposta di nomina al Presidente della Repubblica da parte del Consiglio Nazionale di Magistratura, che aveva avanzato invece altri nominativi. Benché fosse prevista la possibilità per i candidati esclusi di presentare ricorso, la proposta di nomina sarebbe divenuta ugualmente effettiva se l'atto non fosse stato impugnato da tutte le parti della procedura di selezione, ivi comprese quelle che non avrebbero alcun interesse ad impugnare in quanto candidati designati.

Gli esclusi adivano, pertanto, la Corte Suprema Amministrativa polacca, che, con rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia del 21 novembre 2018, chiedeva, anzitutto, se fosse compatibile con il principio dello Stato di diritto e con il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva la normativa che aveva previsto che la proposta di nomina di un candidato alla carica di giudice della Corte suprema si sarebbe perfezionata in difetto di un'impugnazione da parte di tutti i partecipanti. Si domandava, in secondo luogo, se integrasse una violazione dello stato di diritto, del principio della parità di trattamento e dell'accesso equo e non discriminatorio all'ufficio del giudice presso la Corte suprema che, pur dandosi un diritto di ricorso al giudice competente nei singoli casi, la nomina ad un posto vacante di giudice della Corte suprema potesse avvenire senza che il tribunale competente potesse effettuare un riesame delle suddette procedure di selezione. Infine, la Corte Suprema Amministrativa dubitava che fosse compatibile con il principio dell'equilibrio istituzionale una composizione del Consiglio Nazionale di Magistratura, il cui compito è salvaguardare l'indipendenza della magistratura e gestire la nomina all'ufficio di giudice della Corte suprema, interamente determinata dal potere legislativo.

⁴ Sul punto, v. W. SADURSKI, *Polish Constitutional Tribunal under PiS: From an Activist Court, to a Paralysed Tribunal, to a Governmental Enabler*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, vol. 11, 2019, 82 ss.; J. SAWICKI, *Polonia: un tentativo di eviscerazione dello stato costituzionale di diritto*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 9 marzo 2016, 1 ss.; M. DICOSOLA, *La crisi costituzionale del 2015-16 in Polonia: il fallimento della transizione al costituzionalismo liberale?*, in *Osservatorio costituzionale*, 1/2016; A. MLYNARSKA-SOBACZEWSKA, *Polish Constitutional Tribunal Crisis: Political Dispute for Falling Kelsenian Dogma of Constitutional Review*, in *European Public Law*, vol. 23, 2017, No. 3, 489 ss.

⁵ *Amendments to the Act on the System of Common Courts, the Act on the Supreme Court, the Act on the National Council of the Judiciary and Certain other Acts*, 20 dicembre 2019 ([testo in inglese](#)).

⁶ K. L. SCHEPPELE, *Populist Constitutionalism?* in [European University Institute Blog](#), 16 November 2017. Il termine 'court-packing' deriva dalla tradizione americana costituitasi attorno al 'Judicial Procedures Reform Bill' of 1937, proposto dal Presidente Roosevelt allo scopo di manipolare la composizione della Corte suprema ed assicurarsene il favore.

⁷ CGUE, sent. 2 marzo 2021, Causa C-824/18, *A.B. and others*.

Successivamente, il 26 giugno 2019, la medesima Corte proponeva una questione aggiuntiva, presentata a seguito dell'approvazione della legge del 26 aprile 2019⁸. La nuova normativa, infatti, stabiliva *ipso iure* un non luogo a provvedere in controversie come quelle di cui al procedimento principale ed escludeva per il futuro qualsiasi possibilità di ricorso nelle cause individuali relative alla nomina a un posto di giudice al *Sąd Najwyższy*. Una simile previsione normativa appariva, infatti, pregiudicare il diritto di accesso alla giustizia nella parte in cui, nelle controversie individuali pendenti dinanzi all'organo giurisdizionale originariamente competente per tali procedimenti (ovvero la Corte Suprema Amministrativa), privava questo stesso giudice della possibilità di sottoporre efficacemente tali domande alla Corte di giustizia e del diritto di attendere la risposta sul rinvio, inficiando, così, il principio di leale collaborazione vigente nell'Unione⁹.

La Corte di giustizia, con la sentenza del 2 marzo 2021, rispondendo preliminarmente al Procuratore Generale che ne aveva eccepito l'incompetenza, ha ricordato che, “sebbene l'organizzazione della giustizia negli Stati membri rientri nella competenza di questi ultimi, ciò non toglie che, nell'esercizio di tale competenza, gli Stati membri siano tenuti a rispettare gli obblighi per essi derivanti dal diritto dell'Unione”¹⁰. Più sostanzialmente, poi, smentendo un precedente giudizio del Tribunale Costituzionale polacco¹¹, ha riaffermato l'assoluta centralità del rinvio pregiudiziale previsto all'art. 267 TFUE, dal momento che siffatto strumento garantisce ai giudici nazionali la più ampia facoltà di adire la Corte “qualora ritengano che, nell'ambito di una controversia dinanzi ad essi pendente, siano sorte questioni che richiedono un'interpretazione o un accertamento della validità delle disposizioni del diritto dell'Unione necessarie per definire la controversia di cui sono investiti”¹². Nello specifico caso polacco, poi, essendo il giudice del rinvio un organo avverso le cui decisioni non potrebbe più proporsi alcun ricorso di diritto interno, la facoltà prevista nell'art. 267 TFUE si trasforma in un obbligo di adire la Corte in via pregiudiziale. Ne deriva che uno Stato membro non possa, “senza violare l'articolo 267 TFUE, in combinato disposto con l'articolo 4, par. 3, comma 3, TUE, apportare alla propria normativa nazionale modifiche che abbiano l'effetto specifico di impedire il mantenimento, successivamente alla loro proposizione, di domande di pronuncia pregiudiziale rivolte alla Corte e di impedire così a quest'ultima di pronunciarsi su tali domande, nonché di escludere qualsiasi possibilità che un giudice nazionale ripresenti in futuro domande analoghe”¹³.

Quanto alla questione relativa alla violazione degli artt. 2 e 19 TUE, la Corte di giustizia ha ribadito che “il principio di tutela giurisdizionale effettiva dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto dell'Unione, cui fa riferimento l'articolo 19, par. 1, comma 2, TUE, costituisce un principio generale di diritto dell'Unione che deriva dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri”¹⁴, sicché “ogni Stato membro deve garantire che gli organi che fanno parte, in quanto «organi giurisdizionali» nel senso definito dal diritto dell'Unione del suo sistema di rimedi giurisdizionali nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione e che, pertanto, possono trovarsi a dover statuire in tale qualità

⁸ La legge del 26 aprile 2019 (Dz. U. del 2019, posizione 914), Legge recante modifica della legge sul Consiglio nazionale della magistratura e della legge recante organizzazione del contenzioso amministrativo, ha modificato l'art. 44 della legge sul Consiglio Nazionale della Magistratura stabilendo che «Non è possibile proporre ricorso nelle controversie individuali concernenti la nomina all'ufficio di giudice del [Sąd Najwyższy (Corte suprema)]». Peraltro, l'articolo 3 della legge del 26 aprile 2019 prevede che «[i] ricorsi avverso le delibere [della KRS] nelle controversie individuali concernenti la nomina all'ufficio di giudice [del Sąd Najwyższy (Corte suprema)], promossi ma non definiti prima dell'entrata in vigore della presente legge, si estinguono ipso iure».

⁹ *Ibid.* § 58.

¹⁰ CGUE, sent. 2 marzo 2021, Causa C-824/18, *A.B. and others*, § 68.

¹¹ Tribunale costituzionale polacco, sent. n. K 12/18, Varsavia, 25 marzo 2019, “The election of members to the National Council of the Judiciary from among judges; an appeal against the said Council's resolution on an appointment to the office of judge” ([traduzione ufficiale in inglese disponibile sul sito del Tribunale costituzionale polacco](#)). Sul punto, v. J. SAWICKI, *La Polonia dinanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione europea. La via giudiziaria come possibile soluzione alle minacce per lo stato di diritto*, in *Osservatorio AIC*, fasc. 3/19, pp. 11 ss.

¹² CGUE, sent. 2 marzo 2021, Causa C-824/18, *A.B. and others*, §§ 90 ss.

¹³ *Ibid.* § 95.

¹⁴ *Ibid.* § 110.

sull'applicazione o sull'interpretazione del diritto dell'Unione, soddisfino i requisiti di una tutela giurisdizionale effettiva"¹⁵.

Al contrario, secondo la Corte di giustizia, le modifiche legislative introdotte con la legge 26 aprile 2019, "sono tali da suggerire che il potere legislativo polacco, nel caso di specie, ha agito con il preciso scopo di impedire qualsiasi possibilità di esercitare un controllo giurisdizionale sulle nomine intervenute sulla base di dette delibere della KRS, come, del resto, su tutte le altre nomine intervenute in seno al Sąd Najwyższy (Corte suprema) a partire dall'istituzione della KRS nella sua nuova composizione"¹⁶. Per quanto riguarda, poi, il principio del primato del diritto dell'Unione, la Corte ha riaffermato, sulla scorta di una giurisprudenza costante, che una disposizione di diritto nazionale che impedisce l'attuazione della procedura di cui all'articolo 267 TFUE deve essere disapplicata senza che il giudice interessato debba chiederne o attenderne la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale, con la conseguenza che se il giudice del rinvio dovesse ritenere che le disposizioni della legge 26 aprile 2019 violino l'art. 19, par. 1, comma 2, TUE, egli dovrebbe disapplicarle¹⁷. Come efficacemente rilevato, dunque, la Corte di giustizia, interpretando l'art. 267 TFUE come uno strumento necessario nelle mani dei giudici nazionali, avrebbe dimostrato ancora una volta l'efficacia del "metodo giudiziario"¹⁸ rispetto a quello politico nel fronteggiare la deriva illiberale della Polonia.

4. Il contraccolpo di Varsavia: La sentenza K 3-21 del Tribunale Costituzionale polacco

Prevedibilmente, la risposta di Varsavia alla sentenza della Corte di giustizia nel caso *A.B.* non ha tardato ad arrivare.

Il 29 marzo 2021, il Primo ministro polacco ha chiesto, infatti, al Tribunale costituzionale di stabilire eventuali profili di incompatibilità con la Costituzione di alcune disposizioni del TUE (artt. 4, par. 3, e 19 par. 1), la cui interpretazione operata della Corte di giustizia nella sentenza del 2 marzo 2021 imporrebbe alle autorità nazionali di prendere provvedimenti dalle stesse ritenuti incostituzionali¹⁹.

L'intento è stato qui evidentemente quello di reagire alle ripetute censure sulle riforme del potere giudiziario pronunciate negli anni dalla Corte di giustizia e, più specificamente, di contrapporre un baluardo interno – approntato negli anni mediante la cosiddetta "cattura" del Tribunale Costituzionale²⁰ – alle ingerenze dell'Unione europea.

¹⁵ *Ibid.* § 112.

¹⁶ *Ibid.* § 138.

¹⁷ *Ibid.* §§ 140-143. Pertanto, la Corte conclude che, in presenza di modifiche dell'ordinamento giuridico nazionale come quelle introdotte dalla legge 26 aprile 2019, l'articolo 267 TFUE e l'articolo 4, par. 3, TUE debbano essere interpretati "nel senso che essi ostano a modifiche siffatte qualora risulti – circostanza che spetta al giudice del rinvio valutare sulla base dell'insieme degli elementi pertinenti – che tali modifiche hanno avuto lo specifico effetto di impedire alla Corte di pronunciarsi su questioni pregiudiziali come quelle che le sono state sottoposte da tale giudice e di escludere qualsiasi possibilità che un giudice nazionale ripresenti in futuro questioni analoghe". Inoltre, l'art. 19, par. 1, comma 2, deve essere interpretato "nel senso che esso osta a modifiche siffatte qualora risulti – circostanza che spetta al giudice del rinvio valutare sulla base dell'insieme degli elementi pertinenti – che tali modifiche sono idonee a suscitare dubbi legittimi nei singoli quanto all'impermeabilità dei giudici nominati dal presidente della Repubblica, sulla base delle suddette delibere della KRS, rispetto a elementi esterni, in particolare rispetto a influenze dirette o indirette dei poteri legislativo ed esecutivo, e quanto alla loro neutralità rispetto agli interessi contrapposti, e possono quindi condurre a una mancanza di apparenza d'indipendenza o di imparzialità di detti giudici tale da ledere la fiducia che la giustizia deve ispirare ai singoli in una società democratica e in uno Stato di diritto" (*ibid.* § 150).

¹⁸ J. SAWICKI, *La Polonia dinanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione europea. La via giudiziaria come possibile soluzione alle minacce per lo stato di diritto*, in *Osservatorio costituzionale*, fasc. 3/19, 11 ss.

¹⁹ PRIMO MINISTRO DELLA REPUBBLICA DI POLONIA, K 3/21 - wniosek Prezesa Rady Ministrów, 29 marzo 2021. Al giudizio dinanzi al TC, oltre al ricorrente Primo Ministro, hanno preso parte il Presidente della Repubblica, il **Sejm**, il Ministro degli Affari Esteri, il Procuratore generale e l'Ombudsman polacco

²⁰ Sul punto *ex multis*, v. T. KONCEWICZ, *Constitutional Capture in Poland 2016 and Beyond: What is Next?*, in *Verfassungsblog*, 19 dicembre 2016; T. KONCEWICZ, *The Capture of the Polish Constitutional Tribunal and Beyond: Of Institution(s), Fidelities and the Rule of Law in Flux*, in *Review of Central and East European Law*, 31 maggio 2018; W.

Il 7 ottobre 2021, sul sito del Tribunale costituzionale polacco è stato pubblicato il dispositivo della decisione K 3/21²¹. Pur mancando ancora le motivazioni, tale dispositivo, corredato da una dichiarazione stampa che ne descrive i principali elementi²², pare sufficiente a sostenere alcune considerazioni di carattere generale sull'atteggiamento di Varsavia nei confronti delle fonti primarie dell'Unione europea e, in particolar modo, sulla lettura data dal TC al ruolo della Corte di giustizia quale custode ed interprete dei Trattati.

La decisione, di tipo interpretativo²³, è suddivisa in tre punti speculari alle richieste avanzate dal Primo Ministro ed affronta la ridetta questione della compatibilità degli artt. 1, parr. 1 e 2, 2, 4, par. 3, 19 par. 1, TUE con la Costituzione polacca. Nel primo punto²⁴, il TC dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, parr. 1 e 2, in combinato disposto con l'art. 4, par. 3, del TUE, muovendo dalla constatazione che il processo d'integrazione europeo sarebbe giunto ad un "nuovo stadio" di maturazione, indotto sia dall'attività legislativa dell'Unione europea, sia dal ruolo interpretativo svolto dalla Corte di giustizia, vale a dire ad "unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa" che contrasterebbe con i valori della Costituzione polacca.

Più, nello specifico, tale incostituzionalità è ravvisata sia nel fatto che le autorità dell'Unione europea agirebbero al di fuori del fascio di competenze loro attribuite dalla Repubblica di Polonia mediante i Trattati; sia nella circostanza che la Costituzione polacca non rappresenterebbe più la legge suprema della Repubblica, così che la Polonia non potrebbe più funzionare come Stato sovrano e democratico.

Muovendo dalla convinzione che le istituzioni dell'Unione europea stiano agendo *ultra vires*, non v'è, dunque, dubbio che, al fine di rivendicare la sovranità nazionale della Polonia, il TC sia pervenuto a contraddire alcuni valori fondanti dell'Unione. Si noti, esemplarmente, come l'obiettivo dell'"unione sempre più stretta", ripresa nei Trattati istitutivi dal *Preambolo dello Statuto del Consiglio d'Europa* del 1949, sia presente nel *Preambolo del Trattato CEE* del 1957 e, comunque, contrariamente a quanto potrebbe apparire dalla sentenza, facesse già parte dell'*acquis communautaire* accettato dalla Polonia al momento dell'ingresso nell'Unione europea il 1° maggio 2004. Come sottolineato recentemente da alcuni commentatori²⁵, la presa di posizione di Varsavia potrebbe apparire come un preoccupante richiamo all'*opt-out* espresso da David Cameron all'inizio dei negoziati *Brexit* rispetto all'impegno a condividere il processo di integrazione europeo verso l'"unione sempre più stretta fra i popoli dell'Europa"²⁶. Anche se, ricordando che il diniego di

SADURSKI, *Polish Constitutional Tribunal Under PiS: From an Activist Court, to a Paralyzed Tribunal, to a Governmental Enabler*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, volume 11, 63–84 (2019).

²¹ Tribunale costituzionale polacco, sent. K 3/21 del 7 ottobre 2021 ([traduzione ufficiale in inglese disponibile sul sito del Tribunale costituzionale polacco](#)).

²² Tribunale costituzionale polacco, *Assessment of the conformity to the Polish Constitution of selected provisions of the Treaty on European Union*, press release after the hearing ([traduzione ufficiale in inglese disponibile sul sito del Tribunale costituzionale polacco](#)).

²³ M. KROGEL, *Symposium — Part IV — After the Decision of the Captured Polish Constitutional Tribunal: Jurists Trying to Have and Eat Their Cake*, in [Blog of the International Journal on Constitutional Law](#), 17 ottobre 2021.

²⁴ Al punto primo del dispositivo si legge "Article 1, first and second paragraphs, in conjunction with Article 4(3) of the Treaty on European Union (*Journal of Laws – Dz. U. of 2004 No. 90, item 864/30, as amended*) – insofar as the European Union, established by equal and sovereign states, creates "an ever closer union among the peoples of Europe", the integration of whom – happening on the basis of EU law and through the interpretation of EU law by the Court of Justice of the European Union – enters "a new stage" in which:

a) the European Union authorities act outside the scope of the competences conferred upon them by the Republic of Poland in the Treaties;

b) the Constitution is not the supreme law of the Republic of Poland, which takes precedence as regards its binding force and application;

c) the Republic of Poland may not function as a sovereign and democratic state – is inconsistent with Article 2, Article 8 and Article 90(1) of the Constitution of the Republic of Poland."

²⁵ C. CURTI GIALDINO, *In cammino verso la Poexit? Prime considerazioni sulla sentenza del Tribunale costituzionale polacco del 7 ottobre 2021*, in [Federalismi.it](#), vol. 24/2021.

²⁶ V. C. CURTI GIALDINO, *La richiesta britannica di rinegoziare taluni impegni europei: prime considerazioni sulla lettera del premier Cameron al presidente del Consiglio europeo Tusk*, in [Federalismi.it](#), vol. 23/2015, 1-27.

Bruxelles all'iniziativa britannica venne allora sostenuto anche da Varsavia, il passo indietro polacco, più che volto a ridimensionare la propria partecipazione al progetto di integrazione europeo, parrebbe diretto "più semplicemente" a circoscrivere la capacità della Corte di giustizia di intervenire sul progetto di riforma della giustizia polacca.

Anche circa l'asserita supremazia della Costituzione rispetto al diritto eurounitario, nei cui termini già nel 2005, con la sentenza K 18/04, il Tribunale costituzionale polacco si era espresso²⁷, non sembra essersi tenuto conto del fatto che, al momento dell'adesione della Polonia all'Unione Europea, era completamente consolidato l'orientamento giurisprudenziale sulla prevalenza del diritto europeo anche rispetto alle Costituzioni nazionali. Se è pur vero, infatti, che non sono mancati interventi mitigatori di tale principio mediante il ricorso di Corti nazionali alla teoria dei *controlimiti*²⁸, in nessun caso si era assistito ad una così forte e generalizzata affermazione della superiorità di una Costituzione nazionale rispetto al diritto comunitario. A meno di non ritenere che il TC, più che mirare a risolvere una contraddizione esistente tra Costituzione polacca e diritto eurounitario, abbia piuttosto voluto fornire copertura costituzionale alla legislazione nazionale ordinaria, al fine di abbassare il livello di indipendenza della magistratura al di sotto del minimo richiesto sia dalla Costituzione polacca sia dal diritto dell'UE.²⁹ Per dirla con il costituzionalista polacco Wojciech Brzozowski, "la veste formale della sentenza è stata utilizzata per ottenere un effetto che ha poco a che fare con il controllo di costituzionalità e che è più simile alla riserva ai sensi del diritto internazionale"³⁰

Nel prosieguo, ai punti 2 e 3 del dispositivo, il TC afferma l'incostituzionalità degli obblighi derivanti dall'art. 19, par 1 TUE, da solo o in combinato disposto con l'art. 2 TUE, nella misura in cui – al fine di assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione – consente ai giudici nazionali, in via generale³¹, di

a) controllare la legittimità della procedura di nomina di un giudice, compreso il controllo della legittimità dell'atto con cui il Presidente della Repubblica nomina un giudice, aggirando le disposizioni della Costituzione³²;

b) riesaminare la legittimità della delibera del Consiglio Nazionale della Magistratura di deferire al Presidente della Repubblica una richiesta di nomina di un giudice facendo perno su disposizioni revocate dal *Sejm* e/o dichiarate dalla Corte costituzionale in contrasto con la Costituzione; e, infine,

c) accertare la sussistenza di vizi nel processo di nomina del giudice e, di conseguenza, rifiutare di considerare giudice una persona nominata a un ufficio giudiziario ai sensi dell'articolo 179 Cost.

Ora è indubbio che l'organizzazione del potere giudiziario non rientri tra le competenze trasferite all'Unione europea dagli Stati membri; del resto, l'art. 19 (1), 2, oggetto della declaratoria di incostituzionalità da parte del TC, afferma che sono gli Stati membri a stabilire i rimedi giurisdizionali

²⁷ Stabilendo che, nell'ipotesi di un conflitto tra la Costituzione e una disposizione di diritto dell'Unione, anche di rango primario, non risolvibile in via interpretativa, non sarebbe stato possibile ammettere né che una disposizione costituzionale fosse sostituita da una regola del diritto dell'Unione, né che la sua applicazione fosse limitata ai settori non rientranti nel campo di applicazione del diritto dell'Unione.

²⁸ Sulla teoria dei controlimiti, v., tra gli altri, M. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione Europea*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione*, Bologna, 2007; A. RUGGERI, *La Corte aziona l'arma dei "controlimiti" e, facendo un uso alquanto singolare delle categorie processuali, sbarra le porte all'ingresso in ambito interno di norma internazionale consuetudinaria (a margine di Corte cost. n. 238 del 2014)*, in questa *Rivista*, 17.11.2014; S. ROMBOLI, *La nuova stagione dei controlimiti: il caso Taricco all'esame della Corte costituzionale*, *ivi*, 2016/III, 456; A. RUGGERI, *Trattato costituzionale, europeizzazione dei "controlimiti" e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2005; D. PELLEGRINI, *I controlimiti al primato del diritto dell'Unione Europea nel dialogo tra le Corti*, Firenze, 2021; F. VECCHIO, *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali. Effetti asimmetrici dell'europeizzazione dei controlimiti*, Torino, 2012.

²⁹ V., sul punto, S. BIERNAT – E. ŁĘTOWSKA, *This Was Not Just Another Ultra Vires Judgment! Commentary to the statement of retired judges of the Constitutional Tribunal*, in *Verfassungsblog*, 27 ottobre 2021.

³⁰ W. BRZOZOWSKI, *C'è del marcio in Polonia? Il significato autentico della sentenza costituzionale 7 ottobre 2021*, in *Quaderni Costituzionali*, fascicolo 4, 2021, p. 974.

³¹ Tribunale costituzionale polacco, sent. K 3/21 del 7 ottobre 2021, pt. 2.

³² Tribunale costituzionale polacco, sent. K 3/21 del 7 ottobre 2021, pt. 3.

necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione.

Quest'ultima disposizione, in una prima consolidata accezione fornita dalla giurisprudenza, indica che la tutela giurisdizionale di posizioni soggettive nei settori disciplinati dal diritto dell'UE deve essere assicurata nel quadro degli strumenti di garanzia predisposti da ciascun ordinamento nazionale³³ in base al principio di leale cooperazione previsto all'art. 4, par. 3, TUE, che, nell'imporre agli Stati generali obblighi di condotta privi di un contenuto predeterminato, presuppone tuttavia che gli stessi utilizzino le proprie competenze giurisdizionali al fine di garantire l'efficacia anche del diritto UE. Ciò si traduce nel fatto che "spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro, in applicazione del principio di leale cooperazione, designare i giudici competenti e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi giurisdizionali intesi a garantire la tutela dei diritti riconosciuti ai singoli in forza delle norme di diritto dell'Unione"³⁴. Ancora, più di recente, la Corte di giustizia ha precisato che, partendo dalle premesse che "l'articolo 19 TUE [...] concretizza il valore dello Stato di diritto affermato all'articolo 2 TUE", l'obbligo per gli Stati di garantire una tutela giurisdizionale effettiva non è più solamente una conseguenza del principio di leale cooperazione, ma ne costituisce il presupposto³⁵.

In questo quadro, l'art. 19 TUE, assume, dunque, proprio quel carattere di elemento sistemico e fondante dell'ordinamento UE che la sentenza del TC polacco intende disconoscere. Avendo, tuttavia, la Polonia, al pari di tutti gli altri Stati membri dell'Unione, trasferito alla Corte di giustizia la competenza ad interpretare il principio di effettiva tutela giurisdizionale a cui pertiene strettamente l'indipendenza dei giudici, la relativa verifica non sembra rappresentare un'ingerenza della Corte di giustizia nell'organizzazione del potere giudiziario, bensì un legittimo esercizio del proprio ruolo di garante del rispetto dei Trattati³⁶.

Sebbene possa apparire sproporzionato parlare di *Polexit*, è evidente che la sentenza del Tribunale costituzionale polacco segna un nuovo punto di rottura, almeno tra Varsavia e Lussemburgo. Anche se la questione, come notato da diversi commentatori, merita di essere ridimensionata, dato che la sentenza in commento non potrà produrre effetti ed assumere valore vincolante nei confronti dei giudici polacchi, che solo di fatto potrebbero esserne condizionati implementando il diritto dell'UE come interpretato dal Tribunale costituzionale e rifiutando di dare applicazione a determinate sentenze della CGUE, *in primis* la sentenza A.B.

Per altro verso, nemmeno sembra reggere l'omologazione della sentenza di Varsavia con famose prese di posizione di altre Corti costituzionali nazionali³⁷. In tal senso, non è, infatti, passato inosservato il tentativo posto in essere dal Governo polacco di porsi nel solco della sentenza del *Bundesverfassungsgericht* sul *Public Sector Purchase Programme* della BCE³⁸. È evidente, tuttavia,

³³ CGUE, 16 dicembre 1976, 33/76, *Rewe*, e 9 novembre 1983, 199/82, *San Giorgio*.

³⁴ CGUE, 26 giugno 2019, C-723/17, *Craeynest*, § 31.

³⁵ CGUE, 27 febbraio 2018, C-64/16, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, §§ 32-36.

³⁶ Nello specifico caso polacco, tale controllo, come abbiamo visto nel paragrafo precedente, ha avuto ad oggetto – fra gli altri – anche la composizione della Corte suprema polacca la quale, non rispettando il principio di indipendenza del potere giudiziario non garantiva – secondo l'interpretazione della CGUE – il rispetto dell'art. 19 (1) TUE: CGUE, sent. 2 marzo 2021, Causa C-824/18, *A.B. and others*.

³⁷ Ne è un esempio l'italiana "Saga Taricco", causa C-105/14 e causa C-42/17. Sul punto, v. G. COMAZZETTO, *Luci e ombre del dialogo tra Corti: la "saga Taricco" tra revirements e questioni irrisolte*, in questa *Rivista*, 2018/II, 347; S. ROMBOLI, *La nuova stagione dei controlimiti: il caso Taricco all'esame della Corte costituzionale*, *ivi*, 2016/III, 456; A. RUGGERI, *Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronuncia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti (a margine di Corte cost. n. 24 del 2017)*, *ivi*, 2017/I, 81; L. COSTANZO, *La prescrizione giusta: nodi e questioni del caso Taricco*, *ivi*, 2017/III, 504.

³⁸ V., sul tema, M. BURSI, *La sentenza del BVerfG sul Public Sector Purchase Programme: un'Europa sempre più difficile*, in questa *Rivista*, *Studi 2020/II*, 385-405, 9 luglio 2020; M. BONINI, *Il Bundesverfassungsgericht tedesco e il programma PSPP: dalla sentenza «Weiss» alla procedura di infrazione della Commissione, attraverso il percorso accidentato del sindacato nazionale sugli atti ultra vires dell'Unione europea*, in *DPCE Online*, 9 luglio 2021; L. FERRARO, *La corte di Karlsruhe e il programma di acquisto dei titoli pubblici da parte della BCE (PSPP): principio democratico versus solidarietà?*, in *Rivista AIC*, vol. 3/2021; L. VIOLINI, *Le riserve tedesche nei riguardi della UE: un po' di storia e qualche considerazione sulla sentenza del BVERFG sul PSPP (Ezb-Urteil)*, in *Nuovi scenari per la giustizia costituzionale nazionale e sovranazionale*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, III, 479, Genova, 2020; B.

la differenza. Mai, prima d'ora, alcuno Stato membro aveva messo in discussione il primato del diritto dell'Unione in maniera così generalizzata, laddove le sentenze dei tribunali di altri paesi hanno riguardato questioni sorte nell'interpretazione della Costituzione nazionale e del diritto dell'UE principalmente in settori ben definiti del diritto sostanziale, toccando prevalentemente il diritto derivato dell'UE, senza contestare direttamente i Trattati – come fa la sentenza K 3/21 – né la giurisprudenza della CGUE sui valori fondanti dell'Unione. Si noti, d'altra parte, come in tali precedenti, le Corti nazionali hanno generalmente mirato ad innalzare il livello di tutela garantito ai propri cittadini e non, come nel caso polacco, a degradarlo³⁹.

Non sorprende, dunque, che la sentenza del Tribunale costituzionale polacco abbia esacerbato tensioni già esistenti, provocando un'immediata reazione delle stesse istituzioni europee. Il 19 ottobre, il Parlamento Europeo, riunito in sessione plenaria a Strasburgo, ha discusso della decisione del TC polacco e, a seguito di un'interlocuzione con il Primo Ministro Morawiecki, ha adottato una risoluzione “sulla crisi dello Stato di diritto in Polonia e il primato del diritto dell'UE”⁴⁰. Definendo la sentenza come un “attacco alla comunità europea di valori e leggi nel suo complesso che compromette il primato del diritto dell'UE come uno dei suoi principi fondamentali, conformemente alla giurisprudenza consolidata della CGUE”⁴¹, il Parlamento europeo ha invitato la Commissione e il Consiglio a intraprendere azioni urgenti nei confronti dello Stato membro⁴². Nella medesima occasione, la Presidente della Commissione europea, riferendo dinnanzi all'Europarlamento sulla questione, ha affermato che “la sentenza della Corte costituzionale polacca mette in discussione il fondamento dell'Ue ed è una sfida diretta all'unità dell'ordine giuridico europeo”, dichiarandosi pronta ad attivare la procedura ex art. 7 TUE.

A circa venti giorni dall'affondo di Varsavia, poi, il Vicepresidente della Corte di giustizia ha pronunciato un'altra ordinanza nella causa C-204/21⁴³. Su richiesta della Commissione europea, infatti, il giudice di Lussemburgo ha imposto alla Polonia il pagamento di una sanzione di 1 milione di euro al giorno per non avere sospeso – come ordinato il 14 luglio 2021⁴⁴ – la legislazione nazionale che ha previsto la creazione di una camera disciplinare della Corte suprema. Nel motivare tale provvedimento, il Vicepresidente ha ritenuto necessaria “l'imposizione di una penalità alla Repubblica di Polonia al fine di dissuadere tale Stato membro dal ritardare l'adeguamento del suo comportamento a detta ordinanza”⁴⁵.

Da ultimo, il 22 dicembre successivo, la Commissione europea, accogliendo l'invito del Parlamento europeo, ha attivato una procedura di infrazione contro la Polonia⁴⁶ ritenendo che le pronunce del Tribunale costituzionale “violino i principi generali di autonomia, primato, effettività e

CARAVITA, M. CONDINANZI, A. MORRONE, A.M. POGGI, *Da Karlsruhe una decisione poco meditata in una fase politica che avrebbe meritato maggiore ponderazione*, in [Federalismi.it](https://www.federalismi.it), 2020, n. 14, 13 maggio 2020, pp. I-XIV.

³⁹ Inoltre, diversamente da quanto avvenuto nel caso polacco, la CGUE ha avuto in passato la possibilità di intervenire mediante rinvio pregiudiziale. In questo caso, invece, il Tribunale Costituzionale polacco, violando l'obbligo di rinvio derivante dall'art. 267 co. 3 TFUE, ha deciso direttamente sulla questione senza interpellare la Corte di giustizia. Altrettanto nuova, poi, risulta la circostanza per cui ad attivare il controllo di legittimità costituzionale sia stato il Governo e non, come negli altri casi, un giudice interno o ricorrenti privati

⁴⁰ PARLAMENTO EUROPEO, Risoluzione sulla crisi dello Stato di diritto in Polonia e il primato del diritto dell'UE, 21 ottobre 2021, (2021/2935(RSP)).

⁴¹ *Ibid.*, § 1.

⁴² Quali 1) l'avvio di una procedura d'infrazione in relazione alla legislazione sul Tribunale costituzionale illegittimo; 2) l'avvio, da parte della Commissione, della procedura di cui all'art. 6 par. 1 del Regolamento sulla condizionalità dello Stato di diritto; 3) l'astensione dall'approvazione del progetto di piano di ripresa e la resilienza della Polonia fino a quando il governo polacco non avrà attuato pienamente e correttamente le sentenze della CGUE; 4) l'adozione di raccomandazioni propedeutiche all'avvio della procedura di cui all'art. 7 TUE; 5) l'interruzione o la sospensione dei pagamenti, dato il rischio di gravi carenze nell'efficace funzionamento dei sistemi di controllo in Polonia a causa della mancanza di indipendenza del potere giudiziario, che mette in pericolo la legittimità e la regolarità della spesa (*ibid.* § 12).

⁴³ CGUE, Ordinanza del Vicepresidente della Corte, 27 ottobre 2021, Causa C-204-21, *Commissione v Polonia*.

⁴⁴ CGUE, Ordinanza del Vicepresidente della Corte, 14 luglio 2021, Causa C-204-21, *Commissione v Polonia*.

⁴⁵ CGUE, Ordinanza del Vicepresidente della Corte, 27 ottobre 2021, § 57.

⁴⁶ COMMISSIONE EUROPEA, Comunicato stampa del 22 dicembre 2021, [Rule of Law: Commission launches infringement procedure against Poland for violations of EU law by its Constitutional Tribunal](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/22_1222).

applicazione uniforme del diritto dell'Unione e l'efficacia vincolante delle sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea"⁴⁷.

5. *L'origine delle tensioni tra Strasburgo e Varsavia: la sentenza Xero Flor sulla composizione del Tribunale costituzionale polacco*

Le misure adottate dall'UE non sembrano, però, aver dissuaso la Polonia dai suoi intenti, come pare dimostrare l'ulteriore e altrettanto duro scontro con le istituzioni del Consiglio d'Europa sfociato, il 24 novembre 2021, in un'altra discussa decisione del Tribunale costituzionale polacco.

La vicenda aveva preso avvio dal travagliato processo di nomina dei giudici costituzionali polacchi quando, in vista del termine della sua settima legislatura, nel giugno del 2015, il *Sejm* aveva modificato le modalità di selezione dei giudici costituzionali al fine di assicurarsi l'elezione di cinque nuovi membri in sostituzione di quelli il cui mandato sarebbe scaduto entro l'anno. Cosa che puntualmente avvenne, l'8 ottobre 2015, ma l'insediamento dei nuovi giudici rimase bloccato dal rifiuto del Presidente neoeletto ed esponente del PiS, all'epoca partito di opposizione, di accettarne il giuramento.

A seguito delle elezioni del 26 ottobre 2015, che avevano visto la vittoria della formazione PiS, il neoeletto Parlamento provvedeva nuovamente a modificare la legge sul Tribunale costituzionale. Tra le varie novità introdotte, la legge stabiliva che il mandato dei giudici costituzionali avesse decorrenza dal momento del giuramento dinnanzi al Presidente della Repubblica, da eseguirsi entro trenta giorni dall'elezione. L'effetto retroattivo di tale disposizione determinava l'annullamento delle elezioni dei cinque giudici operate dal Parlamento uscente e la vacanza di cinque seggi nel Tribunale costituzionale. Il 2 dicembre 2015, il *Sejm*, una volta rimossi i giudici individuati dalla precedente legislatura, eleggeva cinque nuovi membri del Tribunale costituzionale, i quali perfezionavano tempestivamente il proprio incarico prestando giuramento nelle mani del Presidente della Repubblica.

A seguito della contestata illegittimità di tali riforme, interveniva nella questione il Tribunale costituzionale che, con due pronunce del dicembre 2015⁴⁸, dichiarava legittima la prima procedura selettiva (dell'ottobre 2015), limitatamente all'elezione dei tre giudici che avrebbero dovuto iniziare il proprio mandato prima del termine della settima legislatura, mentre riteneva illegittima l'elezione dei due giudici il cui mandato sarebbe iniziato dopo il rinnovo del Parlamento.

In risposta alla decisione del Tribunale costituzionale, il neoeletto Parlamento riformava ulteriormente la legge sul funzionamento dell'alto consesso, disponendo che tutti e cinque i giudici eletti il 2 dicembre 2015 all'inizio dell'ottava legislatura entrassero in carica. Ciò determinava l'esclusione dal Tribunale costituzionale dei tre giudici nominati alla fine della settima legislatura e la loro sostituzione coi tre membri nominati all'inizio dell'ottava legislatura.

Stante il quadro delineato, il contenzioso con Strasburgo avrebbe avuto più precisa origine da due decisioni pronunciate dal Tribunale costituzionale polacco il 3 e 9 dicembre 2015, su ricorso presentato dalla società *Xero Flor* ai sensi dell'art. 79 della Costituzione polacca. Tra i 5 giudici chiamati a pronunciarsi sul ricorso figurava, infatti, anche Marius Muszynski, uno dei membri eletti dall'ottavo *Sejm* il 2 dicembre 2015, motivando così il ricorso della *Xero Flor* dinnanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo, col protestarsi la violazione del diritto ad un tribunale precostituito per legge ai sensi dell'art. 6 par. 1 CEDU.

⁴⁷ Pertanto, la Polonia ha due mesi per rispondere alla lettera di costituzione in mora inviata dalla Commissione. Se la Commissione dovesse ritenere tale risposta inadeguata e il paese continuasse a non volersi conformare alla legislazione comunitaria, la questione potrebbe essere deferita alla Corte di giustizia

⁴⁸ Tribunale costituzionale polacco, Sentt. K 34/15, 3 dicembre 2015, The Constitutional Tribunal Act ([traduzione ufficiale in inglese disponibile sul sito del Tribunale costituzionale polacco](#)); K 35/15, 9 dicembre 2015, The Act of 19 November 2015 amending the Constitutional Tribunal Act ([traduzione ufficiale in inglese disponibile sul sito del Tribunale costituzionale polacco](#)).

Il 7 maggio 2021, infatti, non imprevedibilmente, la Corte Edu, per la prima volta nella storia, ha sanzionato la composizione illegittima della Corte costituzionale di uno Stato membro, segnando un nuovo passaggio nell'ormai annosa questione polacca⁴⁹.

Dopo aver preliminarmente statuito nel senso della riconducibilità del Tribunale costituzionale polacco alla definizione di tribunale ai sensi dell'art. 6, par. 1 CEDU⁵⁰, i giudici della Prima Sezione, nell'affrontare il merito della controversia, hanno applicato il *threshold test*⁵¹ di cui alla recente sentenza della Grande Camera nel caso *Guðmundur Andri Ástráðsson v. Iceland*⁵², rinvenendo nel caso polacco la sussistenza di tutte le tre condizioni necessarie per dirsi perpetrata la violazione dell'art. 6, par. 1, CEDU, ossia 1) la presenza di una manifesta violazione della normativa nazionale⁵³; 2) la presenza di una violazione sostanziale e non meramente tecnica⁵⁴; 3) l'assenza di un controllo da parte delle corti nazionali sul procedimento di nomina⁵⁵.

6. *Melius abundare quam deficere*: la doppia reazione del Tribunale Costituzionale alla sentenza *Xero Flor*

Una prima risposta alla sentenza *Xero Flor* è giunta dal Tribunale costituzionale polacco *in media res*, ossia nell'ambito di un procedimento già incardinato dalla sezione disciplinare della Corte suprema a seguito dell'ordinanza cautelare della Corte di giustizia dell'8 aprile 2020 che aveva ordinato l'immediata sospensione della sua giurisdizione disciplinare nei confronti dei magistrati polacchi coinvolti nella questione⁵⁶. Con sentenza del 14 luglio 2021, il Tribunale costituzionale ha, infatti, concluso per l'incostituzionalità del combinato disposto dell'art. 4, par. 3, TUE e 279 TFUE, peraltro in una formazione collegiale in cui figura anche Justyn Pikorski, eletto dal Parlamento il 15 settembre 2017 in sostituzione di Lech Morawski, uno dei cinque giudici eletti dal Sejm il 2 dicembre 2015. Per tale motivo, essendo nel frattempo intervenuta la sentenza *Xero Flor* che dichiarava l'illegittimità di tale elezione, il Commissario per i Diritti Umani polacco proponeva un'istanza incidentale nella quale richiedeva la rimozione del giudice dal *panel* giudicante.

⁴⁹ Corte Edu, Case *Xero Flor v Poland*, appl. N. 4907/18, sent. 7 maggio 2021. Sulla decisione, v., ancora, S. TROILO, [Controlimiti versus Stato di diritto?](#), 120.

⁵⁰ Corte Edu, Case *Xero Flor v Poland*, cit., § 187. La norma in questione, infatti, presuppone – ai fini della sua applicazione in ambito civile – la sussistenza di una controversia concernente un diritto da doversi riconoscere nell'ordinamento, nonché la diretta rilevanza dell'esito del procedimento per il diritto in questione. Pur riconoscendo che il Tribunale costituzionale non rientri tipicamente nell'ambito di applicazione della definizione prevista all'art. 6 par. 1 CEDU, la Corte ha sottolineato come l'art. 79 della Costituzione polacca preveda la possibilità per chiunque di presentare allo stesso un ricorso per contestare la costituzionalità di una legge o altro atto normativo che abbia costituito il fondamento giuridico di una decisione individuale definitiva con cui un tribunale o un'autorità amministrativa abbiano determinato diritti e obblighi costituzionali (*ibid.*, §196). Tale previsione normativa, nell'interpretazione adottata dai giudici della Prima Sezione, suggerirebbe che sia stata proprio pensata come rimedio contro le violazioni dei diritti e delle libertà costituzionali, collegato a una concreta decisione giudiziaria o amministrativa la cui base giuridica avrebbe violato tali diritti e libertà. L'accoglimento – nei fatti non avvenuto – del ricorso presentato dalla società *Xero Flor*, infatti, avrebbe comportato la pronuncia di una sentenza del TC che, a ben vedere, avrebbe costituito il presupposto di una revisione del procedimento civile in questione, determinando in tal modo un inscindibile collegamento tra la giurisdizione del Tribunale e i diritti della ricorrente.

⁵¹ Che, secondo alcuni commentatori, sarebbe stato predisposto *ad hoc* (v. A. OSTI, *La Corte Edu si pronuncia per la prima volta in tema di imparzialità e indipendenza dei giudici costituzionali polacchi*, in *Quaderni costituzionali*, vol. 3/2021, 718-722).

⁵² Corte Edu, Case *Guðmundur Andri Ástráðsson v. Iceland*, Appl. No. 26374/18, sent. G.C. 1° dicembre 2020, §§ 243-253.

⁵³ Corte Edu, Case *Xero Flor v Poland*, cit., §§ 245-275.

⁵⁴ Corte Edu, Case *Xero Flor v Poland*, cit., §§ 276-287.

⁵⁵ Corte Edu, Case *Xero Flor v. Poland*, cit., § 288.

⁵⁶ Per un approfondimento, v. S. GIANELLO, *La Corte di Giustizia ordina di sospendere l'attività giurisdizionale della Sezione disciplinare de ISad Najwyższy: alcune riflessioni a margine dell'ordinanza della Grande Sezione (causa c-791/19 r)*, in [Nomos](#), 1/2020.

La risposta del Tribunale costituzionale a tale istanza incidentale⁵⁷ è parsa rappresentare un “chiaro ed inequivocabile attacco alla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, suscettibile di estendere i propri effetti ben oltre la singola questione”⁵⁸. Con decisione interlocutoria del 15 giugno 2021, il Tribunale costituzionale polacco è infatti pervenuto ad affermare che “la sentenza della Corte EDU del 7 maggio 2021, per quanto riguarda la Corte costituzionale, si basa su tesi che dimostrano una scarsa conoscenza dell’ordinamento giuridico polacco, compresi i principi fondamentali che disciplinano la posizione, l’ordinamento e ruolo del Tribunale costituzionale polacco. Al riguardo, la sentenza è stata emessa senza fondamento giuridico, eccede la competenza della CEDU e costituisce un’ingerenza illecita nell’ordinamento giuridico nazionale, soprattutto nelle materie che esulano dalla competenza della CEDU; per questi motivi deve ritenersi un giudizio inesistente (*sententia non existens*)”⁵⁹.

Quanto alla decisione di non rimuovere il giudice Pikorski dal *panel* giudicante, il Tribunale costituzionale ha motivato assumendo il fraintendimento operato nel ricostruire la vicenda della composizione del Tribunale stesso⁶⁰. Il TC ha contestato l’errata interpretazione della decisione che, nel 2015, aveva dichiarato incostituzionale la Legge sul Tribunale costituzionale del 25 giugno 2015. Tale sentenza, infatti, a parere del TC, non avrebbe riguardato lo *status* dei cinque giudici eletti allo scadere del settimo *Sejm* poiché gli stessi, non avendo giurato nelle mani del Presidente della Repubblica, non avevano mai preso servizio e, pertanto, non avrebbero potuto invalidare la posizione dei giudici eletti dall’ottavo *Sejm*. Il Tribunale ha, quindi, concluso, che “qualsiasi tentativo di minare lo status dei giudici del Tribunale costituzionale, da organismi nazionali o internazionali, costituisce una violazione materiale dei diritti del *Sejm* e del Presidente, nonché una violazione del principio costituzionale della separazione e bilanciamento dei poteri”⁶¹.

Anche la ricostruzione operata dalla Corte di Strasburgo, volta a ricondurre il Tribunale stesso entro l’alveo di applicazione dell’art. 6 par. 1 CEDU è stata oggetto di confutazione. Una tale interpretazione sarebbe, secondo il giudice costituzionale polacco, il risultato dell’ignoranza sul funzionamento dell’ordinamento legale polacco, incluse le previsioni di portata costituzionale⁶². Sebbene, infatti, l’art. 10 della Costituzione polacca annoveri il Tribunale costituzionale tra le autorità di cui si compone il potere giudiziario, l’art. 175 Cost. ne sancisce l’estraneità dall’amministrazione della giustizia, la quale è esclusivamente demandata alla Corte suprema e alle corti ordinarie, amministrative e militari⁶³. A parere, dunque, del Tribunale costituzionale, la Corte di Strasburgo, agendo *ultra vires*, avrebbe reinterpreto la normativa interna in maniera tale da ricostruire un quadro legislativo di incompatibilità della normativa polacca con la CEDU.

Se la reazione di Varsavia – visti anche i precedenti con Lussemburgo e Bruxelles – non stupisce, non mancano, però, perplessità circa le modalità con cui il Tribunale costituzionale ha criticato il contenuto della sentenza della Corte di Strasburgo. Anzitutto, il fatto stesso che il Tribunale costituzionale di uno Stato aderente alla CEDU dichiari inesistente una sentenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo risulta certamente senza precedenti. L’abnormità della presa di posizione di Varsavia, infatti, deriva innanzitutto dall’irritualità della pronuncia del TC che, in qualche modo, va a sostituirsi al rituale e già più volte sperimentato deferimento della questione alla Grande Camera

⁵⁷ Tribunale costituzionale polacco, sent. 15 giugno 2021, caso P 7/20, ([traduzione ufficiale in inglese disponibile sul sito del Tribunale costituzionale](#))

⁵⁸ S. GIANELLO, *Se il Trybunal Konstytucyjny dichiara l’inesistenza della decisione Xero Flor V. Poland della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo: alcune riflessioni a margine*, cit., 45.

⁵⁹ Tribunale costituzionale polacco, sent. 15 giugno 2021, caso P 7/20, *infra*, § 2.2.

⁶⁰ Non solo dalla Corte di Strasburgo, ma anche dall’Ombudsman polacco, che, sollecitato dalla sentenza *Xero Flor*, aveva anch’egli proposto un’istanza incidentale tesa a far rimuovere il giudice dal panel giudicante.

⁶¹ Tribunale costituzionale polacco, sent. 15 giugno 2021, caso P 7/20, *infra*, § 2.3.

⁶² *Ibid.*, § 2.4.

⁶³ Il Tribunale costituzionale, infatti, viene definito come una “court of law and not a court of fact”, nel senso che le sue pronunce hanno effetto solamente in ambito normativo e non hanno capacità di modificare direttamente una decisione emessa da altri tribunali. Quanto all’art. 79 par. 1 della Costituzione, secondo l’interpretazione data dal TC, esso prevede solamente la possibilità di sottoporre al TC una legge sulla cui base è stato adottato un provvedimento giurisdizionale lesivo dei diritti del ricorrente, senza interferire direttamente sulla situazione individuale dello stesso. L’accoglimento dell’istanza, infatti, determinerebbe non già una modifica del risultato processuale, ma solamente una possibilità di rivederne il contenuto, spettando comunque al giudice competente la decisione finale sul giudizio.

della Corte di Strasburgo. Non può passare inosservato, poi, l'affronto diretto con cui i giudici polacchi colpiscono la Prima sezione della Corte, accusandola di essere incorsa in un grave errore per ignoranza dell'ordinamento interno. Altrettanto senza precedenti è che il Tribunale polacco – invece di opporre la Costituzione quale limite interno all'effettività della decisione della Corte di Strasburgo – abbia agito su un piano ancora pregiudiziale, dichiarando la sentenza inesistente *ab origine* in quanto emanata da un organo incompetente.

Pertanto, con questo modo di procedere, il Tribunale costituzionale polacco sembra aver operato addirittura una rilettura dei propri obblighi internazionali, contravvenendo a quanto previsto dalla stessa Costituzione polacca. L'art. 91 della Costituzione, infatti, sancisce l'applicabilità diretta degli accordi internazionali ratificati dalla Polonia – salvo la necessità di adottare una specifica legge – e stabilisce, in caso di conflitto, la prevalenza della fonte internazionale sulla fonte primaria nazionale. Avendo, poi, ratificato la CEDU, la Polonia ha altresì riconosciuto il ruolo giurisdizionale della Corte di Strasburgo e, conseguentemente, una possibile evoluzione della Convenzione derivante dalla sua interpretazione.

Se, a questo punto, appare chiara la *ratio* sottesa alla decisione del TC, ossia inibire la sentenza del giudice di Strasburgo della capacità di produrre qualsiasi effetto nell'ordinamento interno, non appare invece così limpido l'approdo cui questo filone giurisprudenziale potrà condurre la Polonia, soprattutto in relazione alla sua partecipazione all'Unione europea e al Consiglio d'Europa. Quel che è certo è che non si è trattato di una svista né di una reazione “a caldo” da parte del TC, il quale – quasi a voler ribadire la propria posizione – è tornato ad occuparsi della questione con un'altra recente decisione.

La sentenza nel caso *Xero Flor*, conformemente all'art. 44 par. 2 CEDU, è divenuta, infatti, definitiva il 7 agosto 2021. Il Governo polacco, non avendo fatto richiesta di deferire la questione alla Grande Camera, si sarebbe dunque dovuto attenere alle indicazioni della Corte adeguandosi alla sentenza. Tuttavia, il Procuratore generale della Repubblica, in maniera del tutto irrituale, nel tentativo di aggirare l'obbligo prescritto all'art. 9 della Costituzione di conformarsi alle obbligazioni internazionali vincolanti per lo Stato – tra le quali figurano certamente le sentenze della Corte EDU – ha rimesso in gioco il Tribunale costituzionale⁶⁴, chiedendo di valutare la compatibilità dell'art. 6 par. 1 CEDU, come interpretato dalla Corte di Strasburgo, nella parte in cui prevede che il Tribunale costituzionale possa essere ritenuto un “tribunale” ai sensi e per gli effetti dell'art. 6 e nella parte in cui consente alla Corte EDU di giudicare sulla legalità del processo di elezione dei giudici del Tribunale costituzionale.

Il 24 novembre 2021 il Tribunale costituzionale, con sentenza K 6/21⁶⁵ si è pronunciato sulla questione accogliendo entrambe le richieste del PG e dichiarando all'unanimità l'incostituzionalità dell'art. 6. par. 1, CEDU. Nonostante l'antecedente dichiarazione di inesistenza della sentenza *Xero Flor* operata incidentalmente nel caso P 7/20, è certamente significativo il fatto che il Tribunale costituzionale, quasi a voler conferire maggiore efficacia e ritualità alla propria presa di posizione, sia tornato a pronunciarsi sull'argomento in un procedimento che sembrerebbe architettato *ad hoc* dal Governo polacco per ottenere una pronuncia politica da parte del Tribunale stesso.

Pur mancando ancora le motivazioni della decisione, nel comunicato stampa rilasciato immediatamente dopo la pronuncia della sentenza, il Tribunale costituzionale ha avuto modo di precisare alcuni punti certamente rilevanti per legittimare la propria decisione agli occhi dell'osservatorio internazionale⁶⁶. Non tanto diversa nel contenuto rispetto alla decisione incidentale

⁶⁴ Giova innanzitutto puntualizzare che, a seguito della riforma della Pubblica accusa del gennaio 2016, in Polonia la figura del Procuratore generale della Repubblica riveste anche l'incarico di Ministro della Giustizia. Dietro al ricorso presentato dal Procuratore generale della Repubblica, dunque, ancora una volta, risulta chiaro l'intento del Governo di farsi parte attiva presso il Tribunale costituzionale al fine di ottenere una dichiarazione di illegittimità volta a rendere inapplicabili disposizioni di diritto sovranazionale contrarie al proprio progetto di riforma della magistratura.

⁶⁵ Tribunale costituzionale polacco, sent. K 6/21 del 24 novembre 2021 ([traduzione ufficiale in inglese disponibile sul sito del Tribunale costituzionale polacco](#))

⁶⁶ Tribunale costituzionale polacco, comunicato stampa “Article 6(1), first sentence, of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, insofar as the term ‘tribunal’ used therein comprises the Constitutional Tribunal” ([traduzione ufficiale in inglese disponibile sul sito del Tribunale costituzionale polacco](#)). In

nel caso P 7/20, la sentenza in commento ribadisce la non riconducibilità del Tribunale costituzionale nell'ambito di applicazione dell'art. 6 CEDU e, quasi a voler ulteriormente circoscrivere l'ambito di operatività della Corte di Strasburgo, ne esclude qualsiasi competenza a valutare della legittimità della propria composizione, riconducendo tale prerogativa esclusivamente nelle competenze del *Sejm* e del Presidente della Repubblica.

Se, anche in questo caso, sul piano dell'effettività interna la decisione appare priva di efficacia vincolante, certamente il suo contenuto preannuncia nuove tribolazioni per la tutela della *rule of law* in Polonia e, prevedibilmente, nuove tensioni nelle relazioni tra lo Stato membro e le istituzioni del Consiglio d'Europa.

Certamente, la reazione di Varsavia alla sentenza *Xero Flor* ha riaperto un dibattito già più volte affrontato circa l'effettività delle decisioni della Corte di Strasburgo negli Stati membri.

La Convenzione prevede, all'art. 46, un meccanismo di monitoraggio del seguito delle decisioni della Corte, affidato al Comitato dei Ministri. Esso dispone che, qualora uno Stato membro rifiuti di eseguire una sentenza della Corte EDU, il Comitato dei Ministri possa attivare un ricorso per inadempimento. Con risoluzione interinale il Comitato procede alla diffida dello Stato e, trascorsi sei mesi, può decidere di introdurre la domanda di accertamento dell'inadempimento davanti alla Corte. Tale procedura è stata sinora utilizzata una sola volta⁶⁷ e rappresenta un'*extrema ratio*. È indubbio che la questione polacca costituisca un caso senza precedenti che necessita di una reazione da parte della Corte di Strasburgo il cui operato, altrimenti, rischierebbe di essere messo in serio pericolo dalle temibili emulazioni cui gli ordinamenti illiberali hanno dato prova di essere molto avvezzi.

La problematicità senza precedenti della sentenza *de qua* non è certamente passata inosservata e ha generato immediate reazioni tra le istituzioni del Consiglio d'Europa. Il giorno stesso della pubblicazione del dispositivo, la Segretaria Generale del Consiglio d'Europa ha espresso preoccupazione nei confronti della decisione del Tribunale costituzionale polacco, ribadendo che "I 47 Stati membri del Consiglio d'Europa, tra cui la Polonia, si impegnano a garantire i diritti e le libertà sanciti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, così come interpretati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Essi sono altresì tenuti a dare esecuzione alle sentenze della Corte di Strasburgo"⁶⁸. Con una lettera al Ministro degli esteri polacco del 7 dicembre 2021, la Segretaria Generale, attivando la procedura di cui all'art. 52 CEDU, ha formalmente chiesto alla Polonia di spiegare, entro il 7 marzo 2022, come intenda assicurare l'effettiva implementazione della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo alla luce della recente giurisprudenza del Tribunale costituzionale.

primo luogo, al fine di dichiarare la propria competenza a conoscere della questione, il Tribunale ha specificato l'oggetto del proprio giudizio, da identificarsi nella recente interpretazione data dalla Corte di Strasburgo all'art. 6 par. 1 CEDU nella sentenza *Xero Flor*. Così facendo, come già evidenziato (E. ŁĘTOWSKA, *The Honest (though Embarrassing) Coming-out of the Polish Constitutional Tribunal*, in [Verfassungsblog](#), 9 novembre 2021) il Tribunale costituzionale, contrariamente a quanto previsto dalla Costituzione, avrebbe illegittimamente avocato a sé la competenza a revisionare una sentenza della Corte EDU, trattandola come una norma di diritto consolidato.

A conferma della propria competenza a decidere della costituzionalità della interpretazione fornita dalla Corte di Strasburgo, poi, il Tribunale costituzionale ha sottolineato l'inesistenza di qualsiasi altro meccanismo di revisione di tale pronuncia se non mediante il proprio giudizio. A ben vedere, tuttavia, Varsavia avrebbe potuto richiedere, prima che la decisione divenisse definitiva, di deferire la questione alla Grande Camera ma, certamente, questo non sarebbe stato in linea con il perseguimento dell'obiettivo di salvaguardare la riforma della giustizia dalle ingerenze esterne. Al contrario, infatti, come puntualizzato dagli esperti del Bingham Centre in una relazione richiesta dal Commissario per i Diritti Umani polacco (BINGHAM CENTRE FOR THE RULE OF LAW, [Expert analysis of the applicability of Article 6 of the European Convention on Human Rights to the constitutional courts of the States Parties, requested by the Polish Commissioner for Human Rights in the context of the case K 6/21 pending before the Polish Constitutional Tribunal](#), 4 novembre 2021), il fatto stesso che il Governo polacco non abbia chiesto che la decisione venisse deferita alla Grande camera dovrebbe essere sufficiente a dimostrarne l'acquiescenza al giudizio, indipendentemente dalle critiche esprimibili sul piano politico.

⁶⁷ COMITATO DEI MINISTRI, Risoluzione interinale, CM/ResDH(2017)429, 5 dicembre 2017.

⁶⁸ SEGRETARIA GENERALE DEL CONSIGLIO D'EUROPA, [Dichiarazione in seguito alla sentenza della Corte costituzionale polacca](#), 24 novembre 2021.

7. Osservazioni conclusive.

La reazione di Varsavia alle sentenze delle Corti europee fa eco ad una propensione, certamente non trascurabile ed in continuo accrescimento tra le cosiddette “democrazie illiberali”, ad affrancarsi dalle obbligazioni derivanti dalla partecipazione alle organizzazioni sovranazionali laddove queste siano d’ostacolo alla realizzazione dei propri progetti di controriforma. Un *modus operandi* questo, che ha visto il proprio apice nel passaggio – segnato dalle sentenze in commento – da un atteggiamento poco collaborativo alla netta cesura di alcune previsioni dei Trattati, in virtù della loro interpretazione fornita dagli organi giurisdizionali preposti.

Al contempo, la disinvoltura del Tribunale costituzionale polacco ha messo ancora più in chiaro l’esistenza di alcuni limiti di fatto all’operato delle Corti europee, certamente distintesi per un impegno proficuo nella salvaguardia e implementazione della *rule of law* negli Stati membri, primo fra tutti l’effettività delle loro decisioni negli ordinamenti degli Stati destinatari. Ciò, a maggior ragione, allorquando si operi in situazioni di crisi sistemica nelle quali la stessa magistratura che dovrebbe fornire supporto alle corti sovranazionali si trova nella condizione di non poter adempiere alle proprie funzioni se non mettendo a rischio la propria carriera.

Condivisibile, pertanto, appare l’indicazione di un *booster*⁶⁹ che coinvolga le corrispondenti organizzazioni sovranazionali anche dal punto di vista politico e non più, quasi esclusivamente, dal punto di vista giurisdizionale. La recente decisione della Commissione europea di attivare una nuova procedura d’infrazione nei confronti della Polonia per le sentenze del Tribunale costituzionale è indubbiamente un primo segnale di collaborazione tra istituzioni. È ancora ad uno stadio embrionale, ma in fase di progressione, la reazione istituzionale del Consiglio d’Europa che, anche sulla scorta della presa di posizione da parte della Commissione europea, dopo avere attivato, come dianzi riferito, il potere d’inchiesta del Segretario Generale, potrebbe chiamare in causa il potere d’esecuzione del Comitato dei Ministri.

L’impegno concreto dell’Unione europea nella salvaguardia del principio dello Stato di diritto sembrerebbe aprire ad un nuovo momento costituzionale per l’Europa, nel quale i valori fondanti il progetto d’integrazione divengono oggetto di una battaglia politica ed istituzionale senza precedenti, che potrebbe vedere il suo apice proprio nella realizzazione quel progetto di adesione dell’Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell’Uomo che, ormai da tempo, attende di essere portato a compimento.

⁶⁹ I. JELIĆ E D. KAPETANAKIS, *European Judicial Supervision of the Rule of Law: The Protection of the Independence of National Judges by the CJEU and the ECtHR*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, 2021, vol. 13, 65.

Giuseppe Laneve

La funzione parlamentare al cospetto della funzione giurisdizionale nel prisma della giurisprudenza costituzionale sui conflitti tra poteri: uno studio sugli ultimi trent'anni*

ABSTRACT: Since the beginning of Nineties years of last Century, both the anti-corruption operation started by Judges – well known as Mani Pulite – and the result of Referendum on Electoral Law produced a dramatic effect on Italian politics. The traditional parties' system - that had supported the national institutions for more than forty years - failed. At constitutional level, one of the main effects was the increasingly tense in relationship between political branch and judiciary. Since there, the conflict on allocation of powers between branches of the State has experienced an unknown vitality before the Constitutional Court (until then, mostly involved in judicial review of legislation and conflicts between State and Regions judgments). Indeed, a new era of the Constitutional Court case-law started at the turn of 2000s, the so called Conflicts Season (stagione dei conflitti). This essay aims to analyze the enormous amount of decisions ruled by the Constitutional Court in such conflicts case-law arised between a judicial organ and a House of Parliament, regarding the immunity guaranteed to Members of Parliament by Constitution (art. 68 Const.). In particular, the first part is focused on conflicts that more than others have characterized the Conflict Season: conflicts based on art. 68, par. 1, which establishes the non-liability of Members for opinions and votes cast in the performance of their function. The scope of the protection afforded as regards "opinions" stated is one of the most controversial aspect of non-liability. To avoid a broad interpretation of this immunity that can turn it in a personal privilege, the Constitutional Court has created a functional link (nesso funzionale) between opinion that can be covered by immunity and parliamentary activity. Yet, this concept is very debated, especially in current social media era of communication. The second part is focused on conflicts based on art. 68, par. 2 and 3 that lay down rules governing inviolability. After Reform in 1993, authorization of the House is no longer required in order to institute criminal proceedings. Instead, it is necessary only if the Judge proposed to take certain steps against a Member of Parliament such as arrest or other specific measures (autorizzazioni ad acta). Finally, the essay focused on few conflites arised between a judge and House of Parliament regarding the "legitimate impediment" claimed by a Member of Parliament on appearing before the Court due his duties. After an overview of the criteria adopted by the Court in dealing with such conflicts that clear up some judicial tendencies, the essay identifies two aspects that can affect these conflicts before the Court: the new rules on Constitutional Court proceeding and the Constitutional Reform (adopted by Const. Law 1/2020) that had reduced Members of Italian Parliament from next Legislature.

Premessa. – 1. 1. Le vicende dei primi anni Novanta e i loro effetti sullo "strato geologico" dell'ordinamento. – 2. Il conflitto dei conflitti: l'insindacabilità parlamentare ex art. 68, comma 1 Cost. – 2.1. La sentenza da dove tutto parte: Corte cost., [n. 1150 del 1988](#). – 2.2. La prima giurisprudenza successiva alla riforma del 1993. – 2.3 Un tassello fondamentale nella giurisprudenza: il caso c.d. dei "pianisti". – 2.4 *Step* ulteriori: le decisioni nn. [265](#) e [375 del 1997](#). – 2.5. Alcune importanti decisioni processuali anche *pro futuro*. – 2.6 Altre sentenze importanti prima della svolta del 2000, a partire dal primo annullamento di una delibera d'insindacabilità. – 2.7. La svolta delle sentenze gemelle del 2000. – 2.8. La prima giurisprudenza successiva alla svolta del 2000. – 2.9. Il 2003, un anno importante su più fronti. – 2.10. Altro tassello fondamentale che viene dal sindacato sulle leggi: la [sentenza n. 120 del 2004](#). – 2.11. La giurisprudenza successiva alla [120 del 2004](#), ancora nel segno della continuità. – 2.12. La questione controversa circa l'insindacabilità di gruppo. – 2.13. Ulteriori casi particolari e tentativi di ampliare lo spettro degli atti tipici. – 2.14. La Corte si pronuncia sull'effetto inibente introdotto dalla legge n. 140 del 2003: la [sentenza n. 149 del 2007](#). – 2.15. La giurisprudenza a cavallo del primo decennio del Duemila: primi segnali di una flessione dei conflitti e l'apertura al diritto eurounitario (con un occhio particolare alla tutela del terzo offeso). – 2.16. Le proposte di aggiornamento del nesso funzionale: la [sentenza n. 313 del 2013](#). 2.16.1. Uno sguardo alla dottrina. – 2.17. Le più recenti e controverse decisioni. – 2.17.1 È possibile per la delibera parlamentare scindere la fattispecie di reato? – 2.17.2. la [sentenza n. 133 del 2018](#), difficilmente collocabile nell'ortodossia della giurisprudenza costituzionale. – 2.18. L'ultima decisione nel merito: la [sentenza n. 110 del 2021](#). – 3. I conflitti ex art. 68,



commi 2 e 3 Cost. – 3.1. Il conflitto sulla perquisizione del domicilio di un parlamentare: il caso risolto da Corte cost., [n. 58 del 2004](#). – 3.2. La natura problematica delle intercettazioni telefoniche. – 3.2.1. Le intercettazioni che coinvolgono un parlamentare. – 3.2.2. Lo snodo della [sent. n. 390 del 2007](#). – 3.2.3. I conflitti tra poteri sulle autorizzazioni delle intercettazioni e all'utilizzo dei tabulati del parlamentare. – 4. Il legittimo impedimento del parlamentare a partire dal caso Previti. – 4.1. I conflitti sollevati dal singolo parlamentare. – 4.2. Il ricorso presentato dalla Camera di appartenenza. – 4.3. La soluzione del conflitto: la decisione [n. 225 del 2001](#). – 4.4. I casi Maticena e Cito. – 4.5. Il Previti II. – Alcune riflessioni conclusive tra le novità del processo costituzionale e le possibili prospettive della funzione parlamentare.

Premessa.

All'interno della fittissima [Relazione sulla Giustizia costituzionale relativa al 2020](#), a cura del Servizio Studi della Corte costituzionale, non può non spiccare il dato per cui nel corso dell'anno in questione “non risultano adottate pronunce relativamente alla fase di merito del giudizio per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato”¹. Un dato che certamente, e non solo per i numeri e le statistiche, è di effetto, ma che, tuttavia, sarebbe un errore innanzitutto considerare del tutto inaspettato, un fulmine a ciel sereno, se si guarda ad esempio all'unica pronuncia adottata nella fase di merito nel corso del 2019, peraltro di estinzione del processo², così come alle poche decisioni di merito degli ultimi anni³, ma anche sovradimensionare, nel senso che non è dato che indica l'assenza di conflittualità (anzi, il 2020, se confrontato con il 2019, registra un incremento notevole dei giudizi per conflitti tra poteri, con “ben” 14 ordinanze pronunciate in sede di deliberazione, tre delle quali hanno dichiarato l'ammissibilità dello stesso), quanto le difficoltà che questo tipo di giudizio incontra, per diverse ragioni, nel giungere a una definizione nel merito.

Ciò che più conta, al di là dei pur importanti dati numerici e alle oscillazioni degli stessi relativi alle singole annate della giurisprudenza costituzionale, è l'angolo prospettico più generale, che restituisce un quadro piuttosto eloquente: sul piano quantitativo, il giudizio sui conflitti vive, ormai da anni, una fase di drastica recessione, soprattutto se si utilizzano come parametro gli anni a cavallo del Duemila, quelli in cui, non a caso, si parlò di vera e propria “stagione dei conflitti”; sul piano qualitativo, è possibile osservare due fenomeni *distinti* ma non *distanti* tra loro: per un verso, e il *trend* è recentissimo, la conflittualità non è più così marcatamente segnata, come in passato, dallo scontro tra potere politico e potere giudiziario, ma quella che prova a bussare ripetutamente alla Corte è una tensione che attraversa i rapporti tra poteri tutti politici (si vedano *ex multis* i diversi tentativi compiuti dal singolo parlamentare)⁴; per un altro, il conflitto che più di altri è stato la cartina di tornasole dello scontro tra politica e magistratura, quello in tema di insindacabilità dei parlamentari⁵,

¹ Corte costituzionale, Riunione straordinaria del 13 maggio 2021 presieduta da Giancarlo Coraggio.

² Corte cost., [ord. n. 127 del 2019](#).

³ E. MALFATTI – M. NISTICÒ, *I conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato*, in R. Romboli (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2014-2016)*, Giappichelli, Torino, 2017, 298.

⁴ Lo notava già A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Giuffrè, Milano 2012, 405. Vedi più recentemente E. MALFATTI, *I conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato*, in R. Romboli (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2017-2019)*, Giappichelli, Torino, 2020, 224; F. FABRIZZI, *La Corte costituzionale giudice dell'equilibrio tra i poteri: dinamiche istituzionali e conflitti di attribuzione nella più recente giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2019.

⁵ M. RUOTOLO, *Corte, giustizia e politica*, in V. Tondi della Mura – M. Carducci – R.G. Rodio (a cura di), *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, Giappichelli, Torino 2005, 288 ss., in part. 321 ss.; M. MIDIRI, *Autonomia costituzionale e potere giurisdizionale*, Cedam, Padova, 1999, in part. 335 ss. G. AZZARITI, *Giurisdizione e politica nella giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. dir. cost.*, 2007, 93 ss., in part. 111 ss. In particolare, M. MANETTI, *Non separate sui pianisti. La delega al voto in Parlamento e la rinascita degli interna corporis*, in *Giur. cost.*, 6/1996, 3464, ha individuato il terreno dell'insindacabilità garantita dall'art. 68, comma 1, come quello sul quale si misurano (e da tempo) “gli incerti equilibri tra politica e giurisdizione”; altresì per G. RIVOSECCHI, *Il Parlamento nei conflitti di attribuzione*, Cedam, Padova, 2003, 124, nell'istituto della insindacabilità, soprattutto dopo la soppressione dell'autorizzazione a procedere,

oltre ad essersi stabilizzati nei suoi tratti tipici, non è più così “dominante”, altri, diversi, e persino originali, essendo i casi - di assoluto interesse - giunti alla Corte negli ultimi anni (senza insistere troppo sulla famosa [sent. n. 1 del 2013](#), basti guardare ai conflitti in tema di autodichia, al conflitto sul diniego all’avvio delle trattative sulle intese con le confessioni religiose, etc.).

1. *Le vicende dei primi anni Novanta e i loro effetti sullo “strato geologico” dell’ordinamento.*

Proprio approfittando di tale situazione di (maggior) quiete, e in una stagione della giustizia costituzionale attraversata al contrario da diversi *movimenti* che la stanno riposizionando nel sistema sempre più complesso dei poteri⁶, questo lavoro, seguendo anche la recente sollecitazione avanzata da autorevole dottrina⁷, prova a fare il punto sui conflitti che, sempre inseriti nel più ampio e

“si sono maggiormente ‘scaricate’ le tensioni tra organi parlamentari e uffici giudiziari”; v. sempre P. COSTANZO, *Conflitti costituzionali, ad vocem*, in S. Cassese (a cura di), *Diz. Dir. pubbl.*, Giuffrè, Milano 2006.

⁶ Un riposizionamento, da alcuni definito ri-accentramento (*ex multis*, D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bononia University Press, Bologna 2020) o ri-centralizzazione (T. GROPPi, *Il ri-accentramento nell’epoca della ri-centralizzazione. Recenti tendenze dei rapporti tra Corte costituzionale e giudici comuni*, in [Federalismi.it](#), 3/2021, 128 ss.), che risulta l’esito di diversi processi reciprocamente implicantesi tra loro: una rimodulazione dei rapporti con il potere legislativo (cfr. *ex multis* N. ZANON, *Il rapporto tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in [Federalismi.it](#), 3/2021, 86 ss.; L. PESOLE, *La Corte costituzionale oggi, tra apertura e interventismo giurisprudenziale*, *ivi*, 12/2021, 224 ss.) e con i giudici comuni (cfr., *ex multis*, S. STAIANO, *Corte costituzionale e giudici comuni. La congettura del riaccentramento*, in [Federalismi.it](#), 3/2021, 100 ss.; B. RANDAZZO, *Il “ri-accentramento” del giudizio costituzionale nella prospettiva di un sistema integrato di giustizia costituzionale*, in [Federalismi.it](#), 3/2021, 144 ss.); le recenti aperture del processo costituzionale introdotte dalla modifica alle Norme integrative (cfr. *ex multis*, P. COSTANZO, *Verso una riconfigurazione del processo costituzionale?*, in *Giur. cost.*, 1/2020, 486 ss.; V. ONIDA, *La Corte si apre alla “voci” della società*, *ivi*, 510 ss.; M. MANETTI, *I “falsi amici” del Giudice costituzionale*, *ivi*, 505 ss.; A. ANZON, *Le “aperture” della Corte tra esigenze del processo e ascolto della società civile*, *ivi*, 481 ss. R. ROMBOLI, *I contenuti “non rivoluzionari” della riforma delle Norme integrative*, *ivi*, 517 ss.; M. LUCIANI, *L’incognita delle nuove Norme integrative*, *ivi*, 2/2020, 1013 ss.; A. PUGIOTTO, *Le nuove Norme integrative della Corte costituzionale allo stato nascente*, in [Rivista AIC](#), 2/2020, 426 ss.; P. RIDOLA, *“La Corte si apre all’ascolto della società civile”*, in [Federalismi.it](#), 2/2020, IV ss.; A. RUGGERI, *La “democratizzazione” del processo costituzionale: una novità di pregio non priva però di rischi*, in [Giustizia Insieme](#), 24 gennaio 2020; T. GROPPi, *Verso un giudizio costituzionale aperto? Riflettendo su interventi di terzi e amici curiae di fronte alle sfide per la giustizia costituzionale nel XXI secolo*, in *Quad. cost.*, 2/2019, 371 ss.; A. SPERTI, *Corte costituzionale e opinione pubblica*, in *Dir. e Soc.*, 4/2019, 735 ss.; M.C. GRISOLIA, *Le modifiche alle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 1/2020, 6 ss.; C. MASCIOTTA, *Note a margine delle nuove Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, *ivi*, 193 ss.; G.L. CONTI, *La Corte costituzionale si apre (non solo) alla società civile. Appunti sulle modifiche apportate dalla Corte costituzionale alle Norme integrative in data 8 gennaio 2020*, *ivi*, 100 ss. Non a caso si è parlato di sconfinamenti della Corte (il riferimento è al noto saggio di A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2/2019, 251 ss., sul quale si vedano anche R. BIN, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quad. cost.*, 4/2019, 757 ss.; E. CHELI, *Corte costituzionale e potere politico. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, *ivi*, 777 ss.). Tutti sintomi di una Corte che cambia, cfr. G. SILVESTRI, *Del rendere giustizia costituzionale*, in [Questione Giustizia](#), 4/2020, 24 ss.; M. BIGNAMI, *Introduzione. La Corte costituzionale nel XXI secolo: ritorno al futuro*, *ivi*, 6 ss. V. anche E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell’Italia repubblicana. Nuova stagione, altri episodi*, Editoriale Scientifica, Napoli 2021. Non da ultimo, occorre anche considerare le novità “imposte” dalla pandemia, cfr. in tema P. COSTANZO, [Con l’emergenza decolla la Corte 2.0](#), in questa [Rivista](#), 2020/1, 158 ss.

⁷ Il riferimento è a quanto scritto di recente da N. ZANON, *ult. cit.*, 93, nota 5: “a maggior ragione in un tempo in cui i costituzionalisti studiano quasi esclusivamente i ‘diritti’ e trascurano l’organizzazione dei poteri, l’articolo 16 della Déclaration del 1799 andrebbe perciò letto invertendone i termini: in principio è la separazione dei poteri, la garanzia dei diritti seguirà. Come sosteneva James Madison (*Federalist*, n. 51.) l’equilibrio e il reciproco controllo tra i poteri sono retti dalla competizione tra di essi (...) e necessitano di un’organizzazione dei poteri che renda impossibile, a ciascuna istituzione, di godere di un *unchecked power*. Solo questo trasforma un Bill of Right «from a paper assurance to a living guarantee»”.

tradizionale *genus* di quelli che vedono come protagonisti il potere politico e il potere giudiziario⁸, hanno, più nello specifico, coinvolto le relazioni in qualche modo “pericolose” tra la funzione parlamentare e quella giurisdizionale.

Il periodo preso in esame copre il lasso di tempo degli ultimi tre decenni, un arco temporale segnato, in apertura, da un significativo protagonismo del potere giudiziario e che, auspicabilmente, anche alla luce della recente legge costituzionale 1/2020, la prima riforma che interessa il cuore delle nostre istituzioni, e soprattutto della sua attuazione, potrebbe ora chiudersi con un rinnovato ruolo (ri)giocato dalla funzione parlamentare.

Il punto di partenza, lo si accennava poc’anzi, si colloca a metà degli anni Novanta, periodo in cui si sono prodotte trasformazioni tali, per dirla con Enzo Cheli, da investire il sistema “ad una profondità maggiore”, interessando lo “strato geologico più profondo su cui l’ordinamento risulta impiantato”, ovvero la costituzione materiale⁹. È noto, infatti, come l’effetto “combinato” di Tangentopoli e delle leggi elettorali, come “cause prossime”, e delle vicende del 1989, come “cause remote”, abbiano sconvolto il sistema dei partiti, il sistema politico, la forma di governo¹⁰. Sul piano istituzionale la transizione è iniziata con il referendum del 1992, che oltre a indirizzare verso la preferenza unica il sistema elettorale, ha segnato “la delegittimazione, l’indebolimento dei partiti e l’allargamento invece di altri soggetti e istituzioni oltre i precedenti confini”¹¹. Ma nel pieno di questa transizione – ci ha detto Giuliano Amato, si è entrati con le indagini giudiziarie che hanno proiettato un nuovo ruolo della magistratura, quasi “diretta espressione dell’opinione pubblica, vendicatrice dei suoi diritti davanti a un potere politico non più collocato in una sfera di rispettata sovraordinazione”. Gli effetti, indebolimento e delegittimazione dell’assetto precedente e contestuale allargamento di altri soggetti, sono la dinamica tipica della transizione, il cui ambito più proprio “è quello che investe il Governo, il Parlamento, lo stesso Capo dello Stato, nelle loro azioni e nelle loro relazioni reciproche”¹². Come ebbe a notare Valerio Onida, gli effetti di “Mani pulite” possono essere osservati su tre piani diversi: oltre a quello strettamente inerente la vicenda giudiziaria, e quindi relativamente alla efficacia o meno dell’intervento repressivo in quel campo, e a quello della maggiore visibilità del potere giudiziario nel sistema politico e sui soggetti collettivi, e dunque sulle dinamiche della formazione del consenso, vi è quello delle prassi giudiziarie e investigative, e più ampiamente, “degli effetti della collocazione del potere giudiziario nel sistema istituzionale, dei suoi rapporti con le altre istituzioni, delle conseguenze sui modi di operare degli altri poteri e in ispecie dell’amministrazione”¹³.

⁸ Per una sintesi dei problemi, cfr., *ex multis*, T.F. GIUPPONI, *Il conflitto tra giustizia e politica. Verso una “democrazia giudiziaria”?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 9 maggio 2016; cfr. anche F. SORRENTINO, *Conflitti tra magistratura e potere politico*, in AA.VV., *Scritti in onore di Antonio D’Atena*, IV, Giuffrè, Milano 2015, 3043 ss.

⁹ E. CHELI, *Gli sviluppi della forma di governo nella XI legislatura. Riflessi sul principio di legalità*, in *Ass. St. Ricer. Parlam., Quaderno 5, Seminario 1994*, 1995, 13, in quanto hanno messo in discussione “non soltanto i contenuti della politica del passato o la qualità di quella classe dirigente che questa politica ha guidato, ma anche i contenitori storici attraverso cui questa politica e questa classe si sono espresse nell’intero arco della nostra esperienza repubblicana”. Vedi anche F. LANCHESTER, *L’innovazione istituzionale nella crisi di regime, ivi, Quaderno 4, Seminario 1993*, 36, per il quale “la sentenza di ammissibilità dei referendum elettorali (...) ha accelerato il processo di delegittimazione parlamentare e le strategie di rottura degli assetti descritti dal patto costituzionale del 1948. Accanto all’attività del giudice costituzionale opera ormai a tutto campo quello ordinario, immergendo opportunamente il bisturi purificatore in ampi settori della vita pubblica. La necessaria attività di innovazione istituzionale vede quindi la classe politica parlamentare annichilita dalle inchieste, scompagnata dal processo di riallineamento del sistema partitico, paralizzata dall’azione referendaria”.

¹⁰ A. BARBERA, *Transizione alla democrazia maggioritaria? Riflessioni in due puntate*, in *Quad. cost.*, 3/1994, 373. Vedi anche G. AZZARITI, *Politica e processi*, in *Giur. cost.*, 1/2004, 837 ss., in part. 845.

¹¹ G. AMATO, *Un Governo nella transizione. La mia esperienza come Presidente del Consiglio*, in *Quad. cost.*, 3/1994, 359.

¹² G. AMATO, *Un Governo*, cit., 360.

¹³ V. ONIDA, «Mani pulite» anno III, in P. Ignazi – R. S. Katz (a cura di), *Politica in Italia. I fatti dell’anno e le interpretazioni. Edizione 1995*, Il Mulino, 1995, 175 ss., 176.

Non sorprende allora che alcune ricostruzioni storiche di quegli anni hanno visto nel fenomeno complesso e variegato che si manifestava in quegli anni, una “vera e propria guerra civile fra i grandi poteri dello Stato”¹⁴.

2. Il conflitto dei conflitti: l'insindacabilità parlamentare ex art. 68, comma 1 Cost.

Questo percorso non può che muovere dai conflitti ex art. 68, comma 1 Cost., quelli che della succitata “stagione dei conflitti”¹⁵ sono stati il motore trainante; quelli che, pur nel quadro appena tracciato, ci sono sempre, l'ultima decisione che risolve nel merito un conflitto di questo tipo, la [n. 110 del 2021](#) ne è una dimostrazione¹⁶; quelli che, ancora, con uno sguardo più di sistema, hanno rappresentato l'espressione più diretta di una latente conflittualità tra (libertà della) *politica* e (ragioni del) *diritto*¹⁷. Ma anche, infine, quei conflitti lungo i quali, soprattutto a partire dalla “svolta” delle due sentenze del 2000 in avanti¹⁸, la Corte si è mostrata, forse in maniera più decisa che altrove, quasi granitica nel confermare e ribadire alcuni criteri guida nella soluzione degli stessi¹⁹.

A partire dal 1993 proprio il giudizio sui conflitti tra poteri registra un deciso cambio di passo, quasi una vera e propria “svolta” che consente all'istituto stesso di raggiungere livelli di definizione mai conosciuti sino ad allora²⁰. Il merito di tale evoluzione sta nella circostanza, tutt'altro che casuale, per cui la giurisprudenza costituzionale - che notoriamente ha giocato un ruolo fondamentale e indefettibile nella “costruzione” dei conflitti di attribuzione *latu senso*²¹, quindi anche di quelli Stato-Regioni²², nel periodo in esame si trova - per la prima volta - a dirimere controversie non solo

¹⁴ L. CAFAGNA, *La grande slavina. L'Italia verso la crisi della democrazia*, Marsilio, Venezia 1993, 139.

¹⁵ E. MALFATTI – R. TARCHI, *Il conflitto di attribuzione tra i poteri dello Stato*, in R. Romboli (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1993-1995)*, Giappichelli, Torino 1996, 332, da quelli ex art. 68, comma 1, Cost.

¹⁶ Sulla pronuncia, su cui si tornerà più avanti, cfr. F. GIRELLI, *Solo ai membri del Parlamento spetta l'immunità*, in *Giur. cost.*, 3/2021, 1241 ss.

¹⁷ *Ex multis*, si veda l'incipit chiarissimo sul punto di A. RUGGERI, *Le opinioni insindacabili dei parlamentari davanti alla Corte: connotati e criteri formali-sostanziali di riconoscimento, al crocevia dei rapporti tra diritto costituzionale e «diritto politico»*, in AA.VV., *Immunità e giurisdizione nei conflitti costituzionali*, Giuffrè, Milano 2001, 233-34, secondo il quale essi sono “un banco di prova di particolare rilievo e tra i più attendibili per il riscontro e la misurazione dell'equilibrio nei rapporti tra le istituzioni: in primo luogo, tra giudici e Camere, (...) e però, allo stesso tempo (e non secondariamente), tra queste ultime e la stessa Corte, quale «arbitro» dei conflitti. Ancor più a fondo (...) è su questo terreno che particolarmente si può verificare dove passa la linea di confine, per sottile e evanescente che sia, che tiene distinto il diritto costituzionale dal «diritto politico», circoscrivendo gli ambiti riservati al dominio di quest'ultimo, sui quali dunque non può distendersi il primo, proiettando e in seno ad essi esprimendo la sua forza qualificatoria e ordinativa, pur nei limiti congeniti che complessivamente la connotano”. Vedi anche L. D'ANDREA, *La Corte di fronte alle prerogative del Parlamento*, in A. Ruggeri (a cura di), *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, 331 ss., in part. 336. Vedi anche A. D'ALOIA, *Immunità e Costituzione. Considerazioni su un difficile equilibrio*, in *Dir. Pubbl.*, 3/2011, 963 ss. Cfr. A. DANESI, *La Corte costituzionale e i conflitti in materia di insindacabilità parlamentare e consiliare ex art. 68, c. 1e art. 122, c. 4, Cost.*, in B. Caravita (a cura di), *La giustizia costituzionale in trasformazione: la Corte costituzionale tra giudice dei diritti e giudice dei conflitti*, Jovene, Napoli, 2012, 223 ss.; Y. CITINO, *L'ambito di operatività dell'insindacabilità parlamentare: questioni sostanziali e processuali*, in [Federalismi.it](#), 15/2015.

¹⁸ G. AZZARITI, *Cronaca di una svolta: l'insindacabilità dei parlamentari dinanzi alla Corte costituzionale*, in Id. (a cura di), *Le Camere nei conflitti*, Giappichelli, Torino 2002, 199.

¹⁹ M. RUOTOLO, *Corte, giustizia*, cit., 321.

²⁰ E. MALFATTI – R. TARCHI, *Il conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato*, in R. Romboli (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1993-1995)*, cit., 332.

²¹ In termini simili S. GRASSI, *Il giudizio costituzionale sui conflitti di attribuzione tra Stato e Regioni e tra Regioni*, Giuffrè, Milano 1985, 8. Vedi anche V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Cedam, Padova 1984, in part. 449.

²² Anche se in misura minore rispetto a quanto fatto per i conflitti tra poteri. Già il semplice fatto che per il conflitto tra Stato e Regioni vi fosse una predefinizione tassativa dei soggetti legittimati (a cui va aggiunto un dato normativo ex

quantitativamente più numerose, ma soprattutto dal notevole tasso politico, che hanno visto coinvolti pressoché tutti gli organi costituzionali o di rilievo costituzionale²³.

La *ratio* della prerogativa sancita dall'art. 68, comma 1, Cost., come ampiamente noto, è quella volta ad assicurare il pieno e libero esplicarsi della funzione parlamentare, intesa quale apporto essenziale ed irrinunciabile, da parte dei singoli membri delle Camere, al processo di formazione della decisione politica. Da qui la necessità di impedire che l'autorità giudiziaria possa impropriamente comprimere la libera attività parlamentare. Tradotto ulteriormente, significa porre al centro, attingendo dalle preziose parole della sentenza Mezzanotte sul c.d. caso dei pianisti, l'indefettibilità di un punto di equilibrio razionale e misurato tra autonomia della funzione parlamentare e istanze dello Stato di diritto, che tendono a esaltare i valori connessi all'esercizio della giurisdizione²⁴.

2.1. *La sentenza da dove tutto parte: Corte cost., n. 1150 del 1988.*

Pietra miliare su cui si è poggiata l'intera giurisprudenza costituzionale che qui interessa è la storica pronuncia [n. 1150 del 1988](#)²⁵, con la quale, forse un po' a sorpresa rispetto a un dato testuale che sembrava direttamente rivolto ai giudici²⁶, chiaramente si è riconosciuto il potere in capo alla Camera di appartenenza del singolo parlamentare di valutare la condotta di quest'ultimo e, quindi,

art. 39 della legge n. 87 del 1953 che esprimeva il concetto d'invasione di competenza), forniva maggiori certezze rispetto al conflitto tra poteri, cfr. F. SORRENTINO, *I conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1967, 721. E' stato messo giustamente in risalto come tra i due giudizi vi sia stata un'influenza "reciproca": infatti, come "nei conflitti intersoggettivi l'incipiente esperienza giurisprudenziale dei conflitti tra poteri" ha portato "ad accentuare il livello costituzionale del giudizio", così "nei conflitti tra poteri, l'ampia gamma degli strumenti processuali elaborati nel giudizio sui conflitti intersoggettivi" ha reso "più facile (almeno in una prima fase) l'ammissione di nuove ipotesi di conflitto", così S. GRASSI, *Il giudizio costituzionale*, cit., 239. Secondo A. PISANESCHI, *I conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato. Presupposti e processo*, Giuffrè, Milano 1992, 6, le maggiori differenze tra giudizi sui conflitti intersoggettivi e quelli tra poteri stanno nelle due circostanze per cui solo i primi hanno un soggetto "in posizione di preminenza per scelta costituzionale, (lo stato)" nonché un giudizio ad essi "integrativo", ovvero il giudizio in via d'azione. In tema, cfr. anche L. PESOLE, *I giudici ordinari e gli altri poteri nella giurisprudenza sui conflitti*, Giappichelli, Torino 2002, 44-49.

²³ E. MALFATTI – R. TARCHI, *ult. cit.*, 332.

²⁴ Corte cost., [sent. n. 379 del 1996](#), p. 4 del *Considerato in diritto*.

²⁵ A. PACE, *Giurisdizione e insindacabilità parlamentare nei conflitti costituzionali*, in AA.VV., *Immunità e giurisdizione*, cit., 7-8, ritiene appunto storica tale pronuncia giacché "non si deve comunque dimenticare che prima di essa era tutt'altro che pacifica la possibilità di sollevare un conflitto di attribuzioni tra poteri non tanto contro una delibera d'insindacabilità *ex art. 68* comma primo (di questa nemmeno si parlava!), quanto, piuttosto, contro il diniego di autorizzazione a procedere *ex art. 68* comma secondo (data l'asserita «natura politica» di tale delibera)". M.C. GRISOLIA, *Immunità parlamentari e Costituzione. La riforma del primo comma dell'art. 68 Cost.*, Cedam, Padova 2000, 130 parla di "punto di riferimento obbligato"; L. PESOLE, *I giudici ordinari e gli altri poteri*, cit., 160-1 ribadisce che trattasi di conflitto che dà il la a quelle controversie che "impronteranno in maniera estremamente significativa tutta la più recente giurisprudenza costituzionale sui conflitti tra poteri". L. D'ANDREA, *La Corte di fronte*, cit., 347-8.

²⁶ Vedi sul punto R. ROMBOLI, *La «pregiudizialità parlamentare» per le opinioni espresse ed i voti dati dai membri delle Camere nell'esercizio delle loro funzioni: un istituto nuovo da ripensare (e abolire)*, in *Il Foro it.*, 1994, I, 995 ss., il quale osserva che: "Il 1° comma dell'art. 68, nel fissare il divieto di perseguire (ora di chiamare a rispondere) il parlamentare per le opinioni espresse e i voti dati sembrerebbe rivolgersi principalmente e direttamente ai giudici, ai quali pertanto dovrebbe spettare il compito di interpretare la disposizione costituzionale, al fine di verificare quando debbano procedere nel loro giudizio e quando invece ciò sia loro impedito dalla garanzia (...) Alle camere, ovviamente interessate ad una corretta interpretazione e applicazione del principio in questione, dovrebbe riconoscersi la possibilità di tutelare le proprie prerogative sollevando un conflitto tra poteri davanti alla corte, nel caso ritengano che il cattivo uso, da parte del giudice, dei poteri ad esso riconosciuti venga a menomare proprie attribuzioni o garanzie costituzionalmente riconosciute", 998.

qualora la stessa fosse stata qualificata come esercizio delle funzioni parlamentari, di inibire “una difforme pronuncia giurisdizionale”²⁷.

Attenta dottrina, qualche anno più tardi, nel mentre il filone della giurisprudenza costituzionale inaugurato dalla sentenza del 1988 andava consolidandosi, ebbe modo di evidenziare una sorta di suo “peccato di origine”: venendo meno al pieno rispetto del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, la Corte si è limitata a pronunciarsi sull’operato della Camera lasciando in ombra – e, dunque, aperta a soluzioni diverse, come si vedrà più avanti, – la valutazione che l’autorità giudiziaria poteva effettivamente effettuare sulla condotta del parlamentare²⁸.

Tornando al potere riconosciuto alla Camera di appartenenza, esso tuttavia, non è illimitato, essendo soggetto al sindacato da parte della Corte costituzionale che, dunque, può essere chiamata dall’autorità giurisdizionale, per il tramite del giudizio per conflitto di attribuzione tra poteri²⁹, a valutare la modalità di esercizio del potere riconosciuto all’organo parlamentare³⁰.

Nella decisione del 1988 sono confluite (e stanno insieme) due principi non perfettamente sovrapponibili e che riflettono le due “anime” con cui la stessa Corte decide di affrontare il tema dell’insindacabilità: da un lato, il rispetto della sfera di autonomia parlamentare, attraverso il riconoscimento della natura parlamentare del potere di decidere sulla sussistenza dei presupposti della prerogativa *ex art. 68*, comma 1 Cost.; dall’altro, quello che vuole quella stessa sfera di autonomia

²⁷ M. RUOTOLO, *ult. cit.*, 326. In merito alla [sentenza n. 1150 del 1988](#), cfr. N. ZANON, *La Corte e la “giurisprudenza” parlamentare in tema di immunità: affermazioni di principio o regola del caso concreto?* in *Giur. cost.*, 1988, 5595 ss.; R. PINARDI, *L’insindacabilità parlamentare tra controllo della Corte e (presunta) potestà “inibente”: una decisione non priva di contraddizioni*, *ivi*, 2359 ss.; F. DONATI, *Interrogativi vecchi e nuovi sulle immunità parlamentari*, *ivi*, 1988, 2377 ss.; A. D’ANDREA, *Prerogative dei parlamentari, poteri dell’autorità giudiziaria, conflitti di attribuzione*, in *Il dir. dell’informaz. e dell’informat.*, 2/1989, 435 ss.; L. CIAURRO, *Autorizzazione a procedere e giudizio civile*, in *Quad. cost.*, 3/1989, 509 ss.; M. D’AMICO, *Problemi e prospettive in tema di conflitto di attribuzione tra poteri*, *ivi*, 56 ss. Critico, soprattutto, rispetto al passaggio della decisione in cui si afferma che “le prerogative parlamentari non possono non implicare un potere dell’organo a tutela del quale sono disposte” è A. PACE, *Giurisdizione*, *cit.*, 8, per il quale “l’insindacabilità è già per sé una garanzia, che ben può essere fatta valere sia davanti ai giudici, sia in sede di conflitto tra poteri: una garanzia che non postula, di per sé, l’esistenza di un potere deliberativo delle Camere e, tanto meno, un effetto inibitorio di essa”. Vedi anche G. ZAGREBELSKY, *La riforma dell’autorizzazione a procedere*, in *Corr. giur.*, 1/1994, 281 ss.; R. ROMBOLI, *La «pregiudizialità*, *cit.*, 995 ss. Più favorevole alla soluzione proposta dalla Corte è A. SAITTA, *Conflitti di attribuzioni, poteri dello Stato, garanzia dell’insindacabilità e tutela costituzionale del singolo parlamentare*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2/2001, 305 ss., in part. 313. Per un esame dettagliato della pronuncia in questione, cfr. G. RIVOCCHI, *Il Parlamento*, *cit.*, 136 ss.

²⁸ E. MALFATTI, *La giurisprudenza costituzionale e l’insindacabilità delle opinioni espresse dai parlamentari: conferme e novità sui caratteri del giudizio della Corte nel conflitto di attribuzioni tra le Camere e l’autorità giudiziaria*, in *Giur. cost.*, 4/1997, 2446-7.

²⁹ Competenza della Camera di appartenenza a valutare i presupposti, effetto inibente della delibera camerale ed eventuale conflitto tra poteri sollevato dall’autorità giudiziaria per superare tale effetto sono i “tre capisaldi” della [sent. n. 1150 del 1988](#), così C. MARTINELLI, *L’insindacabilità parlamentare. Teoria e prassi di una prerogativa costituzionale*, Giuffrè, Milano 2002, 47.

³⁰ Emblematico il passaggio che si legge al p. 3 del *Considerato in diritto*: “In quanto è attribuito nei limiti della fattispecie indicata dall’art. 68, primo comma, e solo entro questi limiti legittimamente esercitato, il potere valutativo delle Camere non è arbitrario o soggetto soltanto a una regola interna di *self-restraint*. Nella nostra Costituzione, che riconosce i diritti inviolabili dell’uomo (fra cui il diritto all’onore e alla reputazione) come valori fondamentali dell’ordinamento giuridico e prevede un organo giurisdizionale di garanzia costituzionale, il detto potere è soggetto a un controllo di legittimità, operante con lo strumento del conflitto di attribuzione, a norma degli artt. 134 Cost. e 37 della legge n. 87 del 1953, e perciò circoscritto ai vizi che incidono, comprimendola, sulla sfera di attribuzioni dell’autorità giudiziaria”. E. MALFATTI – R. TARCHI, *ult. cit.*, 400 riconoscono che il potere della Camera “è soggetto ad un controllo di legittimità circoscritto ai vizi che incidono, comprimendola, sulla sfera di attribuzioni dell’autorità giudiziaria. Più specificatamente il conflitto può configurarsi come contestazione dell’altrui potere in concreto, per vizi del procedimento oppure per omessa o erronea valutazione dei presupposti di volta in volta richiesti per il valido esercizio del potere stesso”. Trattasi, pertanto, come messo in evidenza da G. RIVOCCHI, *Il Parlamento*, *cit.*, 148, di conflitto non da *vindicatio*, ma da menomazione, sul modo di esercizio del potere.

non più intangibile, ma sottoposta a un controllo, pur entro certi limiti, da parte della stessa Corte costituzionale³¹.

2.2. La prima giurisprudenza successiva alla riforma del 1993.

Proprio la natura e il raggio di azione del sindacato della Corte, in sede di giudice dei conflitti, si sono mostrati sin da subito come uno dei profili più spinosi. Già con la prima sentenza pronunciata ai sensi dell'art. 68, comma 1, dopo la riforma del 1993, la [n. 443 del 1993](#), la Corte ha limitato il proprio ambito di intervento a una – quantomeno vaga – “verifica esterna” circa la non arbitraria, e anzi plausibile, valutazione compiuta dall'organo parlamentare circa i presupposti della dichiarazione di insindacabilità³². Nel caso di specie, nel quale in contestazione era la possibilità che fossero coperte da insindacabilità affermazioni espresse da un senatore nel corso di un convegno pubblico e riprodotte di atti e documenti di una Commissione parlamentare di cui lo stesso senatore era membro, a fronte della richiesta da parte del giudice ricorrente di verificare se l'organo parlamentare, che aveva riconosciuto l'identità tra le opinioni espresse, non si fosse spinto oltre e dunque a valutare il merito delle stesse, attività invero spettante all'autorità giudiziaria, la Corte ha dichiarato l'inammissibilità del conflitto: l'ambito di intervento della Corte, infatti, non si estende alla valutazione sull'esistenza dei presupposti dell'insindacabilità – che spetta solo all'organo parlamentare e che non può essere mai condizionata da parametri adottati dall'autorità giurisdizionale³³ - ma è circoscritto a riconoscere la non arbitrarietà e plausibilità di tale valutazione (riconosciute nel caso)³⁴. Pertanto, ha concluso la Corte, “quando, come nella specie, la Camera di appartenenza abbia esercitato in concreto il relativo potere, soggetto esclusivamente al sindacato di questa Corte e soltanto nei limiti anzidetti, deve considerarsi come inammissibile ingerenza nella prerogativa parlamentare il pretendere di sovrapporre, ai criteri seguiti dalla Camera stessa, quelli suggeriti da orientamenti giurisprudenziali dell'ordine giudiziario, dato che è proprio nei confronti di questo che è posta dall'art. 68 della Costituzione la prerogativa dell'insindacabilità a tutela dell'indipendenza del Parlamento”³⁵.

Come rilevato dalla dottrina, proprio una “verifica esterna” così congegnata (e limitata), oltre a consentire da subito un'estensione non solo spaziale ma anche funzionale della insindacabilità, ha manifestato la sua debolezza nel non aver individuato dei limiti logico-sistematici alla suddetta estensione³⁶.

La posizione espressa dalla Corte si consolida nella successiva pronuncia [n. 129 del 1996](#) che però si segnala per alcuni profili interessanti sia sul piano processuale che sostanziale³⁷.

³¹ Così L. PESOLE, *Verso la scomparsa dei conflitti sull'insindacabilità parlamentare?* in *Giur. cost.*, 3/2009, 2154-55.

³² G. AZZARITI, *Cronaca*, cit., 203.

³³ A. PACE, *ult. cit.*, 9, parla, criticamente di una sorta di “monopolio interpretativo” delle Camere.

³⁴ Corte cost., [sent. n. 443 del 1993](#), p. 4 del *Considerato in diritto*: “in sede di verifica esterna sulla valutazione compiuta dal Senato circa la sussistenza del presupposto della insindacabilità, non appare arbitrario, ma anzi plausibile che si sia ritenuto tale presupposto sussistente relativamente al caso in cui il parlamentare aveva riferito all'esterno della Commissione, in un convegno pubblico, fatti e circostanze di cui era venuto a conoscenza nell'esercizio delle sue funzioni, ed aveva nel contempo manifestato i punti di vista ed i convincimenti che avevano ispirato o cui avrebbe inteso in prosieguo ispirare sull'argomento il proprio comportamento in sede parlamentare”. Su tale pronuncia, cfr. M. OLIVIERO, *In tema di insindacabilità dei membri del Parlamento*, in *Giur. cost.*, 1/1994, 437 ss.; A. VALASTRO, *La prerogativa parlamentare della insindacabilità all'indomani della l. cost. n. 1/1993*, ivi, 3072 ss.; anche R. ROMBOLI, *La «pregiudizialità parlamentare»*, cit.

³⁵ Corte cost., [sent. n. 443 del 1993](#), p. 4 del *Considerato in diritto*.

³⁶ G. AZZARITI, *Cronaca*, cit., 204-5. G. RIVOCCHI, *ult. cit.*, 148-150.

³⁷ Per i commenti alla pronuncia, cfr. *ex multis* A. PACE, *Il «nulla osta» parlamentare a che il giudice possa decidere la causa nel merito: una questione, ex artt. 24 comma 1, 68 comma 1 e 101 comma 2 Cost., ormai da archiviare?* in *Giur. cost.*, 2/1996, 1132 ss.

Innanzitutto va evidenziato come nel caso di specie le circostanze di fatto della questione fossero diverse: trattasi infatti di conflitto non già sollevato dall'autorità giudiziaria, secondo lo "schema" stabilito dalla pronuncia [n. 1150 del 1988](#)³⁸, bensì dall'organo parlamentare – nello specifico il Senato della Repubblica - contro il Tribunale di Palermo e avente ad oggetto la decisione di quest'ultimo di procedere comunque al dibattimento nei confronti di un senatore per il reato di diffamazione nonostante fosse intervenuta la delibera del Senato che avesse ritenuto le opinioni del proprio membro coperte dalla insindacabilità *ex art. 68, comma 1, Cost*³⁹. Rispetto a questo quadro, spicca sul piano processuale la circostanza per cui per la prima volta la Corte, investita del conflitto dalla Camera di appartenenza del parlamentare le cui opinioni erano in "contestazione", ammette l'intervento dell'altro ramo del Parlamento, seppur apparentemente non interessato, aprendo ad una concezione unitaria del potere quando in gioco vi sia la sua autonomia e indipendenza e che troverà ben presto eco nella giurisprudenza costituzionale successiva. Siffatto intervento trova giustificazione nel fatto che rispetto al contrasto tra il provvedimento giudiziale impugnato e la qualificazione giuridica delle opinioni del parlamentare fornita dal Senato, in forza della quale vi sarebbe stata una causa impeditiva della prosecuzione del procedimento penale nei confronti del senatore, "è incontestabile l'interesse comune dei due rami del Parlamento a ottenere una sentenza che affermi l'inerenza di tale effetto alla prerogativa parimenti attribuita ai loro membri dalla norma costituzionale, ristabilendo gli equilibri costituzionali messi in gioco, al di là del singolo caso, dal conflitto di attribuzione"⁴⁰.

Nel merito, la Corte ha accolto il ricorso censurando il comportamento dell'organo giudiziario che, non solo non ha contestato la valutazione espressa dal Senato nella deliberazione di insindacabilità, ciò che costituisce, secondo il "modello" giurisprudenziale proposto dalla Corte⁴¹, il presupposto per la sollevazione del conflitto da parte dell'autorità giudiziaria; ma ha altresì negato l'effetto inibitorio della stessa deliberazione parlamentare ritenendo, al contrario, doversi procedere col dibattimento, assumendo che l'insindacabilità sia causa di non punibilità e non già di improcedibilità e che fosse interesse dello stesso querelato quello di dimostrare, in dibattimento, la propria estraneità ai fatti contestatigli.

La Corte, invero, più che interessata alla qualificazione teorica della insindacabilità, s'è mostrata "devota" all'effetto (pratico) inibitorio che deriva dalla deliberazione dell'organo parlamentare⁴² che, laddove dovesse essere eluso, sostanzierebbe un rovesciamento del "bilanciamento di interessi operato dal legislatore costituente"⁴³: l'assolutezza di tale effetto può essere superata solo contestando

³⁸ G. RIVOCCHI, *Il Parlamento*, cit., 136 secondo il quale la [sent. n. 1150 del 1988](#) ha costituito una sorta di "archetipo" nella soluzione delle controversie tra Parlamento e autorità giudiziaria.

³⁹ Nel caso di specie, infatti, "contestate" erano le opinioni espresse dal senatore Carmine Mancuso, il quale, nel corso di una trasmissione televisiva sui delitti di mafia, aveva reso dichiarazioni diffamatorie nei confronti del questore Bruno Contrada in riferimento ai soccorsi prestati all'agente di scorta Lenin Mancuso, rimasto ucciso nell'agguato teso al Giudice Cesare Terranova. Da qui il Senato della Repubblica aveva sollevato conflitto di attribuzione contro il Tribunale di Palermo chiedendo alla Corte di statuire che «spetta ad esso Senato affermare l'insindacabilità, ai sensi dell'art. 68, primo comma, della Costituzione».

⁴⁰ Corte cost., sent. [n. 129 del 1996](#), punto 2 del *Considerato in diritto*. Secondo G. RIVOCCHI, *op. cit.*, 154, in queste affermazioni vi sarebbe l'avvaloramento, da un lato delle ricostruzioni dottrinarie sull'ammissibilità dell'intervento in giudizio di altri soggetti, in particolare in esito al 'maggiore rilievo pratico delle conseguenze dell'annullamento dell'atto nei confronti di un terzo' con il passaggio dalla *vindicatio* alla menomazione (cfr. A. PISANESCHI, *I conflitti*, cit., 385; S. GRASSI, *Il giudizio costituzionale*, cit., 230 ss.); dall'altro, della ricostruzione del Parlamento come "potere complesso, composto di organi con proprie attribuzioni che assumono una propria legittimazione processuale come poteri in conflitto allorché la controversia costituzionale verta su un atto che pone in causa l'attribuzione definita da una norma costituzionale con specifico riferimento al ciascun ramo del Parlamento".

⁴¹ M. LUCIANI, *Il «modello» della sentenza n. 1150 del 1988*, in AA.Vv., *Immunità e giurisdizione*, cit., 331 ss.

⁴² Cfr. Corte cost., sent. [n. 129 del 1996](#), p. 3 del *Considerato in diritto*.

⁴³ Corte cost., sent. [n. 129 del 1996](#), p. 3 del *Considerato in diritto*: "A tutela del principio (corrispondente a un interesse generale della comunità politica) d'indipendenza e autonomia del potere legislativo nei confronti degli altri organi e poteri dello Stato, l'art. 68 Cost. sacrifica il diritto alla tutela giurisdizionale del cittadino che si ritenga offeso nell'onore o in altri beni della vita da opinioni espresse da un senatore o deputato nell'esercizio delle sue funzioni. Questa prerogativa dei membri del Parlamento, poiché costituisce, sul piano del diritto sostanziale, una causa d'irresponsabilità

i presupposti della delibera parlamentare e sollevando il relativo conflitto, e cioè rientrando all'interno del "modello". Opportunità, peraltro, che la stessa Corte riconosce ancora in vita per il giudice resistente non essendo previsti termini di decadenza nei conflitti tra poteri.

2.3. *Un tassello fondamentale nella giurisprudenza: il caso c.d. dei "pianisti"*.

A pochi mesi di distanza dalla [n. 129](#), viene depositata la pronuncia [n. 379 del 1996](#), nota come la sentenza sui "pianisti", che si distingue rispetto alle altre non già e solo per la particolarità della fattispecie che ha generato il conflitto - oggetto di contestazione non erano opinioni del parlamentare espresse *extramoenia*, bensì comportamenti tenuti in Aula durante i lavori assembleari⁴⁴ - quanto per le argomentazioni e le affermazioni di principio svolte dalla Corte a sostegno della posizione dell'organo parlamentare.

Non meno interesse, soprattutto nella prospettiva dei profili soggettivi, ha suscitato la decisione della Corte, già anticipata in sede di delibazione sull'ammissibilità del conflitto, relativa alla estensione del contraddittorio sia sul lato passivo che attivo del conflitto, sollevato dalla Camera dei Deputati. La dottrina più autorevole, d'altronde, ebbe modo già di evidenziare come l'individuazione degli organi interessati alla risoluzione dei conflitti è "il risultato di una serie di operazioni interpretative talora assai complesse che si presentano inevitabilmente aperte a risultati differenti": ragion per cui, tale attività non poteva che affidarsi alla Corte costituzionale⁴⁵. E in effetti, con un indirizzo ormai consolidato, la Corte si è assunta in pieno l'onere di identificare gli organi nei confronti dei quali il conflitto deve essere proposto⁴⁶.

L'aspetto interessante del conflitto in esame, in riferimento alla legittimazione della Procura della Repubblica, sta nel fatto che quando in precedenza, come visto, essa è stata riconosciuta, ciò è avvenuto sempre allorché erano tali organi del potere giudiziario i soggetti proponenti il conflitto, mentre in questa occasione è stato proprio l'impulso della Corte a determinare il coinvolgimento dell'organo requirente⁴⁷.

Sul fronte attivo del conflitto, l'estensione all'altro ramo del Parlamento ha implicazioni che vanno ben oltre il pur importante profilo processuale, giacché dice, e molto, anche sul merito del conflitto stesso.

La "chiamata" del Senato, in ragione della "identica posizione costituzionale" rispetto all'oggetto della questione, infatti, dà il senso di come la Corte, accogliendo *in toto* l'impostazione della Camera ricorrente⁴⁸, abbia interpretato il conflitto come una controversia costituzionale in cui a venire in

dell'autore delle dichiarazioni contestate, comporta, sul piano processuale, l'obbligo per l'autorità giudiziaria di prendere atto della deliberazione parlamentare e di adottare le pronunce conseguenti". Per una critica a tale impostazione, cfr. A. PACE, *Giurisdizione*, cit., 10.

⁴⁴ Non a caso i commenti alla decisione parlano di una "nuova area" dell'insindacabilità: cfr. S. SIGNORI, *L'autonomia delle Camere: una nuova area di insindacabilità per i comportamenti dei parlamentari?* in *Giur. cost.*, 2/1997, 1104 ss. Vedi anche M. MANETTI, *Non sparate sui pianisti*, cit., 3460 ss.; F. PETRANGELI, *Il deputato che vota sostituendosi a un collega assente: una delicata questione tra sindacabilità giurisdizionale ed esercizio delle funzioni parlamentari*, in *Giur. cost.*, 6/1996, 3475 ss.; F. DAL CANTO, *Corte costituzionale e autonomia del parlamento*, in *Il Foro it.*, I, 1997, 371 ss.; A. MENCARELLI, *Insindacabilità ex art. 68, 1° comma o vizio formale della legge per violazione del principio della personalità del parlamentare?* in *Giur. it.*, 6/1997, 291 ss.

⁴⁵ A. PIZZORUSSO, *Conflitto, ad vocem*, in *Noviss. Dig. It., App. II*, Torino, 386.

⁴⁶ Vedi Corte cost., sentt. nn. [403 del 1994](#) e [420 del 1995](#).

⁴⁷ In tal senso, S. SIGNORI, *op. cit.*, 1107. Nell'[ord. n. 269 del 1996](#) si legge che "anche la legittimazione della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Roma a resistere al conflitto deve essere riconosciuta, essendo chiesto, anche se in via eventuale, l'annullamento di un atto ad essa riferibile e finalizzato all'esercizio dell'azione penale ed essendo riconosciuto da questa Corte che il pubblico ministero è legittimato ad essere parte nei conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato, in quanto -- ai sensi dell'art. 112 della Costituzione -- è il titolare diretto ed esclusivo dell'attività di indagine finalizzata all'esercizio obbligatorio dell'azione penale".

⁴⁸ *Ex multis*, G. RIVOSECCHI, *op. cit.*, 156-7.

gioco non era (per nulla) la corretta valutazione dei presupposti di operatività della prerogativa *ex art.* 68, comma 1 Cost., quanto la stessa autonomia delle Camere, fondata principalmente sull'art. 64 Cost.⁴⁹ e, dunque, la “posizione delle due Camere nei confronti di altri poteri dello Stato”⁵⁰.

Ecco che la Corte scende sul terreno dell'affermazione di alcuni principi importanti, che assumeranno rilievo per tutto lo sviluppo successivo della giurisprudenza su questo tipo di conflitti ma, anche più in generale su quelli riguardanti il potere politico e il potere giudiziario⁵¹, avvertendo quasi la necessità di una ricostruzione in termini aggiornati, cioè rispondenti al sistema costituzionale del tempo⁵², dell'istituto delle immunità parlamentari, riconosciuto *apertis verbis* come snodo centrale del conflitto tra politica e giudici⁵³: il sistema dei principi costituzionali, afferma la Corte, piuttosto che optare, in nome del principio di eguaglianza, per una assoluta sottoposizione alla giurisdizione di ogni comportamento dei membri del Parlamento, ovvero, all'opposto, per una totale sottrazione al sindacato giurisdizionale di questi, in nome di un'assoluta autonomia delle Assemblee parlamentari, ha disegnato un “equilibrio razionale e misurato” tra potere legislativo e potere giurisdizionale. Equilibrio che consente alle istanze dello Stato di diritto di convivere con quelle della rappresentanza politica, che necessita di un suo “indefettibile spazio di libertà”, e che trova tutela in un insieme “unitario e sistematico” di disposizioni costituzionali, prime tra tutte quelle *ex artt.* 64 e 72 Cost. che affidano ai regolamenti parlamentari l'organizzazione interna e la disciplina del procedimento legislativo laddove non disciplinato direttamente in Costituzione.

Una riserva regolamentare che non è tuttavia solo normativa, ma anche applicativa, quest'ultima comportando “la sottrazione a qualsiasi giurisdizione degli strumenti intesi a garantire il rispetto del diritto parlamentare”⁵⁴. Tutto questo significa che – sempre secondo la lettura data dalla Corte nella [sentenza n. 379](#) – in ultimo, il bene oggetto di tutela è proprio l'autonomia delle funzioni delle Camere, quindi delle istituzioni parlamentari, a loro volta serventi la “libertà della rappresentanza politica”. E una siffatta funzionalizzazione della garanzia nei confronti della istituzione parlamentare troverebbe conferma nel fatto che la difesa della prerogativa parlamentare non è rimessa al solo interessato, appartenendo alle Camere come “attribuzione propria”.

⁴⁹ Si legge, infatti, nella [sent. n. 379 del 1996](#), p. 3 del *Considerato in diritto* che: “il conflitto promosso dalla Camera dei deputati non fa leva esclusivamente sull'art. 68, primo comma, della Costituzione, che anzi questa disposizione è invocata per argomentare l'esistenza e la latitudine dell'autonomia garantita alle Camere. L'invasione della sfera di autonomia della Camera dei deputati è dedotta dalla ricorrente sull'espresso rilievo che l'autorità giudiziaria, avendo affermato la sindacabilità del comportamento dei due *ex* deputati alla luce del solo art. 68, primo comma, abbia sottaciuto dell'art. 64 della Costituzione, che detta sfera di autonomia direttamente tutela. In questo caso, lo schema procedimentale delineato da questa Corte a partire dalla [sentenza n. 1150 del 1988](#), che postula il previo apprezzamento della Camera di appartenenza in ordine alla sindacabilità delle espressioni o dichiarazioni del parlamentare che si assumano eccedenti la sua funzione -- apprezzamento sul quale soltanto si esercita il controllo di questa Corte in sede di conflitto -- non può operare automaticamente”.

⁵⁰ Così, Corte cost., [ord. n. 269 del 1996](#).

⁵¹ In tal senso, cfr. G. RIVISECCHI, *op. cit.*, 161.

⁵² Corte cost., [sent. n. 379 del 1996](#), p. 4 del *Considerato in diritto*: “con il progressivo dissolversi della loro originaria giustificazione storica, che era di preservazione del ruolo della rappresentanza politica in un contesto nel quale anche l'amministrazione della giustizia era condizionata dal potere esecutivo, l'inquadramento delle immunità parlamentari nell'attuale sistema costituzionale ha assunto una oggettiva e sempre più evidente problematicità. Con lo statuto d'indipendenza dal quale è assistito l'ordine giudiziario, la questione della funzione di quelle immunità -- che la nostra Costituzione, come altre costituzioni dell'Occidente, perpetuando una delle più salde tradizioni del parlamentarismo, ha riconosciuto -- si è venuta delineando in maniera in parte diversa. Il disegno costituzionale è suscettibile di alimentare aspettative virtualmente antagonistiche, che si richiamano sia ai valori dell'indipendenza e terzietà del giudice, sia al valore della libertà politica del Parlamento”.

⁵³ Corte cost., [sent. n. 379 del 1996](#), p. 4 del *Considerato in diritto*: “è quindi comprensibile che il rapporto tra giudice e membri del Parlamento possa manifestarsi in termini di conflitto proprio con riguardo alla consistenza e ai limiti delle immunità parlamentari ovvero, simmetricamente, con riguardo ai limiti dell'attività giudiziaria nei confronti delle Camere”.

⁵⁴ Vedi sul punto Corte cost., [sent. n. 129 del 1981](#).

In un passaggio importante della [sent. n. 379 del 1996](#) si coglie, pur nelle diverse incongruenze e criticità che a breve vedremo, un primo richiamo al concetto di “attività funzionali”: nel momento in cui si dice che sono “coperti da immunità non tutti i comportamenti dei membri delle Camere, ma solo quelli strettamente funzionali all'esercizio indipendente delle attribuzioni proprie del potere legislativo, mentre ricadono sotto il dominio delle regole del diritto comune i comportamenti estranei alla *ratio* giustificativa dell'autonomia costituzionale delle Camere”, sembra affiorare un criterio per l'individuazione dei limiti dell'immunità⁵⁵.

Particolarmente problematico, come vedremo, è il passaggio ulteriore operato dalla Corte, quello teso a definire i contorni di questa autonomia delle Camere e, pertanto, il discrimine tra i comportamenti dei membri delle stesse riconducibili a quella sfera, e che dunque ricadono sotto l'ombrello della garanzia parlamentare, e quelli che, al contrario, ne restano fuori, “tornando” ad essere sindacabili dal potere giudiziario.

La linea di confine viene infatti individuata, e tracciata in modo fin troppo netto, nell'ambito del diritto parlamentare: tutto ciò, meglio tutti i comportamenti a questo per intero riconducibili, ricadendo nell'alveo dei regolamenti parlamentari⁵⁶, vedono il principio di legalità cedere di fronte al principio di autonomia e alla libertà del Parlamento; al contrario, quelli la cui portata non è tutta riducibile al diritto parlamentare⁵⁷, perché coinvolge altri ambiti (beni personali di altri membri delle Camere o beni di terzi) vedono riaffiorare la «'grande regola' dello Stato di diritto»⁵⁸.

Alla luce di questa premessa di principio, le azioni compiute dai due parlamentari in Aula, cioè l'aver sostanzialmente votato anche per chi non era presente, concretandosi in fattispecie che attengono alle modalità del procedimento di votazione, alla regolarità della seduta, alla correttezza del computo dei parlamentari presenti, alla regolarità dei verbali, ai poteri presidenziali di accertamento del voto e di proclamazione dei risultati, sono state ritenute dalla Corte comportamenti «tutti esaustivamente qualificabili alla luce del diritto parlamentare», soggetti alla disciplina dei regolamenti parlamentari e pertanto, sottratti all'intervento dell'autorità giurisdizionale⁵⁹.

Non mancano in conclusione, probabilmente grazie alla acutezza del Giudice relatore, osservazioni che, pur mantenendo fermo il principio per cui la sottrazione all'autorità giurisdizionale dei diritti connessi allo *status* di parlamentare è «momento essenziale dell'equilibrio tra i poteri dello Stato voluto dalla Costituzione», operano un richiamo forte alla necessità di un sistema di controllo del rispetto del diritto parlamentare che operi in termini di effettività non già ai fini della legalità quanto della stessa legittimazione degli istituti della rappresentanza⁶⁰. Si tratta di decisione

⁵⁵ G. RIVOSECCHI, *op. cit.*, 158.

⁵⁶ Nota L. CASSETTI, *I regolamenti parlamentari nei conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato*, in G. Azzariti (a cura di), *Le Camere nei conflitti*, cit., 140, che “il dibattito dottrinale sulla natura e sulla collocazione delle norme dei regolamenti parlamentari nel sistema delle fonti ha contribuito a definire la nozione di fonte primaria ed ha chiarito le diverse applicazioni di quella categoria: la primarietà del regolamento parlamentare, fonte legittimata direttamente dall'art. 64 Cost. a porre le norme fondamentali sul funzionamento e sull'organizzazione di ciascuna Camera ed autorizzata dall'art. 72 Cost a integrare i principi costituzionali sul procedimento di formazione delle leggi, non ha solo espresso la codificazione di una parte delle regole e degli istituti del diritto parlamentare, ma ha contribuito a descrivere la centralità dell'istituzione parlamentare nella forma di governo repubblicana”.

⁵⁷ Acuta dottrina ha messo in evidenza come “il regolamento è solo la cifra dell'autonomia organizzativa delle Camere e la riserva *ex art.* 64 (...) è il recinto degli atti e fatti inconoscibili e insindacabili dall'esterno. Non a caso la Corte utilizza scambievolmente i termini regolamento parlamentare e diritto parlamentare, come fossero sinonimi”, così M. MANETTI, *ult. cit.*, 3470.

⁵⁸ Corte cost., [sent. n. 379 del 1996](#), p. 7 del *Considerato in diritto*.

⁵⁹ Corte cost., [sent. n. 379 del 1996](#), p. 8 del *Considerato in diritto*.

⁶⁰ F. DAL CANTO, *Corte costituzionale e autonomia*, cit., 374-5, sottolinea la durezza dei toni tenuti dalla Corte nel monito finale in cui, su un piano “sostanziale”, la Corte non rinuncia “ad esprimere «pesantemente» il proprio biasimo nei confronti del parlamento, assumendo, di fatto, una «posizione» quasi sproporzionata rispetto a quella che, invece, sembrava ricavarci da tutto il resto della decisione”. Secondo M.C. GRISOLIA, *Immunità parlamentari e Costituzione*, cit., 175, un siffatto monito contestuale al riconoscimento di una così ampia autonomia era un'indicazione di possibili controlli futuri più rigorosi.

sicuramente complessa, rispetto alla quale piuttosto uniformi si sono mostrate le critiche avanzate dalla dottrina sia per quel che concerne l'effetto – una massima esaltazione dell'autonomia parlamentare⁶¹ – sia per il mezzo utilizzato per conseguirlo, ovvero una sovrapposizione impropria tra garanzia *ex art. 68 Cost.* e riserve regolamentari *ex artt. 64 e 72 Cost.*⁶². Certo è che attraverso una anacronistica “riesumazione” della dottrina degli *interna corporis acta*⁶³, l'unica invero in grado di sostenere il *decisum* della Corte⁶⁴, lo stesso organo di giustizia costituzionale ha limitato i propri poteri arretrando tanto per quel che concerne il suo sindacato, fino ad allora affermato, sulle delibere parlamentari in tema di insindacabilità, tanto sul procedimento legislativo⁶⁵.

2.4 Step ulteriori: le decisioni nn. [265](#) e [375 del 1997](#)

Dopo lo scossone determinato dalla [sentenza n. 379](#), due distinte, ma non molto dissimili, pronunce nel 1997, rispettivamente la [n. 265](#) e la [n. 375](#), hanno posto ulteriori tasselli nello sviluppo di questo tipo di conflitti, nonché sullo specifico ruolo della Corte nella risoluzione degli stessi.

⁶¹ Il principio di autonomia delle Camere “enfaticizzato sino a dominare, da solo, un territorio nel quale legalità e giurisdizione non hanno ingresso” (così M. MANETTI, *ult. cit.*, 3466); “la Corte opera soprattutto un fortissimo riconoscimento dell'indipendenza delle Camere”, così G. RIVOCCHI, *ult. cit.*, 157.

⁶² E' stato giustamente messo in evidenza come, pur se apparentemente l'operazione ricostruttiva della Corte sia stata quella tesa a mettere insieme i due filoni principali della giurisprudenza costituzionale in materia parlamentare, quella sull'insindacabilità e quella sugli *interna corporis acta* della Camere, in realtà la decisione “più che una confluenza di autonomi *trends* giurisprudenziali (...) segna un loro mancato incontro”, così A. MENCARELLI, *op. cit.*, 293. Si assiste, infatti, a una “sovrapposizione di piani che andrebbero, viceversa, tenuti distinti (la garanzia dell'insindacabilità per opinioni espresse e voti dati non risolvendosi affatto nella pretesa insindacabilità dell'attività legislativa)”, *ivi*, 296-7. M. MANETTI, *ult. cit.*, 3466, ritiene “discutibile” soprattutto “il nesso di strumentalità istituito in via di principio tra l'art. 68 e gli artt. 64 e 72 Cost.” Anche qualora questi ultimi fossero garanzia dell'autonomia non solo normativa, ma anche applicativa delle Camere, “resta da dimostrare che lo strumento giuridico a difesa di tale autonomia sia sempre e comunque l'insindacabilità del parlamentare”. Tale strumentalità, invero, “sembra legittimamente invocabile quando il regolamento preveda e disciplini un comportamento (...) come atto parlamentare”, ma non può comportare che le Camere facciano propri tutti i comportamenti dei parlamentari tenuti al loro interno “sottraendoli al giudice, in quanto subiscono l'ostacolo dell'art. 68 Cost., che vincola l'insindacabilità all'esercizio delle «funzioni» del parlamentare. Eppure, prosegue l'A., la Corte supera tale ostacolo prendendo “le mosse dall'idea (tradizionale) che la prerogativa *ex art. 68* sia disposta a tutela dell'Assemblea; e ne desume la conseguenza (originale) che le «funzioni» protette non sono quelle del parlamentare, bensì quelle che gli artt. 64 e 72 riservano all'Assemblea”. Ma, conclude sul punto l'A., “altro è dire che l'indipendenza del parlamentare è protetta in vista della tutela dell'indipendenza dell'Assemblea, altro che le funzioni protette sono proprio quelle dell'Assemblea”, perdendosi in questa ultima ipotesi “il legame inscindibile che l'art. 68 istituisce tra l'insindacabilità e le funzioni del parlamentare. Si tratta invero di garanzia personale che tutela solo indirettamente l'organo collegiale (G. ZAGREBELSKY, *Le immunità parlamentari. Natura e limiti di una garanzia costituzionale*, Utet, Torino 1979, 399; ovvero di garanzie che non possono essere riferite omesso medio all'Assemblea, cfr. A. PIZZORUSSO, *Dissonanze e incomprensioni tra la concezione penalistica e la concezione costituzionalistica delle immunità parlamentari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/1984, 566 ss., 582).

⁶³ Si veda ancora M. MANETTI, *ult. cit.*, 3473-4.

⁶⁴ *Ivi*, 3469, nota come l'art. 68 Cost. stia fuori la decisione che s'incentra sugli artt. 64 e 72, che delineano una insindacabilità “oggettiva” rispetto alla quale quella dei parlamentari è un “effetto dovuto”: ciò regge solo se torna la dottrina degli *interna corporis acta*”.

⁶⁵ M. MANETTI, *ult. cit.*, 3471; G. RIVOCCHI, *ult. cit.*, 159-60. G. BUCCI, *L'esercizio della funzione parlamentare tra insindacabilità e privilegio*, in *Pol. dir.*, 1/1999, 71 ss. E' noto, al contrario, che, per un verso proprio la natura scarna delle attuali norme costituzionali sul procedimento legislativo, invero ampiamente disciplinato dai regolamenti parlamentari, per un altro la tradizionale posizione della giurisprudenza costituzionale, assunta sin dalla decisione [n. 9 del 1959](#), e in forza della quale il parametro di costituzionalità è costituito dalle sole norme costituzionali, con esclusione dei regolamenti parlamentari, hanno di fatto impedito il decollo del controllo di costituzionalità sui vizi del procedimento legislativo. In tema, cfr., *ex multis*, P. BARILE, *Il crollo di un antico feticcio (gli interna corporis) in una storica (ma insoddisfacente) sentenza*, in *Giur. cost.*, 1959, 240 ss.; C. ESPOSITO, *La Corte costituzionale in Parlamento*, *ivi*, 622 ss.; F. MODUGNO, *In tema di regolamenti parlamentari e di controllo sugli «interna corporis acta» delle Camere*, in AA.VV., *Scritti in onore di Gaspare Ambrosini*, II, Giuffrè, Milano 1970, 1309 ss. In tempi più recenti, cfr. G.L. CONTI, *I regolamenti parlamentari*, in R. Romboli (a cura di), *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2006, 437 ss., in part. 440 ss. In tema, V. CASAMASSIMA, *L'opposizione in Parlamento: le esperienze britannica e italiana a confronto*, Giappichelli, Torino 2013, 460 ss.

La prima decisione è particolarmente importante per diversi aspetti: innanzitutto è la prima decisione parametrata sul solo dato costituzionale dal momento che si era spezzata, venendo meno, la “catena” dei decreti legge di attuazione dell’art. 68, comma 1 Cost.⁶⁶; poi, in essa si avverte una oscillazione tra conservazione di quanto già posto, almeno prima della [sent. n. 379 del 1996](#), e significative innovazioni⁶⁷; ancora, è decisione che ha definito in modo ulteriore i presupposti per l’esistenza della materia del conflitto, i singoli poteri dell’autorità politica e giudiziaria, nonché quelli della Corte stessa⁶⁸, muovendo per di più da un caso che ha proposto alcune particolarità: il conflitto, infatti, è stato sollevato dalla Camera di appartenenza di un parlamentare contro il Tribunale che aveva pronunciato una sentenza di condanna in sede civile per le opinioni diffamatorie espresse dal primo nei confronti di un magistrato, nonostante vi fosse una delibera di insindacabilità della Camera stessa che, tuttavia - qui la particolarità - non riguardava specificatamente quelle dichiarazioni, bensì altre espresse dallo stesso deputato, nel medesimo contesto, ma indirizzate verso un altro magistrato, il quale non si era accontentato di agire in sede civile, decidendo invece di querelare per diffamazione il deputato stesso.

Proprio questa circostanza ha consentito alla Corte di tornare su strade già precedentemente segnate, aggiungendo ulteriori tasselli.

Innanzitutto, viene chiaramente distinta la natura della prerogativa *ex art. 68, comma 1 Cost.* dalla (ormai abolita) autorizzazione a procedere originariamente prevista *ex art. 68, comma 2*, rivestendo la prima una “natura sostanziale”, che lungi dal configurarsi quale potere autorizzativo che condiziona l’esplicazione della funzione giurisdizionale, si traduce nel limite - che vale in qualsiasi sede giurisdizionale - alla “possibilità di far valere in giudizio una ipotetica responsabilità del parlamentare per le opinioni espresse nell’esercizio della funzione”⁶⁹. Quindi, nel ribadire da un lato che la libertà tutelata dalla prerogativa non è solo quella del singolo parlamentare, bensì quella delle istituzioni parlamentari nel loro complesso e, conseguentemente, dall’altro, che a queste ultime non può spettare un potere di valutazione circa la condotta addebitata al proprio membro - valutazione che, una volta manifestatasi in concreto, determina quell’effetto inibitorio superabile dal giudice solo attraverso la sollevazione del conflitto tra poteri (secondo in noto “modello”) - la Corte ha chiarito quello che deve essere il suo ruolo quale giudice dei conflitti: non già giudice che può pronunciarsi direttamente sulla sindacabilità o meno delle opinioni espresse da un parlamentare - compito che invero spetta all’autorità giudiziaria e alla Camera di appartenenza nell’esercizio della prerogativa *ex art. 68, comma 1, Cost.* - né, tantomeno, giudice dell’impugnazione di decisioni dell’autorità giudiziaria per erronea applicazione dell’art. 68, comma 1, ovvero delle delibere delle Camere, persino - con evidente contraddizione con principi precedentemente affermati - nei casi di assenza, erronea o arbitraria valutazione dei relativi presupposti. Si tratta di funzioni che, in entrambi i casi, snaturerebbero il ruolo della Corte⁷⁰.

⁶⁶ E. MALFATTI, *La giurisprudenza costituzionale e l’insindacabilità delle opinioni espresse dai parlamentari: conferme e novità sui caratteri del giudizio della Corte nel conflitto di attribuzioni tra le Camere e l’autorità giudiziaria*, in *Giur. cost.*, 4/1997, 2444 ss., in part. 2444-5. Per un’analisi della decisione che ne metta in evidenza anche alcuni profili contraddittori, cfr. R. ROMBOLI, *Immunità parlamentare: un difficile bilanciamento (con qualche contraddizione) tra autonomia delle camere, tutela della sfera di attribuzioni dell’autorità giudiziaria e ruolo della Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 1997, I, 2361 ss.

⁶⁷ G. RIVOSECCHI, *op. cit.*, 164 ha detto che con questa pronuncia si cerca di recuperare quella “coerenza” che sembrava essere stata smarrita con la sentenza [n. 379](#).

⁶⁸ Ivi, 2448, dove l’A. ritiene che la sentenza in oggetto riscatti “almeno in parte” proprio quel “vizio primigenio” della sentenza [n. 1150 del 1988](#) che la stessa A. ha individuato (vedi sopra) “tracciando un quadro apparentemente più completo delle relazioni tra organi implicati nelle vicende della insindacabilità”. Secondo attenta dottrina siamo in presenza di una delle più significative pronunce nel filone giurisprudenziale relativo all’art. 68, comma 1, Cost., così L. PESOLE, *I giudici ordinari*, cit., 331-2.

⁶⁹ Corte cost., sent. [n. 265 del 1997](#), p. 3 del *Considerato in diritto*. Sulla non reintroduzione di forme di pregiudizialità parlamentare, cfr. R. ROMBOLI, *Sulla «pregiudizialità parlamentare»*, cit.

⁷⁰ Mette in evidenza tale contraddizione G. AZZARITI, *Giurisprudenza e politica*, cit., 156. Sulla stessa linea cfr. L. PESOLE, *ult. cit.*, 330, che ribadisce come proprio le delibere affette da assenza, erronea o arbitraria valutazione dei relativi

Il giudice dei conflitti interviene “solo quando sorga un contrasto fra la valutazione espressa dall'organo parlamentare ed il contrario apprezzamento del giudice”, quindi “solo *a posteriori* e per così dire dall'esterno, in funzione di risoluzione del conflitto in tal modo manifestatosi tra organo parlamentare e giudice, quindi in funzione di garanzia dell'equilibrio costituzionale fra salvaguardia della potestà autonoma della Camera e tutela della «sfera di attribuzioni dell'autorità giudiziaria», su cui la deliberazione parlamentare viene ad incidere inibendone l'esercizio”⁷¹.

Quindi, ricapitolando: la prerogativa *ex art.* 68, comma 1, non prevede una pregiudizialità parlamentare e pertanto, aspetto molto importante, anche rispetto a quanto più avanti stabilirà la legge n. 140 del 2003, qualora dovesse mancare la delibera della Camera di appartenenza il giudice, piuttosto che essere costretto a sollecitare l'intervento di quest'ultima, ben può proseguire il suo giudizio⁷²; la Corte non è giudice dell'impugnazione, ma solo giudice che interviene *ex post* qualora ci sia un contrasto tra una (intervenuta) delibera parlamentare⁷³ e (intervenuta) valutazione del giudice. Da tali premesse è scaturita l'inammissibilità, sotto il profilo oggettivo, del conflitto proposto giacché, nel caso di specie, è mancato uno dei presupposti, ovvero la previa delibera da parte della Camera di appartenenza: con argomentazione piuttosto dettagliata, infatti, la Corte ha voluto puntualizzare che perché vi sia l'effetto inibitorio, con tutto ciò che questo comporta, la deliberazione della Camera di appartenenza del deputato deve riferirsi “specificatamente” alle opinioni di quest'ultimo che formano oggetto del giudizio, poste in relazione alla funzione parlamentare, non essendo sufficiente che essa, pur se riferita ad altre opinioni non oggetto del giudizio, attinga ad un medesimo contesto⁷⁴.

La dottrina ha messo in evidenza come, oltre alla conferma di una assenza di parità tra Camere e autorità giudiziaria, che si traduce nel c.d. conflitto “a senso unico”⁷⁵, una delle carenze significative

presupposti sono state quelle individuate sin dalla sentenza [n. 1150](#) come quelle impugnabili dall'autorità giudiziaria tramite il conflitto, la soluzione del quale “non può non implicare la verifica da parte della Corte del corretto esercizio del potere parlamentare”. Vedi anche R. ROMBOLI, *Immunità*, cit., 2364 che parla di “un contrasto, quasi letterale, con quanto sostenuto nella stessa decisione”. Vedi anche S. BARTOLE, *Immunità e giurisdizione nei conflitti costituzionali*, in AA.VV., *Immunità e giurisdizione*, cit., 47- 48.

⁷¹ Corte cost., sent. [n. 265 del 1997](#), p. 6 del *Considerato in diritto*.

⁷² Taluni, proprio per questa ragione, e cioè per l'affermazione chiara di questo principio, hanno visto nella pronuncia in esame una decisione, seppur meramente processuale, comunque favorevole all'autorità giudiziaria, così L. PESOLE, *I giudici ordinari*, cit., 326-7.

⁷³ Questo significherebbe, pertanto, che secondo la Corte, l'oggetto del giudizio è rappresentato dalla delibera parlamentare, secondo quanto nota, con rilievo critico, G. AZZARITI, *Cronaca di una svolta*, cit., 205, che richiama altresì la posizione di F. SORRENTINO, *Immunità e giurisdizione nei conflitti costituzionali*, in AA.VV., *Immunità e giurisdizione*, cit., 69 ss., che, al contrario, insiste sul fatto che oggetto del conflitto debba essere la delimitazione delle attribuzioni del potere giudiziario.

⁷⁴ Ora, è ben vero che, in punto di fatto, le dichiarazioni asseritamente diffamatorie lamentate dal magistrato Baldi, e che diedero origine al procedimento penale instaurato dal pubblico ministero di Roma, si ricollegavano al medesimo esposto inoltrato dal deputato Cafarelli al Consiglio superiore della magistratura, e che diede luogo, per le dichiarazioni ivi contenute relative al magistrato Picardi, al giudizio civile davanti al Tribunale di Foggia. Tuttavia, non può dirsi che il fatto, oggetto di quest'ultimo giudizio, fosse lo stesso di quello oggetto, a seguito della querela del magistrato Baldi, del procedimento penale in riferimento al quale fu adottata la delibera della Camera. Pur espresse nel medesimo contesto, le dichiarazioni del deputato Cafarelli relative al magistrato Baldi, e quelle relative al magistrato Picardi, mantengono la loro autonomia, e sono riferite per lo più a circostanze diverse. In ogni caso i due giudizi di responsabilità, rispettivamente penale e civile, hanno oggetti distinti ed autonomi, attinenti a dichiarazioni asseritamente lesive dell'onore di diversi soggetti. Lo stesso Presidente della Camera, nel comunicare all'assemblea, nella seduta del 4 febbraio 1997, di avere sottoposto all'Ufficio di presidenza la proposta di sollevare il presente conflitto di attribuzione, avvertiva che la condanna del deputato Cafarelli da parte del Tribunale di Foggia era intervenuta «per una fattispecie analoga - sia pure riferita ad un diverso soggetto - a quella per la quale l'Assemblea, nella seduta del 25 marzo 1993, aveva deliberato l'insindacabilità delle opinioni espresse dal medesimo deputato» (Atti Camera, resoconto sommario della seduta del 4 febbraio 1997, pag. 17): non quindi, per la medesima fattispecie oggetto del giudizio civile.

⁷⁵ Così E. FURNO, *L'insindacabilità parlamentare: ascesa, declino e trasformazione di una prerogativa*, Edizioni Scientifiche italiane, Napoli 2009, 139; L. PESOLE, *I giudici*, cit., 327-8, che, dal fatto per cui le Camere possono in ogni momento deliberare sull'insindacabilità, arrestando di fatto il procedimento giurisdizionale e, al contrario, i giudici

emerse dalla decisione [n. 265](#) sia quella di non aver definito la natura della dichiarazione di insindacabilità, quale atto tecnico-giuridico, che consentirebbe un qualche ruolo attivo dell'autorità giudiziaria⁷⁶, ovvero atto tutto politico, e dunque con dei limiti molto più netti al tipo di sindacato del giudice⁷⁷.

Seppur negli effetti, e dunque nel *decisum*, riproduttiva di principi e schemi ormai consolidati nella giurisprudenza costituzionale, anche coloro che più critici si sono mostrati nei confronti di quest'ultima, hanno intravisto nella successiva pronuncia [n. 375 del 1997](#), se non già un cambio di rotta, quantomeno alcuni segnali di "insofferenza" nei confronti del *modus operandi* degli organi parlamentari⁷⁸.

Di un certo interesse sono state le considerazioni che la pronuncia - cui si giunge tramite la "solita" impugnazione da parte del giudice della delibera parlamentare che però in questo caso, disattendendo il parere della Giunta, aveva riconosciuto l'insindacabilità delle opinioni espressa da un suo membro, - ha svolto in tema di nesso funzionale, raccogliendo anche le sollecitazioni provenienti dalle argomentazioni delle parti confliggenti. La Corte ha riconosciuto una "dimensione peculiare" alla funzione parlamentare nel sistema, qualificandola di "natura generale" e "libera nel fine", differenziandola in tal modo dalle altre funzioni costituzionalmente tutelate. Da qui la delicatezza estrema che riveste l'operazione tesa a ricostruirne la portata, giacché se per un verso non si può pensare di esaurirla nei soli atti tipici, dovendosi invero ricomprendere necessariamente quelli presupposti e consequenziali, dall'altro essa non può estendersi a "l'intera attività politica" del membro del Parlamento, effetto che vanificherebbe il nesso funzionale stesso, trasformando la prerogativa in un "privilegio personale"⁷⁹.

In dottrina vi è chi ha criticato queste prese di posizione della Corte⁸⁰ e chi, al contrario, ha accolto in maniera positiva il tentativo, comunque, di circoscrivere l'ambito di estensione dell'insindacabilità⁸¹.

possono solo reagire sollevando il conflitto costituzionale, deduce la posizione "svantaggiata" del potere giudiziario, costretto "a rivolgersi ad un «un potere terzo» senza avere (a differenza delle Camere) la possibilità di difendere direttamente le proprie competenze"; vedi anche A. PERTICI, *È ancora la Camera d'appartenenza il giudice dell'insindacabilità dei voti dati e delle opinioni espresse dai parlamentari*, in *Giur. cost.*, 6/1997, in part. 3616-7.

⁷⁶ È nota in proposito la posizione favorevole a una valutazione che sia dell'autorità giudiziaria, cfr. R. ROMBOLI, *Immunità*, cit., 2362.

⁷⁷ E. MALFATTI, *ult. cit.*, 2454.

⁷⁸ Cfr. G. AZZARITI, *Cronaca di una svolta*, cit., 206 ss. Lo mette in evidenza anche commentando la successiva pronuncia [n. 289 del 1998](#), A. PACE, *L'insindacabilità parlamentare tra la «libertà della funzione» (delle camere) e la verifica (non più soltanto «esterna»?) del «corretto esercizio del potere»*, in *Giur. cost.*, 4/1998, 2214 ss., in part. 2216. Sulla pronuncia, cfr. anche F. PETRANGELI, *Insindacabilità parlamentare: una «nuova fase» inaugurata con qualche incertezza*, in *Giur. cost.*, 6/1997, 3597 ss., che appunto, accenna, 3598, a una sorta di "nuova fase" aperta dalla sentenza in oggetto; A. PERTICI, *È ancora la Camera*, cit.; A.M. CECERE, *Il difficile rapporto tra insindacabilità parlamentare e inviolabilità dei beni morali. Sfumata per la Corte costituzionale un'altra occasione di applicare una regola di principio*, in *Giur. it.*, 10/1998, 1774 ss.

⁷⁹ La Corte accoglie pertanto il c.d. indirizzo "intermedio", su cui cfr. S. VUOTO, *L'insindacabilità dei membri del Parlamento, tra i «corsi» e i «ricorsi» delle «disposizioni urgenti per l'attuazione dell'art. 68 della Costituzione»*, in *Giur. cost.*, 3/1996, 1975 ss., in part. 1984; G. LASORELLA, *Procedimenti e deliberazioni parlamentari in materia di immunità dopo la riforma dell'art. 68 della Costituzione (Appunti per una riforma dei regolamenti delle Camere)*, in *Boll. inf. cost. e parlam.*, 3/1994, 51 ss., in part. 76.

⁸⁰ *Ex multis*, cfr. A. PACE, *L'insindacabilità parlamentare tra la «libertà della funzione»*, cit., 2217 dove il carattere di "libera nel fine e di "natura generale" riconosciuti alla funzione parlamentare vengono criticati perché con essi "passa sotto silenzio la netta differenza che sussiste tra un diritto di libertà (spettante, come tale, ai soli privati) - nell'esercizio del quale il titolare libero nel «se», nel «come» e nel «quando» - e una funzione pubblica (pubblica o privata che sia), nell'esercizio della quale vi è sempre un aspetto di doverosità, connesso al fine che il titolare del *munus* deve perseguire e/o al contenuto delle attività che esso deve porre in essere". Parlare invece di funzione generale è "ambiguo, posto che una funzione è tale solo se, della correlativa attività, si specificino il contenuto e lo scopo".

⁸¹ Secondo G. RIVOSECCI, *ult. cit.*, 172, "le motivazioni addotte dalla Corte sembrano (...) richiamare la ratio fondante dell'istituto di cui al primo comma art. 68 Cost. che concepisce l'insindacabilità come garanzia della funzione parlamentare o, per meglio dire, dello svolgimento del procedimento di decisione parlamentare, con la conseguenza che

Vero è che, tuttavia, la risoluzione del caso di specie, ancora a favore dell'organo parlamentare - la cui delibera di insindacabilità è stata ritenuta "non arbitraria" laddove ha riconosciuto le opinioni del parlamentare "divulgative di una scelta politica" e quindi espressione di atti funzionali⁸² - è sembrata ancora troppo attenta al pieno rispetto delle (sole) prerogative dell'organo parlamentare⁸³. D'altronde, altri elementi portano a considerare come l'ago della bilancia pendesse ancora in maniera nitida verso l'organo parlamentare: nella pronuncia [n. 375](#) non viene ripetuto alcun riferimento alla "doppia competenza", ma si afferma semplicemente che spetta alle Camere valutare la sussistenza delle condizioni di insindacabilità⁸⁴. Così come non viene risolta la importante questione relativa alla necessità di un coordinamento tra procedimento giudiziario e delibera parlamentare posto che questa, non potendo più inibire l'inizio del procedimento stesso, ma potendo arrestarne il proseguo⁸⁵, non essendo soggetta ad alcun termine, può intervenire in qualsiasi momento, e dunque anche in uno stadio molto avanzato del procedimento stesso, ad evidente discapito della efficienza dello stesso⁸⁶.

La circostanza, peraltro, per cui la Corte non è parsa comunque entusiasta nel prendere la sua decisione ha trovato conferma nell'ultima parte della motivazione in cui, con riferimenti non strettamente necessari e che assumono dunque un rilievo non marginale, pur riprendendo "appelli" già avanzati in precedenza (v. sent. [n. 379 del 1996](#)), ha sottolineato l'esigenza che le Camere adottino norme regolamentari atte a ridurre i possibili arbitri⁸⁷.

È rimasta ancora senza una chiara definizione, o meglio ancora, quella che appariva sembrava ancora troppo protesa verso la sponda parlamentare, il quesito fondamentale e comune a tutta questa giurisprudenza, quello cioè relativo al grado di penetrazione che il giudice dei conflitti può raggiungere nel valutare la delibera di insindacabilità e sintetizzabile nel seguente interrogativo: come può la Corte sindacare la non arbitrarietà della valutazione dei presupposti richiesti dall'art. 68, comma 1 Cost., espressa nella delibera parlamentare, e peraltro il nesso di funzionalità delle opinioni con la funzione parlamentare, senza tuttavia valutare la fattispecie in concreto, e cioè anche il merito delle stesse dichiarazioni⁸⁸?

il singolo deputato o senatore finisce per godere della prerogativa soltanto 'di riflesso', in termini di strumentalità all'esercizio di compiti assegnati al proprio ufficio".

⁸² Le dichiarazioni, seppur formalmente non strettamente riproduttive degli interventi del senatore Boso in Commissione affari costituzionali, erano state rese mentre si procedeva alla conversione del decreto-legge sugli immigrati extracomunitari (il n. 489 del 1995, poi decaduto), in un clima quindi in cui il confronto politico si era mostrato particolarmente aspro sul tema in oggetto. Pertanto, secondo la Corte, "non è arbitraria la valutazione effettuata dall'organo parlamentare: il Senato, investito della questione nella legislatura successiva a quella in cui si erano svolti i fatti, ha qualificato le dichiarazioni come «divulgative di una scelta politica», che si è tradotta in puntuali atti funzionali".

⁸³ G. AZZARITI, *Cronaca di una svolta*, cit., 207.

⁸⁴ A. PERTICI, *op. cit.*, 3617.

⁸⁵ *Ibidem*, ha visto nella nuova configurazione della deliberazione parlamentare non già un'autorizzazione a procedere, quanto una "autorizzazione a finire di procedere a carattere eventuale".

⁸⁶ Non a caso la dottrina ha proposto diverse soluzioni: l'obbligo per il giudice che sta procedendo nei confronti di un parlamentare di informare la Camera di appartenenza (*ex multis*, A. VALASTRO, *op. cit.*); una riforma dei regolamenti parlamentari che preveda invece a carico del parlamentare oggetto d'indagine l'onere, o addirittura l'obbligo, di informare la propria Camera di appartenenza (S. PANIZZA, *La disciplina delle immunità parlamentari tra Corte e legislatore (costituzionale e ordinario)*, in *Giur. cost.*, 1/1994, 592 ss., 617) In tema, cfr. ancora A. PERTICI, *op. cit.* 3618-9.

⁸⁷ Vedi in particolare le osservazioni sul punto di G. AZZARITI, *Cronaca*, cit., 210.

⁸⁸ Ancora A. PERTICI, *op. cit.*, 3620. Lo stesso A. ritiene sul punto che la Corte abbia voluto applicare al giudizio su questo tipo di conflitti il giudizio di ragionevolezza che lo stesso Giudice costituzionale svolge in sede di sindacato sulle leggi, in forza del quale, come noto, la Corte non può sindacare il merito delle scelte del legislatore se non quando si fonda su di un uso irragionevole di tale potere discrezionale. Come, tuttavia, rileva lo stesso A., tra le due ipotesi vi è un'importante differenza: "nel giudizio di ragionevolezza sulle leggi, la Corte valuta l'operato del legislatore che, quando ha compiuto le scelte su cui essa è chiamata ad intervenire, aveva di fronte a sé un ampio spettro di ipotesi astrattamente praticabili, mentre, nel caso del conflitto, il giudizio della Consulta ha ad oggetto una pronuncia sulla sindacabilità dei voti dati o delle opinioni espresse da un parlamentare, che è stata emessa da una delle Camere avendo di fronte due sole scelte, inerenti ad un caso specifico". Lo stesso R. ROMBOLI, *Immunità parlamentare*, cit., 2364, proponendo gli scenari futuri derivanti da questa giurisprudenza costituzionale, ha avuto modo di osservare come, nel caso ritenuto più frequente, ovvero quello poi effettivamente realizzatosi, quello del giudice che non condividendo la delibera di insindacabilità della

2.5. Alcune importanti decisioni processuali anche pro futuro.

Sul finire degli anni Novanta vengono adottate alcune decisioni che, pur non definendo nel merito i conflitti, segnano dei passaggi importanti nell'evoluzione del tipo di conflitto in esame. Il riferimento va fatto innanzitutto alla decisione [n. 449 del 1997](#) che, se appare ineccepibile sul piano formale, avendo la Corte dichiarato l'improcedibilità per il deposito del ricorso effettuato oltre il termine di venti giorni dall'ultima notificazione (in senso conforme vedi anche la successiva [n. 342 del 1998](#)), non ha mancato di suscitare in dottrina alcune perplessità sul piano sistematico. Una prima insiste proprio sull'istituto stesso del conflitto, una seconda invece guarda alla tutela del terzo offeso.

Quanto alla prima, in particolare, è stata criticata la rigida applicazione della disciplina del processo innanzi al Consiglio di Stato al processo costituzionale, in special modo per quel che concerne il conflitto tra poteri: difatti, se nel primo “vi è una precisa simmetria tra la perentorietà del termine di proposizione del ricorso e la perentorietà del termine di deposito dell'originale”, questa manca nel secondo dove, “a differenza del conflitto fra Stato e Regioni e fra Regioni, non esiste un termine per proporre il ricorso (...) e dove pertanto appare sproporzionato applicare lo stesso rigore voluto dalla legge per il deposito del ricorso rivolto al Consiglio di Stato”⁸⁹.

Proprio la mancata indicazione espressa della perentorietà del termine del deposito “pone in primo piano l'opposta esigenza sostanziale di non rendere impossibile o più difficoltoso l'invocato intervento della Corte a garanzia dell'equilibrio costituzionale”⁹⁰.

Lo stesso Autore, in riferimento alla circostanza per cui nel conflitto tra poteri non è previsto un termine per presentare il ricorso, circostanza che, qualora la Corte dovesse dichiarare improcedibile il conflitto per tardivo deposito aprirebbe la strada a un “effetto di reiterazione” del conflitto⁹¹, si è interrogato sulla possibilità di individuare un “punto-limite” per la stessa proponibilità del conflitto, visto che il trascorrere del tempo “potrebbe indurre a ritenere consolidata l'attribuzione in concreto esercitata o venuto meno l'interesse a ricorrere”⁹², prospettando anche la possibilità, al pari di quanto avviene per i conflitti intersoggettivi, della previsione di un termine entro il quale ricorrere, aspetto, peraltro, che risponderebbe altresì a ragioni di “economia processuale”⁹³, visto che il conflitto

Camera di appartenenza, sollevi il conflitto, la valutazione della fattispecie concreta “appare invece indispensabile” anche per la Corte, “dal momento che il giudice contesta alla camera la sussistenza dei presupposti per l'applicabilità dell'immunità e sostiene quindi l'arbitrarietà della decisione parlamentare”. Vedi anche le riflessioni di G. AZZARITI, *Cronaca di una svolta*, cit., 208-09, in particolare sulla critica rivolta all'atteggiamento della Corte che, da un lato riconosce la prassi estensiva dell'insindacabilità degli ultimi anni, quasi a compensare il venir meno dell'autorizzazione a procedere, dall'altro ammette che nulla può fare proprio perché il suo giudizio non può essere di merito.

⁸⁹ Così G. SILVESTRI, *Il conflitto di attribuzione tra rigidità processuali ed esigenze sostanziali*, in *Giur. cost.*, 1997, 3988 ss., 3989, che ha osservato come “Un senso pratico di economia processuale potrebbe indurre a adottare una maggiore elasticità nella valutazione della decadenza, con indubbio vantaggio sia per il lavoro della Corte che per quello degli organi ricorrenti”.

⁹⁰ Ivi, 3990.

⁹¹ Ivi, 3988.

⁹² Ivi, 3991, che rinvia a Corte cost., sent. [n. 7 del 1996](#). L'Autore auspicava comunque un intervento chiarificatore del legislatore giacché è “eccessivo mettere sulle spalle della Corte l'onere di sbarrare il passo alla moltiplicazione dei ricorsi eliminando, ad esempio, quelli tardivi per carenza di attualità dell'interesse a ricorrere”.

⁹³ Il riferimento è a G. SILVESTRI, *Il conflitto di attribuzione tra rigidità processuali ed esigenze sostanziali*, in *Giur. cost.* 1997, 3988 ss., 3988, che ha parlato di “effetto di reiterazione” del conflitto qualora, ad esempio, la Corte dichiarasse il conflitto improcedibile per tardivo deposito, come avvenuto con la sentenza [n. 449 del 1997](#), e lo stesso possa essere riproposto successivamente. In tema cfr. anche R. ROMBOLI, *Sentenze di improcedibilità della Corte costituzionale ed effetto preclusivo alla riproposizione dello stesso ricorso per conflitto tra poteri: a proposito di una “memoria a futura memoria”*, in *Foro it.*, 1999, I, 2247 ss.; F. BENELLI, *A proposito della riproponibilità di (due) conflitti già dichiarati improcedibili*, in *Giur. cost.*, 2/2000, 1110 ss.; M. PERINI, *Una pronuncia della Cassazione sulla riproponibilità dei conflitti dichiarati improcedibili*, in *Giur. cost.*, 5/2000, 3447 ss. Sui rapporti, in particolare, tra giudizio amministrativo e giudizio costituzionale sui conflitti, cfr. E. MALFATTI, *La “strana coppia”: notifiche dei ricorsi e conflitti costituzionali*,

insisterebbe all'interno di un procedimento i cui tempi, ma soprattutto la cui certezza, mal si concilierebbero con l'assenza di termini entro cui far valere la lesione.

Passando ora al secondo profilo, attenta dottrina ha sottolineato come la perentorietà del termine del deposito del ricorso, affermata dalla Corte a partire dalla pronuncia [n. 449 del 1997](#) - e poi talmente consolidatasi nella giurisprudenza costituzionale da essere recepita, pur con l'aggiunta di ulteriori 10 giorni, a livello normativo nelle norme integrative del 2008 - e da cui consegue l'improcedibilità del conflitto, pone un problema di non poco conto rispetto alla posizione del terzo offeso. Se questi, infatti, in caso di rigetto di un conflitto contro una delibera di insindacabilità parlamentare, perde il diritto a chiamare in giudizio il parlamentare, ma sulla base di un presupposto costituzionalmente corretto, ben diversa è la situazione nel caso di decisione meramente processuale: in questa ipotesi, infatti, il mancato esame nel merito del conflitto, per un mero errore del giudice, che non deposita il ricorso nei termini (perentori), lascia intatto il valore della delibera di insindacabilità, la cui legittimità (o illegittimità) non viene più accertata, con conseguenze molto pesanti nei confronti del terzo offeso, il quale sarà costretto a non poter chiamare in giudizio il parlamentare senza avere la certezza che quella stessa delibera che ha rivestito con l'insindacabilità opinioni che lo hanno danneggiato, sia stata adottata in modo conforme alla Costituzione⁹⁴.

Di assoluto rilievo, soprattutto guardando agli sviluppi di questi ultimi anni, è stata la posizione espressa dalla Corte nell'ordinanza [n. 177 del 1998](#) che, pur all'interno di un ben noto filone giurisprudenziale volto a negare la legittimazione del singolo parlamentare, ha lasciato qualche spiraglio aperto nel momento in cui, pur dichiarando inammissibile un conflitto *ex art. 68*, comma 1 Cost. proposto (anche) dal singolo parlamentare, affermò che "il conflitto sollevato dal deputato (...) è circoscritto ai rapporti tra prerogative parlamentari e autorità giudiziaria delineati dall'art. 68, primo comma, Cost., restando impregiudicata la questione se in altre situazioni siano configurabili attribuzioni individuali di potere costituzionale, per la cui tutela il singolo parlamentare sia legittimato a ricorrere allo strumento del conflitto tra poteri dello Stato".

Rispetto a un tema che ha sviluppato un fitto dibattito in dottrina, con posizioni a favore e contrarie⁹⁵, proprio il riferimento esplicito ad "altre situazioni" ha posto le basi per un rinnovato interesse per le forme di tutela del parlamentare non già verso altri poteri, quanto *all'interno* della Camera di appartenenza⁹⁶, seguendo l'intuizione di quella autorevole dottrina secondo la quale "le

in *Quad. cost.*, 3/2007, 594 ss. Vedi anche le osservazioni sulla sent. [n. 116 del 2003](#) di L. PESOLE, *La duplice lettura del principio di non riproponibilità dei conflitti*, in *Giur. cost.*, 2/2003, 914 ss.

⁹⁴ L. PESOLE, *Verso la scomparsa*, cit., 2164. Secondo l'Autrice, peraltro, la stessa Corte si è trovata in qualche modo spiazzata di fronte ai numerosi casi in cui, a fronte di un giudice che non ha rispettato il termine perentorio di deposito del ricorso, è stata costretta a dichiarare il conflitto improcedibile. Cfr. sulla posizione del terzo, le interessanti notazioni di A. CARIOLA, *L'immunità dei parlamentari, il giusto processo ed il diritto comune costituzionale*, in AA.VV., *Immunità e giurisdizione*, cit., 274 ss.

⁹⁵ Quanto alle prime, cfr. M. MAZZIOTTI, *I conflitti fra poteri dello Stato*, I, Giuffrè, Milano 1972, 234; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Cedam, Padova 1975, 1459; A. MANZELLA, *Il parlamento*, Il Mulino, Bologna 1977, 244; per le posizioni più favorevoli, G. ZAGREBELSKY, *Le immunità parlamentari*, cit.; C. CALVIERI, *Organi parlamentari e conflitto di attribuzione. Tendenze evolutive*, in G. Azzariti (a cura di), *Le Camere nei conflitti*, cit., 77 ss., in part. 84 ss. Per una ricostruzione, cfr. G. RIVOCCHI, *ult. cit.*, 90 ss.

⁹⁶ Si vedano in tal senso, le riflessioni di N. ZANON, *Il "caso Previti": conflitto tra poteri dello Stato o questione "privata"*, in R. Bin - G. Brunelli - A. Pugiotto - P. Veronesi (a cura di), *Il "caso Previti". Funzione parlamentare e giurisdizione in conflitto davanti alla Corte*, Giappichelli, Torino 2000, 3, il quale, proprio ragionando attorno ai possibili scenari schiusi dalla ord. [n. 177 del 1998](#), ha ritenuto preferibile il punto di vista che vede in essa segnata "la parola definitiva della Corte sul problema della legittimazione del singolo non in generale, ma, precisazione assai importante, in relazione ai soli conflitti sollevati in relazione alla garanzia prevista dall'art. 68, comma 1, Cost."; A. MORRONE, *Note sul ricorso del singolo parlamentare*, *ivi*, 123-24, e più avanti, 126, allorché afferma che l'aver subordinato da parte della Corte, con la decisione [n. 177 del 1998](#), "l'accesso del singolo parlamentare al giudizio della Corte alla condizione di rinvenire «attribuzioni individuali di potere costituzionale», nel confermare l'orientamento prevalente nella letteratura costituzionalistica circa il significato "oggettivo" da attribuire al concetto di "potere" (...), sembra pure dimostrare che l'avveramento di quella condizione potrebbe costituire di per sé un motivo sufficiente per prescindere, anche al di là delle ipotesi connesse alla tutela delle prerogative parlamentari, dall'assorbente funzione vicaria del parlamentare che,

lesioni più gravi e rilevanti” del diritto al libero mandato parlamentare sono quelle “realizzate in Parlamento, ad opera della Camera d’appartenenza, trattandosi in effetti di lesioni incidenti sulla funzione rappresentativa nel suo concreto svolgimento”⁹⁷.

2.6 Altre sentenze importanti prima della svolta del 2000, a partire dal primo annullamento di una delibera d’insindacabilità.

Tornando al filone giurisprudenziale su cui si sta innestando il presente lavoro, non v’è dubbio che una tappa fondamentale l’abbia segnata la sentenza [n. 289 del 1998](#), con la quale per la prima volta la Corte, in accoglimento del conflitto sollevato dall’autorità giudiziaria, ha annullato la delibera di insindacabilità di un’assemblea parlamentare⁹⁸.

La fattispecie da cui è originato il conflitto costituzionale ha visto protagonisti un sostituto procuratore che, dopo aver firmato una informazione di garanzia nei confronti di un deputato per il reato di offesa all’onore e al prestigio del Presidente della Repubblica (*ex art. 278 c.p.*), era stato destinatario di dichiarazioni - ritenute diffamatorie - da parte dello stesso parlamentare. Da qui il procedimento civile per risarcimento danni intentato dal magistrato, bloccato dall’intervenuta delibera parlamentare che riconosceva le opinioni espresse dal deputato coperte dalla insindacabilità, e che costringeva l’autorità giudiziaria competente a sollevare il conflitto.

La delibera parlamentare oggetto del conflitto aveva “salvato” le dichiarazioni del deputato espresse nei confronti del magistrato riconnettendole in maniera piuttosto “semplicistica” al particolare ruolo ricoperto dal primo, quale leader di un movimento politico, la Lega Nord, che aveva fatto delle battaglie contro la Presidenza della Repubblica e della magistratura una tratto distintivo della sua connotazione politica. La specificità del caso è stata occasione colta da acuta dottrina per richiamare, pur con le dovute cautele determinate da una significativa differenza di contesto, la

altrimenti, verrebbe assunta dalla Camera di riferimento”. Ancora, *ibidem*, 128-9, mette in rilievo un postulato del costituzionalismo liberale, secondo cui “il libero esercizio delle funzioni parlamentari è assicurato dalla specificità della garanzia rappresentata dalle prerogative che sono poste a tutela del mandato parlamentare e quindi, a differenza dei ‘privilegi’, sono ‘irrinunciabili e indisponibili’ da parte del rappresentante”. Ebbene, “questo principio (...) implica che il singolo parlamentare non è titolare di un autonomo potere di azione a tutela delle proprie prerogative e che, al di là dei rapporti all’interno delle camere (nell’ambito dei quali il parlamentare può far valere le proprie posizioni, forse anche ricorrendo alla Corte costituzionale) ‘il dialogo sulle sue prerogative intercorre tra la camera alla quale appartiene e la magistratura che lo persegue” (vedi l’ivi richiamato A. BARBERA, *I Parlamenti: un’analisi comparativa*, Laterza, Roma-Bari, 1999, 54 ss.).

⁹⁷ N. ZANON, *Il libero mandato parlamentare: saggio critico sull’art. 67 della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1991, 309. L’A. riconosce i singoli parlamentari come poteri non già per la capacità di dichiarare definitivamente la volontà del potere, bensì in quanto titolari di attribuzioni costituzionali proprie, *IBIDEM*, 314. Si vedano anche le riflessioni di ID., *Il “caso Previti”*, cit., 8, per il quale “la possibilità per il singolo non solo di votare, ma di presenziare in aula, e in quella sede di esercitare tutte le competenze o i diritti attribuitigli dalla Costituzione e dai regolamenti parlamentari, è espressione di una sua “qualità rappresentativa” singolare, che non solo gli è riconosciuta letteralmente dall’art. 67 Cost. (...), ma che sostanzia storicamente e teoricamente il concetto di rappresentanza politica”. “E’ davvero difficile” – prosegue l’Autore – “che tale qualità rappresentativa risulti organicisticamente riassorbita dal plenum, sia in termini sostanziali, guardando a ciò che sono oggi il pluralismo e la frammentazione parlamentari, sia in termini processuali, laddove si ragioni di legittimazione a stare in giudizio per conflitto”. Si veda, in tema, anche E. GARCIA, *Inmunidad parlamentaria y Estado de partidos*, Tecnos, Madrid 1989, 61 e 104-5; D. NOCILLA, *Il libero mandato parlamentare*, in AA.VV., *Annuario 2000. Il Parlamento*, Atti del XV Convegno Annuale dell’Associazione dei costituzionalisti, Firenze 12-13-14 ottobre 2000, Padova 2001, 47 ss.

⁹⁸ Di sentenza “rompighiaccio”, “evento nella storia istituzionale del nostro Paese (...) che segna il passaggio dalla fase degli «accorati appelli» al Parlamento (...) a una fase (...) sanzionatoria dei comportamenti pervicacemente trasgressivi delle assemblee parlamentari” ragiona L. ELIA, *Relazione di sintesi*, in AA.VV., *Immunità e giurisdizione cit.*, 91. Per un commento specifico della decisione cfr. A. PACE, *L’insindacabilità*, cit., e, rilevante soprattutto per la prospettiva comparata con l’esperienza tedesca, N. ZANON, *Brevi spunti comparatistici (a futura memoria) per il trattamento parlamentare dell’insindacabilità*, in *Giur. cost.*, 4/1998, 2220 ss.

distinzione emersa nel sistema tedesco, ed operata dal *Bundestag*, tra quelle che sono le *ingiurie diffamanti*, per le quali espressamente non è prevista alcuna *Indemnität* in sede civile per i parlamentari (art. 46, GG, comma 1, laddove la perseguibilità in sede penale è condizionata alla revoca dell'immunità da parte dello stesso *Bundestag*), e le *ingiurie politiche*, nei confronti delle quali, viceversa, deve operare l'immunità⁹⁹.

Il Giudice costituzionale, in questa occasione, richiamandosi peraltro integralmente ai propri precedenti, non ha potuto non evidenziare come nel caso di specie, una quanto mai generica "omogeneità tematica" tra dichiarazioni e attività politica non fosse idonea a realizzare quel "la connessione funzionale richiesta come condizione di applicabilità dell'art. 68, primo comma, della Costituzione"¹⁰⁰. Fondamentale, nella prospettiva del rapporto tra i poteri, e a maggior ragione in questo caso visto l'esito del conflitto, è la peculiare attenzione che la Corte ha rivolto alla motivazione della delibera parlamentare¹⁰¹, segno tangibile di come l'organo di giustizia costituzionale, nella ricerca incessante di un punto di equilibrio tra i poteri, che è la cifra nella risoluzione dei conflitti, si preoccupi di mostrarsi "per nulla indifferente" a quella sorta di «autocomprensione» da parte del Parlamento circa il senso delle proprie prerogative¹⁰².

Importante è altresì la precisazione ulteriore fatta dalla Corte: alcun rilievo può assumere, ai fini della creazione del nesso funzionale, un atto parlamentare compiuto successivamente ai fatti che hanno determinato quelle dichiarazioni poi divenute causa del conflitto costituzionale. Ed infatti, "diversamente opinando, qualsiasi affermazione, anche ritenuta gravemente diffamatoria e - ciò che conta - estranea alla funzione od all'attività parlamentare, potrebbe diventare insindacabile a sèguito della semplice presentazione in data successiva al fatto di un'interrogazione *ad hoc*"¹⁰³.

⁹⁹ Il riferimento è ai richiami operati da N. ZANON, *ult. cit.*, il quale, oltre a puntualizzare le differenze di contesto, e pur consapevole del fatto che la ricostruzione del concetto di ingiuria politica è stata fatta sostanzialmente proprio dal *Bundestag*, "che recupera per questa via un potere interpretativo indiretto sulla materia dell'*Indemnität*", 2225, ha tratto da questa comparazione lo spunto per cui "la chiara attestazione costituzionale" per cui le ingiurie diffamanti non sono coperte da immunità in sede civile, "parrebbe in grado, ad immaginare per un momento che essa valga anche nel nostro ordinamento, di condurre a risoluzione già di fronte al giudice ordinario molte vicende", *IBIDEM*. Per esempi relativi a altri ordinamenti, cfr. M. VOLPI, *Responsabilità e immunità degli organi titolari di poteri politici. Un'analisi comparata*, in L. Carlassare (a cura di), *Diritti e responsabilità dei soggetti investiti di potere*, Cedam, Padova, 2003, 57 ss.

¹⁰⁰ Corte cost., sent. [n. 289 del 1998](#), punto 5.1. del *Considerato in diritto*. In particolare, dalla relazione della Giunta non emergeva alcuna indicazione idonea a evidenziare il necessario collegamento con le funzioni, richiesto dall'art. 68 della Costituzione, visto che si leggeva semplicemente che «tutte le affermazioni rese dal deputato Calderoli traggono spunto dalla sua posizione di deputato e di leader locale della Lega Nord». Né alcun elemento chiarificatore poteva trarsi dal sèguito della relazione della Giunta per le autorizzazioni a procedere, per la quale «è apparso evidente alla Giunta il collegamento tra gli apprezzamenti critici ... rivolti, tanto nei confronti del Presidente della Repubblica quanto nei confronti della magistratura bergamasca, e l'attività ... svolta nella sede parlamentare, in quanto, tra l'altro, i temi trattati sono tipici e caratteristici del gruppo parlamentare al quale il deputato appartiene».

¹⁰¹ Cfr. G. RIVOCCHI, *ult. cit.*, 183-4.

¹⁰² Opportunamente così L. D'ANDREA, *La Corte di fronte*, cit., 337, che finisce per affermare che: "la centralità nel processo costituzionale di un atto (la deliberazione camerale di insindacabilità) attraverso il quale il potere politico esprime la sua posizione, contestata dal potere giudiziario, e la rilevanza assegnata alle motivazioni al riguardo fornite dall'Assemblea finisce per «imporre» alla Corte di tener conto dell'orientamento assunto dal Parlamento circa la portata delle proprie prerogative, naturalmente sindacandone eventuali abusi", 338 (v. anche l'*ivi* richiamato S. BARTOLE, *Immunità e giurisdizione nei conflitti costituzionali*, cit., 50). Lo stesso P. RIDOLA, *L'insindacabilità parlamentare tra «nesso funzionale» e «libertà politica» delle assemblee rappresentative*, in *Giur. cost.*, 6/1999, 3663 ss., 3674, "da atto alla Corte", del fatto che, nonostante ambiguità e zone d'ombra, il suo sforzo di far leva sulla motivazione addotta dalle camere, "per bilanciare poi gli interessi costituzionali in gioco, ha svolto un ruolo importante al fine di definire (...) una condizione di equilibrio fra i poteri". Sull'importanza dello spazio dell'autocomprensione da parte dei titolari dei diritti inviolabili nei processi di interpretazione delle disposizioni costituzionali relative ai diritti stessi, cfr. P. HÄBERLE, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale* (1983), tr. it a cura di P. Ridola, 1993, spec. 190 ss.

¹⁰³ Corte cost., sent. [n. 289 del 1998](#), punto 5.2. del *Considerato in diritto*. Parte della dottrina ha visto proprio in questo principio, che contraddice quanto affermato nella precedente sentenza [n. 375 del 1997](#), "il più rilevante contributo" della decisione [n. 289 del 1998](#) alla giurisprudenza costituzionale in materia, così A. PACE, *L'insindacabilità*, cit., 2218. Lo stesso A., poco più tardi, affermando che "si deve (...) nettamente distinguere l'attività parlamentare effettivamente

In dottrina, pur in un tendenziale *favor* rispetto a una pronuncia che, come si è anticipato, ha comunque rappresentato, se non altro anche sul piano simbolico, un momento di “svolta”¹⁰⁴, si sono registrati approcci diversi: si è andati dall’utilizzo di toni “trionfalistici”¹⁰⁵, a inviti alla moderazione poggiati per un verso sul fatto che il caso di specie ha in un certo senso indotto a una sorta di “ineluttabilità” della decisione stessa, che comunque si è fondata sui precedenti affermati dalla stessa giurisprudenza costituzionale¹⁰⁶, per altro sulla “certezza”, rilevata in sede di primo commento e che oggi assume una valenza ulteriore, che difficilmente questa pronuncia avrebbe potuto modificare l’approccio della politica, e dunque della stessa giurisprudenza parlamentare, verso la gestione dell’istituto dell’insindacabilità¹⁰⁷. Vi è chi ha visto in questa pronuncia il primo sindacato effettivo che la Corte abbia svolto, nel senso indicato dalla [n. 1150 del 1988](#), sull’illegittimo esercizio (o cattivo uso) del potere di valutazione delle prerogative da parte delle Camere¹⁰⁸. Non sono mancati rilievi critici – invero svolti in una prospettiva più ampia e di sistema tesa a evidenziare i limiti del richiamo al solo “nesso funzionale”, sui cui si tornerà più avanti – che invitano a considerare le prerogative dei parlamentari, e dunque il loro concreto utilizzo, in un’ottica che vada oltre l’ambito della discussione parlamentare, e quindi oltre la riduzione a una corrispondenza tra dichiarazioni, prendendo luce dal principio del libero mandato parlamentare, la cui valenza peculiare “risiede nel suo impatto sulla funzionalità del processo politico”¹⁰⁹.

Interessante, sotto diversi profili, è la sentenza [n. 252 del 1999](#) in cui la Corte, pur non giungendo a una definizione nel merito del conflitto, che infatti è stato dichiarato inammissibile, ha affrontato, anche “tra le righe”¹¹⁰, alcuni aspetti importanti relativi a questo tipo di conflitti¹¹¹.

Il caso è singolare giacché la pronuncia di inammissibilità viene dichiarata per mancanza della materia del conflitto come conseguenza dell’inesistenza della delibera di insindacabilità. Ma tale inesistenza non è per così dire “assoluta”: a differenza di casi precedenti, vedi sent. [n. 265 del 1997](#), in cui l’inammissibilità è stata pronunciata perché mancava del tutto una delibera della Camera di appartenenza relativa alle opinioni specificatamente oggetto della contestazione da parte dell’autorità giudiziaria, in questo una delibera specifica sulle opinioni oggetto del giudizio c’era, ma era stata emessa dalla Camera dei Deputati, organo di cui era membro il parlamentare al momento in cui la delibera è stata adottata, in luogo del Senato della Repubblica, cui lo stesso parlamentare apparteneva al momento “del fatto”, e cioè delle dichiarazioni allo stesso contestate¹¹².

Nel porre rilevanti profili procedurali – che attengono in particolare al rapporto tra giudizio di

«preparatoria» (che, come «presupposto», rientra nell’attività funzionale) da quella meramente «antecedente», ID., *Giurisprudenza e insindacabilità*, cit., 24, ha rettificato parzialmente il suo pensiero ritenendo che alla luce della sent. [n. 289 del 1998](#) non tutta l’attività preparatoria debba restare fuori dalla garanzia, che opera solo per quella attività “volta all’acquisizione dei dati e delle notizie” non potendo ricomprendere “l’espressione di opinioni”, nota 44.

¹⁰⁴ G. RIVOSECCHI, *ult. cit.*, 174.

¹⁰⁵ Cfr. M. SICLARI, *I limiti all’insindacabilità delle opinioni espresse dai parlamentari*, in *Gazz. Giur.*, Giuffrè – Italia Oggi, n. 36, 16 ottobre 1998, 2.

¹⁰⁶ A. PACE, *ult. cit.*

¹⁰⁷ In tal senso, cfr. N. ZANON, *Brevi spunti*, cit., 2220-1.

¹⁰⁸ G. AZZARITI, *Cronaca di una svolta*, cit., 220-1.

¹⁰⁹ P. RIDOLA., *L’insindacabilità*, cit., in part. 3673.

¹¹⁰ E. BINDI, *L’«inutilità» della fase preliminare di ammissibilità del conflitto: un falso problema?* in *Giur. cost.*, 3/1999, 2185 ss., 2187.

¹¹¹ L. PESOLE, *I giudici*, cit., 202.

¹¹² Oggetto di contestazione, infatti, sono state le dichiarazioni rese da Marco Boato, all’epoca Senatore della Repubblica, nel corso del dibattimento relativo al processo penale a carico di Adriano Sofri (celebratosi presso la Corte di assise di Milano per l’omicidio del commissario di pubblica sicurezza Calabresi), e in alcune interviste rilasciate ad organi di stampa, con le quali il parlamentare, all’epoca Senatore della Repubblica, accusava il magistrato Guido Salvini (giudice istruttore nel procedimento penale a carico di Sofri) di avere - durante un colloquio informale con un detenuto - tentato di far confessare a quest’ultimo che lo stesso Marco Boato era il mandante dell’omicidio Calabresi. Rispetto a tali dichiarazioni interveniva successivamente, in data 20 marzo 1997, 8, la deliberazione di insindacabilità ad opera della Camera dei Deputati, a cui apparteneva Boato a quel tempo. Sul punto, cfr. L. PESOLE, *I giudici ordinari*, cit., 201.

delibazione e successiva fase di merito in riferimento alle valutazioni inerenti i profili di ammissibilità dello stesso conflitto¹¹³, che, come noto, implicano ricadute sostanziali¹¹⁴, – la Corte, di fronte all’ipotesi di “mutamento della Camera di appartenenza del parlamentare” nel periodo che intercorre tra le dichiarazioni contestate allo stesso e il momento dell’adozione della delibera parlamentare di insindacabilità¹¹⁵, ha affermato che il parametro temporale di riferimento debba essere quello in cui si sono svolti i fatti per i quali il parlamentare è chiamato in giudizio dall’autorità giudiziaria. Questo perché la prerogativa *ex art. 68, comma 1 Cost.* “è diretta a garantire, in via primaria, non già la persona del parlamentare, ma la libertà e l’autonomia delle Camere”¹¹⁶. Vi è chi ha visto, in particolare nell’utilizzo dell’espressione “in via primaria”, un’ulteriore rafforzamento della prerogativa nei confronti della istituzione parlamentare, a scapito del singolo membro¹¹⁷, così come una riproposizione della c.d. “doppia competenza”¹¹⁸.

La successiva pronuncia [n. 329 del 1999](#) è nota per essere quella che ha risolto contestualmente due conflitti speculari sorti a seguito dei percorsi sviluppabili grazie alla costruzione giurisprudenziale che la Corte stava portando avanti¹¹⁹.

La fattispecie ha ripreso per alcuni aspetti quella sfociata nella sentenza [n. 129 del 1996](#): anche qui, come allora, si è trattato di due conflitti “a parti invertite” che hanno avuto origine dal fatto che un’autorità giudiziaria aveva proseguito il giudizio a carico di un parlamentare per le opinioni da questo espresse, ignorando l’intervenuta delibera di insindacabilità da parte della Camera di appartenenza. Con la differenza per nulla marginale che nella prima ipotesi, il secondo conflitto era insorto dopo la risoluzione del primo – anzi, addirittura su sollecitazione della stessa Corte, laddove in questo caso il “botta e risposta” tra i due poteri è stato più tempestivo¹²⁰ e la proposizione dei due

¹¹³ Se è vero, come noto, che l’ammissibilità dichiarata in fase di delibazione – e dunque in assenza di contraddittorio – non è definitiva, riservandosi la Corte di confermarla, in via preliminare, nella fase di merito, questa volta nel contraddittorio delle parti, è altresì vero che un secondo giudizio difforme rispetto al primo, e che quindi porta a ritenere inammissibile ciò che prima era stato dichiarato ammissibile, dovrebbe trovare fondamento proprio nell’ulteriore apporto fornito – necessariamente nella fase di merito, dalle parti. Qualora, al contrario, gli elementi di valutazione risultassero esattamente identici tra prima e seconda fase, come è avvenuto nel caso di specie, non possono non rilevarsi aspetti problematici relativi al tipo di valutazione (carente) spesa in sede di delibazione, e, in definitiva, sul ruolo stesso (e dunque sulla sua reale utilità) di tale fase. Ampiamente sul punto, cfr. E. BINDI, *ult. cit.*, 2187 ss.

¹¹⁴ Ivi, 2195-6, richiama quella dottrina che ha visto nella fase preliminare una “verifica del tono costituzionale del conflitto” (E. MALFATTI – R. TARCHI, *Il conflitto*, cit., 422), di talché “in presenza di conflitti il cui tono è elevato, la Corte tende a decidere frettolosamente in ordine ai profili di ammissibilità, mentre l’esame di questioni minute induce la Corte ad un impiego strategico della fase preliminare, al fine di sbarazzarsi con agilità del conflitto”. Vero è che “l’*escamotage* delle decisioni processuali nasconde, di frequente, l’intento di contenere l’incremento del tasso di conflittualità tra Parlamento e autorità giudiziaria. La Corte non può però sottrarsi al ruolo decisivo di tutela della legalità costituzionale, anche al di là degli angusti spazi dei profili processuali dei conflitti”, così G. RIVOSECCHI, *Il Parlamento*, cit., 186-7. Vedi anche R. BIN, *L’ultima fortezza. Teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Giuffrè, Milano 1996, 120 e 157.

¹¹⁵ E dunque allo stabilire quale debba essere l’organo titolare del potere di adozione della delibera stessa, questione, quest’ultima, come affermato dalla Corte, che incide “sull’ammissibilità del conflitto”, *Considerato in diritto*, p. 3.

¹¹⁶ *Considerato in diritto*, punto 3.1.

¹¹⁷ E. BINDI, *ult. cit.*, 2191. L. PESOLE, *ult. cit.*, 202, vede in questo “uno dei tratti differenziali delle ultime pronunce in materia, dalle quali si coglie in modo peculiare il tentativo del giudice costituzionale di delineare con la massima precisione possibile i contorni di un settore estremamente complesso e delicato e, per questo, non facilmente inquadrabile”.

¹¹⁸ E. BINDI, *ult. cit.*, 2192-3. L. PESOLE, *ult. cit.*, 202.

¹¹⁹ Sulla pronuncia, cfr. L. PESOLE, *La Corte risolve due conflitti speculari in materia di insindacabilità*, in *Giur. cost.*, 4/1999, 2616 ss., e ID., *I giudici ordinari*, 202 ss.

¹²⁰ Il prof. Achille Bonito Oliva, candidato alla carica di direttore della Biennale di Venezia, aveva intentato causa civile dinanzi al Tribunale di Ferrara contro il deputato Vittorio Sgarbi per il risarcimento dei danni che assumeva di avere subito a seguito delle opinioni espresse in un’intervista rilasciata dal parlamentare e pubblicata dal quotidiano «Il Giorno» il 23 gennaio 1993. La Camera sollevava conflitto (reg. confl. n. 15 del 1998) contro il Tribunale denunciando che il procedimento civile era proseguito malgrado la Camera stessa, con deliberazione del 14 settembre 1995, avesse affermato l’insindacabilità delle opinioni espresse dal deputato Sgarbi. Conflitto dichiarato ammissibile con l’ord. [n. 177](#)

conflitti ha preceduto qualsiasi pronuncia nel merito, consentendo alla Corte una risoluzione contestuale degli stessi¹²¹.

Proprio questa (ulteriore) singolarità del caso ha rappresentato, per certi versi, una proficua “via d’uscita” per la Corte che le ha consentito di proseguire nel percorso di definizione di questi conflitti. La questione problematica, infatti, atteneva alla tempistica dei due ricorsi: seguendo il suo precedente della [n. 129 del 1996](#), e la cronologia dei conflitti proposti, la Corte avrebbe dovuto (esaminare e¹²²) accogliere il primo ricorso sollevato dalla Camera volto a contestare l’indebita prosecuzione del giudizio da parte del giudice nonostante l’intervenuta delibera¹²³. Ed, invece, tenendo fede a quell’indirizzo che prestava particolare attenzione alla delibera camerale, in qualche modo inaugurato concretamente e negli effetti dalla sentenza [n. 289 del 1998](#), la Corte, nel riconoscere come presupposto di entrambi i conflitti proprio la delibera parlamentare, ha operato una inversione logica, scegliendo di decidere nel merito prima il secondo conflitto, quello che aveva ad oggetto il modo con cui era stato esercitato il potere nella delibera¹²⁴. L’opzione non è stata di poco momento. Solo così muovendosi, infatti, la Corte ha potuto applicare quel nuovo meccanismo di controllo sul nesso funzionale tra opinioni contestate e attività del parlamentare, dichiararlo mancante nel caso di specie, con le precisazioni che si faranno a breve, e dunque annullare una delibera frutto di un potere esercitato in modo illegittimo. Se avesse deciso il primo conflitto, tale eventualità le sarebbe stata preclusa, con effetti invero paradossali¹²⁵, che tuttavia sono stati evitati rinunciando ad un’applicazione formalistica dello schema anticipato nella pronuncia [n. 129 del 1996](#), e preferendo una soluzione più sostanzialistica.

L’accoglimento del secondo ricorso, con contestuale annullamento della delibera parlamentare, il cui effetto è stato specificato opera *ex tunc*, ha portato la Corte al rigetto del primo, con una scelta processuale che forse tecnicamente avrebbe potuto essere diversa, ovvero di inammissibilità per sopravvenuta carenza di interesse¹²⁶.

Considerando che la soluzione cui è giunta la Corte è stata resa possibile grazie ad una circostanza meramente eventuale - la sollevazione del secondo conflitto da parte del Tribunale - essa non ha chiarito del tutto la posizione della Corte rispetto alla delibera di insindacabilità, permanendo invero dubbi intorno a quella che sarebbe stata la soluzione proposta dalla Corte qualora l’autorità giudiziaria non avesse sollevato il “suo” conflitto¹²⁷. Ciò non toglie, allo stesso tempo, che con questa sentenza

[del 1998](#). Successivamente, in data 1°-3 luglio 1998, il Tribunale di Ferrara deliberava a sua volta di sollevare conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato (reg. confl. n. 5 del 1999) nei confronti della Camera dei deputati, in relazione alla medesima deliberazione, adottata il 14 settembre 1995, con la quale era stata approvata la proposta della Giunta per le autorizzazioni a procedere di dichiarare che i fatti per cui è in corso il procedimento civile nei confronti del deputato Vittorio Sgarbi riguardavano opinioni espresse da quest’ultimo nell’esercizio delle sue funzioni. Conflitto dichiarato ammissibile con ord. [n. 407 del 1998](#). In quest’ultimo ricorso vi era stata la espressa richiesta avanzata alla Corte di riunione dei due ricorsi.

¹²¹ L. PESOLE, *La Corte risolve*, cit., 2619.

¹²² Cfr. F. SORRENTINO, *Immunità e giurisdizione nei conflitti costituzionali*, cit., 78, che criticamente avverte come “l’impedimento processuale tratto dalla Corte dall’art. 68 era indubbiamente preliminare all’esame del merito (e quindi del secondo ricorso), perché coinvolgeva direttamente il modello sul quale la Corte aveva costruito il procedimento”.

¹²³ L. PESOLE, *ult. cit.*, 2624; vedi anche, in tal senso la nota di R. ROMBOLI, in *Il Foro it.*, 1999, I, 3115.

¹²⁴ Corte cost., sent. [n. 329 del 1999](#), punto 3 del *Considerato in diritto*, si legge che: “presupposto di entrambi i ricorsi è la deliberazione di insindacabilità adottata dalla Camera il 14 settembre 1995, che sta a base della richiesta della Camera di dichiarare che il Tribunale di Ferrara non poteva proseguire il giudizio civile di responsabilità e di cui il medesimo Tribunale contesta la legittimità. Ne deriva l’evidente esigenza, suggerita da ragioni di pregiudizialità logica non solo di ordine processuale, ma ricollegabili alla natura sostanziale della deliberazione d’insindacabilità, di esaminare prioritariamente la questione relativa alla legittimità della deliberazione stessa, dedotta in via principale nel ricorso per conflitto di attribuzione promosso dal Tribunale di Ferrara”.

¹²⁵ L. PESOLE, *La Corte*, cit., 2620, per la quale “ci saremmo, così, trovati, di fronte ad una situazione paradossale: la controversia sarebbe stata risolta a favore di quella parte che (stando a quanto affermato nella sent. [n. 329 del 1999](#)) ha fatto un uso scorretto del proprio potere”; G. RIVOSACCHI, *ult. cit.*, 190.

¹²⁶ Così nella sua nota R. ROMBOLI, *ult. cit.*, 3115.

¹²⁷ Ampiamente sul punto L. PESOLE, *La Corte*, cit., 2624-5.

si sia segnato “un importante passo in avanti circa il tentativo di costruire un sindacato ‘più stringente’ sull’applicabilità dell’art. 68, comma 1, Cost”¹²⁸.

Pur se non troppo innovativa, la successiva pronuncia [n. 417 del 1999](#) non ha mancato di presentare qualche “sfumatura inedita”¹²⁹. In questo caso la Corte, adita dall’autorità giudiziaria che contestava la delibera di insindacabilità emessa dalla Camera di appartenenza di un parlamentare a copertura delle dichiarazioni – ritenute diffamatorie - da questo ultimo rivolte nei confronti un magistrato, richiamando integralmente i principi fin ad allora affermati nei suoi precedenti, ha questa volta salvato la delibera stessa in un certo senso “premiando” il richiamo dalla stessa effettuato, nel momento in cui ha valutato la “inerenza all’esercizio delle funzioni parlamentari delle dichiarazioni” espresse dal membro della Camera, al “complessivo contesto parlamentare nel quale erano state manifestate le espressioni di critica nei confronti del potere giudiziario in relazione all’uso dei poteri di indagine”¹³⁰. Alla luce di ciò, la Corte ha ritenuto non irragionevole il considerare, da parte della delibera parlamentare, le dichiarazioni della deputata Parenti come rientranti nell’esercizio delle funzioni proprie della parlamentare¹³¹.

Proprio il riferimento al “contesto parlamentare” segna quel passaggio cruciale della sentenza che ha posto le basi per un collegamento funzionale tra opinioni ed esercizio del mandato parlamentare da strutturare in termini di “inerenza” e non già di “corrispondenza” o di “identificazione” con atti tipici, secondo una logica che, se può correre il rischio di dilatare l’inciso “esercizio delle funzioni”¹³², ha comunque il merito di considerare la funzione parlamentare, e le prerogative alla stessa collegate, inserite in una dimensione storico-istituzionale nuova, nella quale diversi, e più complessi, sono i parametri di raccordo tra società civile e processi di decisione politica¹³³.

2.7. La svolta delle sentenze gemelle del 2000.

A brevissima distanza da una pronuncia che aveva “diluito” l’insindacabilità parlamentare all’interno del “contesto parlamentare”, vengono depositate le due sentenze gemelle nn. [10](#) e [11](#) del 2000 che, analizzate in una prospettiva sincronica e diacronica, si caratterizzano sotto due distinti profili. Per un verso, infatti, esse, sin da subito, segnano una decisa, quanto evidente, soluzione di continuità con la precedente giurisprudenza¹³⁴; per altro, guardate ora, a distanza di due decenni, e in

¹²⁸ Così G. RIVOSECCHI, *Il Parlamento*, cit., 191.

¹²⁹ P. RIDOLA, *L’insindacabilità*, cit., 3664.

¹³⁰ Corte cost., sent. [n. 417 del 1999](#), punto 4 del *Considerato in diritto*, nel quale si legge altresì che: “E’ stato in tal modo sottolineato che la dichiarazione della deputata Parenti è stata enunciata nel corso di un dibattito politico, anche in replica all’attacco che le era stato recato, in sede di Commissione parlamentare antimafia, nella sua qualità di presidente di quella Commissione”.

¹³¹ Secondo G. AZZARITI, *Cronaca*, cit., 232, in questo caso la Corte, dopo i passi in avanti compiuti con le sentt. [n. 289 del 1998](#) e [n. 329 del 1999](#), ne avrebbe compiuto uno indietro visto che sarebbe tornata a limitare il suo sindacato alla “non irragionevolezza” della delibera parlamentare, e, dunque, a un controllo meramente esterno.

¹³² Cfr. A. PACE, *L’art. 68 comma 1 Cost. e la «svolta» interpretativa della Corte costituzionale nelle sentenze nn. 10 e 11 del 2000*, in *Giur. cost.*, 1/2000, 85 ss., 87. ID., *Giurisdizione e insindacabilità*, cit., 18.

¹³³ Vedi, sul punto, le profonde riflessioni di P. RIDOLA, *L’insindacabilità parlamentare*, cit., in part. 3672-4.

¹³⁴ La dottrina ha ampiamente sottolineato il punto di rottura col passato rappresentato dalle due sentenze, reso visibile anche attraverso la scelta di affidare le due decisioni, discusse contestualmente, a due relatori distinti (il prof. Valerio Onida e il prof. Piero Alberto Capotosti) “quasi a voler ribadire la corralità e l’importanza del mutamento di rotta, pur nella diversità dei redattori e delle argomentazioni, ma nella sostanziale identità delle due decisioni (evidenziata dai reciproci reiterati richiami dell’una all’altra)”, così A. PACE, *L’art. 68 comma 1 Cost. e la «svolta» interpretativa*, cit., 85; vedi anche ID., *Giurisdizione e insindacabilità*, cit. 26 ss.; G. AZZARITI, *Cronaca di una svolta*, cit., 232 ss.; G. RIVOSECCHI, *Il Parlamento*, cit., 193 ss.; L. PESOLE, *L’insindacabilità parlamentare di fronte alla Corte costituzionale*, in M. Angelini – M. Oliviero (a cura di), *Le immunità nel diritto interno e comparato*, Atti del Convegno di Perugia 25-27 maggio 2006, Giappichelli, Torino 2014, 79 ss., in part. 84. Meno enfatico è il giudizio di F. SORRENTINO, *Immunità e giurisdizione*, cit., 79, che parla di “parziale revirement” della Corte. Vedi anche T. GIUPPONI, *La Corte costituzionale giudice di «merito» delle delibere parlamentari?* in *Giur. it.*, 6/2000, 1105 ss.

un contesto politico-sociale profondamente diverso da quello nel quale furono partorite, continuano a mantenere un'impressionante capacità di resistenza, al punto che può tranquillamente dirsi oggi che la giurisprudenza sulla garanzia della insindacabilità delle opinioni e dei voti espressi dai parlamentari si sia stabilizzata attorno ai principi fissati nelle pronunce nn. [10](#) e [11](#)¹³⁵.

Il punto cruciale dell'impianto motivazionale delle due pronunce - che muovono entrambe da opinioni espresse dal deputato Vittorio Sgarbi nei confronti di esponenti di spicco della magistratura all'epoca dei fatti, e che hanno superato, in un'ottica sostanzialistica, un difetto di forma degli atti introduttivi dei giudizi¹³⁶ - è stato sicuramente quello che la stessa Corte non ha esitato a definire come frutto di una precisazione e in parte correzione della pregressa giurisprudenza: dopo aver ribadito che il suo compito quale giudice dei conflitti non può essere quello del giudice penale, e cioè lo stabilire se le dichiarazioni del parlamentare integrino o meno la fattispecie di reato, bensì quello di tutelare le sfere di attribuzioni tra potere giudiziario e potere politico, garantendone le rispettive autonomie, il Giudice costituzionale ha detto che egli "non può verificare la correttezza, sul piano costituzionale, di una pronuncia di insindacabilità senza verificare se, nella specie, l'insindacabilità sussista, cioè se l'opinione di cui si discute sia stata espressa nell'esercizio delle funzioni parlamentari, alla luce della nozione di tale esercizio che si desume dalla Costituzione"¹³⁷. Lo spostamento operato dalla Corte in merito al tipo di giudizio che la stessa deve esprimere è addirittura plateale: *dall'* "accontentarsi" di verificare dall'esterno la deliberazione della Camera di appartenenza e la relativa motivazione, *all'*ingresso nella valutazione diretta delle opinioni contestate al parlamentare al fine di accertare se le stesse possano o meno ricondursi all'esercizio delle funzioni parlamentari. Detto in altri termini, secondo alcuni, dalla «verifica esterna» alla «verifica in concreto» del modo in cui il potere è stato esercitato¹³⁸. In dottrina vi è chi ha sostenuto che da quel momento in poi, la Corte non avrebbe più potuto operare solo un giudizio di "ragionevolezza" e "non arbitrarietà" sulle delibere parlamentari¹³⁹. In una prospettiva di sistema del conflitto tra poteri, altra autorevole dottrina ha visto proprio in questo spostamento, dunque dal solo atto (delibera parlamentare) all'intero rapporto controverso, un recupero, opportunamente operato dalla Corte, della "nozione tradizionale di conflitto come controversia attinente alla delimitazione delle attribuzioni dei poteri interessati ed in cui l'atto che vi dà vita serve a puntualizzare e a rendere concreto l'oggetto del giudizio"¹⁴⁰.

Questo intervento diretto del Giudice costituzionale ha portato alla seconda soluzione di continuità con il passato: posto che è il "nesso funzionale", secondo quanto affermato fin ad allora dalla giurisprudenza, il *quid* che determina l'estensione della garanzia *ex art.* 68, comma 1 alle opinioni

¹³⁵ Tra i più recenti, vedi l'*incipit* di cfr. G. SCACCIA, *Spunti per una ridefinizione del "nesso funzionale" in tema di insindacabilità parlamentare*, in *Rivista AIC*, 4/2014, 1.

¹³⁶ Nella nota redazionale di R. ROMBOLI, in *Foro it.*, I, 2000, 331, si mette in evidenza come la "correzione di rotta" sembra riguardare maggiormente la precedente sent. [n. 417 del 1999](#). Vedi in tema P. COSTANZO, *La "giurisprudenza Sgarbi" alla ricerca di un punto fermo*, in *Danno e Resp.*, 4/2000, 381 ss. (e in questa *Rivista*, 2000).

¹³⁷ Corte cost., sent. [n. 10 del 2000](#), p. 3 del *Considerato in diritto*. Detto altrimenti, ma con pari efficacia al punto 3 del *Considerato in diritto* della sentenza [n. 11 del 2000](#): "la Corte non può peraltro limitarsi ad esaminare la valutazione o la congruità delle motivazioni (...) adottate dalla Camera di appartenenza, ma deve necessariamente, dovendo giudicare sul rapporto tra le rispettive sfere di attribuzione dei poteri confliggenti, accertare se, in concreto, l'espressione dell'opinione in questione possa o meno ricondursi a quell' 'esercizio delle funzioni' parlamentari, il cui ambito, trattandosi di norma costituzionale, spetta alla Corte definire".

¹³⁸ G. AZZARITI, *Cronaca*, cit., 234. Secondo A. PACE, *L'art. 68 comma 1 Cost.*, cit., 87, quella distinzione tra «verifica esterna» e «verifica interna», sorta con la sentenza [n. 1150 del 1988](#) con una certa logica - quella della preoccupazione della Corte relativa al timore delle Camere di poter subire una manomissione della loro indipendenza da parte della Corte stessa e dei giudici - aveva subito nell'evoluzione giurisprudenziale un mutamento di significato, giungendo la verifica esterna a trasformarsi in una ben più limitata verifica «esteriore». *Id.*, *Giurisdizione e insindacabilità*, cit., 28 ss.; L. PESOLE, *I giudici*, cit., 217-18. Vedi anche A. MORRONE, *Note sul ricorso del singolo parlamentare*, cit., 137.

¹³⁹ A. PACE, *Giurisdizione*, cit., 30-31; T. GIUPPONI, *ult. cit.*

¹⁴⁰ Così F. SORRENTINO, *ult. cit.*, 79, ripreso poi da G. RIVOSECCHI, *ult. cit.*, 195-6; vedi anche A. PISANESCHI, *I conflitti*, cit., 258.

espresse al di là dell'ambito strettamente parlamentare, occorre "precisare, rispetto alla precedente giurisprudenza della Corte ed anche in vista di esigenze di certezza" quando ricorre tale nesso. Ed è qui che la Corte ha posto un fondamentale argine alla stessa funzione parlamentare, che non può confondersi con l'attività politica *tout court*, trovando la prima – al pari delle altre funzioni riferite a organi costituzionali – nel linguaggio e nel sistema della Costituzione non già generiche finalità, ma "ambiti e modi giuridicamente definiti"¹⁴¹. Si giunge così allo *step* finale, con una presa di posizione che da qui in poi costituirà una sorta di dogma, nel quale la Corte ha ristretto la portata semantica del "nesso funzionale", portandolo da un semplice collegamento di argomento o di contesto tra dichiarazioni e attività parlamentari a una vera e propria "identificabilità della dichiarazione stessa quale espressione di attività parlamentare"¹⁴². L'opinione espressa in sede parlamentare gode dell'immunità in ragione del suo "contenuto storico" e, pertanto, anche al di fuori della sede fisica dell'organo, a maggior ragione tenuto conto dei "fattori di trasformazione della comunicazione politica nella società contemporanea"¹⁴³, ma solo a condizione che essa sia *extramoenia* riprodottriva in termini di "identità sostanziale" – cioè di corrispondenza di contenuti e non già una puntuale coincidenza testuale - di opinioni espresse all'interno dell'ambito parlamentare.

Si tratta, come noto, di quella costruzione della garanzia dell'insindacabilità delle opinioni *ratione loci*, in virtù della quale è lo stretto ancoraggio fisico alle Camere (e dunque alle attività entro le stesse esplicate) il presupposto dell'estensione dell'insindacabilità alle opinioni espresse all'esterno, che se ha trovato le sue ragioni nel quadro politico-istituzionale di allora, caratterizzato da uno scontro lacerante tra politica e magistratura, e nondimeno da un utilizzo dell'insindacabilità da parte del Parlamento poco consoni rispetto al dettato costituzionale, ha poco più tardi, soprattutto alla luce di un nuovo contesto improntato alla pluridimensionalità delle sedi di creazione del consenso, scontato una concezione fortemente riduttiva della funzione parlamentare¹⁴⁴.

A seguito di questa svolta della Corte, che ha prodotto una sorta di "effetto di incoraggiamento" nei confronti dei giudici a denunciare dinanzi alla Corte il cattivo esercizio del potere parlamentare¹⁴⁵,

¹⁴¹ Corte cost., sent. n. 10 del 2000, p. 4 del *Considerato in diritto*.

¹⁴² Ivi, p. 5 del *Considerato in diritto*. Vedi anche sent. n. 11 del 2000, p. 4 del *Considerato in diritto*. C'è chi ha parlato di nozione "tagliante" del nesso funzionale, cfr. L. GIANNITI, *Osservazioni sulla qualificazione delle opinioni espresse da un parlamentare «opinionista»*, in *Giur. cost.*, 1/2000, 450.

¹⁴³ Chiarissima sul punto la sent. n. 11 del 2000, p. 4 del *Considerato in diritto*.

¹⁴⁴ Non si può qui ora richiamare l'intero fronte critico su tale posizione della Corte. Si veda però E. MALFATTI, *Il conflitto di attribuzioni*, cit., 201, per la quale il "volto" dato al nesso funzionale dalla Corte è insoddisfacente sotto due punti di vista: "perché si presta a strumentalizzazioni, nel senso che i parlamentari potrebbero utilizzare gli atti tipici della funzione (...) al fine di predisporre uno scudo protettivo per le successive manifestazioni di pensiero che si ripromettano di rendere in sedi diverse da quelle camerali; perché, inversamente, declinato com'è nella rigida forma della corrispondenza sostanziale ed oggettiva tra le dichiarazioni rese *extra moenia* e le opinioni espresse in sede parlamentare, potrebbe condizionare oltremodo l'attività dei membri delle camere fuori dal parlamento, minando in qualche modo l'interesse fondamentale ad una libera dialettica politica". Su questo profilo, cfr. T.F. GIUPPONI, *La lotta politica non è «lotta libera»...: la Corte «squalifica» ancora la Camera in materia di insindacabilità parlamentare*, in *Giur. cost.*, 3/2001, 1095 ss., 1096, per il quale la Corte "attuando tale approfondito controllo, rischia di porre le basi per una forte limitazione dell'indispensabile autonomia del Parlamento. I suoi interventi, figli di una logica (...) emergenziale, affermano però regole di portata generale che, dinanzi ad un utilizzo più «consapevole» delle prerogative parlamentari, potrebbero in futuro rappresentare un vero e proprio vulnus dell'autonomia del Parlamento". Più recentemente, cfr. in part. quanto detto da G. SCACCIA, *Spunti per*, cit., 5, il quale, dopo aver messo in evidenza come, con lungimiranza, la nostra Costituzione, a differenza di altre, non abbia previsto alcun riferimento testuale a vincoli fisici per il riconoscimento della garanzia dell'insindacabilità, osserva che "se non è dubitabile che la libertà di espressione dei membri del Parlamento, e quindi la garanzia di non essere perseguiti per le proprie opinioni, è un elemento essenziale per il corretto funzionamento della democrazia, ridurne l'ambito di protezione all'attività svolta entro le Camere equivale a postulare che il circuito democratico si esaurisca interamente nel circuito parlamentare e che la funzione rappresentativa debba necessariamente essere racchiusa nello spazio fisico delle mura del "Palazzo". Vedi in tema, P. RIDOLA, *L'insindacabilità*, cit., *passim* e ID., *Le "parole della politica" e l'insindacabilità parlamentare*, in *Giur. cost.*, 2/2004, 1220 ss. Sulla opportunità dell'approccio più severo da parte della Corte nel 2000, cfr. L. PESOLE, *I giudici*, cit., 221.

¹⁴⁵ L. PESOLE, *Verso la scomparsa*, cit., 2161.

si sono posti con forza due distinti profili: il primo attinente la validità dell'efficacia inibitoria della delibera parlamentare, l'altro la tutela del terzo danneggiato.

Per quel che concerne il primo, si è tornati a discutere, soprattutto in un'ottica di equiparazione tra i due poteri, della opportunità di far cadere un istituto, comunque di matrice giurisprudenziale¹⁴⁶, e che appare come il frutto di una sorta di "pregiudizio" nei confronti del potere giudiziario¹⁴⁷, dovendo l'interesse al conflitto da parte delle Camere sussistere non già in caso di semplice *uso*, quanto di *abuso* da parte del giudice del suo potere¹⁴⁸.

Per quanto riguarda la tutela del terzo danneggiato, pur nella consapevolezza della specificità teleologica del conflitto tra poteri, istituto notoriamente rivolto alla tutela delle sfere di attribuzioni costituzionali e non già delle situazioni soggettive (si badi né del terzo, né del parlamentare), è altresì vero che un giudizio della Corte che si sposta, come visto, dal piano esterno a quello interno, verso forme di accertamento diretto dei fatti relativi alle opinioni espresse dal parlamentare, ripropone quantomeno il problema dell'ammissibilità dell'intervento in sede di conflitto del terzo affinché questi possa fornire il proprio contributo¹⁴⁹.

Rispetto all'accertamento diretto, occorre osservare che la Corte, come messo in evidenza dalla dottrina, ha mostrato, sin da subito, un atteggiamento oscillante, in alcuni casi arrivando a un raffronto immediato tra le dichiarazioni *extra* e *intra moenia*, in altri tornando alla logica della verifica esterna sulla delibera¹⁵⁰.

2.8. La prima giurisprudenza successiva alla svolta del 2000.

Nel giro di pochi giorni, la Corte ha risolto altri tre conflitti accomunati con quelli risolti dalle pronunce nn. [10](#) e [11](#) dal fatto di essere stati originati da ricorsi attivati dall'autorità giurisdizionale che procedeva nei confronti sempre del deputato Vittorio Sgarbi. Al cospetto di opinioni espresse *extramoenia*, la Corte, una volta fatto proprio un criterio di discernimento tra quelle che rimangono coperte dalla garanzia dell'insindacabilità e quelle che ne devono restare fuori, non riscontrando alcun collegamento tra opinioni manifestate all'esterno e attività parlamentare tipica, ha disconosciuto la presenza del nesso funzionale¹⁵¹: interessante è in particolare la pronuncia [n. 82 del 2000](#), giacché in questa è stata operata un'importante precisazione relativa all'oggetto del giudizio costituzionale: questo attiene esclusivamente al contrasto sorto tra un'autorità giudiziaria che vuole esercitare la sua funzione nei confronti di un membro del Parlamento e la Camera di appartenenza di quest'ultimo che, approvando la delibera d'insindacabilità, si oppone a quell'esercizio, a nulla rilevando l'eventuale infondatezza del giudizio comune pendente nei confronti del parlamentare.

¹⁴⁶ In tema, *ex multis*, S. BARTOLE, *Immunità e giurisdizione*, cit., 43 ss.; A. PACE, *Giurisdizione*, cit., 32.

¹⁴⁷ Insiste particolarmente sul punto A. PACE, *ult. cit.*, 33.

¹⁴⁸ Lo stesso A., sul presupposto per cui l'art. 68, comma 1, Cost., più che vietare la "chiamata in giudizio" del parlamentare, vieti l'affermazione della responsabilità in un atto giurisdizionale, ha ritenuto auspicabile che le Camere per poter sollevare conflitto, contro il cattivo uso del potere giudiziario, debbano attendere almeno la sentenza di primo grado, *ivi*, 34-35. Secondo S. BARTOLE, *ult. cit.*, 57, la possibilità che il giudice proceda nel giudizio penale o civile direttamente disapplicando l'art. 68, comma 1, senza il freno inibitorio della delibera, alla quale si collegherebbe quella per le Camere di ricorrere alla via del conflitto costituzionale, affidandosi ad "un organo sovraordinato l'esercizio della cui giurisdizione non dà evidentemente luogo ad ipotesi di concorso con il giudizio penale o civile in atto", potrebbe derivare da un "parziale *overruling*" da parte della Corte dei suoi precedenti: starebbe già nella pronuncia [n. 1150](#) il riconoscimento di un effetto inibitorio del potere del giudice solo se le Camere abbiano correttamente esercitato il loro potere, condizione soggetta al sindacato della Corte.

¹⁴⁹ A. PACE, *Giurisdizione*, cit., 38-9. In tema, cfr. A. CIANCIO, *Estensione dell'insindacabilità parlamentare e tutela della dignità dell'uomo*, in *Rass. parlam.*, 2/1999, 343 ss.; A. PIZZORUSSO, *Immunità parlamentari e diritti di azione e difesa*, in *Foro it.*, 2000, V, 302 ss.

¹⁵⁰ Su tale atteggiamento della Corte, cfr. E. MALFATTI, *Il conflitto*, *ult. cit.*, 202-3.

¹⁵¹ Cfr. Corte cost., sentt. nn. [56](#) e [58](#) del 2000.

Nel filone inauguratosi a partire dalle sentenze gemelle del 2000, un esempio di un controllo molto approfondito della Corte sulle dichiarazioni è fornito dalla pronuncia [n. 137 del 2001](#), legata a una fattispecie alquanto particolare: il conflitto, sollevato dalla Corte d'appello di Milano, ha avuto ad oggetto la delibera di insindacabilità con la quale la Camera dei Deputati aveva reso immuni le affermazioni – e persino alcuni comportamenti materiali - di alcuni deputati della Lega Nord che, nel tentare di opporsi alla perquisizione di un locale della sede milanese del partito, richiesta dalla Procura della Repubblica di Verona, si erano rivolti agli esponenti delle forze dell'ordine con espressioni ritenute oltraggiose e avevano opposto resistenza fisica¹⁵².

Vi sono stati, pertanto, due profili specifici: da un lato l'utilizzo di espressioni particolarmente pesanti e oltraggiose; dall'altro, il tentativo di estendere la copertura della prerogativa costituzionale anche a comportamenti materiali che la Camera ha ritenuto di poter ricondurre sotto l'ombrello dell'art. 68, comma 1 Cost., in quanto funzionali alla protezione dell'autonomia e indipendenza di un partito politico. In riferimento a quest'ultimo, che la Corte ha affrontato per la prima volta nel merito¹⁵³, la Corte ha rigettato ogni tentativo di dedurre in via interpretativa l'estensione della prerogativa a fattispecie che non siano qualificabili appunto come opinioni (espresse) e voti (dati), in maniera forse fin troppo lapidaria, senza cioè spendersi in argomentazioni che, tuttavia, soprattutto alla luce delle raffinate tesi avanzate dalla difesa dell'organo parlamentare, si sarebbero potute rivelare opportune¹⁵⁴.

Passando al tipo di opinioni, invece, è interessante il fatto che la Corte abbia quasi voluto isolare dalle opinioni gli insulti, ritenendo questi ultimi, in ogni caso, e cioè anche qualora dovessero trovare formale appiglio in atti tipici, cosa comunque non avvenuta nel caso di specie, non suscettibili di rientrare nella copertura della prerogativa costituzionale¹⁵⁵. Affermazione che, come è stato tempestivamente notato, ha lasciato aperta la porta a una sindacabilità delle opinioni rese *intramoenia*¹⁵⁶. Va detto che quella sorta di sindacato diretto, operato in questa circostanza dalla Corte, può essere letto anche come un modo per superare alcuni degli inconvenienti emersi dalla nuova dottrina delle sentenze gemelle, ovvero quello relativo a una strumentalizzazione degli atti tipici che, sapientemente anticipati, potrebbero coprire ogni tipo di dichiarazione.

Così come non può non notarsi che nel caso di specie, proprio la rigidità con cui il concetto di nesso funzionale è stato "teorizzato", unitamente alla sua applicazione "meccanicistica", ha iniziato a mostrare alcune crepe: era, infatti, decisamente improbabile, se non del tutto impossibile, che quelle

¹⁵² I deputati in questione, Roberto Maroni, Umberto Bossi, Mario Borghezio, Davide Carlo Caparini, Piergiorgio Martinelli e Roberto Calderoli, erano stati rinviati a giudizio davanti al Pretore di Milano, che li aveva condannati per i reati di resistenza e di oltraggio a pubblico ufficiale, commessi in Milano il 18 settembre 1996, in occasione di una perquisizione disposta dal Procuratore della Repubblica di Verona nei confronti di certo M. C., e poi estesa a un locale ritenuto nella disponibilità del predetto presso la sede di Milano del Partito Lega Nord. In pendenza del giudizio di secondo grado, era pervenuta alla Corte d'appello la delibera del 16 settembre del 1999, con la quale la Camera dei deputati si era espressa per l'insindacabilità dei fatti oggetto di entrambe le imputazioni, con eccezione, per il solo deputato Borghezio, del reato di resistenza. Si veda *infra*.

¹⁵³ Vedi il precedente dichiarato improcedibile con sent. [n. 203 del 1999](#).

¹⁵⁴ In proposito, l'appunto critico di F. GIRELLI, *La Corte statuisce che "i comportamenti materiali" non rientrano nell'ambito applicativo dell'art. 68, 1° comma, Cost. ma non ne spiega il motivo*, in *Giur. it.*, 1/2002, 7 ss., in part. 9.

¹⁵⁵ Corte cost., sent. [n. 137 del 2001](#), p. 3 del *Considerato in diritto*: "La prerogativa parlamentare non può infatti essere estesa sino a comprendere gli insulti - di cui è comunque discutibile la qualificazione come opinioni - solo perché collegati con le battaglie condotte da esponenti parlamentari in favore delle loro tesi politiche; così argomentando, il nesso funzionale, lungi dal tradursi in una corrispondenza tra espressioni verbali e atti parlamentari tipici, si risolverebbe in un generico collegamento con un contesto politico indeterminabile, del tutto avulso dall'esercizio di funzioni parlamentari suscettibili di essere concretamente individuate". L'importanza di tali affermazioni, anche *pro futuro*, è messa in evidenza da T.F. GIUPPONI, *La lotta politica*, cit., 1100, nota 27. Sulla pronuncia, cfr. anche F. MARONE, *Resistenza a pubblico ufficiale e insindacabilità delle opinioni dei parlamentari: Corte costituzionale, Parlamento e art. 68 Cost.*, in *Foro it.*, 2002, I, 340 ss. Vedi anche L. GENINATTI SATÈ, *Corte costituzionale e conflitti di attribuzione tra camere e potere giudiziario (Nota a Corte cost., 17 maggio 2001, n. 137, A. Milano c. Camera dei Deputati e Corte cost. 6 luglio 2001, n. 225, Camera dei deputati c. Gip T. Milano)* in [Questione Giustizia](#), 5/2001, 989 ss.

¹⁵⁶ T.F. GIUPPONI, *ult. cit.*, 1101.

opinioni espresse *extramoenia* dai parlamentari, persino al di là del loro carattere ingiurioso, potessero trovare anticipazione in sede parlamentare, come non ha mancato di evidenziare, anche con finalità di “destabilizzazione” di quella stessa “teoria”, la difesa della Camera nel giudizio costituzionale¹⁵⁷.

Meno ricca di peculiarità, ma comunque perfettamente inserita nel nuovo filone, è la sentenza [n. 289 del 2001](#) in cui la Corte, tornando ad “occuparsi” di dichiarazioni espresse dal deputato Sgarbi, ha ribadito la sua competenza a sindacare le opinioni rese *extramoenia* per verificare se esse siano esercizio o meno delle funzioni parlamentari. E così, nello svolgere tale giudizio, è stata ancora la ricerca di collegamenti con attività parlamentare tipica il discrimine. Un collegamento che per concretizzarsi deve basarsi sulla contestualità temporale, a nulla rilevando attività svolta dallo stesso o da altri parlamentari in epoca successiva, o molto successiva, e sulla riferibilità specifica ai fatti oggetto delle dichiarazioni. Proprio in riferimento a quest’ultimo punto la Corte è sembrata lasciare uno spiraglio aperto, o meglio non chiuso definitivamente, rispetto alla rilevanza che potrebbe assumere l’attività svolta da altri parlamentari: l’unico atto tipico di questi ultimi indicato dalla difesa della Camera, e anteriore alla opinioni manifestate dal parlamentare *sub iudice*, viene non ritenuto utile non già in quanto soggettivamente riferibile ad altro membro del Parlamento, ma in quanto non contenente riferimenti specifici ai fatti oggetto delle predette opinioni¹⁵⁸.

Allo stesso modo, nella successiva sentenza [n. 521 del 2002](#), la Corte, non ritenendo le opinioni rese *extramoenia* da un parlamentare riconducibili alla garanzia costituzionale perché mancanti di un collegamento – nei termini della solita corrispondenza di significato – con una sua precedente attività parlamentare tipica, ha, tuttavia, speso, e non poche, parole, anche per dimostrare la parimenti inconfigurabilità del nesso funzionale con attività svolta da altri parlamentari. In particolare, è di particolare rilievo il fatto che la Corte, nei confronti degli unici atti parlamentari tipici compiuti da altro parlamentare che si soffermavano sulle stesse circostanze poi divenute oggetto delle opinioni rese *extramoenia* (nello specifico una serie di interrogazioni), le abbia ritenute non rilevanti non già e solo perché soggettivamente riferibili a un parlamentare diverso da quello autore delle dichiarazioni *sub iudice*, ma perché di molto antecedenti queste ultime e comunque non oggetto di riferimento, da parte dello stesso parlamentare, nel corso delle sue opinioni *extramoenia*¹⁵⁹. Come dire, è ancora da vedere come si comporterà la Corte di fronte a atti parlamentari tipici perfettamente idonei a creare il nesso funzionale, perché precedenti (in un’ottica di contestualità temporale) e di contenuto sostanzialmente identico, ma compiuti da altri parlamentari.

A dire il vero, quello spiraglio individuato dalla dottrina e relativo alla possibilità che la Corte potesse, dinanzi a opinioni particolarmente pesanti e dunque offensive, spingersi a sindacarle escludendo ogni riconducibilità alla funzione parlamentare anche qualora fossero state espresse nel

¹⁵⁷ Come riportato nel *Ritenuto in fatto* della sent. [n. 137 del 2001](#), la difesa della Camera a sostegno delle sue ragioni, richiamando la giurisprudenza costituzionale sul nesso funzionale, ha prestato particolare attenzione ai precedenti costituiti dalle sentt. n. [320](#) e [321](#) del 2000, dalle quali si ricaverebbe che la corrispondenza sostanziale tra l’atto parlamentare tipico e la dichiarazione *extra moenia* è solo una delle ipotesi di riconducibilità della dichiarazione alla funzione parlamentare, ancorché sia quella che si verifica «normalmente». “Tanto è vero che nel caso di specie non sarebbe neppure possibile richiedere una formale «anticipazione» in sede parlamentare delle opinioni espresse in occasione della perquisizione, attesa l’imprevedibilità dell’atto compiuto dalla polizia giudiziaria”. Vedi, sul punto, ancora F. GIRELLI, *ult. cit.*, 9.

¹⁵⁸ Corte cost., sent. [n. 289 del 2001](#), p. 3 del *Considerato in diritto* si legge che: “Nè a diversa conclusione può condurre il richiamo, operato dalla stessa difesa, all’interrogazione presentata il 12 ottobre 1993 dall’on. Polizio, e nella quale - in un contesto più ampio, in cui si asseriva che le Procure della Repubblica di Milano, Napoli e Palermo avrebbero tenuto comportamenti processuali diversi a seconda dell’appartenenza politica degli indagati - l’unico riferimento specifico alla Procura di Palermo (senza indicazioni nominative) è l’affermazione secondo cui «a Palermo non si indaga, con lo stesso rigore, sugli appalti gestiti dall’amministrazione Orlando». Anche a prescindere dal problema se possa rilevare a tal fine un atto riferibile ad altro parlamentare, sta di fatto che in esso non si trovano né la menzione della persona offesa dal reato, né riferimenti al fatto specifico oggetto della dichiarazione incriminata”.

¹⁵⁹ Vedi Corte cost., sent. [n. 521 del 2002](#), p. 6 del *Considerato in diritto*. Sulla pronuncia, cfr. M. CERASE, *La rilevanza dell’interrogazione nell’insindacabilità parlamentare: nuovi aspetti*, in *Foro it.*, 2003, I, 1014 ss.

corso di attività parlamentare tipica, quindi *intramoenia*, è stata presto smentita con la decisione [n. 79 del 2002](#). In questo caso, infatti, il Giudice costituzionale, di fronte all'ormai solito modello – giudizio penale pendente nei confronti di un parlamentare per diffamazione, delibera di insindacabilità della Camera di appartenenza e sollevazione del conflitto da parte dell'autorità giudiziaria - ha riconosciuto l'esistenza del nesso funzionale tra attività tipica e opinioni espresse extramoenia, e quindi non ha accolto il ricorso, in quanto in una attività parlamentare tipica del giorno precedente l'intervista pubblicata, lo stesso parlamentare aveva espresso opinioni che rispetto a quelle rese extramoenia si ponevano in termini di non solo sostanziale corrispondenza, ma (addirittura) di testuale e letterale coincidenza. Da qui la “piena identificabilità”, “anzi totale coincidenza”, tra le dichiarazioni, ovvero “quanto basta per ritenere sussistente il nesso con le funzioni parlamentari”¹⁶⁰, a nulla rilevando, pertanto, il fatto che nell'ambito delle dichiarazioni espresse dal parlamentare, a questo punto tanto *intra* che *extramoenia*, potessero agevolmente distinguersi alcune con connotazione di critica politica, ed altre, invece, consistenti in attacchi gratuiti offensivi persino della dignità umana¹⁶¹.

Solo pochi giorni prima è stata depositata una sentenza, la [n. 51 del 2002](#), in cui, oltre a un interessante profilo processuale - legato alla modalità con cui era stato effettuato il deposito del ricorso, con la prova della effettuata notificazione, e della ordinanza che aveva dichiarato ammissibile il conflitto da parte del giudice ricorrente¹⁶² - la Corte ha avuto modo di “tornare” sul tipo di opinioni espresse dal parlamentare: nel caso di specie, il Giudice costituzionale ha escluso l'esistenza del nesso funzionale secondo il solito schema, cioè l'assenza di pregressa attività tipica parlamentare da parte del deputato in questione, non perdendo tuttavia l'occasione per ribadire che qualora le dichiarazioni del parlamentare contestate si traducano in minacce, esse non sono riconducibili al concetto di “opinioni” *ex art. 68, comma 1, Cost.*

Ha fatto luce su un'altra faccia della stessa medaglia, cioè una vera e propria “«procedimentalizzazione»” dei meccanismi attivativi dell'insindacabilità¹⁶³, la sentenza [n. 509 del 2002](#) nella quale, per la prima volta, dinanzi al Giudice dei conflitti si è posta una questione che aveva ad oggetto dichiarazioni di un parlamentare espresse non nella ormai solita modalità, e cioè extramoenia, bensì all'interno del Parlamento, ma non nell'ambito delle tipiche attività parlamentari, quanto in sedi collaterali a quelle preposte alle attività istituzionali, nello specifico la *buvette*¹⁶⁴.

¹⁶⁰ Corte cost., sent. [n. 79 del 2002](#), p. 2 del *Considerato in diritto*.

¹⁶¹ Mette bene in evidenza il punto A. PACE, *Davvero insindacabili ex art. 68 Cost le espressioni diffamatorie per i «modi usati»?* in *Giur. cost.*, 2/2002, 759, secondo il quale, “un'espressione che sia diffamatoria per i modi usati non rientra mai nella garanzia costituzionale ancorché formalizzata in un atto parlamentare, e ciò per il semplice fatto che l'offesa «per i modi usati» non è, per definizione (proprio perché gratuita), mai funzionale ai compiti di un parlamentare”. Vedi anche F. VIGLIONE, *In tema di insindacabilità delle opinioni espresse da parlamentari*, in *Cass. pen.*, 9/2002, 2731 ss.

¹⁶² La Camera resistente aveva eccepito l'inidoneità – a fungere quale rituale modalità di deposito, agli effetti di quanto previsto *ex art. 26, terzo comma*, delle norme integrative – dell'invio attraverso teletrasmissione a mezzo fax del ricorso introduttivo con la prova della avvenuta notificazione del ricorso e dell'ordinanza ammissiva del conflitto, e del successivo inoltro degli originali attraverso il servizio postale. La Corte ha respinto l'eccezione – per la prima volta posta al Giudice costituzionale, ritenendo che la trasmissione a mezzo fax sia una modalità di deposito – che deve avvenire nel termine perentorio, laddove la successiva trasmissione degli originali ha avuto la sola funzione di consentire la verifica dell'autenticità degli atti medesimi. Sulla pronuncia, cfr. R. SCIATTA, *Note sulla dichiarata ammissibilità del ricorso introduttivo di un conflitto tra poteri dello Stato inviato a mezzo fax*, in *Giur. it.*, 5/2003, 852 ss.

¹⁶³ Così T.F. GIUPPONI, «*In camera... (non più) caritatis*»: *insindacabilità parlamentare e «riservatezza» dei deputati*, in *Giur. cost.*, 6/2002, 4209.

¹⁶⁴ Il caso ha riguardato il deputato Cesare Previti che aveva convenuto in giudizio, tra gli altri, il deputato Fabio Mussi, chiedendone la condanna al risarcimento dei danni subiti a seguito delle dichiarazioni, assertivamente diffamatorie, rese da quest'ultimo nel corso di una conversazione avuta con un altro deputato all'interno della *buvette* della Camera dei deputati, utilizzando un tono di voce tale da rendere percepibile il colloquio ad oltre dieci metri, al punto da essere ascoltato da uno dei giornalisti presenti, il quale ne riportava il contenuto sul periodico «Milano Finanza» in data 29 gennaio 1998. Le suddette dichiarazioni sono state ritenute insindacabili dalla Camera con delibera del 15 luglio 1998. Sulla pronuncia cfr. anche G. CORVELLI, *Sindacabili le opinioni alla buvette della Camera*, in *Giur. it.*, 1/2004,

La Corte, pienamente consapevole di essere di fronte a un *quid novi*, ha scartato da subito il ricorso allo “strumentario” sin ad allora utilizzato, ovvero la ricerca del collegamento sostanziale tra le dichiarazioni *sub iudice* ed eventuali atti parlamentari. Qui, infatti, si poneva una questione diversa, ovvero quella di valutare se dichiarazioni rese all’interno della sede del Parlamento, fossero per ciò solo, *ratione loci*, insindacabili, come sostenuto dalla difesa della Camera, oppure no. Secondo la Corte, la giurisprudenza sin ad allora affermata non aveva mai accolto il criterio della localizzazione, bensì quello della funzionalizzazione, in base al quale erano coperte dalla garanzia costituzionale solo le attività “rientranti nel campo applicativo del ‘diritto parlamentare’, in quanto proprio tale condizione connota l’esercizio di funzioni parlamentari”¹⁶⁵. Sulla base di questo presupposto, la Corte ha accolto il ricorso ritenendo che dichiarazioni rese in sedi non deputate all’esercizio dell’attività istituzionale del Parlamento, non fossero espressione di funzione parlamentare, risultando “atti non ‘di funzione’”. Non può non vedersi come questa presa di posizione risulti comunque figlia di quella logica meccanicistica cui si faceva riferimento in precedenza, dal momento che non tiene in dovuto conto di come sia davvero arduo e limitativo della stessa funzione parlamentare ritenere separabili come compartimenti stagni gli spazi in cui questa può svolgersi da quelli in cui non trova espressione. Ridurre la funzione parlamentare alle attività tipiche in cui questa formalmente si esprime, e dunque nei luoghi in cui queste hanno sede, significa non riconoscere la complessità della stessa, che necessita, anche per giungere ai livelli di formalità che trovano spazio nelle sedi istituzionali dei lavori parlamentari, di tutta una ricca e poliedrica attività collaterale e preparatoria, fatta anche di scambio di opinioni tra parlamentari, che ben può svolgersi in aree limitrofe a quelle predisposte ai lavori¹⁶⁶.

Un’importante sentenza in materia di insindacabilità, ma con evidenti riflessi sull’istituto dei conflitti tra poteri, in particolare per quel che concerne i profili soggettivi, si è avuta con la pronuncia [n. 270 del 2002](#), in cui la Corte ha deciso nel merito un conflitto che presentava rilevanti particolarità: per un verso, il caso concerneva una delibera di insindacabilità da parte del Senato che aveva ad oggetto diversi comportamenti – spalmati nel tempo – tenuti da chi dapprima era magistrato collocato fuori ruolo perché candidato al Parlamento (e pertanto alcuni di quei comportamenti erano passibili di giudizio disciplinare dinanzi al Csm¹⁶⁷) e poi era divenuto Senatore; per un altro, e a monte, si è posto per la prima volta nel giudizio sui conflitti tra poteri il tema della legittimazione attiva della Sezione disciplinare del Consiglio superiore della Magistratura.

Se certamente il profilo soggettivo, per quanto vedremo a brevissimo, è stato un aspetto centrale anche nella prospettiva futura della configurabilità del conflitto tra poteri, di assoluto rilievo, nell’ambito della definizione dei diversi poteri, è anche quello oggettivo: come rilevato dalla dottrina,

218 ss.

¹⁶⁵ Corte cost., sent. [n. 509 del 2002](#), punto 3 del *Considerato in diritto*.

¹⁶⁶ Lo mette bene in evidenza T.F. GIUPPONI, *ult. cit.*, 4211, quando dopo aver ritenuto la decisione della Corte di ancorare la copertura dell’insindacabilità *intra moenia* ai lavori rientranti nel campo del diritto parlamentare, “troppo generica”, perché “non si capisce bene cosa si debba intendere per «lavori» (solo le sedute ufficiali di assemblea e organi parlamentari minori?)” e “troppo limitativa”, visto che “sembra configurare (...) l’esercizio delle funzioni parlamentari come limitata alla partecipazione (...) alle attività istituzionali ufficiali degli organi parlamentari, ipotizzando uno svolgimento dei lavori parlamentari senza un «prima» e un «dopo»”, 4212, conclude affermando che se “è vero che la buvette e il Transatlantico non sono sede ufficiale dei lavori della Camera, è altrettanto vero che in essi si svolgono tutta una serie di attività «comunicative» riservate tra deputati che possono risultare oggettivamente connesse (...) all’esercizio dell’attività parlamentare”.

¹⁶⁷ Nel 1999, la sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura, investita di un procedimento nei confronti di Angelo Giorgianni, magistrato della Procura della Repubblica di Messina, all’epoca in aspettativa perché candidato e poi eletto al Parlamento, ha sollevato conflitto di attribuzioni nei confronti del Senato della Repubblica, chiedendo l’annullamento della deliberazione con la quale l’Aula aveva dichiarato che i fatti, oggetto di alcuni dei capi di incolpazione a carico del proprio componente, riguardavano opinioni da lui espresse nell’esercizio delle sue funzioni. Sulla pronuncia, con particolare riguardo alla legittimazione al conflitto della Sezione disciplinare del Csm, cfr. A. PAJNO, *Processo costituzionale e giurisdizione. I rapporti tra giudizio incidentale e conflitto tra poteri*, in *D & G.*, 31/2002, 27 ss.

infatti, nel caso di specie è venuto a galla un “doppio volto” della garanzia espressa dal Consiglio superiore della magistratura, ovvero, quello tradizionale, nei confronti del potere politico, ma anche nei confronti dell’ordine giudiziario¹⁶⁸.

Venendo, come anticipato, al *quid novi* sui profili soggettivi, occorre dire che nell’ordinanza che aveva giudicato ammissibile il conflitto – la [n. 530 del 2000](#) – la Corte aveva risolto, nel senso dell’ammissibilità, la questione senza tuttavia chiarire sotto quale profilo avesse riconosciuto la legittimazione attiva in capo alla Sezione disciplinare - che, dal canto suo la rivendicava in quanto organo giurisdizionale, sulla base perciò di un’auto qualificazione nei termini di potere diffuso - riservandosi una pronuncia definitiva sul punto, evidentemente complesso, nella fase successiva e con il contraddittorio delle parti¹⁶⁹. Interessante, a tal proposito, è l’argomentazione sostenuta dalla difesa del Senato nel giudizio di merito, per la quale il carattere giurisdizionale del procedimento disciplinare sussisterebbe solo in funzione della sollevazione, da parte della Sezione disciplinare, del giudizio in via incidentale sulle norme che deve applicare nel corso del procedimento¹⁷⁰.

La Corte ha risolto in via definitiva la questione affermando che se è vero che l’art. 105 Cost. ha attribuito i provvedimenti disciplinari nei confronti dei magistrati alla competenza del Csm, che dunque è l’organo titolare dell’attribuzione costituzionale in contestazione, è altresì vero che la stessa Costituzione, “limitandosi” a regolare solo parzialmente la composizione del Consiglio e il suo funzionamento, ha lasciato al legislatore ordinario “ampi spazi di discrezionalità nella disciplina dell’organizzazione interna”, non escludendo, pertanto “che esso possa operare, nell’esercizio delle attribuzioni disciplinari, anziché in assemblea plenaria, in una composizione più ristretta, pur sempre rispettosa dei criteri e degli equilibri sanciti dall’art. 104 Cost.”¹⁷¹. L’istituzione della Sezione disciplinare da parte della legge n. 195 del 1958, secondo la Corte, è stata una scelta che è venuta incontro all’esigenza di “organizzazione interna” del Consiglio superiore della magistratura, e non già a quella di creazione di un organo autonomo rispetto allo stesso, né tantomeno a quella di “frazionare” il potere di cui il Csm è titolare, che rimane unico. Da questa affermazione, come messo in evidenza da attenta dottrina, sarebbe stato lecito dedurre la legittimazione in capo al *plenum*, quale appunto titolare del potere non frazionato, tra cui anche quello disciplinare¹⁷²; e, invece, la Corte, ha riconosciuto la legittimazione a favore della sezione disciplinare, in quanto competente a «dichiarare definitivamente la volontà» del potere cui appartiene, in quanto le sue determinazioni in materia disciplinare sono insuscettibili di qualsiasi revisione o avocazione da parte del *plenum*, e

¹⁶⁸ Lo mette bene in evidenza C. SALAZAR, *Il Consiglio Superiore della Magistratura e gli altri poteri dello Stato: un’indagine attraverso la giurisprudenza costituzionale*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 2007, 21, secondo la quale: In questa circostanza, è apparso evidente il “doppio volto” della garanzia del Consiglio, che ne fa – come già detto – un *contrappeso* rispetto al potere politico ma anche rispetto all’ordine giudiziario: lo scontro con le Camere in un conflitto avente come parametro l’art. 68 Cost. era inimmaginabile fino al caso di specie, in cui la delibera di insindacabilità mirava ad avere come effetto la sottrazione di un magistrato al procedimento disciplinare. In questo modo, in una sorta di gioco di specchi, un esponente dell’ordine giudiziario, normalmente ricorrente nei confronti del Parlamento nei conflitti *ex art. 68, c. 1, Cost.*, si è trovato sullo stesso fronte di quest’ultimo in un giudizio, avente come parametro tale norma costituzionale, che vedeva come parte contrapposta l’organo di garanzia della magistratura”. Sul Csm, cfr. tra gli altri V. ONIDA, *La posizione costituzionale del Csm e i rapporti con gli altri poteri*, in B. CARAVITA (a cura di), *Magistratura, Csm e principi costituzionali*, Laterza, Roma-Bari 1994, 17 ss.

¹⁶⁹ E. MALFATTI, *Il conflitto di attribuzione*, cit., 2005, 302-303. Sulla sentenza vedi anche M.F. LOY, *L’autonomia della sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura: applicazioni in tema di conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato*, in *Giust. civ.*, 2002, I, 2719 ss.

¹⁷⁰ Secondo C. SALAZAR, *ult. cit.*, “Non è difficile capire perché una *diversità* così evidente nella natura delle funzioni svolte dalla sezione rispetto all’insieme di quelle materialmente amministrative cui si riferisce l’art. 105 Cost., è un indizio a favore della configurabilità della stessa come micropotere interno al potere più vasto, alla stregua di quanto accade, ad es., con le Commissioni di inchiesta (anch’esse, peraltro, svolgenti attività assimilata a quella giurisdizionale, art. 82, c. 2, Cost.) rispetto al Parlamento”.

¹⁷¹ Corte cost., sent. [n. 270 del 2002](#), p. 2 del *Considerato in diritto* e le *ivi* richiamate sentt. nn. [12 del 1971](#) e [52 del 1998](#).

¹⁷² Ancora E. MALFATTI, *ult. cit.*, 303.

costituiscono piena e definitiva espressione della potestà disciplinare attribuita dalla Costituzione¹⁷³. Pochi ostacoli, invero, sono stati incontrati nel riconoscere al procedimento disciplinare la natura giurisdizionale, ricorrendo in esso tutti i caratteri propri della giurisdizione, e dunque, la precostituzione del giudice, l'imparzialità e terzietà dello stesso e il regime dei relativi atti, in ultimo impugnabili davanti alle SS.UU. della Corte di cassazione.

Superata la complessa fase relativa all'ammissibilità, la Corte è scesa nel merito e qui, di fatto, è venuta a trovarsi nuovamente di fronte a comportamenti materiali ritenuti dalla delibera di insindacabilità rientranti nell'alveo della garanzia *ex art. 68, comma 1 Cost.*: infatti, al senatore (magistrato in aspettativa) erano stati addebitati tre condotte diverse - il non avere informato i colleghi che lo avrebbero sostituito nella conduzione di un processo sullo stato del procedimento, addirittura cancellando dal computer alcuni dati ad esso relativi, l'aver frequentato con continuità una persona di dubbia fama e, infine, di avere reso alla Commissione parlamentare antimafia, impegnata su tale frequentazione, dichiarazioni non rispondenti alla realtà - rispetto alle quali la Sezione disciplinare ricorreva limitatamente alle prime due, avendo ritenuto solo la terza qualificabile in termini di nesso funzionale con l'esercizio del mandato parlamentare. La Corte, con la [sentenza n. 270 del 2002](#), ha escluso che le prime due condotte - tanto commissive quanto omissive - potessero considerarsi alla stregua di opinioni o voti espressi nell'esercizio della funzione parlamentare, ma a ben guardare, anche in questo caso, può dirsi che la Corte abbia lasciato ancora dei margini sulla possibilità che comportamenti materiali del parlamentare siano sussumibili sotto l'ombrello dell'art. 68, comma 1, Cost. Infatti, entrambe le fattispecie - sia dunque i comportamenti relativi ai procedimenti giudiziari che il magistrato seguiva, sia le frequentazioni con una persona particolare - sono state ritenute estranee all'area dell'insindacabilità prima ancora che per le condotte in quanto tali, perché addebitate o addebitabili "esclusivamente in relazione allo *status* di magistrato e ai connessi doveri"¹⁷⁴. Si è trattato, pertanto, di comportamenti che, pur se comunque difficilmente riconducibili alla categoria delle opinioni, sono state ritenute non ricadenti nell'alveo della garanzia costituzionale in quanto rilevanti per lo *status* di magistrato e non già per quello, successivo, di parlamentare¹⁷⁵. Occorre infatti evidenziare come tali condotte si riferissero a un periodo anteriore all'assunzione della carica di parlamentare da parte del soggetto interessato (e tale profilo sarà di rilievo per il richiamo che la Corte farà, come si vedrà più avanti, nella recentissima decisione [n. 110 del 2021](#)).

2.9. Il 2003, un anno importante su più fronti.

L'anno 2003 ha segnato un punto di snodo fondamentale in materia di insindacabilità dei parlamentari con inevitabili riflessi sui conflitti tra poteri da essa scaturenti. Tre, in particolare, i momenti più significativi: una decisione importante, la sentenza [n. 116 del 2003](#), soprattutto in riferimento ad alcuni aspetti processuali implicanti ricadute non solo sullo svolgimento dei giudizi sui conflitti tra poteri, ma sulla natura sistemica dello stesso istituto nell'ordinamento; l'entrata in vigore - all'esito di un lungo e tormentato *iter* iniziato addirittura nei giorni immediatamente successivi alla revisione costituzionale del 1993 - della legge n. 140 del 2003, di attuazione appunto dell'art. 68 Cost., che ha previsto significative novità in tema di immunità parlamentari, tanto sul piano sostanziale, estendendo il campo di copertura dell'insindacabilità¹⁷⁶, in ossequio anche a una

¹⁷³ Corte cost., sent. [n. 270 del 2002](#), p. 2 del *Considerato in diritto*. Né può porsi un problema di legittimazione a sottoscrivere il ricorso, posto che, nella specie, questo è sottoscritto da chi, nello stesso tempo, era vicepresidente del Consiglio superiore della magistratura e presidente del collegio giudicante che ha deliberato di sollevare il conflitto.

¹⁷⁴ Ivi, p. 4 del *Considerato in diritto*.

¹⁷⁵ Che questo sia stato il fattore determinante lo si evince chiaramente dall'utilizzo dell'inciso "decisivamente" fatto dalla Corte nell'ultima frase della motivazione.

¹⁷⁶ Ai sensi dell'art. 3, comma 1, della legge n. 140 del 2003, l'applicabilità dell'art. 68, primo comma Cost., viene riconosciuta oltre che in tutti i casi di atti tipici interni alle Camere, "per ogni altro atto parlamentare, per ogni altra attività

concezione più ampia della stessa funzione parlamentare, a maggior ragione nella nuova dimensione comunicativa¹⁷⁷, quanto su quello procedurale, attraverso l'anticipazione dell'effetto inibente nei confronti dell'autorità giudiziaria sin dal momento in cui l'applicabilità dell'art. 68, comma 1, Cost. viene eccepita nel corso del giudizio, e quindi, contrariamente a quanto affermato dalla sentenza [n. 265 del 1997](#), prima dell'adozione della stessa delibera di insindacabilità da parte della Camera¹⁷⁸. Su entrambi questi piani, che hanno risposto a un disegno complessivo da parte del legislatore volto in qualche modo a reagire alla stessa giurisprudenza costituzionale che, soprattutto a partire dalla svolta del 2000, si stava mostrando particolarmente severa nei confronti delle Camere¹⁷⁹, ci sarà occasione, come si vedrà a breve, per la Corte di pronunciarsi; infine, sempre nel 2003, si registrano le prime decisioni assunte dalla Corte EDU che inaugurano quel filone giurisprudenziale del Giudice di Strasburgo molto attento alla tutela del terzo offeso dalle affermazioni del parlamentare il cui diritto all'accesso alla giustizia è fortemente messo in discussione dalla sequenza procedurale costruita dalla Corte costituzionale¹⁸⁰.

La sentenza [n. 116 del 2003](#) ha chiuso la partita inaugurata con la precedente [n. 449 del 1997](#)¹⁸¹ e, per la prima volta, ha affermato in maniera chiara il principio della non riproponibilità dei conflitti precedentemente dichiarati ammissibili, ma poi non definiti nel merito per inadempienza dovute al ricorrente (nel caso di specie, si trattava di mancata notifica dell'atto introduttivo e dell'ordinanza ammissiva¹⁸²).

Mai come in questo caso, la questione non era meramente processuale, come si diceva, molteplici essendo le conseguenze sul piano sistemico del ricorso al conflitto costituzionale.

di ispezione, di divulgazione, di critica e di denuncia politica, connessa alla funzione parlamentare, espletata anche fuori del Parlamento". Sull'ampiezza dei contenuti della nuova disposizione, cfr. M. VOLPI, *Democrazia, Costituzione, equilibrio tra i poteri*, Giappichelli, Torino, 2005, 198.

¹⁷⁷ Per le posizioni più autorevoli in dottrina, è sufficiente ricordare come già all'inizio degli anni Novanta sia stato sostenuto che l'esercizio della funzione parlamentare avviene sempre più fuori dal Parlamento, cioè in quelle sedi dove più diretto e più immediato è il contatto con gli elettori e con il Paese (P. BARILE, *Istituzioni di diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1991) e che l'esercizio delle funzioni parlamentari non è soltanto quello che si svolge nelle aule delle Camere, ma anche quello che si attua con la presenza politica nel Paese (A. MANZELLA, *Il Parlamento*, Il Mulino, Bologna, 1991). Per quanto concerne la giurisprudenza, valgono, per tutte, le pronunce nn. [320](#) e [321](#) del 2000 secondo le quali "l'attività dei membri delle Camere nello Stato democratico rappresentativo è per sua natura destinata infatti a proiettarsi al di fuori delle aule parlamentari, nell'interesse della libera dialettica politica che è condizione di vita delle istituzioni democratico-rappresentative".

¹⁷⁸ Secondo quanto previsto dai commi 4 e 5 dell'art. 3 della legge n. 140 del 2003, qualora nel corso di un giudizio dovesse essere eccepita l'applicabilità dell'art. 68, comma 1, Cost., il giudice che non ritenga sussistenti i relativi presupposti deve comunque rimettere gli atti alla Camera di appartenenza sospendendo il giudizio in attesa della deliberazione dell'organo politico.

¹⁷⁹ L. PESOLE, *Verso la scomparsa*, cit., 2161.

¹⁸⁰ Il riferimento è alle note sentenze gemelle Cordova, CEDU, *Cordova v. Italy* (n. 1), c. 40877/98 e *Cordova v. Italy*, c. 45649/99, entrambe sentt. 30 gennaio 2003, sulle quali cfr. A. GUAZZAROTTI, *Strasburgo "condanna" i nostri parlamentari "linguacciuti"?* in *Quad. cost.*, 2/2003, 345 ss.; B. CONFORTI, *I limiti dell'immunità parlamentare secondo la Corte di Strasburgo*, in *Giur. it.*, 11/2003, 1993 ss.

¹⁸¹ Individua una stessa logica sottesa alle due pronunce L. PESOLE, *La duplice lettura*, cit., 919.

¹⁸² Il conflitto - proposto una prima volta dal Tribunale di Caltanissetta a seguito della intervenuta delibera di insindacabilità della Camera dei deputati che aveva dichiarato non sindacabili ex art. 68, comma 1, Cost. le dichiarazioni espresse dal deputato Vittorio Sgarbi nei confronti del magistrato Alfredo Montalto (all'epoca dei fatti giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Palermo, per le quali era in corso un giudizio per diffamazione a mezzo stampa), una volta dichiarato ammissibile con ordinanza n. 499 del 2000, e poi non proseguito perché il giudice ricorrente non aveva provveduto a notificare l'atto introduttivo e l'ordinanza dichiarativa dell'ammissibilità - veniva ora riproposto «negli identici termini». Sulla pronuncia, cfr. L. PESOLE, *La duplice lettura*, cit., e F. BENELLI, *Il giudice dei conflitti non concede il bis (davvero inammissibile e non riproponibile l'azione viziata in rito?)*, in *Giur. cost.*, 2/2003, 925 ss.; ID., *Una battaglia non decide la guerra. (Nota in dissenso con la sentenza n. 116 del 2003 della Corte costituzionale)*; R. BIN, *"Ultima fortezza" e "regole d'ingaggio" nei conflitti interorganici*; A. GUAZZAROTTI, *Ricorsi "mal coltivati" e tutela dei terzi nei conflitti ex art. 68.1 Cost. (Nota alla sentenza n. 116 del 2003 della Corte costituzionale)*, tutti in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 2003; E. MALFATTI, *Il conflitto, ult. cit.*, 344 ss.

Il fulcro della questione è stato quello di stabilire se l'assenza di termini decadenziali, che certamente opera nella fase instaurativa del conflitto, sia limitata a questa ovvero permei l'intero giudizio sui conflitti tra poteri, facendone di fatto un giudizio riproponibile ad oltranza sino alla sua definizione nel merito. Come si diceva, la questione si era per certi versi già posta anni prima, ma la soluzione fornita allora dalla Corte nella sentenza [n. 449 del 1997](#), come visto in precedenza, oltre a suscitare dubbi nella dottrina, non aveva risolto in termini definitivi il problema, al punto che, a fronte di sentenze di improcedibilità per ricorsi notificati o depositati fuori termini, non pareva esclusa con assoluta certezza la possibilità di instaurazione di un nuovo giudizio.

In questa occasione, invece, la Corte, con una motivazione più di sistema, ha sgombrato il campo dai dubbi residui giungendo a una decisione che si è incentrata sulla lettura delle regole che disciplinano il giudizio sui conflitti alla luce della funzione che lo stesso è chiamato ad assolvere nell'ordinamento costituzionale: e così, trattandosi di rimedio giuridico per controversie contrassegnate da un alto tasso di politicità, perché insorgenti fra i più alti livelli istituzionali, esso deve avere natura residuale, cioè utilizzabile come *extrema ratio* e al fallimento dei tentativi di composizione politica. Funzionali a tale obiettivo sono, pertanto, da un lato la scelta del legislatore ordinario di non prevedere termini di decadenza per la proposizione del conflitto, che qualora sussistenti avrebbero necessariamente costretto entro spazi di tempo molto angusti le trattative politiche; dall'altro, la struttura "bifasica" del giudizio, con una prima fase di delibazione in cui, in un terreno ancora incerto, spetta alla Corte, con ampio potere, stabilire sull'esistenza della materia del conflitto ed, eventualmente, individuarne inderogabilmente soggetti, *thema decidendum* e termini per lo svolgimento del processo; e una seconda che, proprio in quanto ormai definita nei suddetti termini, deve concludersi in tempi certi e non già rimessi alle parti confliggenti¹⁸³. Detto in altri termini, secondo la Corte, la prima fase di delibazione rappresenta il passaggio dal *definibile* al *definito*¹⁸⁴: tradotto sul piano dei termini di decadenza, questi se non hanno ragion d'essere nel primo, quindi prima della sollevazione del conflitto, che segna il fallimento della mediazione politica, tornano con tutta la loro pregnanza e rigidità, nel secondo, dove una volta "dentro", deve superarsi "la ormai palesata situazione di conflittualità e di incertezza, che non si attaglia alle questioni di equilibrio tra i poteri dello Stato, le quali invece, attenendo alle garanzie di ripartizione costituzionale delle attribuzioni, postulano che siano ristabilite certezza e definitività di rapporti, al fine di assicurare il regolare esercizio delle funzioni costituzionali"¹⁸⁵.

Sulla base di queste argomentazioni, la Corte ha dichiarato inammissibile il ricorso (ri)presentato, ritenendo che il ricorrente avesse esaurito il suo potere.

La decisione è stata accolta con vari accenti dalla dottrina: c'è chi, pur non negando il pregio di aver così scongiurato il rischio di una "conflittualità latente", di fatto rimessa alla volontà arbitraria del ricorrente, ha tuttavia invitato a non estendere, come sembrerebbe fare la Corte con i toni usati, in maniera indiscriminata la tagliola della non riproponibilità a tutte le ipotesi di inadempimenti procedurali giacché, così facendo, la Corte si sarebbe creato un prezioso *escamotage* per evitare di risolvere diversi conflitti, raggiungendo così effetti persino contraddittori rispetto a quelli che si era preposta e, nei casi più frequenti di questi conflitti, proprio quelli *ex art. 68, comma 1, Cost.*, a tutto svantaggio del terzo offeso¹⁸⁶. Chi, con toni molto più critici, ha contestato la decisione, sulla base di considerazioni di diritto positivo e di ordine sistematico, sottolineando come proprio per l'equilibrio tra i poteri si debba perseguire sino in fondo la possibilità di definire il conflitto e la spettanza delle

¹⁸³ E. Malfatti, *ult. cit.*, 345.

¹⁸⁴ C'è chi, appunto, ha parlato di parti ormai "ingaggiate" e che, dunque, devono rispettare le "regole di ingaggio", così R. Bin, "Ultima fortezza" e "regole d'ingaggio" nei conflitti interorganici (nota a Corte cost., sent. n. 116/2003), in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2003, 2. Secondo L. Pesole, *La duplice*, cit., 917, "la sottoposizione del conflitto al giudizio della Corte si traduce (...) nel passaggio dalla fluidità che governa i rapporti tra i poteri statali in ambito politico alla rigidità che viene a caratterizzare (...) il processo costituzionale sui conflitti".

¹⁸⁵ Corte cost., sent. [n. 116 del 2003](#), p. 4 del *Considerato in diritto*.

¹⁸⁶ L. Pesole, *ult. cit.*, *passim*.

attribuzioni costituzionali¹⁸⁷, anche per non penalizzare in maniera ulteriore i terzi danneggiati che vedrebbero affidare la possibilità o meno di proseguire il giudizio a tutela dei loro diritti alla particolare “diligenza” dei giudici¹⁸⁸.

Venendo ora alle pronunce di merito ed aventi ad oggetto la prerogativa *ex art. 68*, comma 1, Cost., sono particolarmente degne di attenzione le sentenze nn. [219](#) e [379](#) in cui la Corte ha dato non marginali segnali di innovatività per quel che concerne il tipo di sindacato da svolgere nel risolvere tali conflitti.

La prima, che pare porsi come una anticipazione di quanto sarà fatto, con risvolti diciamo più ampi nella seconda, ha risolto in favore dell’organo parlamentare un conflitto sollevato dall’autorità giudiziaria nei confronti di una delibera di insindacabilità che verteva su alcune dichiarazioni, ritenute diffamatorie nei confronti del Procuratore di Palermo, dott. Giancarlo Caselli, rilasciate dal Senatore Roberto Centaro e volte a denunciare un uso politico delle indagini, soprattutto sul riciclaggio. Tali dichiarazioni erano del tutto pacificamente divulgative di attività precedentemente realizzata dal parlamentare in questione, solo che, da qui la particolarità del caso, tale attività si era concretizzata in una lettera inviata al Presidente della Commissione parlamentare antimafia, con la quale il senatore Centaro comunicava, a nome dell’intero gruppo parlamentare di appartenenza, la decisione di non partecipare, per protesta, ad un convegno organizzato dalla stessa Commissione a Palermo in tema di riciclaggio. Pertanto, il *punctum dolens* della questione è stato non già quello ormai canonico, ovvero la ricerca di una corrispondenza sostanziale tra attività parlamentare tipica e attività tenuta all’esterno, quanto stabilire cosa debba intendersi per attività parlamentare tipica, e, in particolare modo, se in essa potesse rientrarvi un atto informale, non previsto dai regolamenti parlamentari, quale, appunto, la lettera “incriminata”¹⁸⁹.

La Corte ha sposato la tesi difensiva del Senato, in forza di una tipizzazione *sostanziale* che prevale anche su quella *formale*¹⁹⁰, e che non “scaturisce dal *nomen*”, ma, “secondo un paradigma di effettività, deriva dalla riconducibilità degli atti all’esercizio delle attribuzioni proprie” dei parlamentari¹⁹¹. Un atto *del* parlamentare, per tradursi in opinione manifestata nell’esercizio delle funzioni, e dunque ricadere nella garanzia *ex art. 68*, comma 1 Cost., non deve per ciò solo rientrare negli schemi dei regolamenti parlamentari, quanto presentare quegli “indici di riconoscimento” della partecipazione ai lavori parlamentari (di assemblea, commissioni o altri organi) capaci di qualificarlo come tale.

Pertanto, quella lettera, pur nella sua peculiare natura comunicativa, che tuttavia non è di tipo privato, bensì “ufficiale” e “inerente ai lavori istituzionali”, presentava quei caratteri e dunque è stata riconosciuta come esercizio della funzione parlamentare, con la importante precisazione per cui, contrariamente a quanto sostenuto dal Tribunale ricorrente, “non necessariamente l’atto «che assume

¹⁸⁷ F. BENELLI, *Il giudice dei conflitti*, cit., 930, secondo il quale “è vero che le regole di ingaggio vanno rispettate, ma è ancor più vero che una battaglia non decide la guerra, ovvero sia che la violazione di quelle stesse regole esaurisce i suoi effetti nel primitivo ricorso e non anche in quello reiterato. Una decisione di mero rito non può avere alcuna «ultrattività» su successivi processi per la sua intrinseca inidoneità ad assumere la veste di cosa giudicata”, difettando di “un elemento essenziale: la statuizione sul merito della attribuzione che sola, declinata con il principio di «inappellabilità» delle sentenze della Corte costituzionale, determinerebbe l’inammissibilità dell’azione riproposta «negli identici termini». L’A. ha proposto, caso per caso, la verifica della permanenza dell’interesse all’azione da parte dell’Autorità giudiziaria in luogo di una decisione così *tranchant*.”

¹⁸⁸ *Ex multis*, R. BIN, “*Ultima fortezza*” e “*regole di ingaggio*”, cit., 3. Il tema si è riproposto con forza anche nella di poco successiva ord. [n. 40 del 2004](#). Sui problemi scaturenti da questo tipo di pronunce, in riferimento soprattutto alla limitazione del diritto dei terzi offesi, e in particolare sulla responsabilità a carico dei magistrati, cfr. le riflessioni di M. PERINI, *Errare humanum est, perseverare... Ovvero: conflitti fra poteri, diritti dei terzi e comportamenti processuali dell’autorità giudiziaria*, in *Giur. cost.*, 2/2004, 1313 ss.

¹⁸⁹ Cfr. D. PICCIONI, *I paradossi dell’insindacabilità parlamentare*, in *Giur. it.*, 3/2005, 465-66. Vedi anche la nota redazione di R. ROMBOLI, in *Foro it.*, 2003, I, 2518 ss.

¹⁹⁰ D. PICCIONI, *ult. cit.*, 466.

¹⁹¹ Corte cost., sent. [n. 219 del 2003](#), p. 2 del *Considerato in diritto*. Ancora D. PICCIONI, *ult. cit.*, 466-7, ha messo in evidenza come tale paradigma rimanga di “nebulosa, nonché oscura, configurazione”.

una connotazione ed un contenuto squisitamente politico» perde per ciò stesso la natura parlamentare, giacché ciò che rileva è l'ambito funzionale entro cui l'atto si iscrive¹⁹²».

Un'ulteriore, e forse più completa, riprova di questa innovatività, soprattutto nel senso di uno sganciamento dalla meccanicistica operazione di riscontro di corrispondenza di significato tra attività *extra* e *intra moenia*, la si ritrova nella successiva sentenza [n. 379 del 2003](#) che ha risolto un caso in cui, ancora una volta, il profilo in discussione era la stessa configurabilità di un atto parlamentare come tipico¹⁹³: in termini di fatto, la fattispecie originava da un conflitto sollevato dal Tribunale civile di Roma in relazione a una delibera di insindacabilità con cui la Camera aveva coperto con la garanzia costituzionale alcune dichiarazioni contenute in un comunicato stampa, e ritenute diffamatorie nei confronti di terzi, e riprodotte di un'interrogazione parlamentare presentata lo stesso giorno dal deputato ma che, tuttavia, era stata dichiarata inammissibile dal Presidente della Camera dei Deputati (*ex art. 139-bis, comma 1, del Reg.*) perché riguardante materia estranea alla “competenza” e alla connessa responsabilità propria del Governo nei confronti del Parlamento.

Quindi, a fronte di una pacifica corrispondenza di contenuto tra comunicato stampa e richiesta di interrogazione parlamentare, occorre stabilire se quest'ultima potesse ritenersi comunque esercizio di funzione parlamentare, a prescindere dalla inammissibilità poi dichiarata dal Presidente della Camera.

Per giungere alla sua conclusione, la Corte non si è tirata indietro rispetto a precise puntualizzazioni nelle dinamiche dei rapporti tra Parlamento e Governo, e quindi, nel definire, peraltro come aveva già fatto con intensità maggiore nella sent. [7 del 1996](#), contorni essenziali della forma di governo: si va dal riconoscimento del potere di presentare interrogazioni come appartenente alle tradizionali attribuzioni del singolo membro delle Camere nell'ambito della funzione ispettiva; alla presa d'atto di come questa si sia plasmata, anche grazie alla prassi parlamentare, in modo multiforme ed anche “ben al di là dei confini delle sole funzioni ed attività spettanti al Governo e rientranti nell'ambito del suo rapporto fiduciario con il Parlamento”; alla descrizione del potere spettante al Presidente della Camera in merito all'ammissibilità dell'interrogazione, disciplinato dai regolamenti parlamentari, e che prevede diversi margini di discrezionalità a seconda dei casi¹⁹⁴. Proprio questa ultima constatazione – e cioè l'esistenza di una reale “ampiezza dei criteri di controllo preventivo” da parte del Presidente - con valutazioni da parte di questi, che in alcuni casi, come quello di specie, risultano “non ancorate a criteri rigorosamente predeterminati”¹⁹⁵, ha portato la Corte a rifiutare l'idea secondo la quale un'attività realizzata da un membro del Parlamento, per poter essere riconosciuta come esercizio della funzione parlamentare, necessiti comunque e sempre del previo *placet* interno da parte degli organi competenti, cogliendo nella richiesta di interrogazione

¹⁹² Corte cost., sent. [n. 219 del 2003](#), p. 3 del *Considerato in diritto*, dove si legge infine che “se esso promana da una “fonte” parlamentare e si manifesta come esercizio delle attribuzioni proprie di quella funzione, è evidente che il suo contenuto comunicativo – abbia o meno risalto politico, tecnico o di altra natura – non presenta in sé aspetti significativi o dirimenti agli effetti dello scrutinio relativo alla applicabilità della garanzia sancita dall'art. 68, primo comma, della Costituzione”.

¹⁹³ Chiaramente T.F. GIUPPONI, *Insindacabilità (del) parlamentare e «ingerenza qualificatoria» della Corte costituzionale: verso la giustiziabilità dei regolamenti delle Camere?* in *Giur. cost.*, 6/2003, 3884. Che non era quella “sostanziale corrispondenza” il punto della questione è testimoniato anche dal fatto che non era questa l'oggetto della contestazione da parte dello stesso Tribunale ricorrente.

¹⁹⁴ Sent. [n. 379 del 2003](#), p. 3 del *Considerato in diritto*.

¹⁹⁵ Molto interessante è la distinzione operata dalla Corte: mentre alcuni criteri, come quello “inteso alla ‘tutela della sfera personale e dell'onorabilità dei singoli’ può apparire uno strumento idoneo a equilibrare, con la protezione di questi valori nell'ambito dell'ordinamento parlamentare, la potenzialità lesiva di essi insita nella esenzione del parlamentare (prevista dall'art. 68, primo comma, della Costituzione) da ogni responsabilità giuridica per le opinioni espresse nello svolgimento del mandato, non altrettanto può dirsi di criteri” – come quello utilizzato dal Presidente nel caso di specie, con i quali si “restringe la sfera del potere ispettivo nei confini propri della responsabilità del Governo nei confronti del Parlamento, in cui si realizza piuttosto una regolamentazione dell'istituto in chiave funzionale, a tutela dei rapporti fra Camere ed esecutivo, che poco ha a che fare con la libertà di espressione del parlamentare nell'esercizio delle sue funzioni, che l'insindacabilità tende a proteggere al massimo grado”, p. 3 del *Considerato in diritto*.

parlamentare presentata (e poi non ammessa) tutti quei tratti tipici dell'attività parlamentare e, quindi, riconoscendo le opinioni *ivi* espresse come esercizio della funzione parlamentare e, dunque, coperte dalla garanzia *ex art.* 68, comma 1 Cost.

Dire ciò, tuttavia, se può apparire come un tentativo di non restringere entro schemi formalistici la stessa funzione parlamentare, dall'altro pone di fatto la stessa Corte costituzionale come una sorta di *alter ego* del diritto parlamentare, e cioè un soggetto che dall'esterno può sindacare, come la stessa sentenza *apertis verbis* afferma, caso per caso¹⁹⁶, le valutazioni operate dagli organi interni sulla base dei regolamenti parlamentari e, se del caso, decidere anche in senso contrario. Tutto ciò comporta una sostanziosa incisione dell'autonomia delle Camere, con il rischio di "un ruolo "sussidiario" della Corte stessa in merito alla qualificazione degli atti parlamentari", con una rideterminazione stessa dei rapporti tra Corte e Parlamento¹⁹⁷.

Ma la sentenza [n. 379 del 2003](#) si distingue anche per un altro passaggio innovativo nella giurisprudenza sui conflitti sull'insindacabilità parlamentare. Nelle argomentazioni a sostegno della tesi portata avanti e fin qui descritta, quella per cui non può essere l'ammissibilità riconosciuta dal Presidente a qualificare come attività parlamentare tipica una richiesta di interrogazione, la Corte, sottolineando peraltro come contro le decisioni presidenziali non è ammesso alcun rimedio, ha affermato che "ben si comprende come legare indissolubilmente al vaglio positivo di ammissibilità la caratterizzazione dell'atto come esercizio di funzione parlamentare, e viceversa, significherebbe attribuire al Presidente della Camera un potere assoluto incidente su una prerogativa – quella della insindacabilità – che, benché indirizzata a rafforzare lo statuto dell'organo parlamentare, si riferisce pur sempre alla libertà di espressione di ogni singolo membro delle Camere"¹⁹⁸. Questo esplicito riferimento alla tutela del singolo membro certamente è una parziale rivisitazione di quella tradizionale posizione fin allora portata avanti secondo la quale la garanzia dell'insindacabilità era preordinata alla tutela dell'autonomia del Parlamento, agendo quella nei confronti del singolo parlamentare, solo di riflesso. Qui, ora, la tutela del singolo è stata accostata a quella complessiva dell'organo e potrebbe essere, anche alla luce di quanto stabilito dall'art. 3, comma 1 della legge n. 140 del 2003, l'indicazione di un rafforzamento dei poteri costituzionali riconosciuti al primo, sulla scia peraltro di quanto affermato nella famosa ordinanza [n. 177 del 1998](#)¹⁹⁹.

2.10. Altro tassello fondamentale che viene dal sindacato sulle leggi: la sentenza [n. 120 del 2004](#).

Il 2004 è segnato in maniera significativa dalla pronuncia [n. 120 del 2004](#) con la quale la Corte, sollecitata ben presto dai giudici a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale di gran parte della nuova disciplina legislativa attuativa dell'art. 68, comma 1 Cost., ha offerto una risposta sul piano sostanziale delle innovazioni, mentre su quello procedurale, attinente la c.d. pregiudizialità parlamentare, ha evitato di pronunciarsi ritenendo il profilo inammissibile²⁰⁰.

¹⁹⁶ Fondamentale è il passaggio in cui la Corte dice "occorre dunque, caso per caso, valutare il contenuto dell'atto e le ragioni della sua mancata ammissione", p. 4 del *Considerato in diritto*.

¹⁹⁷ In questo senso, cfr. T.F. GIUPPONI, *ult. cit.*, 3885 che ha visto, nelle argomentazioni della Corte, la possibilità che tale controllo non sia solo finalizzato all'applicazione della prerogativa dell'insindacabilità parlamentare, ma possa anche assumere le vesti di un controllo "generalizzato delle decisioni assunte dalla Presidenza". Si veda anche Ivi, 3889-90.

¹⁹⁸ Corte cost., sent. [n. 379 del 2003](#), p. 3 del Diritto.

¹⁹⁹ Ancora, T.F. GIUPPONI, *ult. cit.*, 3887.

²⁰⁰ Secondo la Corte, "il giudice rimettente, sollevando il dubbio di compatibilità della disciplina del comma 1 del predetto art. 3 con i parametri costituzionali evocati, afferma la rilevanza anche degli altri commi citati, che contengono norme procedurali, ma non fornisce motivazioni in ordine all'applicabilità in quella fase del giudizio delle suddette norme, che invece riguardano fasi processuali ulteriori", p. 3 del *Considerato in diritto*. Critico sul punto è T.F. GIUPPONI, *La Corte rimanda (per ora) il giudizio sulla «pregiudizialità» parlamentare e ritorna sul regime costituzionale delle immunità*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 1 giugno 2004, secondo il quale "non si capisce, infatti, in che modo le norme impugnate possano riguardare «fasi ulteriori» del giudizio, essendo strettamente connaturate all'eventualità che il

La Corte, con una scelta e una tecnica decisoria ponderate e molto attente al delicato equilibrio tra i poteri²⁰¹, ha salvato l'art. 3 comma 1 della legge n. 140 del 2003 ritenendo che lo stesso, lungi dall'innovare, ampliando o restringendo "arbitrariamente" la portata della disposizione costituzionale, si sia invero limitato "a rendere esplicito il contenuto della disposizione stessa, specificando, ai fini della immediata applicazione dell'art. 68, primo comma, gli "atti di funzione" tipici, nonché quelli che, pur non tipici, debbono comunque essere connessi alla funzione parlamentare, a prescindere da ogni criterio di "localizzazione", in concordanza, del resto, con le indicazioni ricavabili al riguardo dalla giurisprudenza costituzionale in materia"²⁰². A una simile conclusione il Giudice delle leggi è pervenuto avendo appurato che le attività analiticamente indicate – che costituiscono comunque un'ulteriore forma di specificazione, rispetto a quella dei decreti-legge del 1996, ai fini della loro riconduzione nella sfera di applicabilità processuale dell'art. 68, primo comma, pur non necessariamente essendo esaustive del concetto di funzione parlamentare - non fuoriescono dal campo materiale della disposizione costituzionale dal momento che il legislatore stabilisce espressamente che esse "debbono comunque, anche se espletate fuori del Parlamento, essere connesse con l'esercizio della funzione propria dei membri del Parlamento"²⁰³.

La dottrina più attenta non ha potuto non porre in evidenza alcune forzature interpretative cui è dovuta ricorrere la Corte per salvare l'intervento del legislatore: è il caso, ad esempio, della ripetuta necessità di una connessione tra le attività indicate *extra moenia* e la funzione parlamentare pur quando il testo dell'art. 3 comma 1 fa espressamente riferimento alla funzione *di* parlamentare, concetto quest'ultimo ben diverso e più generico del primo, come la stessa Corte aveva precisato nella sentenza [n. 10 del 2000](#), e sintomo eloquente della reale *intentio legis*²⁰⁴; così come il fatto per cui, proprio per riuscire in qualche modo a dare quel significato costituzionalmente conforme, il

giudice procedente non ritenga fondata l'eccezione in giudizio dell'art. 68, primo comma, Cost. da parte del parlamentare. Le alternative offerte, infatti, sono o il proscioglimento del soggetto, *ex art.* 129 c.p.p. o la sospensione del processo e la trasmissione degli atti alla Camera perché si pronunci in merito alla sussistenza della prerogativa in questione. Se, però, il dubbio investe proprio tale previsione, la questione è rilevante non appena il giudice ritenga di non dover prosciogliere il parlamentare, e si ponga quindi il problema della legittimità della c.d. pregiudiziale parlamentare", 2.

²⁰¹ L. PESOLE, *Verso la scomparsa*, cit., 2172, ha messo in risalto la volontà della Corte di non dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 3, comma 1, l. n. 140 proprio per evitare un vero e proprio scontro diretto con il Parlamento: con l'interpretativa di rigetto, la scelta fatta dal legislatore non viene toccata, ma al tempo stesso il significato normativo della disposizione "viene 'piegato' alle esigenze della legalità costituzionale". Sarà, poi, la Corte stessa in sede di conflitto a verificare se la delibera adottata nel caso di specie sia o meno conforme alle indicazioni interpretative contenute nella sentenza. C'è chi ha visto in tale pronuncia, non già e tanto una "solita" "interpretativa di rigetto", quanto una sentenza "di rigetto interpretativa", "mancando nel dispositivo la tipica locuzione «nei sensi di cui in motivazione»" che fa delle stesse delle decisioni interpretative nonostante la statuizione di infondatezza, così F. GIRELLI, *La sentenza n. 120 del 2004 come esempio di mediazione*, in V. Tondi della Mura – M. Carducci – R.G. Rodio (a cura di), *Corte costituzionale*, cit., 506-7.

²⁰² Corte cost., sent. [n. 120 del 2004](#), p. 5 del *Considerato in diritto*. Per i commenti alla pronuncia [n. 120 del 2004](#), cfr. P. RIDOLA, *Le "parole della politica"*, cit.; R. ROMBOLI, *Pregiudizialità parlamentare, effetto inibente della delibera delle Camere e una lettura più morbida del "nesso funzionale" da parte della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2/2004, 1228 ss.; ID., nota su *Foro it.*, 2004, I, 1989 ss.; T.F. GIUPPONI, *La nuova "pregiudizialità" e i confini dell'insindacabilità parlamentare*, in *Quad. cost.*, 3/2004, 602 ss.; F. TERESI, *Il ridimensionamento dell'art. 3, primo comma, della legge n. 140 del 2003 sulla portata della insindacabilità parlamentare in una persuasiva sentenza "adeguatrice" della Corte costituzionale*, in *Nuove Aut.*, 1/2004, 117 ss.; D. GIROTTO, *In margine alla sentenza n. 120 del 2004: una legge "esplicativa" a contenuto costituzionalmente vincolato*, in *Giur. cost.*, 2/2005, 1395 ss.; F. GIRELLI, *La sentenza n. 120 del 2004 come esempio di mediazione*, cit., 504 ss.; A. M. MORONE, *Legge d'attuazione dell'art. 68 co. 1 Cost. e "nesso funzionale" tra opinione manifestata e lavori parlamentari*, in *Leg. pen.*, 3/2004, 527 ss.; T.E. FROSINI, *Sempre necessario un legame con il mandato*, in *Guida al Dir.*, 18, 2004, 84 ss. A. PUGIOTTO, *Un confine tra prerogativa e privilegio*, in *D&G*, 2004, 14 ss. Per i profili più penalistici, cfr. D. CARCANO, *Quale insindacabilità dei parlamentari?* in *Cass. pen.*, 9/2004, 2690 ss.; F. COMPAGNA, *La norma di attuazione dell'insindacabilità parlamentare al vaglio di legittimità costituzionale: un'interpretazione autentica?* *ivi*, 10/2004, 3180 ss. Vedi anche L. PESOLE, *L'insindacabilità parlamentare*, cit., in part. 96 ss.; C. MARTINELLI, *L'insindacabilità parlamentare*, cit., 122 ss.

²⁰³ Corte cost., sent. [n. 120 del 2004](#), p. 5 del *Considerato in diritto*.

²⁰⁴ Si vedano le osservazioni di G. AZZARITI, *Politica e processi*, cit., 855-56; A. PUGIOTTO, *Un confine*, cit.

Giudice delle leggi abbia condotto un sindacato molto astratto di costituzionalità, come se la stessa norma non avesse avuto sin ad allora una suo vissuto giurisprudenziale, circostanza, come peraltro visto sin qui, per nulla rispondente alla realtà²⁰⁵.

Ma quel che più conta è che proprio nella prospettiva di individuare la sede privilegiata in cui sbrogliare la matassa in tema di insindacabilità dei parlamentari, la Corte abbia decisamente optato per il conflitto tra poteri in luogo del giudizio incidentale: quest'ultimo imporrebbe di tracciare in positivo, «una volta per tutte ed in modo esaustivo», l'ambito materiale di applicazione dell'art. 68, 1° comma, della Costituzione, operazione quasi impossibile; meglio affidarsi alla logica più casistica, maggiormente aderente alle virtualità del caso concreto, ispirata sì a schemi collaudati ma richiedenti sempre e comunque opportune messe a punto: la logica, in fondo, propria e tipica del conflitto tra poteri²⁰⁶.

Una scelta che inevitabilmente ha rafforzato il ruolo stesso della Corte nella soluzione dei contrasti tra potere politico e potere giurisdizionale e che le ha consentito di poter consolidare la propria giurisprudenza, costruita in sede di conflitti, attorno al nesso funzionale²⁰⁷.

Certo è che leggendo (e rileggendo anche a distanza di anni) la pronuncia n. [120](#) se ne ricava tuttora un'impressione di sentenza davvero complessa, come dimostra peraltro la circostanza, non frequentissima, di essere stata redatta a quattro mani²⁰⁸, in cui più che far prevalere un interesse sugli altri, si è cercata a tutti i costi una mediazione (quasi impossibile²⁰⁹), e in cui elemento non marginale è il fatto che nell'ambito di un giudizio in via incidentale, viene salvata una norma offrendone un'interpretazione conforme secondo un canone elaborato nell'ambito dei giudizi per conflitti di

²⁰⁵ *Ibidem*.

²⁰⁶ Nella giurisprudenza costituzionale non mancano, in relazione ai conflitti di attribuzione cui dà luogo l'art. 68, primo comma, indirizzi che esprimono la tensione incessante verso la razionalizzazione di moduli di giudizio atti a garantire stabilità di valutazioni in ordine alla garanzia in oggetto, ma nessuno di essi può dirsi, in ragione dell'inscindibile legame tra conflitto e singola fattispecie, espressivo di una *ratio decidendi* così piena ed esauriente da potere essere prolungata fino alle sue estreme conseguenze, così da definire per suo tramite, in positivo, l'intero contenuto precettivo dell'art. 68, primo comma, e delle contrapposte istanze in esso rappresentate. È vana, insomma, la pretesa di cristallizzare una regola di composizione del conflitto tra principi costituzionali che assumono configurazioni di volta in volta diverse e richiedono soluzioni non riducibili nei rigidi limiti di uno schema preliminare di giudizio.

²⁰⁷ Lo rileva, in sede di commento di decisione di poco successiva, L. ELIA, *Continuità giurisprudenziale in tema di insindacabilità parlamentare*, in *Giur. cost.*, 6/2004, 3888 ss., pur sottolineando come vi siano posizioni dottrinarie che, soprattutto ponendo l'accento sul fatto che la Corte, con la [120 del 2004](#), abbia di fatto salvato una disciplina che comunque arieggiava un ampliamento del fronte della funzione parlamentare, hanno ritenuto la pronuncia del 2004 una soluzione di continuità rispetto alla giurisprudenza inaugurata con le nn. [10](#) e [11](#) del 2000 (il riferimento è per tutti a R. ROMBOLI, *Pregiudizialità parlamentare*, cit., 1237). Quanto al ruolo centrale del nesso funzionale, cfr. ancora Corte cost., sent. n. [120 del 2004](#), p. 5 del *Considerato in diritto*, dove viene individuata “la vera costante di tutte le decisioni di merito sui conflitti: non qualsiasi opinione espressa dai membri delle Camere è sottratta alla responsabilità giuridica, ma soltanto le opinioni espresse “nell'esercizio delle funzioni”. Nonostante le evoluzioni subite, nel tempo, nella giurisprudenza di questa Corte, è enucleabile un principio, che è possibile oggi individuare come limite estremo della prerogativa dell'insindacabilità, e con ciò stesso delle virtualità interpretative astrattamente ascrivibili all'art. 68: questa non può mai trasformarsi in un privilegio personale, quale sarebbe un'immunità dalla giurisdizione conseguente alla mera “qualità” di parlamentare. Per tale ragione l'itinerario della giurisprudenza della Corte si è sviluppato attorno alla nozione del c.d. “nesso funzionale”, che solo consente di discernere le opinioni del parlamentare riconducibili alla libera manifestazione del pensiero, garantita a ogni cittadino nei limiti generali della libertà di espressione, da quelle che riguardano l'esercizio della funzione parlamentare”.

²⁰⁸ A. PUGIOTTO, *ult. cit.*

²⁰⁹ R. ROMBOLI, *Pregiudizialità*, cit., 1237, per il quale tale soluzione è possibile perché la Corte ha offerto una mediazione, “una interpretazione «media», attraverso una pur non confessata, modificazione della posizione assunta in precedenza (...) nel senso di un «ampiamiento» della funzione parlamentare e un «restringimento» di analoghe porzioni delle potenzialità applicative che la lettera dell'art. 3, comma 1, l. n. 140 del 2003 avrebbe potuto consentire, secondo le intenzioni del legislatore”.

attribuzione, ovvero proprio quello del “nesso funzionale”, in una commistione di giudizi che esalta il ruolo di arbitro tra i conflitti della Corte²¹⁰.

2.11. *La giurisprudenza successiva alla [120 del 2004](#), ancora nel segno della continuità.*

Nella giurisprudenza che segue la pronuncia [n. 120 del 2004](#) non sembrano rintracciabili particolari scossoni, anzi, come poco fa anticipato, il modello tende a consolidarsi²¹¹.

Poco attenzionata, eppur di un certo interesse²¹², è stata già la prima decisione successiva, ovvero la sentenza [n. 246 del 2004](#) - il cui redattore, il Prof. Carlo Mezzanotte, è stato, non a caso, uno dei due della [n. 120](#) - con la quale la Corte, oltre a specificare come all'interno di più dichiarazioni sia ben possibile scorporarne alcune qualora esprimano un significato autonomo²¹³, ha ritenuto non sussistente il nesso funzionale tra alcune dichiarazioni del deputato Filippo Mancuso, rese in un convegno di partito e divulgate poi da varie agenzie di stampa, ritenute diffamatorie nei confronti del magistrato Caselli, all'epoca Procuratore di Palermo, in quanto, applicando in maniera rigida lo schema partorito con le sentenze nn. [10](#) e [11](#) del 2000, non ha rintracciato alcuna precedente attività parlamentare tipica nella quale individuare quella corrispondenza di significato notoriamente costitutiva del nesso funzionale. Il profilo interessante sta nel fatto che mentre in precedenti sentenze la stessa Corte era arrivata a giudicare da vicino le espressioni, giungendo a disconoscere la natura di opinioni nei confronti di quelle, comunque, consistenti in insulti etc., qui, pur in presenza di dichiarazioni palesemente diffamatorie, per escludere la riconducibilità nell'alveo della garanzia *ex art. 68, comma 1 Cost.*, si sia trincerata nell'applicazione meccanica della teoria del nesso funzionale²¹⁴.

Le dinamiche sottese alla sentenza [n. 298 del 2004](#), invece, sono un po' più complesse. La Corte ha dovuto risolvere un altro conflitto originato dal medesimo contesto in cui era sorto il conflitto poi risolto con la sentenza [n. 219 del 2003](#): si tratta delle dichiarazioni rese, e divulgate a mezzo stampa, con le quali nel corso di una conferenza stampa, alcuni deputati di Forza Italia, tutti componenti della Commissione parlamentare antimafia, manifestavano la intenzione del gruppo parlamentare di disertare un convegno, organizzato dalla stessa Commissione di inchiesta, a cui avrebbe partecipato il Procuratore di Palermo, in ragione dei metodi di indagine, ritenuti politicizzati, di quest'ultimo, e che hanno portato i suddetti parlamentari a esprimersi con affermazioni ritenute diffamatorie. Come visto in precedenza, il primo conflitto, quello avente ad oggetto le dichiarazioni del senatore Roberto Centaro, capogruppo di Forza Italia in seno alla Commissione, fu risolto in favore dell'organo parlamentare in quanto la lettera inviata in precedenza dal senatore al Presidente della Commissione stessa, il cui contenuto era poi stato divulgato nelle dichiarazioni rese *extramoenia*, era stata ritenuta a tutti gli effetti atto parlamentare tipico. Nel caso risolto con la sentenza [n. 298 del 2004](#), le attività

²¹⁰ Ancora F. GIRELLI, *ult. cit.*, 507-8 acutamente osserva come in realtà il vero interlocutore della Corte in questo caso non siano stati i giudici ma il Parlamento stesso, al quale la Corte ha indicato “le modalità di corretta gestione della prerogativa, quasi indossasse le vesti del Giudice dei conflitti anziché quelle proprie del Giudice delle leggi”. L'A. richiama più volte, sullo specifico punto del ruolo della Corte, M. RUOTOLO, *Corte, giustizia*, cit., *passim*.

²¹¹ L. PESOLE, *Verso la scomparsa*, cit., 2179, non ritiene corretto parlare di una nuova fase inaugurata dalla sentenza n. [120](#), quanto piuttosto di un rafforzamento del rigore intrapreso a partire dal 2000.

²¹² In sede di commento della successiva Corte cost., sent. [n. 347 del 2004](#), L. ELIA, *Continuità giurisprudenziale*, cit., 3890, ha notato come la sentenza n. [246](#), emessa in “tempo quasi feriale (fine luglio 2004), ricevette poca attenzione e forse qualcuno pensò che si trattasse di un residuo della precedente maniera”.

²¹³ Sent. [n. 246 del 2004](#), p. 3 del *Considerato in diritto*: “in una pluralità di dichiarazioni rese in un unico contesto è possibile individuare espressioni che, in quanto provviste di autonomo significato, sono separatamente valutabili ai fini dell'accertamento della sussistenza del nesso funzionale tra opinioni espresse *extra moenia* ed attività parlamentare”.

²¹⁴ Sul punto, cfr. T.F. GIUPPONI, *Le oscillazioni della Corte in materia di insindacabilità, tra formalismo argomentativo e ragioni di “giustizia”*. Osservazione a margine di Corte cost., sentt. nn. [246](#) e [298 del 2004](#), in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 2004, I. Vedi nota Corte cost., sent. [n. 246 del 2004](#), in *Il Foro it.*, 2004, I, 2948 ss.

poste in essere in precedenza dai due deputati (Filippo Mancuso e Tiziana Maiolo) sono state “lievemente” diverse: mentre per il primo si è trattato, al pari di quanto fatto dal senatore Centaro, di una lettera indirizzata al Presidente della Commissione antimafia, per la seconda la lettera – poi sostanzialmente “riprodotta” - era stata indirizzata al capogruppo del partito. Se non ha posto particolari problemi, quantomeno per un discorso di coerenza con un precedente, il riconoscimento del nesso funzionale, e dunque l’operatività dell’insindacabilità per le opinioni del deputato Mancuso, non lo stesso può dirsi per le opinioni della deputata Maiolo, che, infatti, ha usufruito di una sorta di applicazione “analogica” della garanzia dell’insindacabilità che ha posto qualche interrogativo²¹⁵. In particolare, persino la dottrina più favorevole ad una interpretazione ampia della funzione parlamentare, ha mostrato non poche riserve verso un indiscriminato allargamento del nesso funzionale anche a qualsiasi attività compiuta dal parlamentare all’*interno* del gruppo, e cioè non distinguendo quella direttamente funzionale ai procedimenti deliberativi delle Camere, per i quali non può negarsi la qualifica di attività parlamentare, da quella, invece, espressiva di mere dinamiche e prese di posizione interne al gruppo stesso²¹⁶. Anche perché, se si evita questa accurata distinzione, si corre il rischio di privilegiare nel contesto del pluralismo politico quelle forze che trovano espressione nei gruppi parlamentari²¹⁷.

Nel giro di qualche mese la Corte ha depositato due pronunce, le nn. [347](#) e [348](#), che insieme hanno posto diversi punti fermi su alcuni aspetti sin ad allora rimasti velati da una qualche incertezza: notevoli, infatti, sono gli spunti di interesse forniti dalla sentenze redatte entrambe dal Giudice Franco Bile, sia sul piano sostanziale che processuale, e che hanno registrato un *surplus* di risalto politico-istituzionale dal momento che, oltre a riguardare fatti giudiziari particolarmente spinosi, hanno coinvolto l’allora Presidente del Senato, Marcello Pera, per opinioni espresse in epoca anteriore alla elezione e, quindi, in qualità di semplice senatore²¹⁸.

In particolare, la Corte ha fornito una risposta definitiva relativamente alla possibilità di considerare come attività parlamentare utile ai fini della costruzione del nesso funzionale quella svolta dallo stesso parlamentare ma successivamente a quella *extramoenia*²¹⁹, e oggetto di contestazione, ovvero quella svolta da altro membro del Parlamento.

Per quel che concerne la prima, a fronte di una tesi difensiva del Senato che, argomentando *a contrario* la tesi della irrilevanza degli atti parlamentari “di molto successivi” sostenuta nella sentenza [n. 246 del 2004](#), aveva provato a far considerare utili quelli successivi, ma “di poco”, la Corte ha

²¹⁵ Vedi ancora T.F. GIUPPONI, *Le oscillazioni*, cit., I. Più diffusamente P. RIDOLA, *Gruppi parlamentari, attività delle Camere, pluralismo politico*, in *Giur. cost.*, 5/2004, 3167 ss.

²¹⁶ P. RIDOLA, *ult. cit.*, 3170, che su questo presupposto prosegue: “sembra difficile porre sullo stesso piano, ai fini della valutazione dell’insindacabilità, le opinioni espresse dal deputato in assemblee o riunioni di gruppo nelle quali si decide al linea da tenere durante i lavori parlamentari, le quali hanno un legame funzionale con lo svolgimento delle funzioni parlamentari e con la formazione della volontà delle assemblee o degli organi delle camere, e quelle che (...) si collocano nell’ambito di quelle attività attraverso le quali il gruppo organizza la sua presenza nella società civile: opinioni, pertanto, che sembrano caratterizzate da un nesso funzionale diretto con l’attività del gruppo e che sono suscettibili di influenzare solo in via molto mediata la formazione della volontà della camera”.

²¹⁷ P. RIDOLA, *ult. cit.*, 3171, “proprio la qualificazione del gruppo come «riflesso istituzionale» del pluralismo politico sembra non lasciare margini a un trattamento privilegiato delle opinioni espresse nell’ambito delle attività del gruppo parlamentare, allorché queste siano proiettate non già verso la formazione della volontà delle assemblee, ma sul versante del rapporto con gli altri soggetti del pluralismo e con le altre espressioni della partecipazione politica, un terreno sul quale deve ritenersi prevalente la «grande regola» del confronto libero e paritario delle opinioni”.

²¹⁸ Il conflitto è stato sollevato dal Tribunale di Roma nel corso del procedimento penale a carico del senatore Marcello Pera, per il reato di diffamazione aggravata in danno dei magistrati dottori Giancarlo Caselli, Vittorio Teresi e Antonio Ingroia, a seguito di un articolo dallo stesso pubblicato su un quotidiano nel quale denunciava rapporti poco “ortodossi” tra i Pm palermitani e le forze dell’ordine che sarebbero stati all’origine di alcuni procedimenti ai danni di rappresentanti di queste ultime (caso Contrada), una volta intervenuta la delibera di insindacabilità approvata dal Senato.

²¹⁹ L’unico atto tipico il cui contenuto era riconosciuto anche dal Tribunale ricorrente come “sostanzialmente coincidente” con le opinioni espresse nell’articolo del senatore Pera, era l’interpellanza da questi presentata a proposito di un’indagine svolta dal generale Mori nel 1991 sugli appalti pubblici in Sicilia, conclusa con la consegna di un’informativa alla Procura di Palermo, che però era successiva di quasi un mese alla pubblicazione dell’articolo.

mantenuto con fermezza il punto sulla necessità di atti precedenti o contestuali, di cui le opinioni rese *extramoenia* devono essere riprodotte e divulgative, e come tali cronologicamente successive²²⁰.

Quanto alla seconda, la necessità di guardare e considerare solo l'attività (intra e extramoenia) del parlamentare le cui opinioni sono oggetto di contestazione, è il frutto di una combinazione di argomenti nella quale la riferibilità soggettiva della responsabilità (quale regola in quella civile e amministrativa e principio indefettibile in quella penale), criterio la cui applicazione in questo ambito è stato criticato da parte della dottrina²²¹, viene a trovare una specifica ed ulteriore declinazione, per così dire "costituzionale": se la garanzia *ex art. 68*, comma 1 Cost. è funzionale alla tutela dell'organo parlamentare (tesi ripresa e ribadita), lo è per il tramite *del* (singolo) parlamentare, come testimonia anche il dato letterale dell'art. 3, comma 1 della legge n. 140 del 2003 che, facendo espresso riferimento alla "funzione di parlamentare" ha voluto proprio evidenziare la necessità del percorso personale di attivazione della insindacabilità. Senza dimenticare, infine, che ammettere una tesi diversa, e quindi parametrare le opinioni espresse da un parlamentare alle attività compiute anche da altri, significherebbe implicitamente accogliere l'idea, come noto fin ad allora sempre rigettata, per cui ai fini dell'insindacabilità di un'opinione espressa *extramoenia* fosse sufficiente individuare un rapporto di semplice comunanza di argomento o di riferimento a un medesimo contesto politico, con l'attività parlamentare tipica²²².

Non sono mancati, anche poco dopo, segnali di un qualche ripensamento rispetto a questa definitività: già nella [sentenza n. 164 del 2005](#), una volta non riscontrato il nesso funzionale tra attività *extra* e *intra moenia* del parlamentare, le attività tipiche di altri parlamentari, che ben avrebbero potuto essere comunque ignorate sulla scia di quanto affermato nel precedente della [n. 347](#), sono state, invece, comunque prese in considerazione: la loro non utilizzabilità è derivata dal fatto che anche per esse non si è riscontrato alcun riferimento specifico alla vicenda oggetto delle dichiarazioni rese *extra moenia* dal parlamentare "*sub iudice*", con l'aggiunta di quel significativo "anche a prescindere dalla recente decisione con cui questa Corte ne ha affermato l'irrelevanza (sent. [n. 347 del 2004](#))", quasi a voler far intendere che, qualora un riferimento vi fosse stato, la soluzione adottata dalla Corte avrebbe potuta essere diversa²²³. Ancor più interessante è, grazie soprattutto al tentativo di sollecitare un *revirement* della Corte portato avanti dalla difesa della Camera, la successiva sentenza [n. 193 del 2005](#), nella quale la Corte, per la prima volta, è stata messa di fronte alla questione relativa alla possibilità di considerare, quale attività tipica utile ai fini del riscontro del nesso funzionale, non già l'attività di (tutti gli) altri parlamentari, bensì di quelli appartenenti allo stesso gruppo di cui è parte il parlamentare le cui dichiarazioni *extra* sono contestate, in ragione di una

²²⁰ La Corte, in riferimento a quanto stabilito nella precedente sent. [n. 246 del 2004](#), rigetta la tesi del Senato affermando che "la sentenza non ha affatto operato una tale distinzione diacronica: essa ha ritenuto irrilevanti quelle interrogazioni perché si trattava di «atti successivi», aggiungendo «e di molto» in chiave evidentemente rafforzativa, così nella sostanza negando la rilevanza, ai fini della garanzia di insindacabilità, di eventuali collegamenti fra dichiarazioni rese fuori del Parlamento ed atti parlamentari posteriori", p. 4 del *Considerato in diritto*.

²²¹ Si fa riferimento a N. ZANON, *Quei limiti alla libertà di critica*, in *Il Sole 24 Ore del 23 novembre 2004*, per il quale qui vi sarebbe un vero e proprio "vizio logico", dal momento che "un conto è il regime della responsabilità, un altro quello della esenzione da responsabilità". Vedi, sulla stessa linea I. NICOTRA, *La sentenza sul «caso» Pera: una rigorosa giurisprudenza che richiede la correlazione soggettiva per l'estensione dell'insindacabilità*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 2004, 2. Contra, L. ELIA, *Continuità*, cit., 3891, per il quale "non è difficile rispondere che la connessione dell'attività protetta con la funzione parlamentare comporta che la garanzia si riferisce a ciascun componente delle camere, sicché il carattere personale (anche per la responsabilità civile) riguarda sia il regime della responsabilità che quello della esenzione da responsabilità, presupponendo il carattere soggettivo delle condizioni che consentono alla garanzia di funzionare dentro e fuori le Camere".

²²² Cfr. Corte cost., sent. [n. 347 del 2004](#), p. 5 del *Considerato in diritto*.

²²³ Vedi N. ZANON, *L'insindacabilità «di gruppo» e le oscillazioni della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 3/2005, 1717-18, per il quale "quel che conta (...) per accertare la sussistenza o meno del nesso funzionale è la sostanziale coincidenza di contenuti delle due dichiarazioni (quella intra e quella *extra moenia*), mentre la questione della paternità dell'atto funzionale tipico riprodotto all'esterno dal parlamentare sembra respinta sullo sfondo".

teoria, che “tocca l’essenza stessa della rappresentanza politico-parlamentare”²²⁴, per la quale tra (singolo) parlamentare e gruppo di appartenenza esisterebbe un rapporto “più intenso” rispetto a quello individuabile con tutti gli *altri* parlamentari²²⁵. Teoria che, unitamente a quella che vuole considerare altresì le attività di tutti gli altri parlamentari, trova agio sul fatto, più volte ribadito dalla stessa Corte, per cui la garanzia *ex art.* 68, comma 1, Cost. più che a tutela del singolo è diretta a preservare l’autonomia dell’intero Parlamento.

Ancora una volta, la Corte ha trovato la *sua* via di fuga per non pronunciarsi sullo specifico punto, ritenendo preliminare la considerazione, valevole sia per le attività *intra moenia* di altri parlamentari che di parlamentari dello stesso gruppo di quello in discussione, per cui è la sostanziale corrispondenza di contenuti – ancora nel caso di specie mancante - il discrimine per il riconoscimento del nesso funzionale. Eppure, il fatto che le attività degli *altri* siano stati comunque oggetto di sindacato è stato individuato come un (primo) passo verso quel *revirement* auspicato dalla dottrina e declinato in favore delle attività di tutti gli altri parlamentari e non limitate a quelle dei membri dello stesso gruppo, onde evitare peraltro illogiche discriminazioni²²⁶.

Nel corso dello stesso anno meritano una menzione in tema di conflitti *ex art.* 68, comma 1 Cost. altre due pronunce, la [176](#) e la [223](#).

La prima, pur in perfetta continuità con altre per quel che concerne la sussistenza del nesso funzionale, è interessante perché coinvolge un senatore a vita e tale circostanza, soprattutto per la tesi proposta dalla difesa del Senato, attribuisce alla pronuncia una “patina” di originalità²²⁷, per di più per fatti giudiziari particolarmente rilevanti nella vita politico-istituzionale del nostro Paese²²⁸. La

²²⁴ N. ZANON, *ult. cit.*, 1718.

²²⁵ Si veda la ricostruzione della tesi della Camera nel p. 2.4 del *Considerato in diritto*: “La difesa della Camera, nel mentre sollecita una revisione in termini generali dell’indirizzo espresso dalla sentenza [n. 347 del 2004](#) (cfr. anche la sentenza [n. 164 del 2005](#)) fondandosi sul sindacato cui sarebbero indirettamente sottoposti atti tipici della funzione parlamentare sol perché esternati *extra moenia* da altro parlamentare, osserva che questa Corte non ha mai avuto occasione di pronunciarsi sul caso (costituente una *species* dell’altro) del parlamentare che esterni l’oggetto di atto tipico di altro membro del suo gruppo. Questa Corte ha già avuto modo, qualificando atto parlamentare la missiva indirizzata al proprio capo-gruppo da un parlamentare, di ravvisare nei gruppi parlamentari “il riflesso istituzionale del pluralismo politico” (sentenza [n. 298 del 2004](#)): tanto premesso, la difesa della Camera sostiene che, coerentemente, la Corte dovrebbe dedurne che, come nell’ambito dell’attività istituzionale *intra moenia* l’appartenenza al medesimo gruppo consente perfino la fungibilità tra i membri del gruppo stesso in quanto contribuiscono tutti all’azione politico-istituzionale comune, così il membro del gruppo che esterni *extra moenia* quanto altro membro ha espresso nel recinto parlamentare lo farebbe – sulla base di un rapporto più intenso di quello con un qualsiasi altro parlamentare – relativamente ad atti tipici nei quali si esprime un’azione politico-istituzionale che è del gruppo, e che, quindi, è anche sua propria”. In dottrina, tra i più recentemente, cfr. E. GIANFRANCESCO, *Doppiare Capo Horn: I gruppi consiliari (e parlamentari) tra diritto e politica*, in *Rass. parlam.*, 3/2014, 597 ss.; G. AZZARITI, *Il rapporto partito-eletto : per un’interpretazione evolutiva dell’art. 67 della costituzione*, in *Pol. dir.*, 3/2013, 275 ss.; E. BETTINELLI, *L’irriducibile ambiguità dei gruppi parlamentari (in un sistema politico precario)*, in *Il Politico*, 2/2013, 22 ss.; R. BIN, *Rappresentanza e Parlamento: i gruppi parlamentari e i partiti*, in S. Merlini (a cura di), *La democrazia dei partiti e la democrazia nei partiti*, Passigli, Firenze 2009, 253 ss.; N. LUPO, *I gruppi parlamentari nel parlamentarismo maggioritario*, in *Dem. dir.*, 3-4/2009, 83 ss.; A. CIANCIO, ^[1]^[2]^[3]*L’esercizio del mandato parlamentare nella disciplina sui gruppi tra normativa vigente ed esigenze di riforma*, in *Annali del Seminario giuridico dell’Università di Catania*, 9/2009, 29 ss.; ID., *I gruppi parlamentari: studio intorno a una manifestazione del pluralismo politico*, Giuffrè, Milano, 2008; S. Merlini (a cura di), *Rappresentanza politica, gruppi parlamentari, partiti. I-II*, Giappichelli, Torino 2001-2004.

²²⁶ N. ZANON, *ult. cit.*, 1719-20.

²²⁷ Così P. VERONESI, *Onorevole stia zitto: le opinioni di Andreotti. Per l’insindacabilità è richiesto un nesso funzionale rigoroso*, in *D&G.*, 21/2005, 87.

²²⁸ La vicenda, infatti, è un corollario del processo per associazione mafiosa nei confronti del senatore Giulio Andreotti: in particolare, a seguito di una deposizione testimoniale resa dal magistrato Almerighi davanti al Tribunale di Palermo, il senatore Andreotti aveva compiuto una serie di dichiarazioni – diffuse da alcuni quotidiani e da alcune televisioni in data 25, 26 ottobre e 4 novembre 1999 – in conseguenza delle quali era stato querelato dal magistrato Almerighi. Instauratosi il relativo procedimento penale per diffamazione aggravata, era intervenuta la delibera del Senato con la quale si è affermato che le opinioni espresse dal senatore Giulio Andreotti nei confronti del magistrato Mario Almerighi costituivano opinioni espresse da un membro del Parlamento nell’esercizio delle sue funzioni e, pertanto, erano insindacabili alla luce dell’art. 68, primo comma, della Costituzione.

Corte ha negato la sussistenza del nesso funzionale non solo perché l'attività tipica richiamata non possedeva quella sostanziale corrispondenza di contenuti con le dichiarazioni successive *extra moenia* (ritenute) divulgative, ma anche in ragione di una distanza temporale tale (oltre sei anni precedenti) da escludere *a priori* quella contestualità più volte ribadita dalla stessa Corte. Ma, ciò che più conta, la Corte ha rigettato la tesi della difesa dell'organo parlamentare che aveva provato a ricoprire i senatori a vita, in ragione della loro diversa investitura, con una garanzia *ex art. 68*, comma 1 più ampia di quella valida per i senatori eletti. Una siffatta diversa disciplina, oltre a non trovare alcun appiglio testuale, non ha ragion d'essere alla stregua della parificazione tra senatori eletti e senatori a vita che prescinde dalla differente fonte di legittimazione²²⁹.

Quanto alla successiva pronuncia [n. 223](#), essa si distingue rispetto alle altre perché ha di fatto individuato una sorta di presunzione di insindacabilità di alcune opinioni (rispetto a tutte le altre) fondata su di un rapporto speciale e qualificante che si instaurerebbe tra due distinte forme di tutela immunitaria, quella *ex art. 68* comma 1 e quella *ex art. 68*, comma 2 Cost²³⁰. Il caso, infatti, aveva ad oggetto le dichiarazioni – ritenute diffamatorie e come tali all'origine di un procedimento penale – con le quali il Senatore Marcello Dell'Utri aveva apostrofato l'azione di alcuni magistrati che, nel corso di alcuni procedimenti a suo carico, avevano avanzato alla Camera di appartenenza richiesta di autorizzazione alla custodia cautelare *ex art. 68*, comma 2, Cost. Ebbene, la Corte, rispetto a questa particolare fattispecie, ha invertito i termini delle sue argomentazioni, e ciò che ha rappresentato il criterio guida nella tradizionale giurisprudenza, quello della sostanziale corrispondenza tra attività, diviene qui elemento *ad adiuvandum*, una sorta di copertura e “protezione” *ex post* di ciò che ha rappresentato il vero criterio di applicabilità della garanzia *ex art. 68*, comma 1, Cost., ovvero quella relazione per certi versi unica sussistente tra procedimento parlamentare *ex art. 68*, comma 2 Cost. e opinioni da questo scaturenti (e ad esso riferite) tale per cui il primo è capace di colorare con l'insindacabilità le seconde²³¹.

In dottrina non s'è mancato di sottolineare come questa sorta di insindacabilità “privilegiata” ponga diversi interrogativi, sia per quel che concerne la capacità qualificatoria di procedimenti

²²⁹ Sul tema dei senatori a vita, cfr. V. DI CIOLO, *I senatori a vita nella Costituzione italiana (la verifica dei poteri)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2/1968, 551 ss.; F. MODUGNO, *Numerus clausus dei senatori a vita*, in *Parlamento*, 11-12/1984, 8 ss.; G. D'ORAZIO, *Il numero dei senatori a vita nell'interpretazione del Capo dello Stato*, in *Quad. cost.*, 1/1985, 131 ss.; E. MALFATTI, *Natura e controlli dei decreti presidenziali di nomina dei senatori a vita*, in *Foro it.*, 1994, I, 3175 ss.; più rec., G. SALERNO, *I senatori a vita, la doppia maggioranza e il ruolo del Presidente della Repubblica*, in [Federalismi.it](#), 5/2007; F. PATERNITI, *Senatori a vita: i progetti di riforma presentati in Parlamento e la necessità di rivedere l'istituto*, in *Rass. parlam.*, 4/2007, 959 ss.; B. PEZZINI, *Il voto dei senatori a vita, la rappresentanza politica e le contraddizioni del governare*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 2007; C. FUSARO, *I senatori a vita devono votare la fiducia*, *ivi*, 2006; C. PETTINARI, *Note minime sulla figura e sulle funzioni dei senatori non elettivi nell'ordinamento repubblicano*, in *Rass. parlam.*, 4/2006, 987 ss.

²³⁰ Critico sul punto T.F. GIUPPONI, *Il “caso Dell'Utri” davanti alla Corte costituzionale: verso nuove forme di “insindacabilità indiretta” e “privilegiata”?* in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 31 ottobre 2005, 3.

²³¹ La peculiare disciplina del procedimento *ex art. 68*, comma 2, Cost. “connota incisivamente il procedimento parlamentare in esame, specie per quanto concerne la sua apertura (determinata non da una libera scelta della Camera o del Senato, ma dall'iniziativa di un organo appartenente ad altro potere dello Stato) ed il suo svolgimento (rigidamente scandito da termini ristretti e tassativi, in vista della sua obbligatoria conclusione con una proposta da sottoporre all'Assemblea). Questi specifici caratteri necessariamente si riverberano sulle dichiarazioni che, mentre è in corso il procedimento, il deputato o senatore destinatario della misura cautelare da autorizzare eventualmente renda a proposito di essa, all'esterno della sede del Parlamento, prima di essere ascoltato dalla Giunta (o di avere altrimenti esercitato al riguardo le sue funzioni parlamentari), per sostenere che la richiesta del giudice non può essere accolta, essendo ispirata da intento persecutorio. Dichiarazioni del genere, infatti, risultano collegate alla pendenza di quel procedimento parlamentare – e a quanto l'interessato potrà dire in Parlamento – sì da restarne in tal senso qualificate. Esse quindi devono ritenersi per ciò solo coperte dalla garanzia di insindacabilità prevista dal primo comma dell'art. 68 della Costituzione, a differenza delle altre dichiarazioni rese *extra moenia* da parlamentari al di fuori di una puntuale relazione con il procedimento di cui al secondo comma dello stesso articolo, che di tale garanzia possono fruire solo ove ricorrano gli ulteriori requisiti elaborati dalla giurisprudenza di questa Corte”, così Corte cost., sent. [n. 223 del 2005](#), p. 2 del *Considerato in diritto*.

parlamentari particolari che non si esauriscono in quelli *ex art. 68*, comma 2, Cost., sia per la sovrapposizione di piani – quello della insindacabilità e quello della inviolabilità dei parlamentari che, in virtù della loro finalità, sostanziale-funzionale l’una e processuale-generale l’altra, dovrebbero comunque rimanere distinti²³².

2.12. La questione controversa circa l’insindacabilità di gruppo.

La configurabilità di una “insindacabilità di gruppo”, come visto non affrontata in maniera diretta, è tornata all’attenzione della Corte nella nota vicenda del vilipendio della bandiera da parte dell’onorevole Umberto Bossi, che ha dato il “la” ad un conflitto tra poteri, risolto con la sentenza n. [249 del 2006](#) che, fra i tanti, si è contraddistinto anche per un altro profilo riguardante più specificatamente il ruolo della Corte stessa.

Sulla rilevanza del “gruppo”, una volta riscontrata da subito l’assenza di precedente attività tipica utile dello stesso parlamentare, la Corte è stata in questo caso più risoluta che altrove²³³: ha infatti negato qualsiasi rilevanza alle attività tipiche svolte da parlamentari *altri* rispetto a quello le cui opinioni sono in discussione, ma appartenenti allo *stesso gruppo* di quest’ultimo, rifiutando l’ulteriore tentativo della difesa della Camera di delineare una fungibilità tra i parlamentari iscritti allo stesso gruppo in ragione della loro comune azione politica tale da produrre effetti “giuridici sostanziali” nel campo delle loro responsabilità civile e penale. Un simile rifiuto si è poggiato sia sulla possibilità, riconosciuta dai regolamenti parlamentari, in coerenza con la previsione *ex art. 67* Cost., per ogni singolo parlamentare di dissentire dalle posizioni espresse dal gruppo, sia su quell’effetto discriminatorio – messo in evidenza dalla dottrina - che si realizzerebbe nel momento in cui qualsiasi altro parlamentare che dovesse condividere le opinioni coperte dalla insindacabilità grazie all’attività di un gruppo, sarebbe escluso dalla prerogativa solo in ragione della non appartenenza a quel gruppo specifico²³⁴.

A questo si unisce un ulteriore elemento di novità, che poi non si ritrova però nella successiva sentenza n. [452 del 2006](#) con la quale la Corte ha risolto un caso analogo, rappresentato dalla circostanza per cui la Corte - una volta risolta in sfavore dell’organo parlamentare la questione in base al tradizionale criterio *procedurale*, ovvero inesistenza di attività tipica del singolo parlamentare e irrilevanza (ora dichiarata in maniera più compiuta) dell’attività del gruppo - ha aggiunto un tassello *sostanziale*, derivante, aspetto molto significativo, da una interpretazione dei regolamenti parlamentari²³⁵: dal momento che questi ultimi vietano l’ingresso nei lavori delle Camere alle espressioni “sconvenienti”, è la Corte stessa a ritenere che il “turpiloquio”, concretizzatosi nelle opinioni oggetto di censura, rientri in quella categoria e, come tale, se non può essere considerato esercizio di funzione parlamentare già *intra moenia*, non lo è, *a fortiori*, quando utilizzato *extramoenia*. L’individuazione di questo criterio sostanziale, per il quale alcune opinioni sono escluse

²³² T.F. GIUPPONI, *ult. cit.*, 3. Vedi anche Corte cost., sent. [n. 13 del 2007](#) che ha risolto, nello stesso modo, altro conflitto sorto da vicende strettamente correlate a quelle oggetto della pronuncia [n. 223](#), riguardanti sempre i procedimenti a carico del parlamentare Marcello Dell’Utri.

²³³ Cfr. in tal senso A. MASARACCHIA, *La Corte risolve il conflitto sul vilipendio al tricolore*, al [sito](#) dell’AIC (28 settembre 2006).

²³⁴ Corte cost., sent. [n. 249 del 2006](#), p. 3.1. del *Considerato in diritto*, ove si legge: se «è vero che le garanzie previste dall’art. 68 Cost. sono poste a tutela delle istituzioni parlamentari nel loro complesso e non si risolvono in privilegi personali dei deputati e dei senatori», tuttavia da ciò non può trarsi la conseguenza che «esista una tale fungibilità tra i parlamentari iscritti allo stesso gruppo da produrre effetti giuridici sostanziali nel campo della loro responsabilità civile e penale per le opinioni espresse al di fuori delle Camere: l’art. 68, primo comma, Cost. non configura una sorta di insindacabilità di gruppo, per cui un atto o intervento parlamentare di un appartenente ad un gruppo fornirebbe copertura costituzionale per tutti gli altri iscritti al gruppo medesimo». Sulla dottrina, cfr. N. ZANON, *ult. cit.*

²³⁵ Insiste e molto sul punto M. MANETTI, *Sindacabilità del turpiloquio (o del vilipendio alla bandiera?) e regolamenti parlamentari*, in *Giur. cost.*, 3/2006, 2526 ss.

dalla insindacabilità a prescindere dalla riconducibilità o meno a una precedente attività parlamentare tipica, effettuata alla luce dei regolamenti parlamentari, che dunque sono riconosciuti come norme parametro del giudizio della Corte, oltre ad offrire una (possibile e auspicata) soluzione di questi conflitti, con la predeterminazione dei criteri per la valutazione dell'insindacabilità affidata ai regolamenti, ha segnato un primo passo verso l'abbandono di quella intangibilità dell'ordinamento parlamentare: è la Corte stessa che si attribuisce un potere di interpretazione delle fonti regolamentari che, come tale, non è più esclusivo delle Assemblee, ma che, addirittura può, come il caso di specie dimostra, porre nel nulla le valutazioni di queste ultime²³⁶. Gli effetti li ritroveremo più avanti, in tempi più recenti.

2.13. *Ulteriori casi particolari e tentativi di ampliare lo spettro degli atti tipici.*

Molte altre sono state le pronunce in cui la Corte ha applicato in maniera meccanica quel modello, via via perfezionatosi, in forza del quale affinché ricorra il nesso funzionale, e quindi il collegamento tra opinioni *extramoenia* e attività parlamentare tipica utile all'attivazione dell'insindacabilità per le prime, è necessario il doppio requisito della contestualità temporale e della sostanziale corrispondenza di significato tra i due tipi di attività. Criterio, tuttavia, come già messo in evidenza, che presta il fianco a diversi profili critici, come sottolineato, in particolare da attenta dottrina in sede di commento della pronuncia [n. 258 del 2006](#), che ha risolto in favore dell'autorità giudiziaria ricorrente un conflitto che, proprio perché non ha posto problemi particolari, presentandosi come *standard*, è stato occasione utile per svolgere alcune considerazioni sul punto²³⁷. In particolare, è stata stigmatizzata l'assolutezza con la quale la Corte ha interpretato il criterio della contestualità temporale, per cui un atto parlamentare tipico non può precedere di un tempo troppo ampio quello che manifesta poi opinioni *extramoenia*, mettendo in evidenza come laddove il parlamentare si limiti, senza nulla aggiungere, a divulgare quanto già contenuto in precedenti Atti parlamentari, sia del tutto irrilevante il tempo trascorso²³⁸; è stato altresì criticato il principio per cui le opinioni *sub iudice*, per essere meramente divulgative di attività espressione di funzione parlamentare, non possono che essere (quindi, sempre) successive alla prime: si è messo in evidenza, invero, come ben possa accadere che il parlamentare, nell'esercizio del suo libero mandato, decida di anticipare con esternazioni *extra moenia* una serie di attività che poi andrà a svolgere effettivamente in Parlamento e che, stando alla lettura offerta dalla Corte, rimarrebbero irragionevolmente escluse dalla prerogativa *ex art. 68 comma 1 Cost*²³⁹.

Più ricca di spunti è certamente la sentenza [n. 371 del 2006](#), dove, unitamente alla riproposizione di questioni ormai solite, si sono aggiunti profili particolari.

²³⁶ Molto chiaramente sul punto, cfr. le riflessioni di M. MANETTI, *ult. cit.*, 2528, per la quale con la sentenza in esame, “la separazione tra l'ordinamento parlamentare e l'ordinamento generale è caduta: il regolamento ha acquisito per la prima volta, ad opera della Corte, efficacia di fonte dell'ordinamento, sottraendosi all'esclusiva interpretazione da parte dell'Assemblea che lo ha adottato e divenendo parametro di legittimità delle sue concrete determinazioni”.

²³⁷ Il riferimento è a D. NOCILLA, *Nesso funzionale e tempo intercorso tra atto di esercizio delle funzioni parlamentari e le dichiarazioni ipoteticamente diffamatorie*, in *Giur. cost.*, 4/2006, 2733 ss.

²³⁸ L'A. applica il criterio della divulgazione dei resoconti stenografici degli Atti parlamentari che, ai fini della pubblicità e della conoscibilità da parte di tutti, dei lavori parlamentari, intervengono anche a parecchia distanza di tempo, così D. NOCILLA, *ult. cit.*, 2736-7. Interessante è la prospettiva americana, sulla quale cfr. M.L. SHENKMAN, *Talking About Speech or Debate: Revisiting Legislative Immunity*, in *Yale Law & Pol. Rev.*, 2/2014, 351 ss.

²³⁹ D. NOCILLA, *ult. cit.*, 2738, che aggiunge: “fermarsi, come ha fatto in talune occasioni la Corte, a determinare se tre, dieci, quindici o venti giorni trascorsi dalla esternazione ingiuriosa o diffamatoria costituiscano un tempo troppo breve o troppo lungo ai fini dell'individuazione di un nesso funzionale con un successivo atto di sindacato ispettivo, appare poco produttivo e frutto di un certo empirismo”. Vedi Corte cost., sent. [n. 420 del 2008](#), che ha rigettato il ricorso, riconoscendo peraltro il tempo intercorso tra atti tipici e esternazioni (di quasi un anno successive) “sufficiente, anche in considerazione della persistente attualità del tema trattato”.

In primo luogo, alcuni relativi all'ammissibilità stessa del conflitto, contestata dalla difesa del Senato in quanto i fatti che ne costituivano l'origine avevano già formato oggetto di procedimento penale per diffamazione a mezzo stampa, conclusosi con sentenza del Giudice per le indagini preliminari di non luogo a procedere per l'insindacabilità delle dichiarazioni in assunto diffamatorie. In sostanza, la delibera di insindacabilità per quelle opinioni, una volta posta alla base della sentenza di non luogo a procedere in sede penale, non avrebbe potuto essere (ri)messa in discussione in sede civile. La Corte ha respinto tale eccezione affermando che, in forza del carattere "diffuso" del potere giudiziario, in base al quale qualunque organo allo stesso appartenente ha la competenza a esprimerne in via definitiva la volontà, il giudice in sede civile "deve considerarsi senz'altro abilitato a proporre quel conflitto di attribuzione che il giudice penale, sull'assunto della correttezza della delibera di insindacabilità, aveva viceversa ritenuto di non dover sollevare"²⁴⁰.

Nel merito, e siamo agli ulteriori profili di interesse della pronuncia, la Corte ha ribadito la necessità della ricorrenza del doppio criterio (contestualità e sostanziale corrispondenza) ed ha accolto il ricorso per mancanza di tali requisiti (vi erano atti tipici, ma posteriori anche di due anni e mezzo, e l'unico atto precedente è stato assorbito dalla mancanza del secondo requisito, quello della sostanziale identità di contenuto), dovendo però fare i conti con una nuova e interessante sollecitazione proveniente dalla difesa del Senato. Rappresentato e difeso in giudizio, non a caso, da uno degli studiosi che più si è speso per definire al meglio il libero esercizio del mandato parlamentare²⁴¹, il Senato ha "chiesto" alla Corte di estendere la qualifica di atto tipico, ovvero quello da utilizzare per la costruzione del nesso funzionale, anche agli atti eventualmente in quello espressamente richiamati, nel caso di specie quelli di una Commissione comunale di inchiesta, ampliando così lo spettro delle dichiarazioni utili alla configurazione del nesso funzionale. La Corte ha risposto in senso negativo e in qualche modo (ancora) molto formalistico, ribadendo il carattere necessariamente "riproduttivo" dell'atto tipico, e dunque di quanto solo *in* esso presente, che deve contraddistinguere le opinioni rese *extra moenia*²⁴², salvo poi, secondo uno sviluppo delle argomentazioni non raro in questa sua giurisprudenza, mostrare segni di "indecisione" nel momento in cui poi gli atti di quella Commissione – ovvero quelli richiamati nell'atto tipico – sono stati comunque sindacati dalla Corte stessa²⁴³.

Ancora più frutto di quanto elaborato in qualità di studioso è la richiesta – avanzata sempre dalla difesa del Senato - volta ancora ad estendere lo spettro degli atti tipici, questa volta alle risultanze dei lavori delle Commissioni bicamerali di inchiesta – nello specifico quella sui rifiuti – che, altro non è, appunto, che una (possibile) declinazione della tesi per cui ben potrebbero essere considerati, ai fini della costruzione del nesso funzionale, atti tipici di *altri* parlamentari. A questa richiesta, la Corte è riuscita a non rispondere, trincerandosi dietro lo schermo "temporale" per cui quelle erano risultanze o pubblicate successivamente o comunque non corrispondenti nei contenuti. Fatto sta che, anche in

²⁴⁰ Corte cost., sent. [n. 371 del 2006](#), p. 2.1 del *Considerato in diritto*. Più avanti la Corte ha respinto un'ulteriore (e collegata) eccezione: "diversamente da quanto ipotizza la difesa, il conflitto di attribuzione sollevato dal Tribunale di Milano non può essere considerato un «giudizio di secondo grado» sulla correttezza della valutazione sottesa alla delibera d'insindacabilità – rispetto a quello già formulato dal giudice penale – inammissibilmente demandato ad un organo (il giudice civile di primo grado) diverso da quello che, in base alle ordinarie regole processuali, dovrebbe essere a ciò competente (il giudice penale di appello). Al contrario, si tratta semplicemente di prender atto che il giudice civile, adito con l'azione di risarcimento del danno, è abilitato a formulare *ex novo* ed in piena autonomia – per la ragione già indicata – il giudizio precedentemente espresso dal giudice penale", p. 2.3.

²⁴¹ Il riferimento è a Nicolò Zanon.

²⁴² Deve escludersi, in altre parole, che il generico richiamo, effettuato nel corso di un'interrogazione parlamentare, a una certa fonte informativa – tanto più quando questa assuma carattere articolato e complesso, come nel caso del riferimento agli atti d'una commissione amministrativa d'inchiesta – valga a creare *eo ipso* una sorta di "contenitore" da cui attingere la "copertura", in termini di insindacabilità, per tutte le dichiarazioni *extra moenia* che trovino corrispondenza soltanto nel contenuto di tali atti.

²⁴³ Su tale incongruenza, cfr. V. GIOFFRÈ, *Insindacabilità dei parlamentari e fonti richiamate in atti tipici tra dubbi e questioni aperte*, in *Giur. cost.*, 6/2006, 3912 ss., in part. 3915.

questo caso, sono stati atti sindacati dalla Corte e, considerando che si trattava di atti ufficiali, una sorta di “patrimonio comune” di tutti i parlamentari, con una veste, pertanto, quasi “impersonale”, non è detto che la Corte non si sia lasciata la possibilità di rispondere alla questione in altra occasione.

Va infine segnalata la decisione [n. 383 del 2006](#), con la quale la Corte, per altro in linea con itinerari che tornano ciclicamente nella sua giurisprudenza, ha deciso di non decidere un conflitto, certamente ricco di politicITÀ, rifugiandosi nella mancanza di alcuni requisiti minimi che, tuttavia, nel caso di specie possedevano un grado di definizione ben maggiore rispetto ad altri casi in cui la Corte aveva comunque proseguito nel merito il giudizio²⁴⁴.

Emblematica è divenuta la sentenza [n. 59 del 2007](#) con cui la Corte ha rigettato il ricorso, confermando la delibera parlamentare, proprio perché ha riscontrato la sussistenza di entrambi i requisiti, quello del legame temporale e quello della sostanziale corrispondenza di significato tra attività esterna e interna²⁴⁵.

Un particolare rilievo l’ha assunto la decisione [n. 274 del 2007](#), nella quale per la prima volta la Corte ha ritenuto ammissibile l’intervento del terzo offeso in quanto riconosciuto titolare proprio di quella posizione soggettiva suscettibile di essere definitivamente sacrificata dalla decisione sul conflitto che è la sola capace di giustificare una deroga al principio generale secondo il quale legittimati ad essere parti del conflitto sono soltanto coloro che possono promuoverlo o resistervi in quanto titolari di attribuzioni costituzionalmente riconosciute.

2.14. *La Corte si pronuncia sull’effetto inibente introdotto dalla legge n. 140 del 2003: la sentenza n. [149 del 2007](#).*

Nonostante se ne fosse persa per un po’ traccia, al punto che si pensava che i conflitti *ex art. 68*, comma 1, Cost. si fossero definitivamente delineati come strumenti “a senso unico”²⁴⁶, è tornato all’attenzione della Corte un conflitto proposto dall’organo parlamentare contro l’autorità giudiziaria, e risolto con la pronuncia n. [149 del 2007](#), che è stata l’occasione per il Giudice costituzionale di pronunciarsi sui profili procedurali delle novità introdotte dalla legge n. 140 del 2003, e in particolare sulla c.d. pregiudizialità parlamentare.

Nel corso del solito procedimento civile intentato nei confronti di un deputato per le opinioni da questo espresse extramoenia, e ritenute diffamatorie, si sono verificate una serie di circostanze particolari: innanzitutto, una volta entrata in vigore la suddetta legge di attuazione, la difesa del deputato richiedeva l’applicazione dell’art. 3, comma 3 della legge n. 140, ovvero, in caso di rigetto, la trasmissione degli atti alla Camera dei Deputati ai sensi del successivo comma 4 (effetto inibente); il giudice, al contrario, proseguiva il giudizio adottando due provvedimenti (uno di rinvio delle relative udienze, l’altro con il quale la causa veniva trattenuta per la decisione); la Camera, avuto notizia del procedimento su iniziativa del deputato stesso, adottava, in conformità alla proposta della Giunta, la delibera di insindacabilità che copriva con la garanzia *ex art. 68*, comma 1, Cost. le opinioni per le quali il deputato era stato sottoposto a giudizio; a quel punto, il giudice sollevava questione di legittimità costituzionale dell’art. 3 della legge n. 140, proprio nella parte in cui consentiva al parlamentare di richiedere in via autonoma alla Camera la delibera relativa alla insindacabilità delle proprie opinioni, nonché nella parte in cui l’estensione operata dall’art. 3 non imponeva più una sostanziale corrispondenza tra attività esterna e attività interna; a seguito di tali ulteriori iniziative dell’autorità giudiziaria, la Camera sollevava il conflitto di attribuzione tra poteri, contestando al potere giurisdizionale le due azioni distinte, una prima antecedente la delibera parlamentare,

²⁴⁴ Vedi le note critiche di A. PACE, *Inammissibilità tecnica o per ragioni politiche?* in *Giur. cost.*, 6/2006, 4005 ss.

²⁴⁵ Lo definisce così E. MALFATTI, *Il conflitto di attribuzione tra i poteri dello Stato*, in R. Romboli (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2005-2007)*, Giappichelli, Torino, 2008, 356, nota 70.

²⁴⁶ E. MALFATTI, *ult. cit.*, 369.

concretizzatasi nell'adozione dei provvedimenti di prosecuzione del giudizio, e una seconda, invece successiva all'atto camerale, di sollevazione della questione di legittimità costituzionale.

Di sicuro interesse è il fatto che, anche per come impostato dal ricorrente, si è trattato di un conflitto da *vindicatio*, atteso che l'organo parlamentare ha contestato la stessa titolarità del potere giurisdizionale di adottare i due diversi tipi di provvedimenti (a seconda del mutato contesto), rispetto al quale la Corte ha mostrato di muoversi con estrema cautela: per quel che concerne i primi, e dunque i provvedimenti in merito alla prosecuzione del giudizio, il Giudice dei conflitti, infatti, è stato chiamato a perimetrare gli spazi del potere giurisdizionale al cospetto, prima ancora della delibera di insindacabilità dell'organo parlamentare, della scelta operata dal legislatore ordinario con la legge n. 140 del 2003²⁴⁷, di anticipare quel noto effetto inibente (fino ad allora scaturente, anche in base a quanto detto dalla sentenza [n. 265 del 1997](#), solo a partire dall'approvazione della delibera di insindacabilità da parte della Camera) alla sola e semplice eccezione sull'applicabilità della prerogativa avanzata nel corso del relativo giudizio. L'occasione, che come è stato osservato, poteva essere ghiotta per riconsiderare la tenuta stessa della "dottrina" dell'effetto inibente²⁴⁸ non è stata colta in pieno e la Corte ha ancora una volta scelto, sulla scia di quanto fatto con la [n. 120 del 2004](#), di "non far la guerra" al legislatore, riconoscendo rilevanza costituzionale a quella disciplina di rango ordinario, di fatto assunta come norma interposta²⁴⁹, che, attraverso norme processuali, ha voluto "assicurare sia la piena effettività del principio costituzionale di cui al primo comma dell'art. 68 Cost., sia la piena garanzia che questa prerogativa delle Assemblee parlamentari non si traduca in una inammissibile compressione dell'esercizio della funzione giurisdizionale al di fuori di quanto strettamente necessario"²⁵⁰.

Sulla base di questa, che è una *scelta* fondamentale per le conseguenze rispetto alla stessa posizione della Corte in rapporto agli altri poteri, il Giudice costituzionale ha censurato l'operato dell'autorità giurisdizionale che non ha, peraltro in maniera reiterata, dato applicazione alle previsioni *ex art. 3*, commi 3, 4 e 5, le quali – ha ribadito la Corte – sono state "adottate a tutela di un equilibrato rapporto fra il giudice procedente, la parte che eccepisce l'applicabilità del primo comma dell'art. 68 Cost. e il sollecito coinvolgimento della Camera di appartenenza del parlamentare coinvolto nel caso in cui il giudice medesimo non ritenga applicabile la prerogativa in questione"²⁵¹. Una mancata applicazione che si è tradotta, come la Corte tiene a evidenziare, in una violazione di quel principio di "leale collaborazione" che invece deve caratterizzare le relazioni tra i poteri e che, nel caso di specie, non ha trovato spazio nel momento in cui proprio l'operato del giudice ha impedito il sollecito

²⁴⁷ Sul tema della "decostituzionalizzazione" del parametro, come falso problema, cfr. S. PARISI, *Parametro e oggetto nei conflitti di attribuzione: pluralismo comprensivo e conflitti costituzionali*, in R. Pinardi (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sui conflitti di attribuzione e sull'ammissibilità del referendum abrogativo*, Giappichelli, Torino, 2007, 51 ss., in part. 83 ss.

²⁴⁸ E. Malfatti, *ult. cit.*, 371.

²⁴⁹ L. Pesole, *Verso la scomparsa*, cit., 2187.

²⁵⁰ Corte cost., sent. [149 del 2007](#), p. 4 del *Considerato in diritto*, dove si aggiunge: "Pur attraverso una legislazione di rango ordinario dai contenuti costituzionalmente non vincolati, la cui definizione spetta dunque alle scelte che il legislatore può operare fra diversi modelli in astratto possibili e che restano ovviamente assoggettabili al sindacato di legittimità costituzionale di questa Corte, con le disposizioni processuali che qui vengono in considerazione sono state poste alcune norme finalizzate a garantire, sul piano procedimentale, un efficace e corretto funzionamento della prerogativa parlamentare; un sollecito coinvolgimento della Camera di appartenenza del parlamentare che abbia eccepito la insindacabilità dei propri comportamenti senza convincere il giudice competente; la successiva temporanea sospensione del giudizio per un limitato ed improrogabile periodo entro cui la Camera di appartenenza può esprimere la propria valutazione sulla affermata insindacabilità; le conseguenze processuali della delibera di insindacabilità che venga adottata dalla Camera di appartenenza del parlamentare. Per una critica, cfr. ancora E. Malfatti, *ult. cit.*, 371, che ha parlato di "ipostatizzazione" della normativa di rango primario, che, sul piano della prerogativa parlamentare, finirebbe per "arricchire il testo costituzionale contenuti ad esso sicuramente estranei, e questo, sul piano del metodo seguito, pare un esempio pericoloso che forse la Corte avrebbe dovuto avere il coraggio di stigmatizzare".

²⁵¹ Corte cost., sent. [149 del 2007](#), p. 5 del *Considerato in diritto*.

coinvolgimento della Camera di appartenenza nella valutazione del comportamento del suo componente.

Diversa è la soluzione una volta intervenuta la delibera di insindacabilità. Il punto fermo dell'atto camerale da un nuovo volto alle dinamiche tra i poteri e l'efficacia inibente non ha la portata estensiva che le voleva attribuire la Camera, cioè volta a impedire qualsiasi atto dell'autorità giurisdizionale, ma solo quella di impedire una pronuncia di responsabilità nei confronti del parlamentare che fosse "difforme" rispetto alla stessa delibera. Una volta escluso dai poteri del giudice *uno* (solo) di questi, rimangono tutti gli *altri*, compresi la sollevazione della q.l.c., al di là di ogni giudizio in merito alla convenienza della stessa – in luogo del conflitto²⁵²– e della sua ammissibilità in termini di rilevanza e non manifesta infondatezza²⁵³.

2.15. La giurisprudenza a cavallo del primo decennio del Duemila: primi segnali di una flessione dei conflitti e l'apertura al diritto eurounitario (con un occhio particolare alla tutela del terzo offeso).

Nella giurisprudenza a cavallo del primo decennio del Duemila, che continua a svilupparsi secondo ormai lo spartito tradizionale, persino irrobustito dalla sentenza [n. 120 del 2004](#), due sono i dati più significativi e degni di nota, entrambi in qualche modo sistemici e capaci di dire non poco sullo stesso ruolo della Corte. Il primo è un dato quantitativo che, parametrato però su quello che è noto essere il conflitto portante della stagione dei conflitti, assume un peso che va ben oltre i numeri: come emerso nelle Considerazioni finali del Presidente della Corte costituzionale in occasione della Relazione sulla giurisprudenza del 2008, questi sono gli anni in cui si registrano i primi segnali di un deciso rallentamento nella conflittualità tra potere giudiziario e Parlamento sul terreno dell'insindacabilità dei parlamentari, risultato di una pluralità di fattori, tra i quali, oltre anche a una sorta di "stanchezza" accumulata dai poteri in tensione²⁵⁴, vanno annoverati il contributo offerto (e i paletti posti) dalla stessa giurisprudenza costituzionale, l'assestamento della disciplina *ex lege* n. 140 del 2003, dopo la fase anch'essa conflittuale vissuta nell'immediatezza della sua approvazione, nonché i contributi apportati, pur da un angolo visuale diverso, quello del terzo danneggiato, dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo²⁵⁵.

Proprio quest'ultimo fattore è, a ben guardare, una parte dell'altro dato significativo cui si faceva cenno in precedenza: anche nella sede del conflitto tra poteri si colgono i sintomi di un fenomeno che andrà via via perfezionandosi nell'intera giurisprudenza costituzionale e che consiste nel richiamo quasi strutturale da parte della Consulta ai principi del diritto eurounitario, anche solo *ad adiuvandum* e non sempre assumendolo nell'ottica di tipo parametrico²⁵⁶.

²⁵² Ne dubita E. MALFATTI, *ult. cit.*, 372. Sui rapporti tra sollevazione della q.l.c. e ricorso per conflitto, cfr. anche Corte cost., sent. [n. 274 del 2007](#): si tratta di conflitto risolto in favore del Tribunale ricorrente, per assenza secondo il modello classico, del nesso funzionale; tuttavia, il giudice ricorrente era lo stesso Tribunale che aveva assunto la veste di giudice *a quo* nella sollevazione della q.l.c. risolta poi dalla Corte con la nota sentenza [n. 120 del 2004](#). E' tuttavia curioso che la Corte, in sede di conflitto, nulla dica in merito.

²⁵³ Cfr., in merito, Corte cost., ord. n. [37 del 2006](#).

²⁵⁴ Così L. PESOLE, *Verso la scomparsa*, cit., 2189.

²⁵⁵ Si vedano le Considerazioni finali del Presidente Giovanni Maria Flick sulla giurisprudenza costituzionale del 2008 in occasione dell'Udienza straordinaria del 28 gennaio 2009, Palazzo della Consulta, disponibile sul [sito](#) della Corte costituzionale, in part. 2-3.

²⁵⁶ Vedi in tema L. TRUCCO, *L'uso fatto della Carta dei diritti dell'Unione Europea nella giurisprudenza costituzionale*, in L. D'Andrea - G. Moschella - A. Ruggeri - A. Saitta (a cura di), *La Carta dei diritti dell'Unione europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, Torino, Giappichelli 2016, 156 ss.

Il primo episodio in tal senso è segnato dalla sentenza [n. 82 del 2011](#) - recante peraltro la stessa data di deposito della nota pronuncia n. 80 dello stesso anno²⁵⁷ - nella quale la Corte ancora la garanzia del concreto esercizio dei diritti dei soggetti eventualmente lesi dalle dichiarazioni di un parlamentare, garanzia da bilanciarsi con quella dell'autonomia del Parlamento e dei suoi membri, al fondamentale valore della dignità della persona umana così come riconosciuto non (più e) solo nell'art. 2 Cost., ma appunto, anche nell'art. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, i cui principi sono stati recepiti dall'art. 6 del TUE²⁵⁸.

L'attenzione alla tutela dei diritti dei terzi offesi, ulteriormente rinvigorita dal supporto di matrice europea e dagli approdi della giurisprudenza della Corte di Strasburgo - che però non ha mancato di rilevare come l'art. 68, comma 1. della Costituzione italiana persegua scopi legittimi, ovvero la tutela del libero dibattito parlamentare ed il mantenimento della separazione dei poteri legislativo e giudiziario - puntellano l'esigenza di delimitare l'ambito della prerogativa entro i confini, che devono essere rigorosissimi, di ciò che è "funzionale" all'esercizio dell'attività parlamentare, che impone una valutazione, in termini di adeguatezza tra lo scopo prefissato ed i mezzi impiegati, da effettuarsi secondo una stretta proporzionalità²⁵⁹.

Nel caso di specie, nulla poteva creare quel collegamento tra dichiarazioni e funzione, neanche il tentativo - invero piuttosto azzardato - da parte della difesa dell'organo parlamentare, di considerare le dichiarazioni all'origine del procedimento penale riproduttive non già di singoli atti parlamentari tipici promossi dallo stesso senatore²⁶⁰, quanto di un atto riferibile all'intero Parlamento, in particolare il Documento conclusivo dei lavori di una Commissione d'inchiesta²⁶¹, sul presupposto per cui la garanzia *ex art. 68, comma 1*, potrebbe scattare, a fronte di un atto imputabile all'intero organo, per tutti i suoi membri.

La Corte ha respinto con decisione un tale argomento insistendo sulla riconducibilità della garanzia *ex art. 68, comma 1 Cost.* alla funzione parlamentare sì, ma così come esercitata dal singolo e non già in senso generale ed impersonale dall'intero organo. Pertanto "la divulgazione, eventualmente critica, di atti o lavori parlamentari non inerenti alle proprie, dirette funzioni, può inquadrarsi (...) nella normale attività di critica politica che il parlamentare è libero di svolgere al pari di qualunque cittadino, senza fruire, peraltro, di specifiche clausole di immunità che finirebbero per coinvolgere e compromettere - senza una specifica relazione con la logica di garanzia sottesa all'art. 68, primo comma, Cost. - i diritti dei terzi a veder tutelata in sede giurisdizionale la propria immagine e la propria onorabilità"²⁶².

Se per quel concerne l'aspetto sostanziale del funzionamento della prerogativa *ex art. 68, comma 1 Cost.* nulla cambia, qualche precisazione interessante sul piano processuale, ma che investe

²⁵⁷ Su cui cfr. in particolare A. RUGGERI, *La Corte fa il punto sul rilievo interno della CEDU e della Carta di Nizza-Strasburgo (a prima lettura di Corte cost., n. 80 del 2011)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 23 marzo 2011 e A. RANDAZZO, *Brevi note a margine della sentenza n. 80 del 2011*, in questa *Rivista*, 2011 (17.6.2011).

²⁵⁸ Corte cost., sent. [n. 82 del 2011](#), p. 3 del *Considerato in diritto*.

²⁵⁹ Secondo la Corte Edu, sentenza 27 gennaio 2009, *C.G.I.L. e Cofferati contro Italia*, la assenza di un legame evidente con un'attività parlamentare esige un'interpretazione ristretta del concetto di proporzionalità tra lo scopo prefissato ed i mezzi impiegati, specie quando le limitazioni al diritto di agire in giudizio derivino da una deliberazione di un organo politico. Giungere ad una conclusione diversa, equivarrebbe a limitare in modo incompatibile con l'art. 6, paragrafo 1, della Convenzione il diritto di accesso alla giustizia dei privati, ogniqualvolta i discorsi oggetto della azione giudiziaria siano stati pronunciati da un membro del Parlamento.

²⁶⁰ Occorre peraltro rilevare che gli ipotetici atti parlamentari tipici dello stesso senatore si collocavano in epoca successiva - e non di poco - alle dichiarazioni incriminate, non presentando altresì neanche quella "comunanza di tematiche" già ritenuta dalla Corte non sufficiente per la concretizzazione del nesso funzionale.

²⁶¹ Si tratta della Commissione d'inchiesta sul c.d. dossier *Mitrokin*. Secondo il Senato, l'attività contestata al parlamentare si inquadrebbe in una mera divulgazione dei risultati cui è pervenuta l'indicata Commissione parlamentare che rientrerebbero nella «piena e permanente disponibilità delle Camere - dunque, di ciascuno dei loro membri», così da giustificare la delibera di insindacabilità oggetto di ricorso, proprio perché la condotta ascritta al parlamentare sarebbe nella specie coincisa con la divulgazione del contenuto di atti riferibili alla Camera nel suo complesso.

²⁶² Corte cost., sent. [n. 82 del 2011](#), p. 5 del *Considerato in diritto*.

direttamente l'ambito di definizione dei poteri spettanti all'autorità giudiziaria, la Corte si è trovata a farla in risposta ad alcune eccezioni avanzate in sede di giudizio dagli organi parlamentari coinvolti. In particolare, una prima ha teorizzato un supposto onere da parte dell'autorità giudiziaria ricorrente di una verifica preventiva avente ad oggetto la offensività delle dichiarazioni del parlamentare. In altre parole, nel caso poi risolto con sentenza [n. 333 del 2011](#), la Camera convenuta in giudizio riteneva che il giudice, prima di ricorrere in sede di conflitto contro la delibera di insindacabilità adottata dalla stessa, avesse l'onere (appunto) di una prima valutazione in ordine alla reale portata offensiva delle stesse opinioni del parlamentare per cui stava procedendo. Il giudice avrebbe dovuto saggiare una sorta di "utilità" concreta del conflitto che, in qualche modo, verrebbe meno nel caso in cui quelle stesse opinioni fossero *prima facie* ritenute non offensive. Pur riconoscendo l'intento della difesa della Camera, volto in qualche modo anche a individuare una soluzione deflattiva del contenzioso costituzionale, in quegli anni ancora piuttosto cospicuo, la risposta della Corte non poteva che essere di segno contrario, attesa la scelta del legislatore, consacrata nella legge n. 140 del 2003, di inibire qualsiasi azione al potere giurisdizionale, quindi una sua qualsiasi pronuncia, una volta intervenuta la delibera parlamentare. Tanto è vero che "impugnando detta delibera, il giudice mira propriamente a "riappropriarsi" del potere (pieno) di giudicare – in un senso o nell'altro – sul merito della domanda, al quale attiene la valutazione della reale lesività delle esternazioni"²⁶³. La questione, se si vuole, ha conosciuto un secondo tempo quando, poco più tardi, la Camera resistente in un nuovo conflitto, e ben consapevole della risposta offerta dalla Corte, ha riproposto la sua tesi questa volta però ritagliandola ancora sul caso di specie che, a differenza del precedente, non vedeva già l'adozione della delibera parlamentare, essendo stata l'insindacabilità eccepita dallo stesso imputato: secondo la tesi difensiva della Camera, infatti, il piano valutativo del giudice deve necessariamente collocarsi prima che intervenga eventualmente la delibera di insindacabilità della Camera, proprio perché quest'ultima produce un effetto inibitorio sulla prosecuzione del giudizio, superabile solo con la sollevazione del conflitto. L'ostacolo ulteriore all'accoglimento di siffatta tesi sta, secondo il Giudice costituzionale, nella circostanza per cui non è "individuabile neppure un momento processuale in cui il giudice si potrebbe pronunciare sulla «reale portata lesiva delle dichiarazioni esternate dal parlamentare»"²⁶⁴.

In riferimento a un'altra eccezione difensiva cui la Corte ha fornito un'importante risposta, occorre segnalare la sentenza [n. 97 del 2011](#), che ha deciso un conflitto in cui la Camera resistente ha posto un ulteriore profilo di inammissibilità, questa volta vertente sulla natura del giudice ricorrente: nel caso di specie, infatti, secondo la Camera di appartenenza del parlamentare le cui opinioni erano *sub iudice*, la Corte di cassazione non era legittimata a sollevare il conflitto in quanto, a differenza del Tribunale e del Giudice d'Appello, non è giudice del fatto, ma solo del diritto, e quindi non titolato ad apprezzare il tenore delle dichiarazioni del parlamentare e il contenuto degli atti tipici, né tantomeno a confrontarli.

In questo caso, l'intervento della Corte sul punto è di particolare interesse anche sul piano della dinamica dei poteri, allorquando ha precisato che "il 'tema' relativo alla legittimità" della deliberazione d'insindacabilità adottata dalla Camera "non può ritenersi affatto una semplice *quaestio*

²⁶³ Corte cost., sent. [n. 333 del 2011](#), p. 4 del *Considerato in diritto*.

²⁶⁴ Corte cost., sent. [n. 39 del 2012](#), p. 3 del *Considerato in diritto*, dove la Corte aggiunge "che anche quando, in applicazione dell'art. 3, comma 4, della legge 20 giugno 2003, n. 140, è il giudice a sottoporre alla Camera la questione dell'applicabilità dell'art. 68, primo comma, Cost. una valutazione prognostica delle prospettive dell'accusa non è prevista, né si potrebbe pretendere che il giudice si pronunci, a norma dell'art. 129 del codice di procedura penale, sulla mancanza delle condizioni per un immediato proscioglimento nel merito dato che un siffatto proscioglimento presuppone di regola il compimento dell'istruzione dibattimentale. Resta, infine, da dire che in ogni caso l'eccezione sarebbe infondata perché dopo la delibera di insindacabilità, ai fini dell'ammissibilità del conflitto, è sufficiente e necessario che l'autorità giudiziaria venga privata della propria prerogativa di definire la fattispecie a giudizio e non abbia altro rimedio che il ricorso a questa Corte per riappropriarsene. Ogni ulteriore profilo concernente i poteri che il giudice esercita nel processo, ivi compreso quello di definire l'ordine logico delle questioni da affrontare, esula del tutto dai requisiti di ammissibilità di un conflitto teso alla riespansione della *potestas iudicandi*".

facti inibita al giudice della legittimità, giacché il perimetro entro il quale deve svolgersi la relativa delibazione – funzionale alla scelta se sollevare o meno il conflitto – non coinvolge un giudizio sul ‘merito’ della causa (concernente il quesito se le opinioni espresse dal parlamentare abbiano o meno portata lesiva della altrui onorabilità), né sui ‘fatti’ posti a fondamento di quel ‘merito’. Infatti, il sindacato sul corretto uso del potere di dichiarare la insindacabilità *ex art. 68 Cost.* da parte del Parlamento è – come risulta evidente – un giudizio di diritto, del tutto compatibile con le attribuzioni spettanti a qualsiasi organo giurisdizionale, a qualunque ‘grado’ esso appartenga secondo la ‘piramide’ processuale, ivi compresa, dunque – e per certi aspetti *a fortiori* – la Corte di cassazione, avuto riguardo proprio alla funzione di organo di legittimità e di nomofilachia che l’ordinamento le attribuisce”²⁶⁵.

2.16. *Le proposte di aggiornamento del nesso funzionale: la sentenza n. 313 del 2013.*

Di particolare interesse, nella giurisprudenza dell’ultimo decennio, è il caso risolto dalla Corte con la sentenza [n. 313 del 2013](#) nel quale, per un verso è stato proposto dall’organo parlamentare resistente un «aggiornamento» del concetto di «nesso funzionale» motivato dalle nuove forme di comunicazione politica dovute ai *social media* e, più in generale, a internet²⁶⁶; per altro, la stessa Corte costituzionale ha in qualche modo assegnato un nuovo peso specifico alla giurisprudenza della CEDU nell’interpretazione anche delle dinamiche interne tra i poteri.

All’origine del conflitto vi sono stati alcuni giudizi rivolti nei confronti dell’allora Presidente della Repubblica pubblicati dal senatore Francesco Storace sul proprio sito internet e in ragione dei quali lo stesso veniva sottoposto a procedimento penale per il reato *ex art. 278 c.p.* (Offesa al prestigio e all’onore del Presidente della Repubblica). A seguito del riconoscimento, da parte della Camera di appartenenza, della riconducibilità di quei giudizi nell’ambito delle opinioni espresse in qualità di parlamentare, per di più con valutazioni ritenute incidenti nel merito della condotta ascritta al senatore, il Tribunale di Roma sollevava il conflitto innanzi la Corte chiedendo l’annullamento della delibera d’insindacabilità.

Come detto, la difesa del Senato ha prospettato al Giudice dei conflitti, “[l]’esigenza di un aggiornamento del concetto di ‘nesso funzionale’” che, soprattutto in ragione delle nuove forme di tecnologia comunicativa (siti *web*, *blog*, *twitter*, *facebook*, etc.), potrebbe riconoscersi “in tutte le occasioni in cui il parlamentare raggiunga il cittadino-elettore illustrando la propria posizione”. Il caso, peraltro, sempre a detta del Senato, si presentava piuttosto pertinente e in qualche modo rappresentativo del nuovo modo di comunicare e di esercitare la funzione parlamentare ai tempi di internet, “in quanto fondato su una critica politica, priva di rilevanza giuridica e che deve essere legittimamente attribuita al parlamentare”²⁶⁷.

La Corte non ha accolto tale prospettazione, non già in ragione del particolare mezzo di divulgazione prescelto dal parlamentare, quanto perché rispetto a una prerogativa che deve strettamente ricollegarsi all’esercizio della funzione parlamentare, “qualsiasi diversa lettura”, come ad esempio quella che dovesse ritenere sufficiente un semplice collegamento di argomento o di

²⁶⁵ Corte cost., sent. [n. 97 del 2011](#), p. 2 del *Considerato in diritto*.

²⁶⁶ In tema, P. PASSAGLIA, *Corte costituzionale e diritto dell’internet: un rapporto difficile (ed un appuntamento da non mancare)*, in *Giur. cost.*, 6/2014, 4837 ss., in part. 4848. Com’è stato recentemente osservato, tuttavia, il mezzo radiotelevisivo riveste ancora un ruolo cruciale nella trattazione oggettiva della narrazione politica, al di là delle posizioni di parte, cfr. R. BORRELLO, *La comunicazione politica in transizione e la persistente centralità della par condicio radiotelevisiva*, in *Lo Stato*, 15, 2020, 11 ss., in part. 21 ss.

²⁶⁷ Il senatore Storace replicava al Presidente della Repubblica e alle difese da questi avanzate nei confronti della senatrice a vita Rita Levi Montalcini, pubblicando sul proprio sito internet frasi come: «disdicevole storia personale, palese e nepotistica conduzione familiare, evidente faziosità istituzionale, è indegno di una carica usurpata a maggioranza».

contesto politico fra la dichiarazione divulgativa e l'attività parlamentare strettamente intesa (*intramoenia*), “dilaterebbe il perimetro costituzionalmente tracciato, generando un'immunità non più soltanto funzionale, ma, di fatto, sostanzialmente ‘personale’, a vantaggio di chi sia stato eletto membro del Parlamento”²⁶⁸.

Ed è a questo punto che la Corte costituzionale apre le porte al Giudice di Strasburgo, e in particolare al noto filone giurisprudenziale inaugurato dai casi Cordova per il quale “l'assenza di un legame evidente con un'attività parlamentare richiede una interpretazione stretta della nozione di proporzionalità tra lo scopo perseguito e i mezzi utilizzati... particolarmente quando le restrizioni al diritto di accesso derivano da una deliberazione di un organo politico”²⁶⁹.

Sulla scorta di questo richiamo, la Corte ha respinto l'aggiornamento semantico del concetto di nesso funzionale proposto dal Senato perché foriero di un'assimilazione tra attività politica e attività parlamentare che, al contrario, non sussiste rispetto alla *ratio* della prerogativa *ex art. 68*, comma 1 Cost.²⁷⁰ In aggiunta, la Corte non ha riscontrato per le opinioni, peraltro piuttosto eccentriche, divulgate sul sito internet, alcuna attinenza con precedenti atti funzionali tipici da parte dello stesso parlamentare²⁷¹.

L'aspetto più interessante e innovativo della pronuncia in oggetto non sta tanto nell'ausilio interpretativo fornito dal Giudice sovranazionale, quanto nell'affermazione fatta dalla Corte costituzionale per cui il suo indirizzo è “in linea con la Corte EDU”.

Sembra, in altre parole, affiorare il dato per cui “il bilanciamento operato dalla Corte di Strasburgo tra il diritto ad un tribunale di cui all'art. 6 CEDU e l'esigenza di garantire l'autonomia delle assemblee parlamentari è in qualche modo vincolante anche per l'interpretazione che essa (la Corte costituzionale italiana) deve fornire all'art. 68 della Costituzione”²⁷². Si tratta di una posizione nuova del giudice costituzionale, dal momento che, fin dalla sentenza [n. 1150/1988](#), l'art. 68 della Carta fondamentale vigente è sempre stato bilanciato in una logica interna alla Costituzione, cercando quel punto di equilibrio tra il principio costituzionale di autonomia delle Camere e quello del diritto di difesa *ex art. 24* Cost. Nel caso, invece, risolto con la sent. [n. 313 del 2013](#), il condizionamento assoluto dell'interpretazione della norma CEDU da parte della giurisprudenza di Strasburgo non è più limitato alla sfera dei diritti fondamentali, ma sembra anche interessare il piano di definizione degli stessi poteri sovrani ed i rapporti tra loro intercorrenti²⁷³.

²⁶⁸ Corte cost., sent. [n. 313 del 2013](#), p. 5 del *Considerato in diritto*.

²⁶⁹ Cfr. C. PADULA, *Insindacabilità parlamentare e ricorsi alla Corte europea senza previo esaurimento dei rimedi interni*, in [Rivista](#), 2012. In tema, cfr. E. CIOCCARELLI, *Immunità parlamentari e CEDU*, in [Rivista AIC](#), 1/2011. Più recentemente, S. RODRIQUEZ, *L'insindacabilità nelle esperienze comparate e l'influenza della Corte di Strasburgo*, in [Nomos](#), 2/2017, in part. 8 ss.

²⁷⁰ “Da un lato, infatti, essa si concentra su un'attività – quella “politica” – non necessariamente coincidente con la funzione parlamentare, posto che, tra l'altro, questa si esprime, di regola, attraverso atti tipizzati (non è un caso che l'art. 68 Cost. circoscriva l'irresponsabilità dei membri del Parlamento alle “opinioni espresse” ed ai “voti dati” «nell'esercizio delle loro funzioni»); dall'altro, la tesi in questione non mette in collegamento diretto opinioni espresse e atti della funzione, ma semplicemente attribuisce allo stesso parlamentare la selezione dei temi “politici” da divulgare; al punto da rendere, in definitiva, lo stesso parlamentare arbitro dei confini entro i quali far operare la garanzia della insindacabilità, p. 6 del *Considerato in diritto*.”

²⁷¹ L'iniziativa di legge costituzionale diretta all'abrogazione dell'art. 59 della Costituzione, in materia di senatori a vita, presentata dal senatore Storace – e peraltro rimasta priva di seguito – è stata ritenuta dalla Corte del tutto inconferente con gli attacchi rivolti alla senatrice Rita Levi Montalcini dai quali è poi scaturita la reazione del Presidente della Repubblica e, quindi, le opinioni espresse dal senatore ed oggetto della delibera di insindacabilità impugnata con il conflitto.

²⁷² Così F. MARONE, [La CEDU da parametro di legittimità costituzionale della legge a fonte concorrente con la Costituzione?](#) in questa [Rivista](#), 2014, 10. Vedi in tema C. PADULA, *Il principio di proporzionalità nelle decisioni della Corte europea dei diritti sull'insindacabilità dei parlamentari italiani*, in *Quad. cost.*, 1/2013, 175 ss.

²⁷³ D. TRABUCCO, *Tutela multilivello dei diritti e sistema delle fonti nei rapporti tra la CEDU e l'ordinamento italiano. Verso un ritorno ai criteri formali-astratti a garanzia della superiorità della Costituzione*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 3/2018, 14.

La giurisprudenza successiva si è allineata perfettamente ai precedenti. Confermando, da un lato, ai fini del riconoscimento del nesso funzionale, l'applicazione rigorosa del binomio tempo/contenuto, che prescrive come insindacabili le opinioni solo allorquando siano successive (entro un arco temporale congruo) ad attività parlamentari tipiche, e sempre che di queste ultime riproducano nella sostanza il significato, al di là delle formule linguistiche utilizzate e, dall'altro, una certa ritrosia nell'accogliere interpretazioni innovative dello stesso concetto di nesso funzionale, più volte sollecitate. Il Giudice dei conflitti ha proseguito spedito, sicuro e stabile lungo i binari, dallo stesso creati, tesi a costruire un approccio formale-procedurale del nesso funzionale²⁷⁴.

2.16.1. *Uno sguardo alla dottrina.*

Eppure, la dottrina non aveva mancato di farsi sentire in merito all'opportunità di una rivisitazione più sostanzialistica della categoria del nesso funzionale. Nel corso del noto Seminario svoltosi presso Palazzo della Consulta a ridosso delle sentenze 10 e 11 del 2000, si ricordano in particolare l'invito di Leopoldo Elia a considerare l'ancoraggio all'atto parlamentare come ipotesi residuale, accordando la preferenza per criteri più centrati sui caratteri intrinseci dell'opinione stessa²⁷⁵ o quello di Antonio Ruggeri ad effettuare, in luogo di un mero raffronto oggettivo-contenutistico, un'indagine scrupolosa, seppur non priva di insidie, sull'*intentio* o, meglio sulla «causa» oggettiva della manifestazione del pensiero del parlamentare²⁷⁶. Degno di nota in questa sede è anche l'interrogativo lanciato da Sergio Panunzio, il quale, muovendo dalla funzione rappresentativa *ex art. 67 Cost.* di cui è titolare il singolo parlamentare, e dalla disciplina del Regolamento della Camera, che nella programmazione dei lavori dell'Assemblea riserva una settimana di sospensione al mese, “destinata allo svolgimento delle altre attività inerenti al mandato parlamentare”²⁷⁷, si chiese se fosse ancora possibile distinguere con nettezza la funzione del parlamentare (e gli atti in cui essa si esprime) dalla sua semplice attività politica, riconoscendo per di più come il raccordo con la società, movimento essenziale per l'esercizio della stessa funzione rappresentativa del parlamentare, non potesse (già allora) rinunciare a utilizzare “gli strumenti ed i modi di comunicazione «pubblica» che sono propri della società dei nostri giorni: non esclusi i mezzi di comunicazione di massa”²⁷⁸. Interrogativo, in qualche modo, condiviso da

²⁷⁴ Tra i più recenti, T.F. GIUPPONI, *I limiti dell'insindacabilità parlamentare nelle sentt. nn. 59 e 133 del 2018. La Corte costituzionale ancora tra forma e sostanza, in vista di una svolta dai confini incerti*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 23 febbraio 2019, 2. Si vedano Corte cost., sentt. nn. [55](#) e [115, 221](#) del 2014. In quest'ultima, in particolare, la Corte ha chiarito come la mera “competizione elettorale” non sia equiparabile all'attività parlamentare e, pertanto, ha escluso la riconducibilità di mere opinioni espresse da un parlamentare in una trasmissione televisiva nell'alveo di quelle insindacabili solo perché “giustificate” dal particolare contesto, di campagna elettorale, appunto, nel quale la trasmissione televisiva si collocava: la stessa Relazione della Giunta per le autorizzazioni, approvata dall'Assemblea, evocava, per escludere la sindacabilità delle opinioni espresse dal deputato Berlusconi contro Antonio Di Pietro nella trasmissione «Porta a porta» del 10 aprile 2008, il «contesto», nel quale si colloca l'episodio, rappresentato dalla «campagna elettorale del 2008, che vedeva il deputato Berlusconi candidato premier». Da ciò, la stessa Giunta deduceva che l'espressione «il signor Di Pietro non è solo un uomo che mi fa orrore, perché non rispetta gli altri e perché ha scaraventato in galera, rovinando delle vite degli altri cittadini» vada ricondotta «all'alveo delle opinioni politiche sull'“avversario” [...] diventato leader di un partito antagonista» e che, allo stesso modo, i «dubbi» avanzati dal parlamentare sulla «validità» della laurea del deputato Di Pietro «esprimere[bbero] un proprio soggettivo giudizio negativo sulla qualità della preparazione universitaria del collega Di Pietro, allo scopo di distrarre i cittadini dall'orientare verso di lui il proprio consenso». “Una tale finalità delle dichiarazioni in questione”, secondo la Corte, “non è, all'evidenza, divulgativa di una attività tipica del parlamentare, né è, in alcun modo o per alcun profilo, ricollegabile all'esercizio di funzioni parlamentari, perché esauritasi nella sfera, a quelle funzioni estranea, di una competizione elettorale”. Si vedano anche sentt. nn. [222](#) del 2014 e [144](#) del 2015.

²⁷⁵ L. ELIA, *Relazione di sintesi*, cit., 92.

²⁷⁶ A. RUGGERI, *Le opinioni insindacabili*, cit. 246.

²⁷⁷ Ora Art. 23, comma 10, Reg. Camera (in precedenza, art. 25-bis).

²⁷⁸ S. PANUNZIO, *Interrogativi sulla insindacabilità dei parlamentari per le opinioni da essi espresse e sul «nesso funzionale»*, in AA.VV., *Immunità e giurisdizione*, cit., 293.

Stefano Grassi che ha parlato di “estrema difficoltà”, soprattutto nell’era della politica svolta attraverso i *mass-media*, nel definire i presupposti dell’insindacabilità dei parlamentari, operazione che, più che in passato, equivale a una definizione dell’ambito sostanziale delle stesse funzioni parlamentari, giungendo a concludere che “è particolarmente difficile distinguere tra mera attività o critica politica ed esercizio delle funzioni”²⁷⁹.

In tempi più recenti si segnalano all’attenzione del dibattito scientifico nuove prese di posizione, peraltro insistenti non solo sui pur evidenti mutamenti nella comunicazione politica legati all’evoluzione tecnologica, bensì anche sui non marginali sviluppi dello stesso sistema politico-istituzionale. Il riferimento va al lavoro di Gino Scaccia, secondo il quale costruire, come la Corte ha fatto, la portata dell’insindacabilità delle opinioni lungo una traiettoria comunque fisico-spaziale, legata cioè intimamente a ciò che il parlamentare fa, o meglio ha fatto, all’interno delle sedi parlamentari, esprime comunque una visione “angusta” del processo politico e dell’attività parlamentare, non capace “di cogliere la mutata realtà della rappresentanza politica, per come essa si viene svolgendo nelle moderne audience *democracies*”²⁸⁰ e che, peraltro, nel progressivo crescendo della immaterialità della nostra vita, pare “destinata fatalmente a un ulteriore progressivo logoramento”²⁸¹. Lo stesso Autore ha poi ricondotto la necessità di un aggiornamento della nozione di nesso funzionale anche al mutato contesto istituzionale nel quale il parlamentare svolge il suo mandato. Non può, infatti, non vedersi come il concorso di diversi fattori abbia notevolmente ristretto proprio quello spazio di manifestazione del pensiero di deputati e senatori all’interno delle Camere che, nella costruzione della Corte, dovrebbe essere (ancora) il *prius* temporale e contenutistico per attivare il meccanismo dell’insindacabilità delle opinioni: “le riforme ‘in senso maggioritario’ dei Regolamenti parlamentari, che hanno accentuato i poteri dei gruppi senza farvi corrispondere adeguati correttivi a garanzia della posizione del singolo; la vocazione ‘decidente’ del sistema politico, incline a privilegiare la celere definizione dei processi decisionali ed i poteri direttivi della maggioranza, con inevitabile riduzione delle possibilità di intervento individuale nel dibattito; il sistematico distorto impiego di strumenti procedimentali che comprimono, spesso azzerandoli del tutto, i tempi della discussione parlamentare (si pensi all’utilizzo combinato del maxiemendamento e della questione di fiducia)”²⁸². D’altronde, i diversi tentativi portati avanti da singoli parlamentari

²⁷⁹ S. GRASSI, *Immunità e giurisdizione nei conflitti costituzionali*, in AA.VV., *Immunità e giurisdizione nei conflitti costituzionali*, cit., 309. Contra, cfr. P. DI MUCCIO, *L’insindacabilità dei parlamentari: una introduzione allo studio dell’art. 68, primo comma, della Costituzione*, in *Dir. e Soc.*, 4/1986, 681 ss., 710, per il quale un concetto oggettivo delle funzioni parlamentari non esiste (più), “al punto che si giunge a confondere talvolta il confine, che pure esiste, tra funzioni parlamentari e funzioni rappresentative del parlamentare”. Le funzioni parlamentari, invero, non esauriscono la rappresentanza politica: ci sono altre funzioni (solo) politiche.

²⁸⁰ In tema, cfr. M. SORICE, *Democratic Innovations and Political Communication: liaisons dangereuses or New Opportunity for Democratizing Democracy?* in *Comunic. Pol.* 2016, 309 ss.

²⁸¹ G. SCACCIA, *Spunti per una ridefinizione*, cit., 5. In tema di immaterialità dei luoghi, cfr. A. BARICCO, *The Game*, Einaudi, Torino 2018, 79, dove si legge che: “il Web stesso, come prima di lui Internet, era, ed è, un’entità che si percepisce come sostanzialmente IMMATERIALE, certamente «reale» ma non come lo erano le reti di ferrovie e perfino le rotte per i mari: ha un peso?, occupa dello spazio?, è in un luogo? Si può rompere?, ha dei bordi?”. _

²⁸² G. SCACCIA, *ult. cit.*, 6. È tornata sul tema recentemente M. MANETTI, *Le modifiche tacite al disegno costituzionale del procedimento legislativo*, in *Quad. cost.*, 3/2021, 540, ribadendo che “dal 1993 l’obiettivo delle diverse maggioranze consiste nel ridurre gli spazi e i tempi dedicati alla partecipazione delle Camere e dei loro membri al procedimento legislativo”. L’A. esprime anche critiche alla Corte tra le aperture della [decisione n. 17 del 2019](#) e quanto fatto, nel giro di un anno, con l’[ord. n. 60 del 2020](#), quando la Corte, pur non essendovi tenuta, si è dichiarata pregiudizialmente incompetente a sindacare la questione di fiducia apposta dal Governo al fine di evitare che la legge già approvata da una Camera sia sottoposta ad emendamenti nell’altra”, 543. Sulla “prassi” del maxi-emendamento abbinato alla questione di fiducia, cfr. G. PISTORIO, *Maxi emendamento e questione di fiducia: contributo allo studio di una prassi illegittima*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018; N. LUPO, *Emendamenti, maxi-emendamenti e questione di fiducia nelle legislature del maggioritario*, in E. Gianfrancesco – N. Lupo (a cura di), *Le regole del diritto parlamentare nella dialettica tra maggioranza e opposizione*, Luiss University Press, Roma, 2007, 41 ss. In riferimento alle esperienze più recenti – c.d. Contratto di Governo e Governo Conte I - è stata rilevata una certa continuità, aggravata da “un salto qualitativo nella pretesa dell’Esecutivo di espropriare il Parlamento di buona parte della sostanza della funzione legislativa”, così T.

negli anni più recenti, volti a proporre conflitti tra poteri contro gli organi politici per contestare la menomazione di loro specifiche attribuzioni costituzionali nell'ambito del procedimento legislativo, al di là dei tanti profili problematici ampiamente dibattuti²⁸³, rappresentano il sintomo eloquente di un disagio che gli stessi singoli componenti del Parlamento, nell'attuale contesto politico-istituzionale, avvertono rispetto a un pieno esercizio del loro mandato parlamentare in Aula.

Occorre poi aggiungere – e il dato acquista un ulteriore peso proprio alla luce del disconoscimento operato dalla stessa giurisprudenza costituzionale del rilievo assunto da attività di altri parlamentari, anche dello stesso gruppo – che vi sono ormai atti parlamentari collettivamente intestati al gruppo e non ai singoli membri delle Camere (ad esempio le c.d. *question time*, che possono essere presentate da un solo deputato o senatore per ciascun gruppo o le stesse dichiarazioni di voto sulla questione di fiducia, che sono rese da un deputato per gruppo, secondo quanto previsto *ex art.* 116 Reg. Camera).

A queste considerazioni se ne aggiunge infine un'ulteriore, quella che guarda alla proiezione sovranazionale, in forza della quale i continui e noti richiami dei giudici di Strasburgo per una integrazione dell'esame formale del nesso funzionale, laddove manchi una «chiara connessione con un'attività parlamentare», con un diverso e più pregnante scrutinio sul contenuto dell'atto, spingono per un controllo di natura diversa da parte della stessa Corte costituzionale.

Alla luce di un quadro così composito e articolato, secondo Scaccia, «i giudici costituzionali dovrebbero limitarsi a verificare in concreto se sussiste un rapporto di proporzionalità fra la dichiarazione resa e l'esercizio della funzione, e cioè se le esternazioni rese *extra moenia* – siano o meno riprodotte e divulgate di un atto parlamentare – costituiscono uno strumento idoneo e necessario all'esercizio del mandato rappresentativo»²⁸⁴.

2.17. Le più recenti e controverse decisioni.

È anche in ragione di questo dibattito che va inquadrato quanto accaduto nella giurisprudenza costituzionale nel corso del 2018 che, nel confermare il *trend* di attenuazione della conflittualità tra i poteri anche su questo ambito, ha tuttavia registrato un paio di pronunce dense di significato.

GUARNIER, *L'esperienza del "Contratto di Governo"*, in S. Staiano- G. Ferraiuolo- A. Vuolo (a cura di), *Partiti politici e dinamiche della forma di governo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, 85 ss., in part. 121-22. Vedi recentemente G. LASORELLA, *Le garanzie interne al giusto procedimento legislativo. Presidente d'Assemblea e Comitato per la legislazione*, in *Quad. cost.*, 3/2021, 551 ss.

²⁸³ Difficile richiamare tutta la bibliografia che si è occupata del tema: *ex multis*, cfr. V. ONIDA, *La Corte e i conflitti interni al Parlamento: l'ordinanza n. 17 del 2019*, in *Federalismi.it*, n. spec. 3/2019, 271 ss.; A. MORRONE, «Lucciole per lanterne». La n. 17/2019 e la terra promessa di quote di potere per il singolo parlamentare. Nota a ord. Corte cost. 8 febbraio 2019, n. 17, in *Federalismi.it*, 4/2019; N. LUPO, *Un'ordinanza compromissoria, ma che pone le basi per un procedimento legislativo più rispettoso della Costituzione*, in *Federalismi.it.*, 4/2019; M.C. GRISOLIA, *La legittimazione del singolo parlamentare a sollevare conflitto di attribuzioni. Una nuova voce nel sistema delle garanzie costituzionali*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2019; R. BORRELLO, *Il conflitto di attribuzioni del singolo parlamentare: riflessioni sparse sulla cornice teorica di un istituto dai contorni ancora sfumati, in attesa del deposito dell'ordinanza della Corte*, in *Nomos*, 1/2019; F. FABRIZZI, *L'ord. 17/2019 e l'accesso del singolo parlamentare tra profilo soggettivo e profilo oggettivo*, in *Federalismi.it*, 13/2019; A. LAURO, *L'integrità numerica delle Camere alla prova del conflitto fra poteri: la risposta negativa al singolo parlamentare*, in *Giur. cost.*, 3/2020, 1125 ss.; F. MARONE, *La legittimazione al conflitto del singolo parlamentare tra compromesso politico e coerenza processuale. Nota a ord. Corte cost. 8 febbraio 2019, n. 17*, in *Foro it.*, 7-8/2019, I, 2301 ss.; C. MASCIOTTA, *Il nuovo limite delle violazioni manifeste nel conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato: un arma spuntata per il singolo parlamentare*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2019; M. SICLARI, *La legittimazione del singolo parlamentare a sollevare conflitto tra poteri dello Stato e i suoi limiti*, in *Nomos*, 1/2019; C.P. GUARINI, *Spunti ricostruttivi sulla (problematica) legittimazione del singolo parlamentare al conflitto di attribuzione tra poteri dello stato*, in *Rivista AIC*, 4/2017; S. CURRERI, *Sul conflitto di attribuzioni del singolo parlamentare a tutela del «giusto procedimento legislativo»: tanto tuonò che piove?*, in *Quad. cost.*, 2/2016, 369 ss.

²⁸⁴ G. SCACCIA, *ult. cit.*, 13.

Non già e tanto la sent. [n. 59 del 2018](#), che invero trova motivi di interesse in ragioni diverse da quelle legate alla soluzione nel merito, quanto la [n. 133](#), soprattutto se letta parametrandola con la prima.

2.17.1. È possibile per la delibera parlamentare scindere la fattispecie di reato?

Il primo conflitto ha risolto, applicando il tradizionale schema, un caso che tuttavia si distingue per l'eccentricità della delibera d'insindacabilità, che ha riconosciuto come ricadenti nel pieno esercizio delle funzioni parlamentari le opinioni del senatore Calderoli solo in riferimento a una porzione del fatto di reato, in particolare quella attinente la loro qualificazione come "aggravate" da finalità di discriminazione razziale, ritenendo al contrario le stesse opinioni sottratte all'insindacabilità per il reato principale, ovvero la diffamazione a mezzo stampa²⁸⁵.

Si tratta di un'operazione piuttosto ardita, frutto dell'iniziativa del relatore della Giunta per le autorizzazioni in Aula²⁸⁶ - che ha suggerito all'Assemblea di votare per parti separate sulla delibera di Giunta (una prima votazione sulla diffamazione aggravata da finalità di discriminazione razziale, l'altra sulla diffamazione aggravata ai sensi dell'art. 595, comma 3, c.p.) – a seguito della quale il Tribunale ricorrente ha in prima battuta proposto un vero e proprio conflitto da *vindicatio*, ritenendo cioè del tutto estraneo alle attribuzioni dell'organo parlamentare ogni minima valutazione sulla qualificazione giuridica del fatto contestato al parlamentare, qualificazione invero rimessa *in toto* all'autorità giudiziaria²⁸⁷.

La Corte ha condiviso in pieno l'assunto del ricorrente ribadendo che nei casi in cui le Camere siano chiamate a deliberare sull'insindacabilità di opinioni espresse dai propri componenti, la loro sfera di attribuzione è delimitata alla valutazione circa la riconducibilità o meno delle stesse opinioni alle funzioni parlamentari, a nulla rilevando la qualificazione giuridica del fatto storico operata dall'autorità giudiziaria in base alla legge. Il compito degli organi parlamentari è quello di pronunciarsi sulla correlazione tra l'opinione espressa e l'esercizio delle funzioni parlamentari, non già sugli effetti che la singola autorità giudiziaria fa derivare dall'opinione espressa²⁸⁸. Non a caso, ripete la Corte, l'insindacabilità eventualmente deliberata dalle Camere è una "qualità" che caratterizza, "in sé e ovunque, la opinione espressa dal parlamentare, la quale, proprio per il fondamento costituzionale che la assiste, è necessariamente destinata ad operare, oggettivamente e soggettivamente, *erga omnes*"²⁸⁹. Si tratta quindi di qualità che trova sì origine nei fatti oggetto dello specifico giudizio di responsabilità, ma da questo poi si estende operando come deroga all'esercizio

²⁸⁵ Si tratta del caso, piuttosto noto alle cronache, che ha visto il senatore Roberto Calderoli imputato del reato di diffamazione aggravata, anche per finalità di discriminazione razziale, per aver offeso, nel corso di un comizio, l'onore e il decoro dell'onorevole Kyenge, assimilandola, per di più, a un orango.

²⁸⁶ Il relatore in Giunta, il senatore Crimi, aveva proposto di votare per la sindacabilità delle opinioni del senatore Calderoli, proposta non accolta grazie ai voti del Pd, della Lega e di FI favorevoli all'insindacabilità. Da qui la sostituzione del relatore in Aula con il senatore Lucio Malan. Ripercorre la vicenda A. I. ARENA, *L'insindacabilità delle opinioni rese dal parlamentare (Minime riflessioni a partire dalla lettura della sent. n. 59 del 2018)*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 3/2018, 27 ss., in part. 28-35.

²⁸⁷ Il ricorrente afferma che compito delle Camere, ai sensi degli artt. 68, primo comma, Cost. e 4 della legge n. 140 del 2003, è esclusivamente quello di valutare la sussistenza o non del nesso tra opinioni espresse dal parlamentare ed esercizio delle relative funzioni, mentre sarebbe riservata alla giurisdizione la «qualificazione giuridica del fatto». Il Senato della Repubblica, ritenendo la sindacabilità della diffamazione aggravata ai sensi dell'art. 595, terzo comma, cod. pen., e l'insindacabilità della circostanza aggravante di cui all'art. 3 del d.l. n. 122 del 1993, avrebbe invece invaso un «settore riservato alla giurisdizione»: avrebbe infatti «apprezzato non un fatto, naturalisticamente unitario, ma la sua qualificazione giuridica», con la conseguenza che il Tribunale si troverebbe a giudicare «su un fatto diversamente qualificato rispetto a quello contestato dal Pubblico Ministero».

²⁸⁸ Corte cost., sent. [n. 59 del 2018](#), p. 5.1 del *Considerato in diritto*.

²⁸⁹ Corte cost., sent. [n. 194 del 2011](#).

della funzione giurisdizionale in tutte le altre sedi in cui il parlamentare sia (o eventualmente sarà) chiamato a rispondere.

Spetta invece, in via esclusiva, all'autorità giudiziaria la qualificazione giuridica dell'opinione espressa, e ricollegare al fatto storico gli effetti giuridici previsti dalla legge.

Secondo la Corte, la delibera assembleare, nel momento in cui – accogliendo la proposta del senatore relatore – ha “scorporato” un pezzo della fattispecie penale, quella relativa all'aggravante della discriminazione razziale, ritenendo solo per questa operante l'insindacabilità, non solo ha scisso l'unitarietà della fattispecie, ma, ciò che più conta ai fini del conflitto tra poteri, si è espressa “sulla qualificazione giuridica del fatto storico, invadendo così un campo costituzionalmente riservato al potere giudiziario. Il tutto, fra l'altro, nel quadro di una non consentita scissione del concetto di insindacabilità delle opinioni espresse da un membro del Parlamento, tra *contenuto* della opinione in sé e *finalità* che caratterizzerebbe quella esternazione”²⁹⁰.

Se la decisione sul punto pare certamente condivisibile, non potendosi immaginare nel rispetto delle rispettive sfere di attribuzione che l'organo politico possa sostituirsi al giudice nel qualificare i fatti ai fini della responsabilità, che solo appunto la sede giudiziaria può accertare, rimane forse ancora aperta la questione attinente al se valutare una opinione come insindacabile o meno, a seconda che sia riconducibile alla funzione, non implichi di per sé una qualche qualificazione giuridica del fatto²⁹¹. Questione che assume tutta la sua portata anche in riferimento al ruolo della Corte.

Pur essendo la peculiarità della delibera assembleare sufficiente perché la Corte accogliesse il ricorso, il Giudice costituzionale ha voluto scendere anche nel merito del più tradizionale conflitto da menomazione proposto in seconda battuta dal Tribunale ricorrente. Il motivo, probabilmente, può rintracciarsi nella volontà della stessa Corte di sottolineare ancora una volta come vi possano essere delle espressioni che, anche al di là di un, riscontrabile o meno, loro collegamento con attività parlamentare tipica, non possono, in ragione del loro inequivoco dato testuale, che le configura quali veri e propri insulti, essere considerate alla stregua di opinioni sulle quali consentire l'operatività della prerogativa *ex art. 68*, comma 1, Cost.

Vero è che subito dopo questo significativo criterio sostanziale la Corte è tornata al formalismo della ricerca, peraltro vana, di eventuali atti parlamentari tipici anteriori cui ricollegare funzionalmente le “opinioni” incriminate: la dottrina ha visto in questo *mix* di criteri sostanziali e formali il sintomo di una certa difficoltà della stessa Corte nel districarsi a fronte di uno schema argomentativo forse ormai non più al passo con i tempi e con la prassi degli ultimi anni²⁹².

2.17.2. *La sentenza n. 133 del 2018, difficilmente collocabile nell'ortodossia della giurisprudenza costituzionale.*

Non devono, allora, forse sorprendere troppo quei chiari «segni» innovativi facilmente isolabili nelle motivazioni della sentenza [n. 133 del 2018](#) e che hanno portato attenta dottrina a ritenerla

²⁹⁰ Corte cost., sent. [n. 59 del 2018](#), p. 5.1 del *Considerato in diritto*.

²⁹¹ Si veda sul punto, A. I. ARENA, *op. cit.*, 35, per il quale “a rigore sembra che la Camera debba certo procedere ad una qualificazione giuridica del fatto. Stabilire se una opinione è sindacabile implica una qualificazione giuridica, poiché si tratta di una valutazione ai sensi dell'art. 68 Cost. (questo vale non solo per la Camera ma anche per la stessa Corte, nella misura in cui consideri la legittimità della delibera parlamentare). La terminologia impiegata risente forse di un risalente (sebbene autorevole) e diffuso “schema mentale” per il quale la qualificazione giuridica del fatto, altrimenti “nudo”, spetta al giudice e alla sua opera di sussunzione entro schemi normativi. In verità, la qualificazione dei fatti sociali in genere, e dei fatti giuridici in particolare, cioè dei fatti come fatti giuridici, non è esclusiva di nessun soggetto del sistema. Ogni fatto è potenzialmente oggetto di un fascio di qualificazioni, anche giuridiche, il cui numero è incalcolabile. Rimane, però, che non spetta al Senato o alla Camera di sostituirsi al giudice nel qualificare il fatto ai fini della responsabilità da accertare in sede giudiziaria (o comunque ai fini della definizione del giudizio)”.

²⁹² T.F. GIUPPONI, *I limiti dell'insindacabilità*, cit., 4.

difficilmente collocabile nell'«ortodossia» degli orientamenti giurisprudenziali fin qui ripercorsi, sino a porsi quasi come un punto di rottura rispetto a questi ultimi²⁹³.

Si tratta di segni che non trovano motivo ispiratore nel caso di specie, invero piuttosto piatto e simile a tanti altri, quanto nella significativa modifica dello schema di giudizio cui ricorre la Corte²⁹⁴: il tradizionale nesso funzionale, da ricostruire secondo modello, e quindi attraverso il collegamento tra le dichiarazioni *extra moenia* del parlamentare e precedenti attività tipiche dello stesso, e sempre che tra le due vi sia una corrispondenza di contenuti, viene sostanzialmente degradato a seconda alternativa, in favore di una prima scelta costituita da un non ben definito accertamento diretto sulle dichiarazioni *extra moenia* volto a verificare la sussistenza di “un evidente e qualificato nesso con l’esercizio della funzione parlamentare”²⁹⁵. Non è poco, se si pensa a come il nesso funzionale sia finito per essere assorbito sin qui entro quello schema teso a costruire un *continuum* contenutistico (e temporale) tra quanto detto dal parlamentare *intra* e *extra moenia*. Non è poco, altresì, non ritrovare nella motivazione del Giudice costituzionale i consueti richiami ai propri precedenti (fa parte di quei segni) o, ancora, vedere citata un decisione della Corte di Giustizia dell’Unione Europea, in luogo delle pronunce del Giudice di Strasburgo che, come visto, negli ultimi anni hanno costituito una presenza sempre più costante per puntellare, nella prospettiva della tutela effettiva del terzo offeso, la necessità che l’insindacabilità delle opinioni sia riconosciuta solo in presenza di un legame evidente tra atto lesivo e funzione parlamentare.

Proprio la decisione del Giudice di Lussemburgo è piuttosto rivelatrice della nuova prospettiva opzionata dal Giudice costituzionale, dal momento che il primo, pur riconoscendo come l’art. 8 del Protocollo sui privilegi e sulle immunità dell’Unione europea²⁹⁶ sia essenzialmente destinato ad applicarsi alle dichiarazioni effettuate dai parlamentari europei entro l’Aula, non ha affatto escluso “che una dichiarazione effettuata da un deputato europeo fuori da tali aule possa costituire un’opinione espressa nell’esercizio delle sue funzioni (...), atteso che l’esistenza di un’opinione siffatta dipende non dal luogo in cui la dichiarazione è stata effettuata, bensì dalla natura e dal contenuto di quest’ultima”. Anche perché la nozione di «opinione» - sempre secondo la Corte europea – “deve essere intesa in senso ampio, includente cioè i discorsi o le dichiarazioni che, per il loro contenuto, corrispondono ad asserzioni costituenti valutazioni soggettive”²⁹⁷.

Principi utili a schiudere uno scenario completamente nuovo per la Corte italiana, dal momento che sembrano – neanche troppo velatamente – prefigurare la possibilità che un’opinione sia *ex se* riconosciuta come espressione della funzione parlamentare, indipendentemente dalla sede nella quale viene pronunciata, senza alcun tramite operato da una previa attività funzionale interna, attraverso un *test* che abbia ad oggetto solo e direttamente l’opinione incriminata, al di là della (fin ora) necessaria natura divulgativa di precedenti attività tipiche della stessa²⁹⁸.

²⁹³ Il riferimento è a G. D’ALESSANDRO, *Un nuovo schema di giudizio nei conflitti tra poteri sull’insindacabilità parlamentare?* in *Giur. cost.*, 3/2018, 1408. Sulla pronuncia vedi anche F. GIRELLI, *Se per la definizione dell’alveo applicativo dell’insindacabilità parlamentare manca l’apporto della Corte Edu, soccorrono le ragioni costituzionali della rappresentanza*, in *Ord. int. e dir. um.*, 2018, 510 ss. e T.F. GIUPPONI, *ult. cit.*, 4 ss.

²⁹⁴ G. D’ALESSANDRO, *ult. cit.*, 1408.

²⁹⁵ Corte cost., sent. [n. 133 del 2018](#), p. 3.1 del *Considerato in diritto*. E. MALFATTI, *Il conflitto di attribuzione tra i poteri dello Stato*, in R. Romboli (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2017-2019)*, cit., 243 ha parlato di sentenza che aggiunge un “prerequisito” rispetto ai due criteri più volte ribaditi.

²⁹⁶ Protocollo allegato ai Trattati UE, FUE e CEEA, ai sensi del quale: «I membri del Parlamento europeo non possono essere ricercati, detenuti o perseguiti a motivo delle opinioni o dei voti espressi nell’esercizio delle loro funzioni».

²⁹⁷ CGUE, sentenza 6 settembre 2011, C-163/10, Patriciello, par. 29-30 e 32. Sulle immunità in sede europea e sui profili comparatistici, cfr. recentemente C. MARTINELLI, *Le immunità dei parlamentari in prospettiva europea e comparata alla luce del “caso Junqueras”*, in *Amministrazione In Cammino*, 15 settembre 2020, in part. 3-6. Vedi anche L. TRUCCO, *L’insindacabilità dei parlamentari europei: un puzzle in attesa degli incastrati decisivi*, in *Rass. parlam.*, 1/2009, 147 ss.

²⁹⁸ G. D’ALESSANDRO, *ult. cit.*, 1409-1410. T.F. GIUPPONI, *ult. cit.*, 5, osserva: “sembra allora affacciarsi un ulteriore criterio oltre a quelli più volte ribaditi dalla stessa Corte; accanto alla necessità di un previo (o almeno contestuale) atto parlamentare tipico e alla corrispondenza sostanziale di contenuti tra questo e le dichiarazioni “esterne” del deputato o

Il tradizionale modello del nesso funzionale non scompare, viene recuperato, ma solo in seconda battuta, una volta cioè fallito il primo *test*, solo quando è “escluso che le dichiarazioni per le quali è conflitto siano direttamente e autonomamente riconducibili (...) all’esercizio della funzione parlamentare”²⁹⁹.

In dottrina, come già anticipato, non si sono risparmiate critiche al repentino cambio di prospettiva operato dalla Corte³⁰⁰, soprattutto costruite attorno alla mancanza o comunque all’insufficienza di criteri utili e necessari ad un corretto riconoscimento di cosa sia esercizio della funzione parlamentare *extra moenia*, accompagnate peraltro dall’auspicio che questo punto di “rottura” possa costituire anche una fruttuosa ripartenza per (ri)considerare in termini più adeguati, meno vaghi, l’ambito di operatività dell’insindacabilità parlamentare, tenendo conto e superando i limiti di un approccio comunque troppo formalistico, che non ha mancato di mostrare i suoi punti deboli³⁰¹.

Va tuttavia osservato come si siano anche levate voci meno preoccupate, che hanno intravisto tra le pieghe argomentative della sentenza [n. 133](#) “le ragioni della rappresentanza”, e quindi l’importanza di collegare l’immunità, piuttosto che a mere attività parlamentari precedentemente promosse dal membro del Parlamento, all’esplicazione del mandato parlamentare che è “libero” nei limiti in cui viene orientato al “dovere” di rappresentare la Nazione, in ossequio a una lettura che non può che essere combinata degli artt. 67 e 68 Cost³⁰².

2.18. L’ultima decisione nel merito: la [sentenza n. 110 del 2021](#).

L’ultimo conflitto risolto nel merito in tema d’insindacabilità dei parlamentari si segnala all’attenzione perché, pur scontato nell’esito – la Corte ha accolto il ricorso presentato da un’autorità giudiziaria avverso una delibera del Senato che aveva ritenuto insindacabili alcune opinioni espresse

del senatore, la Corte ora aggiunge una valutazione preliminare circa l’esistenza di un loro “evidente e qualificato nesso con l’esercizio della funzione parlamentare”, a prescindere dall’esistenza (o meno) di atti parlamentari tipici. Un criterio, dunque, tutto incentrato sulla sostanziale riconducibilità delle dichiarazioni del parlamentare all’esercizio della funzione parlamentare, a prescindere dagli usuali elementi procedurali o temporali più volte sottolineati”.

²⁹⁹ Corte cost., sent. [n. 133 del 2018](#), p. 3.2 del *Considerato in diritto*. Va osservato che, nel caso di specie, entrambi i test falliscono, non trovando la Corte né alcuna autonoma e diretta riconducibilità delle opinioni espresse *extra moenia* alla funzione parlamentare né alcun collegamento contenutistico con precedenti atti parlamentari tipici. Dimostrazione di come il caso qui non assuma un rilievo particolare ai fini del tipo di decisione presa dalla Corte.

³⁰⁰ G. D’ALESSANDRO, *ult. cit.*, 1411, osserva come la giurisprudenza comunitaria sia “molto distante, nella sostanza, dallo *status quo* della giurisprudenza costituzionale sul nesso funzionale, per cui appare difficile una sua trasposizione nell’ordinamento interno *sic et simpliciter*”.

³⁰¹ G. D’ALESSANDRO, *ult. cit.*, 1410-12. Anche T.F. GIUPPONI, *ult. cit.*, 7, conclude nel senso che “di sicuro, qualora dovesse consolidarsi tale “svolta” giurisprudenziale, il problema si sposterebbe sul piano di una più chiara identificazione di ciò che possa rendere le dichiarazioni *extra moenia* del parlamentare “un’evidente espressione, specifica e differenziata, della funzione parlamentare”, pena il rischio di un’eccessiva indeterminazione dei confini della prerogativa parlamentare, a quel punto rimessa in tutto e per tutto alla definizione caso per caso offerta dalla Corte stessa.

³⁰² F. GIRELLI, *ult. cit.*, 512-13, per il quale, “anziché esser letta in una chiave negativa, di inclinazione della Corte ad atteggiamenti “lassisti” nell’applicazione dell’immunità”, la decisione [n. 133 del 2018](#) “va invece valorizzata nella prospettiva della rappresentanza politica, che, sulla base di una lettura combinata degli artt. 67 e 68 Cost., consente di cogliere il giusto senso della prerogativa costituzionale: tanto rigoroso dev’essere l’assolvimento del compito affidato dalla Costituzione ai membri del Parlamento, altrettanto severa dev’essere la determinazione del raggio applicativo delle garanzie che lo preservano. Quello auspicato è naturalmente un nuovo bilanciamento che tenga conto, questa volta, di tutti i valori coinvolti”. Interessante notare che secondo l’A., “non sembrerebbe un bilanciamento ‘ragionevole’ quello che portasse a stabilire l’applicabilità dell’art. 68, primo comma, Cost. direttamente da parte dei giudici, come da tempo e da più parti auspicato diversamente dal costante insegnamento della giurisprudenza costituzionale. Ferme, infatti, le legittime istanze riconducibili alla posizione della terza persona eventualmente offesa da affermazioni improvvise di un membro del Parlamento, sembrerebbe effettivamente incongruo affidare la gestione della prerogativa costituzionale proprio al potere dai cui “sconfinamenti” l’immunità dovrebbe proteggere i rappresentanti della Nazione nell’esplicazione del mandato”. Più ampiamente, ID., *Il mandato parlamentare e lo spazio della sua “libertà”*. Per una lettura combinata degli artt. 67 e 68 della Costituzione, Editoriale Scientifica, Napoli 2018.

da chi al tempo non ricopriva la carica di senatore della Repubblica (bensì quella di parlamentare europeo)³⁰³ –, ha posto alcune interessanti questioni sul piano processuale.

Una prima riguardava l'ammissibilità, contestata dal Senato, di un conflitto proposto dalla Corte d'Appello, quindi dal Giudice di secondo grado, dopo che il Giudice di primo grado, a fronte della delibera già adottata, non solo non aveva – secondo modello - sollevato il conflitto, ma aveva proseguito il giudizio assolvendo nel merito il parlamentare, ritenendo che tale esito fosse profilo destinato a prevalere, nell'ottica della durata del processo, sulla stessa delibera del Senato. Lo stesso Senato, peraltro, rispetto al comportamento tenuto dal giudice di primo grado, e in ipotesi lesivo delle sue attribuzioni, non proponeva (a sua volta) conflitto tra poteri.

La Corte non ha accolto la tesi difensiva del Senato, volta in qualche modo a ritenere da un lato esaurito il potere dell'autorità giudiziaria di rivolgersi alla Corte dopo che nel processo il Giudice di prime cure, pur potendolo fare, aveva operato una diversa scelta e, dall'altro, prevalente il nuovo assetto dei rapporti tra i due poteri una volta che anche il Senato non aveva reagito alla prosecuzione del giudizio da parte del Giudice di primo grado³⁰⁴, confermando, in ragione del carattere diffuso del potere giudiziario, la piena libertà da parte della Corte d'Appello di promuovere un conflitto, dato che, in virtù dell'effetto devolutivo dell'impugnazione, egli ha "rilevanti poteri di cognizione e di decisione e, quindi, ha il potere di porsi ogni questione non preclusa che ritenga rilevante ai fini del decidere"³⁰⁵. Per di più, l'inammissibilità del conflitto, comporterebbe per l'imputato una conseguenza paradossale, ovvero l'impossibilità di beneficiare degli effetti della delibera d'insindacabilità, che però discenderebbe non già dal controllo operato dal Giudice dei poteri, bensì dalla sola scelta del giudice di primo grado di ignorare esattamente il risultato dell'apprezzamento parlamentare³⁰⁶.

Un altro profilo interessante sul piano processuale riguarda la scelta della Corte di risolvere nel merito il conflitto nonostante la delibera oggetto di impugnativa fosse stata adottata da organo parlamentare cui il soggetto imputato nel processo non apparteneva all'epoca dei fatti. Per far ciò, il Giudice costituzionale ha voluto rivisitare quel proprio precedente indirizzo in forza del quale, nelle ipotesi di conflitto sollevato contro una deliberazione d'insindacabilità adottata dalla Camera cui il parlamentare apparteneva al momento della delibera, che era l'altra rispetto a quella di appartenenza al momento della manifestazione delle opinioni, il giudizio si risolveva nel senso dell'inammissibilità per carenza del requisito oggettivo, mancando appunto la valutazione dell'organo parlamentare in riferimento all'esternazione delle opinioni in contestazione.

Con la decisione [n. 110 del 2021](#), il Giudice costituzionale ha, invece, optato chiaramente per la soluzione nel merito del conflitto in ragione del "rilievo istituzionale da riconoscere a una deliberazione del Senato della Repubblica" e tale per cui, quand'anche la stessa delibera venisse adottata "in situazione di incompetenza", essa sarebbe comunque "idonea a radicare, in ogni caso, un conflitto tra poteri, che non può perciò esser ritenuto inammissibile ma deve essere deciso nel merito"³⁰⁷. A supporto di tale orientamento la Corte ha offerto il precedente della [sentenza n. 270 del 2002](#) nel quale, come visto in precedenza, pur a fronte di una delibera del Senato che ha coperto con l'insindacabilità comportamenti e opinioni risalenti a un periodo precedente l'assunzione della carica

³⁰³ È il caso di Gabriele Albertini, le cui opinioni risultavano espresse nell'ottobre del 2012, quando era ancora parlamentare europeo, visto che divenne senatore solo nel marzo 2013.

³⁰⁴ Secondo la difesa del Senato la Corte d'appello di Brescia non avrebbe potuto promuovere un conflitto «in relazione ad una delibera di insindacabilità non rispettata nel relativo processo, essendo paradossale che il potere giudiziario, che non ha appunto rispettato tale delibera, insorga pure contro il Senato che non reagisce contro la menomazione delle proprie attribuzioni». Di conseguenza, poiché il rapporto tra i poteri risulterebbe «ormai attestato su di un assetto diverso da quello generato dalla delibera di insindacabilità», l'interesse del giudice di secondo grado sorgerebbe soltanto qualora venisse sollevato conflitto da parte del potere legislativo «in relazione all'omessa ottemperanza alla dichiarazione di insindacabilità».

³⁰⁵ Corte cost., [sent. n. 110 del 2021](#), p. 3 del *Considerato in diritto*.

³⁰⁶ Ivi.

³⁰⁷ Corte cost., [sent. n. 110 del 2021](#), p. 4 del *Considerato in diritto*.

di parlamentare, il Giudice costituzionale aveva comunque deciso nel merito il conflitto. Occorre, tuttavia, evidenziare come nel precedente citato dalla Corte, a differenza del caso risolto con la [sentenza n. 110 del 2021](#), i “fatti” contestati, ed oggetto di un’unica delibera dell’organo parlamentare, fossero più di uno e spalmati su un arco temporale ampio tale per cui alcuni di essi, nello specifico alcune dichiarazioni rese in sede di Commissione d’inchiesta, erano certamente identificabili come opinioni espresse da chi aveva intanto assunto la carica di parlamentare. Non a caso, l’annullamento della delibera pronunciato nell’occasione dal Giudice costituzionale fu limitato ad alcune parti della stessa, esattamente quelle che si riferivano ai comportamenti compiuti prima dell’assunzione della carica di parlamentare.

Fatta questa precisazione, il principio sancito dalla Corte in occasione della decisione [n. 110 del 2021](#) non è di poco momento perché, solo pronunciandosi nel merito la Corte può censurare un esercizio illegittimo del potere parlamentare e confermare quanto, ai fini del conflitto tra poteri, prevalga, persino sulla natura di un atto formale, la risoluzione della questione relativa alla spettanza delle attribuzioni costituzionali³⁰⁸: la Corte ha voluto chiarire che in materia di insindacabilità *ex art. 68, comma 1 Cost.*, per poter l’organo parlamentare esercitare le proprie attribuzioni costituzionalmente garantite – e dunque in ipotesi bloccare l’esercizio del potere giurisdizionale superabile con il conflitto, deve essere l’organo di appartenenza del soggetto le cui opinioni sono in discussione al momento in cui le stesse sono state manifestate.

Dal principio affermato dalla Corte può forse sorgere solo qualche interrogativo circa la effettiva capacità lesiva del comportamento di un potere, poi tradottosi in un atto viziato da incompetenza, rispetto alle attribuzioni costituzionalmente garantite ad un altro potere. Interrogativi che sfiorano il tema ormai noto della residualità del conflitto³⁰⁹.

3. I conflitti *ex art. 68, commi 2 e 3 Cost.*

3.1. *Il conflitto sulla perquisizione del domicilio di un parlamentare: il caso risolto da Corte cost., sent. n. 58 del 2004.*

In riferimento ai conflitti *ex art. 68, comma 1*, si è già avuto modo di dire come la vicenda della perquisizione effettuata presso i locali di una delle sedi della Lega Nord nel settembre del 1996 abbia avuto il “suo” conflitto - oltre a quello “corollario”, originato dalle opinioni ingiuriose espresse in quell’occasione da alcuni parlamentari contro le forze di polizia, e risolto dalla Corte con la decisione [n. 137 del 2001](#)- ovvero quello relativo ai presupposti e alle modalità con cui quella perquisizione è stata effettuata. Solo che quest’ultimo, pur basandosi sulla vicenda principale, e sorto per contestare il fatto che la Procura della Repubblica avesse disposto ed eseguito la perquisizione di locali collocati all’interno della sede della Lega Nord di Milano nonostante fossero nella effettiva disponibilità del deputato Roberto Maroni, senza la previa autorizzazione da parte della Camera di appartenenza del

³⁰⁸ Così F. GIRELLI, *Solo ai membri del Parlamento*, cit., 1250, ha visto come conseguenza della decisione della Corte una sorta di “accentramento” del conflitto tra poteri.

³⁰⁹ S. GRASSI, *Immunità e giurisdizione nei conflitti costituzionali*, cit., 304-5, “il conflitto riguarda l’esercizio in concreto di un’attribuzione e può essere sollevato solo quando il potere che è impedito nello svolgimento delle sue funzioni lo ritenga indispensabile”. Sul tema in generale, v. recentemente A. PUGIOTTO, *La metamorfosi e tramonto della «residualità» nei conflitti tra poteri da atto legislativo*, in *Giur. cost.*, 1/2019, 501 ss. Se si vuole, vedi anche G. LANEVE, *I conflitti da atto legislativo e il potere giudiziario: note minime sullo state dell’arte*, in *Nuovi scenari per la giustizia costituzionale nazionale e sovranazionale in Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, [III](#), Consulta OnLine, Genova, 2020, 301 ss.

parlamentare, è stato sollevato a distanza di diverso tempo da quei fatti e addirittura successivamente alla risoluzione del conflitto “corollario”³¹⁰.

La circostanza per la cui la Corte ha ritenuto comunque ammissibile il conflitto è stata l’occasione – come fatto notare da attenta dottrina – per ribadire le peculiarità dell’istituto del conflitto tra poteri che, essendo strumento teso a rimuovere “ogni dubbio” sulla spettanza dell’attribuzione in contestazione, prescinde dal tempo intercorso tra evento presumibilmente lesivo e momento della proposizione del ricorso, dovendo invece preoccuparsi di verificare il permanere dell’interesse a ricorrere, in termini di attualità e concretezza: un interesse, appunto, che deve insistere sulla definitiva risoluzione circa la spettanza delle attribuzioni costituzionali, nel caso di specie, in contestazione³¹¹. Sta nella verifica sulla permanenza dell’interesse il discrimine fondamentale nel contemperamento di due distinte esigenze, la tutela della legalità costituzionale, anche a una certa distanza temporale dal fatto lesivo, e quella di evitare una incertezza istituzionale legata a un poco ortodosso ricorso allo strumento del conflitto tra poteri³¹².

Nel merito, il conflitto in questione ha presentato due ulteriori profili di interesse: il primo da ricondursi alla nozione piuttosto ampia di domicilio tutelata dalla Costituzione; il secondo, connesso al primo, concernente il particolare *modus operandi*, nel caso di specie, dell’autorità giudiziaria precedente al cospetto del Parlamento e delle prerogative a questo riconosciute *ex art. 68, comma 2 Cost.*

Il conflitto è sorto a seguito di uno sviluppo piuttosto inedito di una perquisizione domiciliare effettuata dalla polizia giudiziaria su ordine della Procura di Verona nei confronti di un privato cittadino³¹³. Una volta perquisita la sua abitazione, infatti, la polizia giudiziaria, acquisite dallo stesso alcune informazioni circa l’ubicazione di una certa documentazione, si recava presso i locali della sede della Lega Nord a Milano per perquisire anche quest’ultimi, non prima di aver avanzato richiesta al Procuratore della Repubblica, contattato telefonicamente, di un decreto di estensione della perquisizione, prontamente ottenuto.

Giunti presso la sede del partito, e superate le opposizioni dei presenti, tra i quali il deputato Roberto Maroni, la polizia giudiziaria entrava nell’edificio e all’ingresso del corridoio che avrebbe dovuto percorrere per raggiungere il locale da perquisire, si ritrovava davanti a una porta a vetri chiusa a chiave, sulla quale rinveniva un foglio di carta, fissato con nastro adesivo, recante, come dicitura, l’indicazione dell’ufficio dell’onorevole Maroni. A questo punto, il Procuratore della Repubblica di Verona, contattato nuovamente al telefono dal funzionario precedente, confermava l’ordine di procedere con la perquisizione, ritenendo che lo stesso foglio fosse un sotterfugio. Percorrendo il corridoio, la polizia giudiziaria trovò vari locali per poi giungere infine nella stanza identificata come quella nella disponibilità del cittadino il cui domicilio era stato oggetto della perquisizione iniziale

³¹⁰ I decreti di perquisizione e sequestro furono emessi dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Verona il 17 e il 18 settembre 1996, mentre il conflitto in oggetto è stato proposto con ricorso della Camera dei Deputati notificato il 16 luglio 2003, depositato in cancelleria il 17 successivo ed iscritto al n. 28 del registro conflitti 2003.

³¹¹ La Camera ha ricordato come, al momento della presentazione del ricorso, pendeva ancora un giudizio penale per i fatti commessi durante l’esecuzione della perquisizione. La Cassazione, peraltro, aveva rinviato la sua decisione proprio in attesa della decisione Corte costituzionale sul conflitto in oggetto. G. SALERNO, *Brevi considerazioni in tema di non spettanza del potere di «far eseguire» perquisizioni nella sfera domiciliare dei parlamentari*, in *Giur. cost.*, 1/2004, 692 ss., 692 ha visto, nella specificazione operata dalla Corte nella sent. [n. 58 del 2004](#) “una sorta di avvicinamento tra l’accertamento della condizione di ammissibilità in questione ed il controllo compiuto dalla Corte costituzionale sui requisiti di ammissibilità in sede di giudizio di legittimità costituzionale delle leggi”. Un’ulteriore testimonianza, secondo l’A. “del progressivo processo di avvicinamento delle tecniche e degli strumenti di decisione utilizzati dal giudice costituzionale nei suoi distinti ambiti funzionali: la rilevanza e la non manifesta infondatezza servono a verificare il permanere del dubbio di costituzionalità, così come l’interesse a ricorrere serve a verificare il permanere dell’interesse a rimuovere il dubbio ragionevolmente fondato sulla spettanza delle competenze in contestazione. Vedi anche P. VERONESI, *La Consulta vara il principio di leale collaborazione tra Ag e Parlamento*, in *D&G*, 1/2004, 76 ss.

³¹² G. SALERNO, *ult. cit.*, 695.

³¹³ Di lesione che “si evidenzia (...) in concreto, ossia con riguardo alla specifica progressione e alla fisionomia degli eventi”, parla P. VERONESI, *ult. op. cit.*, 78.

che, però, sulla porta aveva affisso un altro foglio di carta con la dicitura “Lega Nord - Segreteria politica - Ufficio dell’Onorevole Maroni”.

A seguito di questa successione di fatti, la Camera di appartenenza del deputato Maroni ha proposto un conflitto tra poteri per contestare all’autorità giudiziaria di aver effettuato una perquisizione all’interno di un domicilio di un suo componente senza la previa autorizzazione parlamentare prescritta, in siffatti casi, dall’art. 68, comma 2 Cost.

La Corte, con la sentenza [n. 58 del 2004](#), caratterizzata invero da una succinta motivazione, ha dato ragione all’organo parlamentare riconoscendo come proprio alla luce del fatto nuovo - consistente nell’essersi, la Procura innanzitutto e, di conseguenza, la polizia giudiziaria predisposte per perquisire un domicilio privato e ritrovate, in concreto, nella possibilità di effettuare una perquisizione in un domicilio nella disponibilità di un parlamentare - l’autorità giudiziaria avrebbe dovuto sospendere l’esecuzione della perquisizione e richiedere la preventiva autorizzazione³¹⁴. Comportandosi diversamente, essa ha posto le basi per un classico conflitto da interferenza³¹⁵.

Anche perché, come si anticipava, la Corte, nel definire il concetto di domicilio cui si àncora la prerogativa *ex art. 68, comma 2 Cost.*, ha rivolto lo sguardo verso quella nozione ampia e pluriforme ricompresa nell’art. 14 Cost., tesa a preservare non già solo l’abitazione o la residenza di ciascuno, ma insieme ad essi, tutti quei luoghi ove ognuno svolge in senso lato la propria vita privata, soddisfacendo dunque anche interessi culturali, di svago, professionali, spirituali, politici etc.³¹⁶. La prerogativa che tutela il domicilio (così inteso) del parlamentare è, peraltro, come si è preoccupata di sottolineare la Corte, funzionale alla “tutela dell’interesse del Parlamento al pieno dispiegamento della propria autonomia, esplicantesi anche nel libero esercizio del mandato parlamentare, rispetto agli altri poteri dello Stato. E una sede di partito ben può - come nella specie - ospitare il domicilio di un parlamentare”³¹⁷. La Corte ha, dunque, anche in questo caso operato una saldatura tra singolo membro delle Camere, intero organo e funzione di cui esso è portatore, predisponendo però in siffatta ipotesi, a differenza di quanto accade *ex art. 68, comma 1 Cost.*, che richiede un “nesso funzionale” tra opinione e funzione parlamentare, una tutela integrale degli spazi riservati che ciascun membro del Parlamento decide di utilizzare per svolgere appieno, e in libertà, il proprio mandato³¹⁸.

Il riconoscimento come domicilio protetto *ex art. 68, comma 2, Cost.* di un locale dove trova collocazione un’organizzazione partitica di cui un parlamentare ha la disponibilità a titolo privato, più che allargare, dagli *interna* agli *externa corporis*, l’autonomia delle Camere, sembra invero orientato a mantenere una più estesa trama costituzionale proprio in favore del libero svolgimento del mandato parlamentare³¹⁹.

In dottrina vi è chi ha intravisto in tale pronuncia alcuni segnali, nello specifico l’individuazione di comportamenti alternativi che l’autorità giudiziaria avrebbe potuto tenere per non determinare la lesione della prerogativa garantita *ex art. 68, comma 2 alla Camera*³²⁰, chiaramente indicativi del *favor* espresso dalla Corte nella direzione di una (sana) e leale collaborazione, ovvero di quell’idea che, essendo connaturata alla tipologia del conflitto da menomazione³²¹, deve sovrintendere anche i rapporti tra potere politico e potere giudiziario³²². Non c’è un’enunciazione del principio in astratto,

³¹⁴ Corte cost., sent. [n. 58 del 2004](#), p. 5 del *Considerato in diritto*.

³¹⁵ Così P. VERONESI, *ult. cit.*, 78. Vedi anche M. RUOTOLO, *Corte, giustizia, cit.*, 336-337.

³¹⁶ P. VERONESI, *ult. cit.*, 77. Si veda in tema, ampiamente, A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, I-II, Cedam, Padova, 1983-84, 213 ss.

³¹⁷ Corte cost., sent. [n. 58 del 2004](#), p. 3 del *Considerato in diritto*.

³¹⁸ Sulle differenze rispetto al nesso funzionale *ex art. 68, comma 1, Cost.*, cfr. P. VERONESI, *ult. cit.*, 76-77 e G. SALERNO, *ult. cit.*, 700-1.

³¹⁹ G. SALERNO, *ult. cit.*, 701.

³²⁰ Secondo la Corte, “l’autorità giudiziaria avrebbe dovuto sospendere l’esecuzione della perquisizione e chiedere alla Camera la necessaria autorizzazione; in alternativa (...) avrebbe potuto disporre gli accertamenti del caso, per eventualmente procedere contro chi quei cartelli aveva collocato”, p. 5 del *Considerato in diritto*.

³²¹ P. VERONESI, *ult. cit.*, 78.

³²² G. AZZARITI, *Politica e processi*, cit., 865.

ma opportunamente la Corte “lo disseziona (...) nei comportamenti in cui esso si traduce o si sarebbe dovuto tradurre nella vicenda”³²³.

3.2. *La natura problematica delle intercettazioni telefoniche.*

Un ulteriore, e parecchio scivoloso, terreno sul quale la Corte è dovuta intervenire a tutela della funzione parlamentare a seguito della riforma del 1993 che ha, per quanto visto, introdotto il meccanismo delle c.d. autorizzazioni *ad acta*, è stato quello relativo alle intercettazioni delle conversazioni e delle comunicazioni dei membri del Parlamento. Durante il dibattito parlamentare si disse che tale autorizzazione preventiva era necessaria per “coerenza normativa” posto che assoggettare ad autorizzazione preventiva le perquisizioni *ex comma 2* e non anche le intercettazioni sarebbe stato contraddittorio, attesa la maggiore capacità delle stesse, rispetto alle prime, di attentare alla libertà politica del Parlamento, in ragione della pluralità di soggetti che coinvolge (almeno due) e della durata nel tempo.

Sull'estrema delicatezza costituzionale nell'uso delle intercettazioni come strumento d'indagine non ci si può qui soffermare più di tanto. Basti solo ricordare le parole che il Giudice Oliver Wendell Holmes della Corte Suprema degli Stati Uniti scrisse nella sua *dissenting opinion* nel caso *Olmstead v. United States* del 1928: in questa occasione la Corte, non riconoscendo un autonomo diritto alla *privacy* distinto rispetto a quello di proprietà privata, sulla base del presupposto per cui non si poteva estendere il diritto di proprietà dal domicilio ai cavi telefonici, affermò la legittimità delle intercettazioni telefoniche alla stregua del Quarto Emendamento. Si è trattato, come rilevato dalla dottrina³²⁴, dell'espressione più rilevante e risonante di una tendenza giurisprudenziale illiberale e preoccupata di lasciare alle autorità preposte alla sicurezza la libertà di azione più ampia possibile nella lotta contro la criminalità. Ebbene, a fronte di una decisione a maggioranza, il Giudice Holmes disse che “It is desirable that criminals should be detected, and, to that end, that all available evidence should be used. It also is desirable that the Government should not itself foster and pay for other crime, when they are the means by which the evidence is to be obtained. If it pays its officers for having got evidence by crime I do not see why it may not as well pay them for getting it in the same way, and I can attach no importance to protestations of disapproval if it knowingly accepts and pays and announces that, in future it will pay for the fruits. We have to choose, and, for my part, I think it a less evil that some criminals should escape than that the Government should play an ignoble part (...) If the existing code does not permit district attorneys to have a hand in such dirty business, it does not permit the judge to allow such iniquities to succeed”. Certo, in questo caso come in quello *Kats v. United States* del 1967 in cui la Corte Suprema rovesciò il suo precedente, si trattava di intercettazioni effettuate senza la previa autorizzazione del giudice, quindi illegali, ma tanto basta per

³²³ P. VERONESI, *ult. cit.*, 78, dove l'A. ricorda come “Lo stesso avvocato della Camera, il Prof. Massimo Luciani, ne aveva evocato la sostanza, sottolineando come, nella fattispecie, non vi fosse stata alcuna ricerca di collaborazione tra Magistratura e camera d'appartenenza del deputato, e chiedendo appunto alla Corte di pronunciarsi sul modo di «stabilire il principio di leale collaborazione in casi di questo tipo» (cfr. le dichiarazioni riportate da *Il Giornale* del 22 gennaio 2004)”. Peraltro, già nella nota [sent. n. 379 del 1992](#), la Corte non diede una definizione del principio di leale collaborazione, preferendo lasciare piuttosto aperta e indefinita la fenomenologia ad esso sottesa, offrendo alcune indicazioni di pregio, qualche elemento di concretezza scandendone in qualche modo una certa proceduralizzazione: in tal ottica vanno visti i richiami alla coerenza e non contraddittorietà dei comportamenti in relazione alla specifica proposta da formulare e a pregresse proposte sullo stesso magistrato o sullo stesso incarico, al divieto di atteggiamenti dilatori o ambigui, all'obbligo di adeguata motivazione e di fornire la documentazione di riferimento, al rispetto dello schema dialogico (proposta-risposta, replica-controreplica), alla ragionevolezza dei tempi di conclusione. È così che la Corte ha confezionato quella ormai celebre affermazione per cui il concerto del Ministro della giustizia sulla proposta della Commissione per gli incarichi direttivi del Csm “implica un vincolo di metodo, non già di risultato”.

³²⁴ A. BALDASSARRE, *Privacy e Costituzione*, Bulzoni, Roma 1974, 90.

evidenziare la intrinseca problematicità dello strumento da qualcuno visto come fraudolento *tout court*, o perlomeno piuttosto insidioso³²⁵.

In gioco, peraltro, è la stessa inviolabilità della persona umana, che trova nella garanzia del poter comunicare con chi vuole in forma privata – e dunque in condizioni di segretezza – uno dei suoi tanti modi di essere³²⁶.

Proprio la Corte costituzionale, quasi cinquant'anni fa, in quello che ancora viene indicato come un *leading case*, nell'affermare quasi didascalicamente, ma con nettezza, che in forza dell'art. 15 Cost. la limitazione della libertà e segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione “può avvenire soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge”³²⁷, non si è fermata alla dimensione procedurale della garanzia, prevedendo la semplice riserva di giurisdizione, ma insistendo sulla peculiare conformazione del provvedimento giurisdizionale, che deve dar conto, con adeguata e specifica motivazione, dell'uso del potere riconosciutogli³²⁸, si è interessata altresì ai profili sostanziali della garanzia stessa³²⁹.

Non può tuttavia non considerarsi altresì come problematiche già ben avvertite durante il secolo scorso siano sottoposte a tensioni ulteriori in ragione della continua, e per certi versi inarrestabile, evoluzione tecnologia e digitale che proprio nel campo delle comunicazioni interpersonali offre una tale varietà e novità di strumenti e di dispositivi che le sfaccettature del problema legato alle intercettazioni restituiscono l'immagine di una raggiera sempre più fitta e complessa³³⁰, come peraltro dimostra l'acceso dibattito sorto a seguito della recente riforma sulle intercettazioni e dall'utilizzo di strumenti nuovi e sempre più invasivi (ad es., il *trojan*)³³¹.

³²⁵ Per la prima valutazione cfr. V. DI CIOLO – P. DI MUCCIO, *L'intercettazione telefonica e il diritto alla riservatezza*, Giuffrè, Milano, 1974. Per la seconda, *ex multis*, cfr. F. CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 1991.

³²⁶ Così recentemente, G.M. FLICK, «*Intercettazioni, qui si colpisce la base della nostra civiltà*». «*Guai a giocare sui diritti*», in *Cass. pen.*, 5/2020, 1806. Si veda anche G. SILVESTRI, *L'individuazione dei diritti della persona*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 29 ottobre 2018.

³²⁷ Il riferimento è alla Corte cost., sent. [n. 34 del 1973](#) dove si legge che “la disciplina (...) sulle intercettazioni telefoniche (...) non si pone in contrasto con l'art. 15 della Costituzione. Dal disposto di questo articolo, che espressamente enuncia la possibilità di limitazioni del diritto alla riservatezza delle comunicazioni telefoniche soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge, è dato inferire che il principio enunciato dal primo comma della norma costituzionale sarebbe gravemente compromesso se a carico dell'interessato potessero valere, come indizi o come prove, intercettazioni telefoniche assunte illegittimamente senza previa, motivata autorizzazione dell'autorità giudiziaria. Se ciò avvenisse, un diritto «riconosciuto e garantito» come inviolabile dalla Costituzione sarebbe davvero esposto a gravissima menomazione”. Sulla pronuncia, cfr. V. GREVI, *Insegnamenti, moniti e silenzi della Corte costituzionale in tema di intercettazioni telefoniche*, in *Giur. cost.*, 1973, 317 ss.

³²⁸ Il provvedimento motivato è stato, nella giurisprudenza successiva, definito “il livello minimo di garanzia prefigurato dal citato precetto costituzionale per la limitazione del diritto in questione, allo scopo di assicurare un equo contemperamento fra il diritto stesso e l'interesse alla prevenzione e alla repressione dei reati, oggetto anch'esso di protezione costituzionale”, così Corte cost., sent. [n. 320 del 2009](#).

³²⁹ Vedi P. COSTANZO, [Le intercettazioni delle comunicazioni interpersonali \(un vademecum costituzionale\)](#), in questa [Rivista](#), 2016/II, 232-3. Cfr. anche G. ILLUMINATI, *Libertà e segretezza della comunicazione*, in *Cass. pen.*, 11/2019, 3826 ss.

³³⁰ In tema cfr. P. LOGROSCINO, *Libertà di comunicazione e convergenza multimediale*, Cacucci, Bari 2008; C. CARUSO, *La libertà di espressione in azione. Contributo a una teoria costituzionale del discorso pubblico*, BUP, Bologna, 2013.

³³¹ Si veda, *ex multis*, G.M. FLICK, *ult. cit.*; F. RUGGIERI, *La nuova disciplina delle intercettazioni: alla ricerca di una lettura sistematica*, in *Proc. pen. e giust.*, 10/2020, 932 ss.; F. CAPRIOLI, *La procedura di filtro delle comunicazioni rilevanti nella legge di riforma della disciplina delle intercettazioni*, in *Cass. pen.*, 3/2020, 1384 ss.; P. SCHIATTONE, *Intercettazioni e captatore informativo nei più gravi delitti contro la pubblica amministrazione. Una nuova frontiera?* in *Riv. pen.*, 5/2019, 437 ss.; W. NOCERINO, *Le intercettazioni e i controlli preventivi sulle comunicazioni. Strumenti d'indagine a rischio di “infiltrazioni processuali”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2019, 881 ss. Sulla Riforma Orlando, cfr. G. GIOSTRA, *I nuovi equilibri tra diritto alla riservatezza e diritto di cronaca nella riformata disciplina delle intercettazioni*, *ivi*, 2/2018, 521 ss.

3.2.1. *Le intercettazioni che coinvolgono un parlamentare.*

Le criticità che aleggiano attorno allo strumento delle intercettazioni telefoniche in generale, tutte riconducibili ad una delicatissima operazione di bilanciamento tra il diritto alla riservatezza e la repressione dei reati, si accentuano nel caso in cui il soggetto le cui comunicazioni vengono intercettate sia un membro del Parlamento: qui, infatti, al piano della riservatezza si aggiunge la tutela della funzione parlamentare³³².

Come noto, alla disposizione *ex* comma 3 dell'art. 68 Cost., che ha previsto che per sottoporre i parlamentari ad intercettazioni, in qualsiasi forma, di conversazioni o comunicazioni (oltre che a sequestro di corrispondenza) sia necessario richiedere un'autorizzazione analoga a quella *ex* comma 2, e dunque alla Camera di appartenenza e in forma preventiva, è stata data attuazione con gli artt. 4-6 della legge n. 140 del 2003. Si tratta, in quest'ultimo caso, di disciplina che ha dato adito a diversi problemi interpretativi³³³, soprattutto in riferimento a quanto previsto dall'art. 6, e cioè le c.d. intercettazioni casuali: se, infatti, quelle c.d. dirette, ovvero quelle che l'autorità giudiziaria vuole predisporre al fine specifico di captare le conversazioni o le comunicazioni di un parlamentare, vanno preventivamente autorizzate dalla Camera di appartenenza (art. 4), e il giudice richiedente deve enunciare il fatto, indicare le norme di legge che si assumono violate e fornire alla Camera gli elementi su cui fonda il provvedimento (art. 5), ben più contorta è l'ipotesi disciplinata dall'art. 6, che riguarda intercettazioni di soggetti terzi alle quali abbiano preso parte membri del Parlamento. Qui, il comma 2 dell'art. 6 prescrive al giudice che “ritenga necessario utilizzare le intercettazioni o i tabulati” di richiedere l'autorizzazione, che in questo caso sarà necessariamente successiva essendo la comunicazione già stata captata, alla Camera di appartenenza; di inserire nella richiesta gli stessi elementi, (ovvero enunciazione del fatto, indicazione delle norme di legge violate e elementi su cui si fonda la richiesta); di allegare copia integrale delle registrazioni e dei tabulati di comunicazioni di cui chiede l'utilizzazione; prescrive altresì la distruzione immediata, e non oltre i dieci giorni, della documentazione delle intercettazioni in caso di autorizzazione negata. Distruzione che va decisa anche nel caso in cui il giudice non ritenga necessario utilizzare quella documentazione ai fini dell'indagine³³⁴.

3.2.2. *Lo snodo della sent. n. 390 del 2007.*

I profili legati alla compatibilità costituzionale di tale ultima disciplina, nella parte in cui è sembrata andare ben oltre lo steccato dell'art. 68, comma 3 Cost., non hanno dovuto attendere molto tempo per essere portati all'attenzione della Corte costituzionale. Un significativo punto di snodo, prima della più recente decisione [n. 38 del 2019](#) relativa al profilo circoscritto dei tabulati e sul quale torneremo più avanti, è stato segnato dalla “importante ed equilibrata” pronuncia [n. 390 del 2007](#), che ha sciolto alcuni (in verità non tutti) dubbi attraverso una approfondita ricostruzione della *ratio* delle immunità e, in particolare, dell'art. 68, comma 3, Cost³³⁵.

³³² Recentemente, in riferimento ai tabulati telefonici, la Corte ha parlato di “significati ulteriori laddove siano in questione le comunicazioni di un parlamentare. Non già perché la riservatezza del cittadino che è altresì parlamentare abbia un maggior valore, ma perché la pervasività del mezzo d'indagine in questione può tradursi in fonte di condizionamenti sul libero esercizio della funzione”, così Corte cost., sent. [n. 38 del 2019](#), p. 2.4 del *Considerato in diritto*.

³³³ Cfr. N. PIGNATELLI, *L'attuazione “deviata” della norma costituzionale: il caso delle intercettazioni “indirette” dei parlamentari e la legge n. 140 del 2003*, in [Costituzionalismo.it](#), 1/2004.

³³⁴ Sulla procedura seguita dai Regolamenti parlamentari, cfr. F. GIRELLI, *Le intercettazioni indirette delle comunicazioni dei parlamentari*, in [Osservatorio AIC](#), maggio 2014, in part. 3-4.

³³⁵ Di sentenza importante e equilibrata ha parlato N. ZANON, *Il regime delle intercettazioni “indirette” e “occasionalità” fra principio di parità di trattamento davanti alla giurisdizione e tutela della funzione parlamentare*, in [Federalismi.it](#), n. 23/2007, 1. Vedi sulla pronuncia anche L. SCIANELLA, *Le immunità parlamentari. Profili storici e*

In questa pronuncia, la Corte ha riconosciuto come la disciplina delle intercettazioni casuali prevista dal legislatore ordinario *ex art.* 6 della legge n. 140 del 2003, e dunque un'autorizzazione *a posteriori* da parte dell'organo parlamentare, non possa ritenersi riconducibile alla previsione dell'art. 68, comma 3, giacché la sola autorizzazione prevista nel testo costituzionale, ovvero quella preventiva, “postula un controllo sulla legittimità dell'atto da autorizzare, a prescindere dalla considerazione dei pregiudizi che la sua esecuzione può comportare al singolo parlamentare. Il bene protetto si identifica, infatti, con l'esigenza di assicurare il corretto esercizio del potere giurisdizionale nei confronti dei membri del Parlamento, e non con gli interessi sostanziali di questi ultimi (riservatezza, onore, libertà personale), in ipotesi pregiudicati dal compimento dell'atto; tali interessi trovano salvaguardia nei presidi, anche costituzionali, stabiliti per la generalità dei consociati”³³⁶. Il preventivo assenso della Camera non è finalizzato a salvaguardare la riservatezza delle comunicazioni del parlamentare in quanto tale, che invero trova già presidio nell'art. 15 Cost., quanto a “impedire che l'ascolto di colloqui riservati da parte dell'autorità giudiziaria possa essere indebitamente finalizzato ad incidere sullo svolgimento del mandato elettivo, divenendo fonte di condizionamenti e pressioni sulla libera esplicazione dell'attività”. Quindi, ancora una volta, l'obiettivo è la tutela della funzione parlamentare.

Come opportunamente osservato dalla Corte, l'ipotetico intento persecutorio in danno della funzione parlamentare è *a priori* escluso nel caso delle intercettazioni occasionali proprio dalla “accidentalità” dell'ingresso del parlamentare nell'area di ascolto. Accidentalità che, al contrario, difetta nell'ipotesi diversa in cui l'autorità giudiziaria voglia captare le comunicazioni del parlamentare *bypassando* le utenze a quest'ultimo intestate, sottoponendo a intercettazione quelle appartenenti formalmente a terzi, evidentemente coinvolti nell'attività d'indagine, e che si possa agevolmente presumere siano frequentate dal parlamentare stesso. In ipotesi siffatte, che identificano le intercettazioni c.d. indirette, l'autorizzazione preventiva va comunque richiesta atteso che “quello che conta – ai fini dell'operatività del regime dell'autorizzazione preventiva stabilito dall'art. 68, terzo comma, Cost. – non è la titolarità o la disponibilità dell'utenza captata, ma la direzione dell'atto d'indagine. Se quest'ultimo è volto, in concreto, ad accedere nella sfera delle comunicazioni del parlamentare, l'intercettazione non autorizzata è illegittima, a prescindere dal fatto che il

comparativi, Giappichelli, Torino, 185. Sulla pronuncia cfr. V. GREVI, *Sui limiti di utilizzabilità delle intercettazioni «indirette» (casuali e non casuali) operate nei confronti di un membro del Parlamento*, in *Giur. cost.*, 6/2007, 4385 ss.; T.F. GIUPPONI, *Le intercettazioni «indirette» nei confronti dei parlamentari: cronaca di un'illegittimità costituzionale (pre)annunciata*, in *Quad. cost.*, 1/2008, 147 ss.; G. GIOSTRA, *La disciplina delle intercettazioni fortuite del parlamentare è ormai una 'dead rule walking'*, in *Cass. pen.*, 1/2008, 57 ss.; M. CERASE, *Intercettazioni parlamentari: entra la Corte*, in *Il Foro it.*, I, 2008, 15 ss. Occorre ricordare la precedente sentenza della Corte n.163 del 2005, comunque piuttosto interlocutoria, sulla quale cfr. S.M. CICCONE, *Le intercettazioni indirette nei confronti di parlamentari*, in *Giur. it.*, 3/2006, 461 ss.; M. E. BUCALO, *La Corte Costituzionale sulle intercettazioni indirette: (solo) una lezione di ermeneutica*, in *Nuove Autonomie*, 4-5/2005, 713 ss. Vedi anche L. CIAURRO, *Funzioni parlamentari e ruolo del potere giudiziario nel quadro degli equilibri inter-istituzionali*, in E. Rossi, (a cura di), *Studi pisani sul Parlamento*, Pisa University Press, Pisa 2012, 35 ss.

³³⁶ Corte cost., sent. [n. 390 del 2007](#), p. 5.2 del *Considerato in diritto*. Si legge poco prima: “L'art. 68 Cost. mira a porre a riparo il parlamentare da illegittime interferenze giudiziarie sull'esercizio del suo mandato rappresentativo; a proteggerlo, cioè, dal rischio che strumenti investigativi di particolare invasività o atti coercitivi delle sue libertà fondamentali possano essere impiegati con scopi persecutori, di condizionamento, o comunque estranei alle effettive esigenze della giurisdizione. La necessità dell'autorizzazione viene meno, infatti, allorché la limitazione della libertà del parlamentare si connetta a titoli o situazioni – come l'esecuzione di una sentenza di condanna irrevocabile o la flagranza di un delitto per cui sia previsto l'arresto obbligatorio – che escludono, di per sé, la configurabilità delle accennate evenienze. Destinatari della tutela, in ogni caso, non sono i parlamentari *uti singuli*, ma le Assemblee nel loro complesso. Di esse si intende preservare la funzionalità, l'integrità di composizione (nel caso delle misure *de libertate*) e la piena autonomia decisionale, rispetto ad indebite invadenze del potere giudiziario (si veda, al riguardo, con riferimento alla perquisizione domiciliare, la sentenza [n. 58 del 2004](#)): il che spiega l'irrinunciabilità della garanzia (sentenza [n. 9 del 1970](#))”.

procedimento riguardi terzi o che le utenze sottoposte a controllo appartengano a terzi³³⁷. Tutte le volte, pertanto, in cui l'autorità giudiziaria individui in anticipo nel parlamentare il destinatario dell'attività di captazione, intercettandolo direttamente ovvero indirettamente tramite utenze di terzi abitualmente frequentate, deve richiedere l'autorizzazione preventiva alla Camera di appartenenza perché questa possa esercitare un controllo che si situa a livello dei rapporti tra i poteri, scongiurando cioè il rischio che il potere giudiziario agisca per fini volti a turbare la libertà del mandato parlamentare. Tutto ciò trova conferma, sempre a detta della Corte, nel dato testuale del comma 3 dell'art. 68, sia quando parla di "analoga autorizzazione", rispetto evidentemente a quella preventiva prevista *ex* comma 2 nel caso di perquisizione, sia nell'inciso relativo alle intercettazioni "in qualsiasi forma", che va riferito alle modalità tecniche di captazione e ai tipi di comunicazione intercettata e non già al carattere diretto o casuale della captazione stessa.

Ecco anche spiegato, indirettamente, perché l'autorizzazione di tipo successivo introdotta dal legislatore ordinario *ex* art. 6 della legge n. 140 non possa trovare fondamento nell'art. 68 comma 3: autorizzare da parte delle Camere, *a posteriori*, l'utilizzo processuale delle intercettazioni (già effettuate) c.d. casuali, non risponde alla *ratio* costituzionale dell'intervento parlamentare che, come detto, sta nella necessità di evitare indebite intrusioni del potere giudiziario nel libero esercizio del mandato parlamentare. Nel caso di autorizzazione *a posteriori*, il piano sul quale si troverebbe ad operare il sindacato parlamentare sarebbe, al contrario, del tutto diverso, insistendo infatti su una dimensione meramente infraprocessuale, nella quale la Camera, chiamata di fatto "a verificare la correttezza della successiva valutazione giudiziale circa la rilevanza processuale dei risultati dell'intercettazione", si vedrebbe "attribuito un potere di sindacato non sull'espletamento o meno del mezzo di ricerca della prova – com'è nella logica generale delle immunità previste dall'art. 68 Cost. – ma sulla gestione processuale di una prova già formata"³³⁸.

Affermata con decisione l'estraneità dall'alveo dell'art. 68, comma 3 Cost. della disciplina dell'autorizzazione *a posteriori* delle intercettazioni c.d. casuali introdotta dal legislatore ordinario, la Corte s'è chiesta se, ciò nonostante, la stessa potesse ritenersi "costituzionalmente consentita". Nel fornire questa risposta il Giudice delle leggi ha dovuto fare i conti con i limiti del *petitum* del giudice *a quo* che, piuttosto che contestare la legittimità costituzionale dell'intera disciplina delle intercettazioni casuali, si è soffermato sulla sola inutilizzabilità *erga omnes*, quindi verso i soggetti diversi rispetto al parlamentare, della documentazione frutto dell'attività di intercettazione già eseguita, conseguente all'eventuale diniego dell'autorizzazione successiva da parte della Camera di appartenenza del parlamentare fortuitamente intercettato. Fermo restando che è rimasto del tutto impregiudicato il profilo attinente l'inutilizzabilità nei confronti del parlamentare, che tuttavia è riconosciuto dalla Corte come problematico, atteso che comporterebbe una garanzia ulteriore rispetto a quelle predisposte dal legislatore costituzionale, la Corte ha rilevato agevolmente la disparità di trattamento davanti alla giurisdizione che il diniego all'utilizzabilità delle documentazione già captata, conseguente alla mancata autorizzazione successiva, comporterebbe tra i soggetti terzi, i quali si verrebbero a trovare in posizioni processuali diverse solo in ragione del fatto di aver (alcuni di loro) intrattenuto comunicazioni private con un parlamentare. Quasi che per alcuni soggetti, il semplice avere rapporti interpersonali con un parlamentare costituisca motivo per un'estensione nei loro confronti di garanzie del tutto estranee alla loro situazione soggettiva, con la conseguenza di

³³⁷ Corte cost., sent. [n. 390 del 2007](#), p. 5.3 del *Considerato in diritto*. In dottrina, è stato osservato come il fatto che questa estensione dell'intercettazione diretta, ovvero "tale lettura costituzionalmente orientata della disciplina legislativa relativa alle intercettazioni «indirette» (o legislativamente orientata della disciplina costituzionale...) sia coerente con l'impianto argomentativo di base della decisione della Corte, tutto incentrato sull'incompatibilità costituzionale di anomale forme di autorizzazione successiva, prive di quel collegamento con le finalità di tutela dell'autonomia parlamentare che rappresenta il fondamento costituzionale del regime delle relative immunità, è tutto da dimostrare. Come, infatti, individuare con certezza gli interlocutori abituali o meno del parlamentare?", così T.F. GIUPPONI, *ult. cit.*, 149.

³³⁸ Corte cost., sent. [n. 390 del 2007](#), p. 5.4 del *Considerato in diritto*.

collocarli, solo per questo, in una posizione processuale diversa rispetto a quei soggetti che non hanno tessuto quei rapporti³³⁹. Senza considerare, peraltro, che il mancato utilizzo di quelle stesse intercettazioni, più che un vantaggio nei confronti dei terzi, possa anche tradursi in uno svantaggio atteso che dalle intercettazioni possono anche risultare elementi a favore di quei soggetti. In definitiva, “ciò che rende contrastante il complesso di norme in esame non soltanto con il parametro dell'eguaglianza, ma anche con quello della razionalità intrinseca della scelta legislativa, è il fatto che – per neutralizzare gli effetti della diffusione delle conversazioni del parlamentare, casualmente intercettate – sia stato delineato un meccanismo integralmente e irrimediabilmente demolitorio, omettendo qualsiasi apprezzamento della posizione dei terzi, anch'essi coinvolti in quelle conversazioni”³⁴⁰.

3.2.3. I conflitti tra poteri sulle autorizzazioni delle intercettazioni e all'utilizzo dei tabulati del parlamentare.

Nonostante a seguito della pronuncia [n. 390 del 2007](#) la sorte dell'art. 6 della legge n. 140, e dunque dell'intera disciplina della intercettazioni casuali, apparisse irrimediabilmente segnata³⁴¹, essa non solo è ancora ben salda al suo posto ma pare addirittura aver ricevuto una qualche stabilizzazione proprio grazie alla giurisprudenza costituzionale successiva, anche a quella confezionata in sede di conflitto tra poteri³⁴².

E così quel *dietro front* emerso nei successivi giudizi di legittimità costituzionale³⁴³, avrebbe trovato un qualche riscontro anche nel conflitto risolto con la sentenza [n. 188 del 2010](#) in tema di utilizzazione dei tabulati telefonici che ha avuto origine da due autorizzazioni negate da parte del Senato nei confronti di due distinte richieste provenienti dall'autorità giudiziaria e relative, la prima, all'utilizzazione anche nei confronti di un parlamentare di tabulati relativi a utenze di un terzo, coinvolto insieme allo stesso parlamentare, in una indagine di favoreggiamento; la seconda, relativa alla richiesta volta, invece, ad ottenere l'acquisizione dei tabulati di tutte le utenze telefoniche in uso al senatore.

Ci si è trovati di fronte a un'attività investigativa particolarmente intrusiva visto che, come ha rilevato la Corte, “i tabulati consentono di apprendere e individuare non solo tutti i contatti con altre utenze e la loro collocazione temporale, ma – se si tratta di apparecchi mobili – anche il cosiddetto ‘tracciamento’, vale a dire le localizzazioni e gli spostamenti dei soggetti detentori dell'apparecchio. Il che, in caso di utenze nella disponibilità di un parlamentare, può aprire squarci di conoscenza sui suoi rapporti, specialmente istituzionali, di ampiezza ben maggiore rispetto alle esigenze di una

³³⁹ Sul tema delle inestensibilità delle prerogative, cfr. M. MIDIRI, *Autonomia costituzionale*, cit., 332-334.

³⁴⁰ Corte cost., sent. [n. 390 del 2007](#), p. 5.5 del *Considerato in diritto*.

³⁴¹ È stato difatti prontamente osservato come nelle argomentazioni della Corte vi fosse un implicito riconoscimento dell'incompatibilità costituzionale dell'intera disciplina delle intercettazioni indirette che attendeva solo una successiva occasione, poi in realtà non verificatasi, per manifestarsi, cfr. T.F. GIUPPONI, *ult. cit.*, 148. Vi è chi, a questo proposito, ha parlato di *dead rule walking*, così G. GIOSTRA, *La disciplina delle intercettazioni*, cit.

³⁴² Recentemente è stato ribadito che “anziché (...) effettuare l'annunciata demolizione della normativa (...) si è inteso piuttosto procedere ad un suo assestamento, così F. GIRELLI, *La “legittimità” della tutela dello spazio comunicativo del parlamentare*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 1/2020, 245.

³⁴³ Il riferimento è, in particolare, alle sentt. nn. [113](#) e [114](#) del 2010, nelle quali la posizione espressa nella sent. [n. 390](#) sarebbe stata addirittura smentita visto che la Corte, “anziché cancellare la norma, ha tracciato un perimetro molto attento dei parametri in base ai quali il giudice ordinario deve orientare la propria valutazione per qualificare le captazioni ‘dirette’”, così D. CARCANO, *Le immunità penali della politica. Aspetti processuali*, in G. Fumu – M. Volpi (a cura di), *Le immunità penali della politica*, Il Mulino, Bologna 2012, 221-2.

specifica indagine e riguardanti altri soggetti (in specie, altri parlamentari) per i quali opera e deve operare la medesima tutela dell'indipendenza e della libertà della funzione"³⁴⁴.

La questione della compatibilità costituzionale della riconduzione, per mano del legislatore, dei tabulati telefonici nell'alveo delle prerogative *ex art. 68, comma 3 Cost.*, senza che questo ne faccia espressamente menzione, è stata affrontata nello specifico dalla Corte, come accennato in precedenza, con la recente pronuncia [n. 38 del 2019](#), resa nel giudizio in via incidentale promosso da un giudice per il quale la naturale diversità tra il contenuto di una comunicazione e il documento da cui si traggono i dati esterni renderebbe illegittima la disposizione *ex art. 6, comma 2, legge n. 140 del 2013* che, invece, accomuna le due fattispecie richiedendo per entrambe l'autorizzazione alla Camera di appartenenza (con la sola differenza che per l'utilizzo dei tabulati, essa deve essere successiva). È una diversità che peraltro trova conferma nelle disposizioni del codice di procedura penale³⁴⁵ e che la stessa Corte, in suoi precedenti, non ha censurato³⁴⁶. Ma proprio la circostanza che tale diversità sia consacrata a livello legislativo è l'occasione che la Corte coglie per precisare che sono "le norme legislative a dover essere osservate alla luce della Costituzione, e non già quest'ultima alla stregua di ciò che stabilisce la disciplina legislativa (nella specie, quella processuale). Per questa essenziale ragione, non è consentito trarre, a partire dalle norme processuali in materia di intercettazioni e acquisizione di tabulati, alcuna definitiva conclusione quanto alla specifica disciplina costituzionalmente sancita, nella stessa materia, per i parlamentari, anche perché la disciplina del codice potrebbe mutare in futuro, proprio sugli aspetti qui rilevanti, e anche in direzione di un più omogeneo trattamento di intercettazioni e acquisizione di tabulati"³⁴⁷.

E così il Giudice delle leggi, peraltro richiamandosi più volte a quanto affermato dal Giudice dei conflitti proprio nella esaminanda [sent. 188 del 2010](#), ha affermando che "il duplice riferimento, nell'art. 68, terzo comma, Cost., a «conversazioni o comunicazioni», induce a ritenere che al contenuto di una conversazione o di una comunicazione, siano accostabili, e risultino perciò protetti dalla garanzia costituzionale, anche i dati puramente storici ed esteriori, in quanto essi stessi 'fatti comunicativi'. Del resto, il termine «comunicazioni» ha, tra i suoi comuni significati, quello di «contatto», «rapporto», «collegamento», evocando proprio i dati e le notizie che un tabulato telefonico è in grado di rilevare e rivelare"³⁴⁸. Ed allora, la previsione della necessaria autorizzazione

³⁴⁴ Corte cost., sent. [n. 188 del 2010](#), p. 4 del *Considerato in diritto*. In tema, cfr. V. DI CIOLO – L. CIAURRO, *Il diritto parlamentare nella teoria e nella pratica*, V ed., Giuffrè, Milano 2013; P. COSTANZO, *Le intercettazioni*, cit., 232, per il quale, "evidentemente, la garanzia costituzionale non è rimasta insensibile all'*appeal* della convergenza digitale...".

³⁴⁵ Solo il GIP, e solo in presenza di determinati reati (con limiti che sono stati resi via via più stringenti: artt. 266 e seguenti del codice di procedura penale), può autorizzare intercettazioni; per l'acquisizione dei tabulati, invece, si è sempre ritenuta sufficiente la richiesta del pubblico ministero con decreto *ex art. 256 cod. proc. pen.* (relativo al dovere di esibizione all'autorità giudiziaria di documenti riservati o segreti), come ha in seguito confermato, anche se con una disciplina più dettagliata, l'art. 132 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, intitolato «Codice in materia di protezione dei dati personali, recante disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento nazionale al regolamento (UE) n. 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE».

³⁴⁶ Il riferimento è alle sentt. Corte cost. nn. [281 del 1998](#) e [81 del 1993](#), che si sono fondate sulla considerazione dei diversi elementi di conoscenza alla cui acquisizione le due misure sono rispettivamente finalizzate e sulle differenti esigenze investigative che mirano a soddisfare. La stessa sent. [n. 38 del 2019](#), tuttavia, riconosce come già nell'appena citata [sentenza n. 81 del 1993](#) si sia rilevato che "gli stessi dati "esterni" di una conversazione conoscibili attraverso l'acquisizione dei tabulati telefonici – i soggetti fra i quali la comunicazione intercorre, la data e l'ora in cui essa avviene, la sua durata – devono beneficiare della garanzia che alla libertà e alla segretezza di ogni forma di comunicazione è assicurata dall'art. 15 Cost."

³⁴⁷ Corte cost., sent. [n. 38 del 2019](#), p. 2.3 del *Considerato in diritto*. Interessante è sottolineare come in sede di commento della sent. [n. 188 del 2010](#), c'è chi ha ravvisato nelle argomentazioni della Corte lo stesso "errore" che ora la stessa attribuisce al giudice a quo: e cioè una "*Inversionmethode*" per cui, in sede di conflitto, sarebbe stata la Costituzione ad essere interpretata alla luce della legge e non viceversa, così M. CERASE, *Anatomia critica delle immunità parlamentari italiane*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2011, 174.

³⁴⁸ Corte cost., sent. [n. 38 del 2019](#), p. 2.3 del *Considerato in diritto*. Sulla pronuncia, in senso critico, cfr. R. ORLANDI, *Tabulati telefonici e immunità parlamentare*, in *Giur. cost.*, 2/2019, 678 ss.; F. NICOLICCHIA, *La Consulta conferma la*

all'utilizzo costituisce "attuazione del pertinente trattamento richiesto dalla garanzia costituzionale", volta a "proteggere la libertà della funzione"³⁴⁹.

Tornando ora al conflitto risolto con la sent. [n. 188](#), la Corte, dopo aver affermato che il passaggio dal regime dell'autorizzazione a procedere a quello dell'autorizzazione *ad acta*, operato dalla revisione *ex art. 68 Cost.*, ha reso "palese" che solo tali atti sono idonei a incidere sulla libertà e l'indipendenza della funzione parlamentare, e che questi ultimi sono però suscettibili di sacrificio nei limiti in cui il compimento in concreto di taluno di essi (...) corrisponda alle specifiche esigenze procedurali e, in particolare, investigative", ne ha tratto la conseguenza per cui sta proprio nella "necessità" la condizione in presenza della quale il giudice può inoltrare la richiesta di autorizzazione, laddove voglia intercettare direttamente un parlamentare (il "quando occorre" *ex art. 4, comma 1*, va dunque interpretato in tal senso) ovvero utilizzare le intercettazioni o i tabulati nei quali casualmente sia confluita la comunicazione con il parlamentare³⁵⁰.

Una necessità la cui sussistenza è valutazione rimessa "indubbiamente" all'autorità giudiziaria, la quale tuttavia, proprio perché non può non bilanciare le sue esigenze investigative con la richiamata esigenza del "sacrificio minimo indispensabile" della libertà e indipendenza della funzione parlamentare, deve dare conto, in modo specifico e con motivazione non implausibile, del perché voglia procedere con quegli *acta*. Ed è su questa motivazione che l'organo parlamentare destinatario della richiesta di autorizzazione dovrà esercitare il proprio controllo di legalità costituzionale³⁵¹. In altri termini, spetta all'autorità giudiziaria indicare specificatamente gli elementi su cui la richiesta di autorizzazione si fonda e all'organo parlamentare valutare, in prima battuta, l'assenza del *fumus persecutionis* e quindi, in positivo, la presenza della affermata "necessità" dell'atto³⁵².

Alla luce di queste premesse, nel caso di specie la Corte ha rilevato un sostanziale difetto di motivazione in entrambe le richieste da parte dell'autorità giudiziaria, messo in evidenza nelle (e quindi causa delle) mancate autorizzazioni accordate dal Senato. Nella prima ipotesi, il Gip, piuttosto che rifarsi al criterio di necessità, ha ritenuto sufficiente evidenziare, rispetto al procedimento in oggetto, una più generica pertinenza dell'utilizzazione dei tabulati anche nei confronti del parlamentare, disattendendo così il precetto normativo. Pertinenza, in luogo della necessità, che, secondo il giudice ricorrente, si giustificerebbe sulla impossibilità di esprimere un giudizio *a priori* di necessità, attesa la natura muta del mezzo di prova in oggetto (i tabulati non forniscono i contenuti delle conversazioni ma solo dati estrinseci). La Corte non ha condiviso tale assunto sostenendo, intanto, che ogni valutazione di necessità è di per sé aprioristica rispetto ad un mezzo di prova, salva poi la conferma attraverso il concreto risultato probatorio, ma aggiungendo che quella valutazione è comunque sempre formulabile in relazione alla specifica attitudine probatoria dell'atto: in particolare, in tema di tabulati, alle utenze venute a contatto, alla qualità in entrata o uscita della chiamata, ai dati

legittimità dell'autorizzazione per acquisire i tabulati delle comunicazioni relative a parlamentari. Luce ed ombre della sentenza n. 38 del 2019, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2019, 1012 ss.

³⁴⁹ Corte cost., sent. [n. 38 del 2019](#), p. 2.4 del *Considerato in diritto*, che prosegue: "per questa ragione, la garanzia in esame può estendersi ad un atto investigativo idoneo a incidere sulla libertà di comunicazione del parlamentare, quale è certamente l'utilizzo, in quanto mezzo di prova in giudizio, di un tabulato telefonico". F. GIRELLI, *La "legittimità"*, cit., 254 sottolinea l'impellenza, avvertita dalla Corte, di "tutelare l'esplicazione della rappresentanza politica, che vive anche di relazione, comunicazione, scambio di contatti con altri parlamentari e non solo, in quanto il membro del Parlamento non è, né può essere, una monade, proprio perché chiamato a rappresentare la Nazione".

³⁵⁰ Conclusione agevolata dal dato testuale *ex art. 6, comma 2* (per cui il giudice delle indagini preliminari, "qualora ritenga necessario utilizzare le intercettazioni o i tabulati ...").

³⁵¹ D. PICCIONE, *Utilizzazione di tabulati telefonici nei confronti dei componenti delle Camere e potere di giudicare la «decisività» del mezzo di ricerca della prova per lo svolgimento delle indagini*, in *Giur. cost.*, 3/2010, 2236 ss., trova infatti condivisibile che "il percorso motivazionale alla base della richiesta (...) deve poter essere rivalutato da parte dell'istituzione parlamentare" ai fini della concessione o meno dell'autorizzazione, verificando i presupposti di legittimità costituzionale dell'utilizzo dei tabulati.

³⁵² Corte cost., sent. [n. 188 del 2010](#), p. 4 del *Considerato in diritto*. La Corte si poggia qui anche sul dato testuale *ex art. 5 e 6, comma 2*, della legge n. 140 del 2003.

temporali (compresa la durata) e, se si tratta di utenze mobili, alla localizzazione e agli spostamenti degli interlocutori³⁵³.

Parzialmente differente, e in qualche modo foriero di ulteriori problematiche nella stesura dei rapporti tra autorità giudiziaria e Camera di appartenenza, è lo scenario relativo al secondo conflitto: qui il Procuratore della Repubblica, pur affermando la *necessità* di acquisire i tabulati delle utenze (dirette) del parlamentare, addirittura riconosciuta come assoluta, non ha poi dato seguito in concreto, motivando adeguatamente tale requisito. Se il diniego dell'autorizzazione, riconosciuto come legittimo dalla Corte, si fonda anche in questo caso sulla carenza motivazionale³⁵⁴, gli argomenti portati a sostegno dalla difesa del Senato, e accolti dalla Corte, consentono di meglio inquadrare quanto sia complesso stabilire come deve interpretarsi quel requisito di necessità più volte richiamato.

Se per un verso, infatti, è vero che la Corte non ha aderito alla tesi espressa nella delibera del Senato, che aveva inteso la necessità dell'utilizzazione dei tabulati quale *decisività* rispetto al procedimento penale, riconoscendo come quello di necessità sia concetto più ampio e meno circoscritto del primo³⁵⁵, è anche vero che ha condiviso con l'organo parlamentare l'idea per cui proprio questa "necessità" possa essere meglio dedotta e apprezzata allorquando l'autorità giudiziaria si preoccupi di prospettare le ragioni per cui atti investigativi alternativi all'utilizzo dei tabulati si siano rilevati impraticabili, inefficaci o anche solo più difficili³⁵⁶.

Non si può non vedere come accogliere una simile tesi, e dunque ritenere che la rivalutazione sulla necessità da parte dell'organo parlamentare si possa estendere sino alla comparazione con altri atti d'indagine alternativi, senza per questo esorbitare dalle attribuzioni dell'organo politico, riduca sensibilmente lo spazio per l'autorità giudiziaria, di fatto quasi "costretta" a utilizzare i tabulati solo quando risulti l'unica strada percorribile, quindi una vera e propria *extrema ratio*³⁵⁷, ma, soprattutto, allarga i poteri di valutazione dell'organo politico, per di più su aspetti "tipici" dell'attività giudiziaria, ritrovandosi di fatto a compiere un vero e proprio scrutinio di secondo grado sulle valutazioni già effettuate dal giudice.

Ecco che allora, probabilmente, proprio quel requisito di necessità, e la stessa proceduralizzazione dei rapporti tra autorità giudiziaria e organo politico, vanno considerati in maniera meno rigida di quanto la stessa Corte è sembrata voler fare intendere in questa pronuncia che, come peraltro testimonia la sostituzione del Giudice redattore, ha scontato alcune incongruenze³⁵⁸.

L'impianto costruito nella pronuncia [n. 188 del 2010](#) è stato sostanzialmente confermato nella pronuncia [n. 74 del 2013](#), che ha risolto, questa volta in favore dell'autorità giudiziaria, un conflitto avente ad oggetto proprio l'utilizzo processuale di intercettazioni casualmente captate nei confronti di un parlamentare.

Il caso, piuttosto noto alle cronache, riguardava l'allora membro della Camera dei Deputati, Nicola Cosentino, nei confronti del quale, nel corso del procedimento penale che lo vedeva indagato per associazione esterna di tipo mafioso e voto di scambio, il Gip richiedeva alla Camera di appartenenza l'utilizzazione, appunto, di diverse comunicazioni casualmente allo stesso intercettate.

A fronte della complessità della questione, nonché del clamore mediatico suscitato, la Corte ha in un certo senso avuto "gioco facile" nel risolvere il conflitto sollevato, agevolata non poco da una delibera parlamentare alquanto "sopra le righe", dalla quale emergeva in modo piuttosto evidente quello "sfondo protezionistico" a difesa dell'organo politico che in alcune occasioni si è manifestato

³⁵³ Corte cost., sent. [n. 188 del 2010](#), p. 5 del *Considerato in diritto*.

³⁵⁴ Cfr. F. GIRELLI, *ult. cit.*, 13-14.

³⁵⁵ In tema, cfr. V. GREVI, *Tabulati telefonici e disciplina delle immunità processuali (art. 68, commi 2 e 3 Cost.) a tutela dei membri del Parlamento*, in *Cass. pen.*, 9/2010, 2970 in part.

³⁵⁶ Corte cost., sent. [n. 188 del 2010](#), p. 6 del *Considerato in diritto*.

³⁵⁷ Di vera e propria *probatio diabolica* parla D. PICCIONE, *ult. cit.*, 2239.

³⁵⁸ Lo rileva anche R. ROMBOLI, *Nota a Corte cost. 188/2010*, in *Foro it.*, I, 2010, 2319 ss. Si leggano ancora le osservazioni sul punto di D. PICCIONE, *ult. cit.*, 2240-2.

nella prassi parlamentare³⁵⁹. Piuttosto, infatti, che seguire la strada tracciata dalla stessa Corte nel precedente del 2010, e dunque escludere il *fumus persecutionis* e verificare che la richiesta fosse corredata dagli elementi probatori su cui si fondava e, soprattutto, il rispetto del criterio di necessità, in termini di non implausibilità, la Camera ha proposto un'interpretazione dell'art. 6 della legge n. 140 del 2003 a dir poco bizzarra, ovvero quella che vorrebbe la valutazione della Camera di appartenenza del parlamentare rimessa a criteri discrezionalmente scelti, di volta in volta rispetto alle specifiche circostanze, dallo stesso organo politico³⁶⁰. “Forte” di tale premessa, la Camera ha negato l'autorizzazione sulla base di canoni del tutto estemporanei e liberi: da un lato, ha ritenuto di non potersi discostare da una precedente sua delibera con la quale aveva negato l'autorizzazione, sempre nei confronti dello stesso parlamentare e per lo stesso procedimento, a eseguire un provvedimento di custodia cautelare, non conferendo le intercettazioni casualmente captate “profili di novità” alle risultanze dell'esame già svolto in precedenza; dall'altro, ha attribuito una discutibile rilevanza al fattore temporale, riconoscendo come il fatto che le intercettazioni captate fossero molto risalenti nel tempo avesse affievolito di parecchio la loro forza probatoria; ancora, è tornato, nonostante il netto rifiuto da parte della Corte nella [sent. n. 188](#), il criterio della decisività delle intercettazioni rispetto all'affermazione della responsabilità penale. Ma, probabilmente, il profilo più critico della delibera parlamentare sta nel fatto che in diversi momenti l'organo politico ha sconfinato in valutazioni di merito rispetto all'impianto accusatorio, arrivando persino a sostenere che le stesse intercettazioni casualmente captate non dovessero essere utilizzate perché contenenti “indicazioni contrarie” rispetto all'impianto accusatorio. Al di là della perplessità insita in una posizione di questo tipo, che dunque porterebbe ad escludere l'utilizzazione di documentazione potenzialmente utile per la difesa del parlamentare proprio per mano della Camera di appartenenza di quest'ultimo³⁶¹, è sul piano dei rapporti tra i poteri che essa si mostra problematica, visto che legittima l'organo parlamentare a entrare in ambiti tecnico-investigativi che dovrebbero restare nell'alveo dell'autorità giudiziaria.

A fronte di tale quadro, alla Corte, come si accennava in precedenza, è bastato richiamare l'*actio finium regundorum* realizzata nella [sent. n. 188 del 2010](#) e chiarire, quindi, che l'art. 6 della legge n. 140 del 2003 non assegna al Parlamento un potere di riesame di dati processuali già valutati dall'autorità giudiziaria, proprio al fine di evitare sovrapposizioni tra poteri. È, invero, sulla plausibilità o sulla sufficienza della motivazione addotta dal giudice che la Camera deve soffermarsi, apprezzando i requisiti di legalità costituzionale della richiesta e segnatamente il requisito della necessità, attraverso una valutazione, non già sostitutiva di quella effettuata dal giudice, ma volta a constatare la coerenza tra la richiesta e l'impianto accusatorio e, in particolare, che quella stessa necessità sia stata addotta in termini di non implausibilità³⁶².

Un ultimo conflitto da menzionare trae origine da un'altra vicenda, anch'essa molto nota e controversa, che negli ultimi anni ha rappresentato quasi plasticamente le disfunzioni di sistema che si generano a seguito di una certa contiguità tra magistratura e politica (il riferimento è al noto “caso Palamara” riguardante le modalità di scelta dei dirigenti degli uffici giudiziari da parte del Consiglio

³⁵⁹ V. GREVI, *Tabulati telefonici*, cit., 2974. Vedi C. GABRIELLI, *Una delibera parlamentare indifendibile, una censura inevitabile, un'occasione di chiarezza mancata*, in *Giur. cost.*, 2/2013, 113.

³⁶⁰ Nelle «considerazioni di metodo» formulate nella relazione presentata alla Presidenza della Camera dei deputati l'8 gennaio 2010 (doc. IV n. 6-A) ed approvata dall'Assemblea con la deliberazione del 22 settembre 2010 impugnata, la Giunta per le autorizzazioni afferma che l'art. 6, comma 2, della legge n. 140 del 2003 – nell'assegnare al Parlamento il potere di autorizzare l'utilizzazione delle conversazioni, cui abbia preso parte un suo membro, che risulti quindi indirettamente e casualmente intercettato – «non detta un criterio, ma rimette la concessione o il diniego dell'autorizzazione ad una decisione dell'Assemblea», la quale, quindi, «può scegliere il criterio e dimostrarne, secondo la propria elaborazione politica e concettuale, la ragionevolezza».

³⁶¹ Cfr. C. GABRIELLI, *ult. cit.*, 1117.

³⁶² Corte cost., [sent. n. 74 del 2013](#), punti 4.2 e 4.3 del *Considerato in diritto*. Per G. LEO, *Sulle condizioni per il rilascio dell'autorizzazione all'uso di intercettazioni «casuali» delle comunicazioni di un parlamentare*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 22 maggio 2013, questa coerenza diviene misuratore del carattere non “pretestuoso” della richiesta da parte dell'autorità giudiziaria.

superiore della Magistratura): nello specifico, a seguito di intercettazione effettuata nei confronti di un privato cittadino mediante l'utilizzo di un *trojan*, l'autorità giudiziaria veniva a conoscenza del fatto che ci sarebbe stata una riunione tra alcuni membri togati del Csm e alcuni esponenti politici (tra cui il deputato Cosimo Maria Ferri, magistrato collocato fuori ruolo proprio a causa del mandato parlamentare). L'autorità giudiziaria, pur consapevole della partecipazione a tale riunione di un deputato, procedeva ad intercettazione ambientale della stessa senza chiedere la preventiva autorizzazione alla Camera di appartenenza del deputato stesso.

La Corte costituzionale, con decisione [n. 129 del 2020](#) non è entrata nel merito della questione, risolvendola in sede di ammissibilità, atteso che il ricorso è stato proposto non già dalla Camera di appartenenza del parlamentare, quanto dal singolo deputato, il quale avrebbe, a suo dire, agito contro un atto, quale quel tipo di intercettazione, che avrebbe violato la "sfera di inviolabilità del singolo parlamentare e non dell'Assemblea nel suo complesso considerata".

La Corte ha colto l'occasione per ribadire la "qualità esclusivamente assembleare" della prerogativa *ex art. 68, comma 3 Cost.*, quale norma a garanzia dell'organo parlamentare e non del singolo membro, volta a preservare la funzionalità, l'integrità di composizione (nel caso delle misure *de libertate*) e la piena autonomia decisionale delle Assemblee, rispetto ad indebite invadenze del potere giudiziario³⁶³.

Per concludere – limitatamente al tema delle intercettazioni - non può non osservarsi come la ricostruzione dell'intera disciplina, tra revisione costituzionale, intervento del legislatore e disciplina codicistica, sconti necessariamente una moltitudine di criticità legate sostanzialmente alla necessità di bilanciare, per un verso l'esigenza di preservare a tutto tondo la sfera parlamentare, tenendo anche in considerazione quanto l'evoluzione tecnologica, esponenziale nell'ultimo decennio, sia in grado di ridefinire il concetto stesso di comunicazioni; dall'altro, quella di evitare che una eccessiva ridefinizione degli ambiti ascrivibili anche in via interpretativa all'art. 68, comma 3 Cost., e dunque alle garanzie *ivi* previste, possa ricalibrare le immunità costituzionali in favore dei parlamentari verso forme (neanche troppo occulte) di un privilegio.

Un ruolo, in tal senso, cruciale è rivestito proprio dalla Corte costituzionale che, come dimostra anche intervento del 2013, piuttosto che decretare il *de profundis* della disciplina della legge n. 140 del 2003, "annunciata" sin dal 2007, attraverso la costruzione di una fitta trama tra sindacato sulle leggi e conflitti tra poteri, ha voluto governare lo scenario apertosi a seguito della sentenza [n. 390 del 2007](#), mostrando a chiare lettere la sua posizione di arbitro tra politica e autorità giudiziaria, di mediatore dei conflitti in funzione dell'equilibrio tra i poteri³⁶⁴.

4. Il legittimo impedimento del parlamentare: il caso Previtì.

Diverso dalle ipotesi dei conflitti sin qui esaminati, seppur con questi in qualche modo confinante, è il c.d. "caso Previtì" che, nel sollevare numerose questioni, tanto sul piano strettamente processuale quanto su quello di merito, è stato non solo di grande impatto politico nei primissimi anni del Duemila, ma anche una palese dimostrazione delle criticità scaturite nella prassi dall'abolizione dell'autorizzazione a procedere operata con la legge cost. n. 3 del 1993³⁶⁵.

La questione dal punto di vista sostanziale ha riguardato sempre il rapporto tra libero esercizio della funzione parlamentare ed effettività della giurisdizione, ma in una declinazione diversa, appunto, da quella che si stava tipizzando, peraltro proprio in quegli anni, soprattutto con i conflitti *ex art. 68, comma 1*, perché essa ha riguardato la decisione dell'autorità giudiziaria di non rinviare

³⁶³ Corte cost., [ord. n. 129 del 2020](#).

³⁶⁴ È la tesi espressa in dottrina da F. GIRELLI, *Le intercettazioni indirette*, cit., in part. 17-20 e più recentemente ID., *La "legittimità"*, cit., 253-4.

³⁶⁵ E. MALFATTI, *Sui possibili esiti del conflitto promosso dalla Camera dei Deputati*, in R. Bin – G. Brunelli – A. Pugiotto – P. Veronesi (a cura di), *Il "caso Previtì"*, cit., 103.

ulteriormente l'udienza preliminare a carico dell'imputato Cesare Previti, sul presupposto per cui la partecipazione di quest'ultimo, in qualità di membro della Camera, alle sedute dei lavori parlamentari, non costituisse assoluto impedimento a comparire all'udienza stessa.

Per una migliore comprensione di una vicenda molto complessa può essere utile “spezzare” il caso Previti in due distinti tronconi, il primo composto dai conflitti sollevati direttamente dal deputato interessato – e dichiarati inammissibili dalla Corte con ord. [n. 101 del 2000](#)³⁶⁶ – e il secondo formato dal conflitto proposto dalla Camera di appartenenza, e dichiarato invece ammissibile con ord. [n. 102 del 2000](#)³⁶⁷.

Evidente dimostrazione del rilievo costituzionale assunto dall'intera vicenda è stato il nutrito dibattito maturato in sede dottrina già a partire dalla proposizione dei ricorsi e, dunque, prima delle relative pronunce in sede di deliberazione sull'ammissibilità da parte della Corte³⁶⁸.

4.1. I conflitti sollevati dal singolo parlamentare.

Partendo dal primo troncone, esso ha riproposto in termini piuttosto chiari il tema della configurabilità o meno del singolo parlamentare quale potere dello Stato, come tale legittimato alla sollevazione di un conflitto tra poteri, soprattutto alla luce di quello spazio aperto dalla Corte in occasione della nota ordinanza [n. 177 del 1998](#), ma mai definito, se non in negativo, cioè attraverso la netta esclusione della legittimazione nei conflitti *ex art. 68*, comma 1, Cost³⁶⁹.

Sul punto è noto come al tempo la dottrina si sia divisa tra coloro che, sottolineando in particolare la previsione *ex art. 37* della legge n. 87 del 1953, che subordina la possibilità per un organo di sollevare un conflitto alla capacità dello stesso di impegnare l'intero potere, e il rischio di (ulteriore) polverizzazione del concetto di potere dello Stato, hanno escluso *tout court* la legittimazione del singolo parlamentare³⁷⁰; e coloro che, al contrario, hanno delineato una “qualità rappresentativa” di quest'ultimo, la quale troverebbe sostanza nel complesso delle competenze e dei diritti previsti per lo stesso dalla Costituzione, già nella lettera della previsione *ex art. 67*, e dai regolamenti parlamentari, e che ben potrebbe declinarsi come tale al *singolare*, non potendo invero essere sempre riassorbibile organicisticamente dal *plenum* dell'Assemblea di appartenenza³⁷¹. Una tale conclusione si mostrava

³⁶⁶ Per le differenze tra i due ricorsi, cfr. N. ZANON, *Il “caso Previti”: conflitto tra poteri dello Stato o questione privata? Relazione introduttiva*, in R. Bin – G. Brunelli – A. Pugiotto – P. Veronesi (a cura di), *Il “caso Previti”*, cit., 17.

³⁶⁷ Sulle quali, cfr. N. ZANON, *Il caso Previti non è un conflitto tra poteri. Esigenze della giustizia e indipendenza del Parlamento*, in *D & G*, 15/2000, 48 ss.; G. BRUNELLI, «*Caso Previti*», *atto I: porte aperte alla Camera (e al Senato)*, *porta chiusa (ma non del tutto) al Deputato*, in *Giur. cost.*, 2/2000, 963 ss.

³⁶⁸ Il riferimento è ovviamente al noto volume di R. Bin – G. Brunelli – A. Pugiotto – P. Veronesi (a cura di), *Il “caso Previti”*, cit.

³⁶⁹ Occorre altresì osservare come alcuni in dottrina abbiano invitato a non enfatizzare l'inciso contenuto nell'ord. n. 177, trattandosi di un mero *obiter dictum*, così F. DONATI, *Tre brevi osservazioni sul “caso Previti”*, in R. Bin – G. Brunelli – A. Pugiotto – P. Veronesi (a cura di), *Il “caso Previti”*, cit., 81.

³⁷⁰ A. ANZON, *Ragioni di inammissibilità dei conflitti di attribuzione del “caso Previti”*, *ivi*, 26-27, osserva come trascurare questo requisito “rischia di svuotare di significato proprio la locuzione «poteri dello stato» *ex art. 134 Cost.*, con l'effetto di polverizzare impropriamente e a dismisura la categoria e di conferire ad una pluralità di organi statali il privilegio di avvalersi di un rimedio straordinario qual è un ricorso diretto alla Corte” (l'A. ritiene che, ammettendo il ricorso del singolo parlamentare, si dovrebbe anche per ipotesi ammettere ricorsi dei singoli giudici costituzionali, dei singoli membri del Csm e dei singoli Ministri oltre quello di Grazia e Giustizia); F. DONATI, *Tre brevi osservazioni*, cit., 82-83.

³⁷¹ È la nota posizione di N. ZANON, *Il “caso Previti”: conflitto*, cit., 8-9 che allarga il ragionamento richiamandosi alla natura storica e teorica dello stesso concetto di rappresentanza politica. Critica rispetto a tale posizione è A. ANZON, *ult. cit.*, 26, per la quale la nuova giurisprudenza in tema di applicazione dell'art. 68, comma 1, Cost., inauguratasi con le sentenze [10](#) e [11](#) del 2000, che ha condannato quella tendenza espansiva rintracciabile in alcune pronunce precedenti, è stata resa possibile “grazie al necessario riferimento alla più circoscritta e circoscrivibile funzione ‘parlamentare’, mentre per la più ampia funzione di ‘rappresentanza politica’ non esistono, e non possono esistere, altro che parametri di definizione vaghi e indeterminati che non forniscono adeguato appoggio a un'operazione del genere”.

anche funzionale a scongiurare il rischio di una tutela delle prerogative del singolo parlamentare affidata in via esclusiva a una decisione della maggioranza parlamentare³⁷². Una declinazione che troverebbe, in particolare, lo spazio proprio all'interno di quei conflitti tra poteri miranti a far valere le eventuali lesioni che il singolo parlamentare dovesse subire non già a seguito di comportamenti provenienti dall'esterno, quindi addebitabili ad altri poteri, quanto all'interno della stessa camera di appartenenza³⁷³.

Occorre osservare come il discorso sulla legittimazione alla sollevazione dei conflitti, e dunque anche quella del singolo parlamentare, rifugge sempre più, e le recentissime evoluzioni lo dimostrano, da ipotesi preconfezionate lungo le quali incasellare alcuni soggetti escludendone altri, essendo sempre più essenziale la ricerca del se vi siano nei poteri esercitati e nelle connessioni istituzionali createsi nella vicenda concreta, quei tratti di luogo costituzionale tale da caratterizzare il soggetto al punto di integrare l'ipotesi soggettiva del potere dello Stato³⁷⁴.

La Corte, come anticipato, ha dichiarato inammissibili i conflitti proposti direttamente dal deputato Previti, con una motivazione che, tuttavia, non si è incentrata sul profilo soggettivo, denunciandone l'eventuale carenza, quanto piuttosto su quello oggettivo³⁷⁵. Tale aspetto della decisione è sintomo di una duplice, importante, e convergente tendenza sul piano dei conflitti tra poteri: in primo luogo, quella di privilegiare il profilo oggettivo del conflitto, quello cioè che coinvolge il carattere costituzionale o meno delle attribuzioni in contestazione³⁷⁶, in luogo di quello soggettivo che, pertanto, vede sempre più perdere una propria autonomia "risolutiva"³⁷⁷, dovendo al contrario leggersi *con* il primo. Non è dunque il profilo soggettivo *a priori* che può determinare l'esistenza o meno del conflitto, quanto piuttosto una riconduzione del primo nel secondo, da farsi, e siamo alla seconda tendenza, in relazione allo specifico caso concreto sottoposto a giudizio³⁷⁸. La Corte, infatti, tende a preferire una decisione che si informi a criteri ritagliati sul caso concreto sottoposto al suo giudizio. È stato giustamente notato come la Corte in genere "non rileva la insussistenza in assoluto dei requisiti necessari per poter assumere la posizione di parte in sede conflittuale, ma si limita a farlo

³⁷² Ancora, N. ZANON, *ult. cit.*, 10. Sul punto, cfr. anche S. BARTOLE, *Al di là di contingenti ricorsi*, in R. Bin – G. Brunelli – A. Pugiotto – P. Veronesi (a cura di), *Il "caso Previti"*, cit., 34, il quale precisa che rifiutare la legittimazione al ricorso del singolo significa "accettare che al parlamentare resti preclusa ogni valutazione della sua posizione personale difforme da quella dell'assemblea, o meglio del suo ufficio di presidenza. E vi è ragione di dubitare dell'accettabilità di questa impostazione".

³⁷³ Come messo in evidenza da L. PESOLE, *Sulla legittimazione al conflitto del singolo parlamentare*, in R. Bin – G. Brunelli – A. Pugiotto – P. Veronesi (a cura di), *Il "caso Previti"*, cit., 145 ss., 149, "finché siamo di fronte a situazioni concernenti il singolo parlamentare, ma di fatto inerenti all'intera istituzione parlamentare, il compito di sollevare il conflitto contro quel potere dello Stato che ha violato la sfera parlamentare deve spettare alla camera di appartenenza". Secondo A. ANZON, *ult. cit.*, 28, ammettere in via di principio la legittimazione del singolo per poi limitarla ai soli conflitti contro la Camera di appartenenza è un ulteriore problema. Vedi anche R. BIN, *L'ultima fortezza*, cit., 142.

³⁷⁴ Così A. SAIITA, *Conflitti di attribuzione, poteri dello Stato*, cit., 331.

³⁷⁵ G. BRUNELLI, «Caso Previti», *atto I*, cit., 964-5. N. ZANON, *Il "caso Previti"*, cit., 6-7, ha giustamente osservato come nel caso di specie "non è argomentabile, o perlomeno non lo è con la stessa nettezza, l'esistenza di una sfera relazionale riservata a camera di appartenenza e autorità giudiziaria, con conseguente esclusione della presenza del singolo parlamentare dalla scena dei conflitti d'attribuzione. O meglio: per dichiarare inammissibili i ricorsi proposti personalmente (...) la Corte non avrebbe qui a disposizione la strada di ritenere carente il presupposto oggettivo del conflitto, a causa della eventuale mancanza di una delibera della camera, dal mancato rispetto della quale soltanto possa derivare la lesione".

³⁷⁶ Come osservato da A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano 1997, II, 172-3, se il conflitto è tra "poteri dello Stato", "significa che (...) entrambi gli organi confliggenti devono operare come tali; non sarebbe configurabile un conflitto ove la lesione delle competenze derivasse da un comportamento di organo anche costituzionale ma adottato nell'esercizio (...) di poteri non di livello costituzionale. Gli atti di quest'organo sarebbero, in tal caso, impugnabili nelle forme ordinarie".

³⁷⁷ R. TOSI, *I ricorsi del "caso Previti": tre tentativi di uso atipico del conflitto*, in R. Bin – G. Brunelli – A. Pugiotto – P. Veronesi (a cura di), *Il "caso Previti"*, cit., 221.

³⁷⁸ G. BRUNELLI, «Caso Previti», *atto I*, cit., 965. In tema, cfr. F. FABRIZZI, *La Corte costituzionale giudice dell'equilibrio*, cit.

con esclusivo riferimento al caso di specie”, mostrando in tal modo “un atteggiamento di estrema prudenza”, in forza del quale l’organo di giustizia costituzionale “non si sbilancia mai più di quanto dovuto al fine di verificare l’ammissibilità di quello specifico conflitto sottoposto in quel momento al suo giudizio”³⁷⁹.

L’insussistenza del profilo oggettivo, da cui è derivata l’inammissibilità dei conflitti proposti dal deputato Previti, è stata poggiata su una sorta di duplice, e ovviamente interrelata, deviazione dalla funzione propria del conflitto di attribuzioni operata dal ricorrente.

Prima di tutto, egli è ricorso al conflitto costituzionale per far valere non già la menomazione di un potere, quanto la lesione di un diritto (di difesa) che, come tale, avrebbe dovuto trovare la propria sede di tutela negli ordinari strumenti già previsti dal sistema giurisdizionale. Il conflitto, a ben guardare, si poneva tra l’esercizio di una funzione pubblica (il libero esercizio del mandato parlamentare) e l’esercizio di un diritto di libertà (quello di difesa): ma, come rilevato da autorevole dottrina, si trattava di conflitto innanzitutto “interiore”³⁸⁰, a sottolineare come esso coinvolgeva quella dimensione privata che non può trasformarsi in pubblica, addirittura sino al massimo livello del conflitto tra poteri, se non scontando un pesante salto logico³⁸¹, quello che avrebbe sottoposto al giudizio costituzionale interessi non omogenei, che invero appartenevano a campi diversi³⁸².

A fronte di una lesione che si stagliava sulla dimensione dei diritti, il conflitto tra poteri non poteva costituire uno strumento di tutela che fosse ulteriore rispetto a quelli già offerti dal sistema giurisdizionale, come peraltro ribadito nella sentenza di poco precedente [n. 359 del 1999](#). In caso contrario, sarebbe venuto in discussione il carattere della residualità che, anche al netto di casi in cui non ha mantenuto un’accezione unitaria³⁸³, è concetto cardine dei conflitti tra poteri³⁸⁴. Anche se, è opportuno farlo presente, parte della dottrina ha espresso dubbi su questo specifico profilo, osservando come rispetto a lesioni particolarmente gravi per il libero mandato parlamentare che dovessero provenire proprio da comportamenti dell’autorità giudiziaria, l’esclusione *a priori*, per ragioni teoriche, dello strumento del conflitto tra poteri, lasciando come unica tutela la via dei rimedi endoprocessuali, rischia di affidare la gestione definitiva delle garanzie di libertà costituzionalmente attribuite al parlamentare proprio a quel soggetto, l’autorità giudiziaria, che per quelle stesse garanzie rischia di costituire il maggior pericolo³⁸⁵.

Ad ulteriore dimostrazione della differenza di piani tra *ciò* che si lamentava da parte del ricorrente e la *sede* nella quale quella stessa lamentela veniva fatta valere sta la circostanza per cui l’intera

³⁷⁹ L. PESOLE, *ult. cit.*, 147.

³⁸⁰ Così N. ZANON, *ult. cit.*, 19.

³⁸¹ IBIDEM. L’A., pur ammettendo che a quella ‘determinazione privata’ il deputato vi è giunto non per scelta libera, bensì indotta dalla decisione dell’autorità giudiziaria di non concedere il rinvio delle udienze, non si convince del fatto che essa si traduca in una lesione delle attribuzioni costituzionali del singolo parlamentare (e/o della camera di appartenenza) piuttosto che in una semplice lesione di specifici diritti processuali rispetto ai quali l’ordinamento appresta gli opportuni rimedi, 20.

³⁸² Lo ha sottolineato bene A. RUGGERI, *Un conflitto inammissibile per l'impossibilità di "bilanciare" gli interessi evocati in campo (Nota minima a proposito del "caso Previti")*, in R. Bin – G. Brunelli – A. Pugiotto – P. Veronesi (a cura di), *Il "caso Previti"*, cit., 198, per il quale, proprio riferendosi alla violazione della dimensione dei diritti e a quella dei *munera*, osserva come “è del tutto evidente (...) quanto forzato risulti essere far scivolare e confluire l’una pretesa dall’uno all’altro ‘campo’, facendo cioè del primo un elemento caratterizzante la ‘sfera’ costituzionalmente menomata, sì da condizionare l’esercizio delle competenze che a quest’ultima fanno capo”.

³⁸³ G. BRUNELLI, *ult. cit.*, 966-67, e le sue riflessioni relative ai casi in cui i conflitti hanno avuto ad oggetto atti legislativi.

³⁸⁴ Vedi anche D. BIFULCO, *“Molto rumore per nulla”? Note a margine del “caso Previti”*, in *Corr. giur.*, 2/2002, 208 ss., in part. 209. Sulla residualità dei conflitti, cfr. *ex multis*, R. BIN, *L’ultima fortezza*, cit., 129 ss.

³⁸⁵ N. ZANON, *Il “caso Previti”: conflitto*, cit., 22, aggiunge: “non si tratta (...) di introdurre nei rapporti tra organi costituzionali una logica amico-nemico del tutto inopportuna”, quanto “di riportare la controversia al livello costituzionale che le compete” e “di non far finta di nulla, ignorando talvolta la realtà delle cose in nome di una sorta di irenismo costituzionale che non si esiterebbe a definire ipocrita”. L’A. chiosa affermando che “al di là dei singoli casi personali, poiché il Parlamento è il luogo del pluralismo, davvero la difesa delle garanzie di libertà dei parlamentari vale in generale e non ha affatto un segno politico particolare, se non quello della difesa delle libertà di tutti noi rappresentati”.

azione del deputato era in ogni caso informata alla volontà di fare emergere in maniera ancora più chiara l'abuso di potere e il *fumus persecutionis* che l'autorità giudiziaria avrebbe manifestato in via generale nei suoi confronti³⁸⁶.

4.2. *Il ricorso presentato dalla Camera di appartenenza.*

Un discorso diverso è da farsi, e la Corte lo ha fatto, in relazione al conflitto sollevato dalla Camera di appartenenza del deputato.

Qui, infatti, il livello del giudizio si sposta dal fatto specifico, il provvedimento del giudice che ha "impedito" al parlamentare di partecipare ai lavori, al piano dei principi, con l'affermazione contenuta nell'ordinanza del Gup per cui l'efficienza della giustizia è principio costituzionale prevalente su quello sotteso all'esercizio delle funzioni parlamentari: come rilevato dalla dottrina, si tratta di un piano molto delicato che attiene ai rapporti tra i due poteri e che non pare avere altra sede se non quella proprio del conflitto costituzionale³⁸⁷.

Il ricorso proposto dalla Camera ha fornito l'occasione per ulteriori spunti di riflessione. Innanzitutto, quello relativo all'interesse a ricorrere. Sul punto, infatti, occorre precisare la circostanza, non certo secondaria, per cui il deputato Previti scelse poi di prendere parte proprio a quelle sedute parlamentari che erano dallo stesso state invocate come legittimo impedimento a comparire alle udienze *ex art. 486 c.p.p.*, esercitando peraltro nelle stesse il diritto di voto. La circostanza è certamente di rilievo anche per i ricorsi proposti dal singolo parlamentare, ma il fatto che tale partecipazione fosse già intervenuta, e dunque ben nota, al momento del deposito del ricorso da parte dell'organo parlamentare, a differenza di quanto avvenuto per i ricorsi *uti singulus*³⁸⁸, fa preferire la trattazione del punto in riferimento al primo.

La dottrina anche in questo caso si è divisa tra chi proprio in questa scelta – a prescindere dalle ragioni che l'hanno sostenuta – ha visto il definitivo venir meno dell'interesse dell'organo camerale ricorrente, giacché quella lesione delle attribuzioni costituzionali della Camera stessa, per un certo periodo di tempo potenziale, proprio con la scelta del parlamentare non si è poi realizzata in concreto, con conseguente inammissibilità del conflitto proposto che, tradizionalmente, non può ridursi a un parere consultivo offerto dalla Corte³⁸⁹; e chi, al contrario, pur consapevole di questa specifica natura del conflitto, ha escluso che la sola circostanza dell'esercizio del diritto di voto in aula da parte del parlamentare abbia eliminato l'oggettiva incertezza sulle condizioni alle quali gli impegni parlamentari giustificano l'allegazione di un impedimento assoluto³⁹⁰.

³⁸⁶ Per R. ROMBOLI, *Tre ricorsi inammissibili*, in R. Bin – G. Brunelli – A. Pugiotto – P. Veronesi (a cura di), *Il "caso Previti"*, cit., 185, sotto il profilo oggettivo i ricorsi presentati dal deputato Previti sono evidentemente inammissibili. Secondo P. VERONESI, *Tre ricorsi intrecciati: alla ricerca del "bandolo della matassa"*, *ivi*, 232, evidenzia come la Corte non abbia gli strumenti per far fronte a tali censure nei confronti dell'autorità giudiziaria: denunce di tal tipo possono invero trovare sede in un procedimento di ricasazione ovvero in un giudizio di tipo disciplinare rivolto al magistrato. Vedi anche A. ANZON, *Ragioni*, cit., 30. R. BIN, *Un esperimento mentale*, in R. Bin – G. Brunelli – A. Pugiotto – P. Veronesi (a cura di), *Il "caso Previti"*, cit., 37 ss., 39 parla di un ricorrente che "la butta in politica", con un *petitum* che "sembra diretto alla direzione di un giornale, non alla Corte costituzionale".

³⁸⁷ R. BIN, *ult. cit.*, 39-40.

³⁸⁸ Il ricorso della Camera è depositato in data 19 novembre 1999, quelli del deputato Previti rispettivamente in data 17 settembre e 5 ottobre 1999. Vedi sul punto N. ZANON, *ult. cit.*, 15.

³⁸⁹ Molto netto A. SAITTA, *Alcune considerazioni in tema di ammissibilità dei ricorsi per conflitto di attribuzione proposti dall'on. Previti e dalla Camera dei Deputati*, in R. Bin – G. Brunelli – A. Pugiotto – P. Veronesi (a cura di), *Il "caso Previti"*, cit., spec. 209-210, ripreso poi da A. RUGGERI, *ult. cit.*, 202, per il quale "nessun dubbio può aversi (...) a riguardo del fatto che le pronunzie (...) non costituiscono dei pareri *pro veritate* emessi dalla Corte e valevoli unicamente per il futuro, privi pertanto di effetti giuridici nei riguardi della sfera di competenze dei 'poteri' in conflitto". Vedi anche D. BIFULCO, *op. cit.*, 210.

³⁹⁰ N. ZANON, *ult. cit.*, 16-17, ripreso poi da L. PESOLE, *ult. cit.*, 153. A queste posizioni va aggiunta quella di A. ANZON, *ult. cit.*, 30-31 che, pur non negando in via di principio l'interesse della Camera, si chiede se per radicare il

La Corte, ritenendo ammissibile questo conflitto con l'ord. [n. 102 del 2000](#), si è avvicinata più a quest'ultima indicazione della dottrina, accogliendo altresì implicitamente la lettura proposta dal ricorso della Camera, in base alla quale il comportamento del deputato, e dunque la sua scelta in favore dell'impegno parlamentare in luogo della comparizione in udienza, astrattamente idoneo a far venir meno l'interesse, abbia rappresentato una circostanza del tutto estranea ai poteri in conflitto, che nel ricorso in questione erano (solo) la Camera e il Giudice: una determinazione del tutto personale, se non anche accidentale, del deputato, come si legge nel ricorso della Camera, che non ha intaccato il principio contenuto nell'ordinanza del giudice, quello per il quale gli impegni parlamentari non possono mai costituire un impedimento assoluto a comparire in udienza. Principio che segna una delimitazione dei confini tra le attribuzioni costituzionali del potere legislativo e di quello giudiziario, che ben può dar vita a una controversia costituzionale³⁹¹. Il conflitto, secondo la Corte, è talmente incardinato sul livello dei rapporti tra poteri – legislativo e giudiziario – e, come tale, prescinde dai comportamenti del singolo deputato - al punto che può dirsi che non sia (più) il caso-Previti³⁹² - da richiedere il coinvolgimento dell'intero potere legislativo attraverso l'estensione, secondo anche quanto prospettato in dottrina³⁹³ e in linea con alcuni precedenti, del contraddittorio al Senato che, proprio da quella affermazione di principio contenuta nell'ordinanza del giudice, avrebbe potuto essere pregiudicato in futuro.

Il coinvolgimento del Senato, e il dibattito svoltosi in sede di Giunta delle elezioni e delle immunità allorché è stata proposta la costituzione dello stesso in giudizio, è stata occasione per sottolineare un ulteriore profilo di interesse posto da questa fattispecie conflittuale, e sul quale denso è stato il dibattito in sede dottrina: ci si riferisce alla possibilità, proposta dalla Camera ricorrente, di differenziare sul piano assiologico, dando luogo pertanto anche ad una sorta di gerarchizzazione, le attività inerenti la funzione parlamentare.

Il ricorso della Camera dei Deputati, infatti, si distingue da quelli avanzati dal singolo deputato anche perché ha offerto alla Corte una soluzione, frutto – a detta della stessa difesa dell'organo parlamentare - di un bilanciamento/contemperamento tra gli interessi costituzionali in gioco, l'efficienza del processo da un lato e l'autonomia, indipendenza e funzionalità delle istituzioni parlamentari dall'altro, in forza del quale solo una specifica attività parlamentare, quella che si

conflitto sia o meno sufficiente “la mera affermazione generica e generale, attribuita al giudice, della necessaria indiscriminata prevalenza delle esigenze dell'efficiente svolgimento del giudizio su quelle dell'esercizio della funzione parlamentare, oppure se, a tal fine, non sia piuttosto necessario verificare l'esistenza di una concreta lesione”, commisurando tale affermazione alla situazione dei singoli casi di specie cui si riferiscono i provvedimenti giurisdizionali impugnati. L'A., sul punto, osserva che il rinvio chiesto dal deputato Previti sembrerebbe motivato sempre e solo per partecipare a “discussioni” e non già a votazioni, circostanza che ben potrebbe far supporre l'astrattezza del problema prospettato dalla Camera alla Corte.

³⁹¹ R. BIN, *Un esperimento mentale*, cit., 39, riconosce che la Camera ricorre per una questione che è di per sé astratta, perché prescinde dai fatti processuali dai quali il ricorso di Previti non è invece riuscito ad emergere. L'origine del conflitto, secondo l'A., “non sta nel provvedimento del giudice che ha ‘impedito’ al deputato di recarsi in Parlamento, quanto nell'affermazione di principio (...) contenuta nell'ordinanza del g.u.p., per cui l'efficienza della giustizia è un principio costituzionale che prevale su ‘altre esigenze’, tra cui quelle dell'esercizio delle funzioni parlamentari, 40. Vi è chi, cfr. G. BRUNELLI, “*Caso Previti*”, *atto I*, cit., 967-8, nell'ammissibilità del conflitto proposto dalla Camera, ha visto una “perfetta coerenza” della Corte proprio per quel che riguarda il profilo dell'interesse a ricorrere, venendo il Giudice costituzionale chiamato non già ad un mero parere consultivo, su astratte ipotesi, bensì a dirimere una situazione di incertezza circa la delimitazione delle sfere di attribuzioni costituzionali, determinata da un principio chiaro affermato nell'atto giurisdizionale e, come tale, potenzialmente lesivo del potere legislativo. Secondo D. BIFULCO, *op. cit.*, 210, l'agganciare l'interesse all'affermazione di principio rende “problematico capire i parametri in base ai quali il giudice costituzionale ha ritenuto la sussistenza dell'interesse a ricorrere (...) e il problema non si risolve neppure facendo coincidere l'interesse a ricorrere con il più ampio concetto di interesse al processo, spesso utilizzato dalla Corte quale condizione dell'azione, parametro volto a valutare l'esistenza di un interesse concreto ed attuale alla decisione, principalmente nei conflitti interorganici”.

³⁹² Così M.C. CABIDDU, «Ceci n'est pas l'arrêt Previti», *o del surrealismo costituzionale*, in *Giur. cost.*, 4/2001, 2005 ss., 2008.

³⁹³ N. ZANON, *ult. cit.*, 17. Ancora G. BRUNELLI, *ult. cit.*, 968.

sostanza nell'esercizio del diritto di voto, costituirebbe per i parlamentari impedimento assoluto, e dunque legittimo, a comparire alle udienze³⁹⁴.

Soluzione, quest'ultima, che, pur essendo la risultante di una raffinata ricostruzione e di una abilissima strategia processuale³⁹⁵, non è stata esente da critiche che per lo più si sono sviluppate su due piani distinti: da una parte, quello proprio delle attività parlamentari, dall'altro, quello dell'ammissibilità stessa del conflitto. Riguardo al primo, si è evidenziato, in una prospettiva più ampia e generale, l'unitarietà della funzione parlamentare, come tale sottratta a qualsivoglia forma di frammentazione³⁹⁶, e in una più specifica, la debolezza di una ricostruzione che di fatto ha posto una soluzione di continuità lungo il filo che lega il momento del voto a tutte quelle attività, *in primis* la discussione parlamentare, che del primo costituiscono un *prius* logico-funzionale³⁹⁷. Al punto che vi è chi ha visto nella proposta della Camera non già un bilanciamento, bensì “una presa di posizione molto impegnativa in ordine alla differenza sostanziale della natura giuridica e del valore costituzionale delle diverse attività compiute dall'Assemblea parlamentare e dai suoi organi interni”³⁹⁸. Quanto al secondo piano, il profilo analizzato è stato ancora quello dell'interesse a ricorrere: il fatto che il parlamentare nel caso di specie avesse optato per la partecipazione ai lavori parlamentari, esercitando altresì il diritto di voto, avrebbe acquistato un peso ulteriore proprio alla luce di questa priorità assegnata dalla stessa Camera al momento del voto, determinando il venir meno dell'interesse (anche) di quest'ultima³⁹⁹.

³⁹⁴ Il ricorso chiede alla Corte di dichiarare che non spetta al g.u.p. stabilire che non costituisce legittimo impedimento assoluto alla partecipazione del deputato alle udienze penali il diritto-dovere di questi di assolvere il mandato parlamentare attraverso la partecipazione a votazioni in Assemblea.

³⁹⁵ Come riconosciuto, tra gli altri, da A. RUGGERI, *Un conflitto inammissibile*, cit., 199-200.

³⁹⁶ Sottolinea con forza questo aspetto, ricollegandosi peraltro alla stessa giurisprudenza costituzionale, G. BRUNELLI, *Sull'impossibilità di “frammentare” la funzione parlamentare*, in R. Bin – G. Brunelli – A. Pugiotto – P. Veronesi (a cura di), *Il “caso Previti”*, 48 che ricorda come vi sia un ampio spettro di atti che concorrono, “nel loro complesso ad identificare la funzione parlamentare (...) e che proprio per questo non sono suscettibili – se non ai fini di classificazione e di studio – di considerazione separata e, soprattutto, di impropria ‘gerarchizzazione’. Del resto”, continua l'A., “il carattere necessariamente unitario della funzione parlamentare è strettamente connesso ai profili di fondo della moderna rappresentanza politica, che si estrinseca *in primis* nell'azione nell'interesse del rappresentato e nella responsabilità del rappresentante, e che trova proprio nella capacità di quest'ultimo di reagire rapidamente alle situazioni ed ai problemi che si presentano incessantemente, utilizzando tutti i diversi strumenti dell'attività parlamentare, la garanzia dell'efficienza dell'organo rappresentativo nel suo complesso”.

³⁹⁷ Secondo M. MANETTI, *Conflitto tra poteri e galateo costituzionale*, in R. Bin – G. Brunelli – A. Pugiotto – P. Veronesi (a cura di), *Il “caso Previti”*, cit., 113 ss., 118, la partecipazione alla discussione, oltre a non potersi scindere dal voto, è “addirittura più importante della partecipazione al voto, perché arricchisce gli elementi di giudizio a disposizione dell'Assemblea, e può in concreto convincere della bontà di una certa posizione, influenzando in definitiva sull'esito della votazione”; R. BIN, *Un esperimento*, cit., 41, per il quale “il voto non è che il momento conclusivo e di verifica della discussione: ed è proprio in questa che la presenza del parlamentare può acquistare il massimo del suo significato, come apporto di idee e di argomentazioni che possono influenzare in modo decisivo lo schieramento finale”; vedi anche A. RUGGERI, *ult. cit.*, 200; *Contra*, cfr. A. CARIOLA, *Il diritto di difesa del deputato inquisito*, in R. Bin – G. Brunelli – A. Pugiotto – P. Veronesi (a cura di), *Il “caso Previti”*, 59, per il quale l'esperienza parlamentare degli ultimi anni, in regime di maggioritario, conferma in un certo senso che quella della votazione rappresenta “l'attività essenziale del parlamentare, in quanto essa sola concorre in maniera determinante alla formazione della deliberazione camerale” trovando invero la discussione una caratterizzazione significativa ma non decisiva nella presenza di procedimenti legislativi ‘blindati’.

³⁹⁸ A. SAITTA, *Alcune considerazioni*, cit., 211.

³⁹⁹ In particolare, cfr. D. BIFULCO, *“Molto rumore”*, cit., 214, che insiste sul fatto per cui il vero problema di questo conflitto non sta nella decisione [n. 225 del 2001](#), quanto nell'ordinanza di ammissibilità dello stesso. L'A. richiama, seppur non completamente, le considerazioni di A. RUGGERI, *Un conflitto inammissibile*, cit., 203-4, il quale ha osservato che “se ci si pensa (...) l'iniziativa processuale del parlamentare e quella dell'assemblea cui egli appartiene, sotto il profilo assiologico-oggettivo, lungi dal sorreggersi l'un l'altra, si elidono a vicenda, poggiando su presupposti reciprocamente confliggenti: quella del primo, potendo essere avanzata contro l'autorità giudiziaria (...) unicamente alla condizione della mancata partecipazione al processo, accompagnata dalla partecipazione ai lavori parlamentari (la qual cosa, tuttavia, rende privo di fondamento il concorrente ricorso della Camera); quella dell'altra, di contro, giustificandosi proprio nel caso opposto della rinuncia da parte del parlamentare ai lavori dell'assemblea cui appartiene, motivata con l'esigenza di

4.3. La soluzione del conflitto: la decisione [n. 225 del 2001](#).

Nonostante la complessità e la diversità delle questioni poste dal conflitto in esame, la decisione che lo ha risolto si è presentata tutto sommato piuttosto snella.

Il primo profilo affrontato dalla Corte ha riguardato l'ammissibilità dell'intervento in giudizio spiegato dal deputato Previti, che è stata negata sulla base del riconoscimento di una sorta di estraneità ad ampio raggio del singolo deputato rispetto all'area di interesse del conflitto⁴⁰⁰. Per un verso, infatti, il piano delle lamentele azionabili dal singolo parlamentare non attiene al livello delle competenze tra attribuzioni costituzionali, ma a quello, ben diverso, come messo già in evidenza nelle ragioni che hanno condotto a dichiarare inammissibili i conflitti dallo stesso proposti con [l'ord. n. 101](#), delle questioni endoprocessuali, rispetto alle quali rimane del tutto impregiudicata la possibilità di adottare i relativi strumenti di tutela⁴⁰¹. Per un altro - e qui il punto acquista una maggiore problematicità - la Corte non ha ritenuto la situazione soggettiva del singolo parlamentare così dipendente dall'esito del conflitto da legittimare una qualche rappresentazione all'interno del giudizio, secondo uno schema che solo poco tempo prima, nella nota pronuncia [n. 76 del 2001](#), aveva consentito, nell'ambito di un conflitto Stato-Regione originato da un atto giurisdizionale, l'intervento della parte civile del relativo procedimento⁴⁰².

Proprio il fatto di considerare il singolo parlamentare, o meglio la sua situazione soggettiva, nel confronto con quella coinvolta nel conflitto costituzionale - e cioè la sfera di attribuzioni del Parlamento e dell'autorità giurisdizionale - alla stregua di un qualsiasi soggetto privato ha suscitato non poche perplessità. Al di là, infatti, del riconoscimento o meno quale potere dello stato, è l'indubbio rilievo pubblico della funzione esercitata dal singolo parlamentare, per di più nel caso di specie comunque incidente *sulla* (e dipendente *dalla*) vicenda istituzionale oggetto del conflitto, che avrebbe potuto far considerare utile per lo stesso giudice costituzionale, nell'ottica di un contraddittorio il più completo possibile, l'apporto della rappresentazione dell'intera vicenda da parte del parlamentare. Una tale circostanza non avrebbe peraltro costituito un precedente capace di esporre la Corte stessa al rischio di un accesso indiscriminato e privo di criteri chiari⁴⁰³.

Venendo alla soluzione nel merito, la Corte si è preoccupata sin da subito di chiarire che il conflitto che era stata chiamata a dirimere non aveva nulla a che fare con l'ambito delle prerogative dei membri del Parlamento e, dunque, con ipotesi derogatorie rispetto alla disciplina ordinaria cui si informa lo svolgimento dell'attività giurisdizionale secondo le comuni regole processuali: il fatto che l'imputato

assistere al processo (nella qual evenienza, però, si dimostra (...) insensato il ricorso contro il giudice presentato iure proprio dal parlamentare).”

⁴⁰⁰ Cfr. G. BRUNELLI, “*Caso Previti*”: *ultimo atto (del conflitto)*, in *Giur. cost.*, 4/2001, 2018.

⁴⁰¹ Corte cost., sent. [n. 225 del 2001](#), p. 2 del *Considerato in diritto*: “Le posizioni giuridiche protette dell'interveniente nella sua qualità di imputato nei procedimenti penali sopra ricordati e di destinatario delle ordinanze impugnate, e i correlati diritti di impugnazione e di difesa, restano sempre suscettibili di essere fatti valere con gli ordinari strumenti processuali: né su di essi potrebbero fondarsi domande proposte con lo strumento del conflitto di attribuzioni, come ritenuto da questa Corte allorché dichiarò in limine inammissibili, per questa ragione, due ricorsi per conflitto promossi dallo stesso deputato Previti nei confronti del Giudice per l'udienza preliminare del Tribunale di Milano, in relazione ad asseriti abusi di potere di cui egli si riteneva vittima (ordinanza [n. 101 del 2000](#))”.

⁴⁰² Corte cost., sent. [n. 76 del 2001](#).

⁴⁰³ In tal senso, forte il richiamo di M. D'AMICO, *Legittimazione del singolo parlamentare o intervento nel giudizio?* in R. Bin – G. Brunelli – A. Pugiotto – P. Veronesi (a cura di), *Il “caso Previti”*, 79-80, dove sottolinea come “la posizione del parlamentare si giustifica sulla base del tipo di conflitto e in ragione della completezza della rappresentazione della vicenda istituzionale per lo stesso giudice costituzionale”; vedi anche G. BRUNELLI, *ult. cit.*, 2018-9, dove interessante è quanto affermato dall'A. allorché dice che “la qualificazione del parlamentare quale «potere dello Stato» non è necessariamente pregiudiziale all'ammissibilità del suo intervento in giudizio: questi potrebbe intervenire in quanto titolare di una pubblica funzione, interessato alla soluzione di una controversia costituzionale inevitabilmente destinata a ripercuotersi sulla sua sfera di competenza”.

fosse anche parlamentare, infatti, non ha comportato alcuna deviazione dalla disciplina applicabile per ciascun imputato, dal momento che non si versava in quelle ipotesi tassativamente previste dal riformato art. 68 Cost. e per le quali la qualifica di parlamentare comporta una disciplina derogatoria (insindacabilità e autorizzazione della Camera di appartenenza in caso di misure restrittive della libertà personale o della libertà e della segretezza della corrispondenza e delle comunicazioni).

Una volta sgombrato il campo da ipotesi speciali e derogatorie, e chiarito che il terreno era quello dell'ordinario esercizio della funzione giurisdizionale all'interno di un processo penale, la Corte ha precisato che il suo ruolo non poteva consistere nello stabilire i corretti criteri interpretativi delle regole processuali (comuni) né, pertanto, quali impedimenti legittimi possano assurgere al carattere di assolutezza, essendo invero tutte queste operazioni rimesse all'autorità giurisdizionale. Come sintetizzato dalla dottrina: "ai giudici il compito (*esclusivo*) di interpretare-applicare il diritto vigente, bilanciando le esigenze (fondamentali) dei poteri coinvolti nel caso che devono decidere; alla Corte l'onere di valutare - se richiesto in un conflitto - la 'tenuta' del punto di equilibrio fissato dai primi"⁴⁰⁴.

Compito del Giudice costituzionale, in sede di conflitto, è quello di stabilire se il giudice, cui compete la conduzione del procedimento, nell'esercizio di queste funzioni abbia menomato le attribuzioni della Camera ricorrente.

La risposta positiva fornita dalla Corte, e dunque la lesione delle attribuzioni dell'organo parlamentare e l'accoglimento del ricorso sono derivate dalla circostanza per cui il giudice, pur mostrandosi nel corso del procedimento più volte consapevole della speciale rilevanza dell'attività parlamentare, come tale suscettibile anche di dar luogo a una impossibilità assoluta di comparire alle udienze di un procedimento giurisdizionale, al punto che in ragione dell'esercizio di quel tipo di attività aveva disposto in precedenza diversi rinvii, con le ordinanze impugnate non solo cambiava orientamento, ma stabiliva in via di principio, come tale applicabile prescindendo da una puntuale e specifica verifica di ogni singola situazione, la prevalenza assoluta delle esigenze della funzione giurisdizionale su quelle dell'attività parlamentare⁴⁰⁵. Un tale giudizio, tuttavia, non poteva considerarsi frutto di un bilanciamento tra interessi costituzionali di pari rango giacché ha comportato, in via di principio e dunque sempre, un completo sacrificio dell'uno, l'attività parlamentare, al cospetto dell'altro, la funzione giurisdizionale. Questa modalità di esercizio del *suo* potere da parte del giudice, al di là della contraddittorietà rispetto a valutazioni precedenti, ha concretato una lesione delle attribuzioni costituzionali dell'istituzione parlamentare, "il cui rispetto esige che ogni altro potere, allorquando agisca nel campo suo proprio e nell'esercizio delle sue competenze, tenga conto non solo delle esigenze della attività di propria pertinenza, ma anche degli interessi, costituzionalmente tutelati, di altri poteri, che vengano in considerazione ai fini dell'applicazione delle regole comuni"⁴⁰⁶.

In definitiva, la Corte ha contestato al giudice proprio l'affermazione aprioristica, peraltro priva di adeguata motivazione, di un principio che prevede l'assoluta prevalenza di un interesse costituzionale su un altro di pari rango, e dunque l'aver agito senza tener conto delle esigenze degli altri poteri, nel caso di specie quello dell'istituzione parlamentare⁴⁰⁷.

⁴⁰⁴ P. VERONESI, *Il «caso Cito»: funzione parlamentare e giurisdizione (ancora) in conflitto*, in *Giur. cost.*, 2/2002, 991.

⁴⁰⁵ Corte cost., sent. [n. 225 del 2001](#), al p. 5 del *Considerato in diritto*, si legge: "il vizio dei provvedimenti in questione (...) è dimostrato, in particolare, dalla circostanza che il Giudice dell'udienza preliminare, dopo avere emanato le due motivate ordinanze (relative a due diversi procedimenti) in data 17 e 20 settembre 1999, ha ripetutamente confermato lo stesso deliberato, senza nuova autonoma motivazione, in occasione di udienze e di istanze di rinvio successive, così mostrando che le sue decisioni non si sono sostanziate in un apprezzamento specifico della situazione, in relazione alle istanze via via presentate, ma sono piuttosto il frutto di una presa di posizione generale, fondata sull'affermata prevalenza delle esigenze del giudizio su quelle dell'attività parlamentare".

⁴⁰⁶ Corte cost., sent. [n. 225 del 2001](#), p. 5 del *Considerato in diritto*.

⁴⁰⁷ Secondo alcuni, tuttavia, per far fronte a uno sbilanciamento, quello operato dal giudice penale in favore della giurisdizione, la Corte effettua un altro sbilanciamento, uguale e contrario, quello in favore dell'istituzione parlamentare,

Parte della dottrina ha visto in questo argomentare della Corte un giudizio sull'interpretazione (errata) fornita dal giudice rispetto a norme processuali e, pertanto, un operare sul piano degli *errores in iudicando*, terreno tradizionalmente estraneo all'ambito dei conflitti tra poteri, che invece è quello nel quale al potere giurisdizionale può contestarsi una carenza o un abuso del potere stesso⁴⁰⁸.

A tale lettura se n'è contrapposta, tuttavia, un'altra la quale ha sottolineato come l'intervento del Giudice costituzionale si sia limitato a sindacare la modalità di esercizio del potere giurisdizionale, secondo lo schema tipico dei conflitti da menomazione, al solo ed esclusivo fine di accertare la sussistenza della lamentata compressione della sfera di attribuzioni costituzionali dell'altrui potere, e non già per sanzionare nel merito un errore interpretativo del giudice⁴⁰⁹. Con una precisazione importante, che può essere persino dirimente in ordine alla configurabilità del conflitto costituzionale: nel caso di specie, il rischio paventato, e relativo alla possibilità che il conflitto tra poteri potesse mutarsi in un ulteriore e improprio mezzo di impugnazione, era privo del presupposto a monte, dal momento che il soggetto ricorrente, la Camera dei Deputati, come messo in evidenza nella stessa memoria difensiva, non era (né poteva mai essere) parte del giudizio (penale) dal quale ha tratto origine il conflitto stesso. Di talché, lo stesso organo parlamentare, al fine di tutelare le proprie attribuzioni costituzionali, non aveva altro strumento che il conflitto tra poteri, mettendo in atto uno schema pienamente conforme a quella residualità tipica dell'istituto⁴¹⁰.

Proprio il richiamo alla necessità di “tener conto” da parte di un potere delle esigenze anche degli altri poteri, ha costituito un'enunciazione di quel principio di leale collaborazione che, ormai in qualche modo consolidatosi nella giurisprudenza costituzionale⁴¹¹, ha trovato proprio nella parte finale della motivazione della Corte un sua possibile declinazione: il Giudice costituzionale, infatti, ha offerto in conclusione una soluzione in termini di bilanciamento e contemperamento tra esigenze processuali e attività parlamentare, attraverso una calendarizzazione delle udienze che, sfruttando le note modalità di programmazione dei lavori parlamentari, potesse tener conto, appunto, delle date già occupate, procedendo all'individuazione di altre onde evitare la concomitanza tra i rispettivi impegni⁴¹².

“e questa volta in senso davvero assoluto e irrimediabile”, così M.C. CABIDDU, *op. cit.*, 2007. Sulla stessa lunghezza d'onda vedi D. BIFULCO, *op. cit.*, 213, per la quale il (non) bilanciamento operato dalla Camera, quello di anteporre aprioristicamente il valore dell'indipendenza ed autonomia delle Camere all'effettività della giurisdizione, e non censurato dalla Corte, è del tutto identico (al contrario) a quello operato dal giudice.

⁴⁰⁸ Molto risoluta sul punto è ancora M.C. CABIDDU, *ult. cit.*, 2010-11, secondo la quale proprio il fatto per cui è stata la stessa Corte a dire che per l'imputato onorevole non è prevista una disciplina speciale e derogatoria, valendo invero le comuni regole processuali, dimostra come la decisione del conflitto si sia risolta in un'imposizione di “una certa interpretazione della disposizione processuale: una crasi tra conflitti di attribuzione e sindacato di legittimità che conferma (...) come oggetto del conflitto fosse «una legittima attività di interpretazione da parte del giudice milanese (...)» e non la carenza o l'uso aberrante del potere giurisdizionale”. Vedi, anche se in termini più ipotetici, anche perché frutto di riflessione precedente la stessa ammissibilità del conflitto, A. ANZON, *ult. op. cit.*, 29-30. Cfr. anche D. BIFULCO, *op. cit.*, 210; T.F. GIUPPONI, *I «legittimi impedimenti» del parlamentare imputato, tra leale collaborazione e deroghe allo stato di diritto*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2001; A. MORRONE, *Il «privilegio» dell'imputato parlamentare*, *ivi*.

⁴⁰⁹ G. BRUNELLI, «Caso Previtì», *cit.*, 2015. Sulla stessa linea, pur riferendosi al successivo caso “Cito”, ma con argomentazioni del tutto valide anche per il caso Previtì, P. VERONESI, *Il «caso Cito»*, *cit.*, per il quale non si è di fronte a un nuovo mezzo di gravame, bensì a “una vera emergenza costituzionale”, 989-90, auspicando la ricorrente non già un sindacato sul merito delle valutazioni giurisdizionali contestate, quanto “l'attenta rivisitazione dell'iter logico seguito dai diversi giudici sulla specifica quaestio controversa”, enucleando, “puntigliosamente”, “le incongruità che ritiene di riscontrare nelle argomentazioni da questi adottate”. Solo in tal modo la Corte “può effettivamente verificare se (...) un atto del potere giudiziario rientri effettivamente tra quelli adottabili da quest'ultimo ovvero si configuri come ‘abnorme’, e quindi niente affatto corrispondente ai modelli delineati dall'ordinamento”.

⁴¹⁰ G. BRUNELLI, *ult. cit.*, 2015-2016.

⁴¹¹ Sul principio di leale collaborazione quale declinazione di quello di divisione dei poteri, cfr. R. BIN, *Il principio di leale cooperazione nei rapporti tra poteri*, in *Riv. dir. cost.*, 2001, 7.

⁴¹² Corte cost., sent. [n. 225 del 2001](#), p. 6 del *Considerato in diritto*: “in linea di principio, non sarebbe impossibile adattare i calendari delle udienze, preventivamente stabiliti e discussi con le parti, in modo da tener conto di prospettati impegni parlamentari concomitanti dell'imputato. È ben noto, infatti, che vi sono giorni della settimana (di massima,

Prima di concludere sul c.d. caso Previti, sono necessarie due ulteriori riflessioni che muovono dalla decisione della Corte.

Una prima riguarda la natura delle funzioni parlamentari, e si ricollega direttamente alla “proposta” di bilanciamento offerta dalla Camera ricorrente, l’altra concerne invece più in generale gli effetti della decisione.

Quanto al primo punto, la Corte, pur riconoscendo alcuni meriti alla ricostruzione avanzata dalla difesa della Camera, in particolare sul significato dell’attività di voto nell’ambito parlamentare, ha respinto la sua assolutezza e, accogliendo invece quella ben diversa sostenuta negli atti difensivi del Senato, ha optato per una lettura unitaria della funzione parlamentare, come tale non scindibile in attività distinguibili sul piano assiologico e in base alle quali solo alcune, appunto le (sole) votazioni, potrebbero ritenersi le uniche in grado di qualificare l’impedimento a comparire del membro del parlamento come assoluto e legittimo⁴¹³. Si tratta di una presa di posizione che, oltre che sul piano sostanziale, e dunque sulla definizione in concreto dei contorni dei poteri degli organi costituzionali, nello specifico quelli del parlamento, ha una sua valenza per quel che concerne l’approccio che la Corte ha voluto preferire nella soluzione dei conflitti costituzionali: un approccio flessibile e prudente, che rifiuta l’acquisizione in astratto di un principio – il ritenere appunto le votazioni attività *diverse* dalle altre e dunque capaci, a quel punto sempre, di attribuire all’impedimento il carattere dell’assolutezza - da applicare in maniera rigida e al di là delle peculiari circostanze del caso. Al contrario, proprio queste ultime, nel porre alla Corte quale giudice dei conflitti una irripetibile situazione relazionale tra i poteri, conservano un loro peso specifico nella soluzione della controversia costituzionale⁴¹⁴.

4.4. *I casi Maticena e Cito.*

I principi costruiti ed affermati nella sentenza [n. 225 del 2001](#) sono stati utilizzati poi dalla Corte per risolvere il secondo caso di c.d. legittimo impedimento con cui si è dovuta confrontare, ovvero quello riguardante il deputato Maticena, deciso con la sentenza [n. 263 del 2003](#). Si è trattato di una fattispecie che non ha offerto spunti di particolare rilievo rispetto al precedente soprattutto per quel che concerne il merito della decisione. Infatti, nel caso di specie, la Corte di Assise di Reggio Calabria, chiamata a celebrare la prima udienza del processo, a fronte del legittimo impedimento eccepito dall’imputato-deputato, suffragato da un telegramma del Presidente della Camera dei deputati che attestava inequivocabilmente la concomitanza di “lavori parlamentari» nella stessa data, nulla ha fatto in concreto per bilanciare i due interessi, quello *del* processo e quello *della* Camera, se non limitarsi a osservare che non era stato specificato se il deputato avrebbe effettivamente partecipato ai lavori o se la sua presenza fosse “indispensabile in Parlamento». La Corte, ribadendo

almeno il lunedì e il sabato, oltre naturalmente la domenica) e periodi dell’anno in cui non vengono programmate riunioni degli organi parlamentari. Così che udienze preliminari svoltesi (come nella specie) in uno dei procedimenti nel corso di quasi un anno e, nell’altro, nel corso di oltre un anno, con un totale, per ciascuno, di una ventina di convocazioni, sarebbero suscettibili di una organizzazione dei tempi, anche attraverso la consultazione dei calendari parlamentari, tale da evitare, almeno di norma, la concomitanza con i lavori della Camera, e quindi l’insorgere di quelli che lo stesso giudice precedente ha per lungo tempo considerato come impedimenti assoluti alla presenza dell’imputato in udienza, e da ultimo invece ha negato essere tali”. Si tratta di una soluzione suggerita da parte della dottrina, in part. A. CARIOLA, *ult. op. cit.*, 59. Vi è chi, M.C. CABIDDU, *ult. cit.*, 2011, in linea con quanto in precedenza sostenuto, ha visto in questa soluzione conferma di un totale assoggettamento delle esigenze processuali a quelle del Parlamento, contestando altresì la correttezza del richiamo a un principio, quello di leale collaborazione che, in quanto tale, non troverebbe applicazione nei rapporti tra poteri politici e potere giurisdizionale. In tal senso vedi anche P. VERONESI, *Tre ricorsi*, cit., 235.

⁴¹³ Cfr. ancora Corte cost., sent. [n. 225 del 2001](#), p. 5 del *Considerato in diritto* dove la Corte osserva altresì che quella distinzione non può accogliersi anche perché il momento della votazione non è così separabile dal complesso delle attività parlamentari, potendo insorgere la sua necessità in qualsiasi momento.

⁴¹⁴ Si vedano le riflessioni sul punto di G. BRUNELLI, *ult. cit.*, 2014 e 2017.

in *toto* l'iter logico argomentativo della sent. [n. 225 del 2001](#), ha annullato l'ordinanza con cui veniva fissata l'udienza in quella data⁴¹⁵.

Senza dubbio più interessante è stato il successivo c.d. “caso Cito”, che si è distinto dai precedenti per la circostanza, certamente non marginale, per cui il conflitto costituzionale è stato promosso dall'organo parlamentare non già a procedimento giurisdizionale a carico dell'imputato-parlamentare in corso, e dunque impugnando solo alcune decisioni endoprocessuali, bensì solo una volta che la sentenza di condanna nei confronti dello stesso deputato era divenuta ormai definitiva⁴¹⁶. L'occasione è, dunque, proficua per svolgere delle opportune riflessioni in merito agli effetti della pronuncia di annullamento da parte della Corte anche in riferimento al precedente, e per quanto appena ricordato, diverso, caso Previti.

In termini di fatto, a ben vedere, il conflitto promosso dalla Camera dei deputati ha voluto colpire non solo la prima decisione con la quale il giudice, nello specifico il Tribunale di Taranto, sez. I[^] pen., non aveva ritenuto giustificata l'assenza dell'imputato-deputato Giancarlo Cito, in quanto, a suo dire, impossibilitato a prendervi parte in ragione della concomitante partecipazione ad attività parlamentari, che prevedevano tra l'altro votazioni in Assemblea; ma, oggetto di impugnazione sono state altresì tutte le decisioni successive – e quindi sentenza di primo grado, sentenza d'appello e di cassazione – nelle quali, nella sostanza, quella prima determinazione, e dunque quel tipo di bilanciamento operato dal giudice in favore dell'interesse della funzione giurisdizionale, ha trovato conferma, portando poi alla celebrazione completa del processo e alla condanna in via definitiva del deputato.

A differenza di quanto accaduto con il ricorso promosso dalla sola Camera nel caso Previti, l'ordinanza che ha dichiarato ammissibile il conflitto nel caso Cito, la [n. 126 del 2002](#), non ha ritenuto di dover estendere la notifica del ricorso anche all'altro ramo del Parlamento: questa decisione diversa, apparentemente inspiegabile a fronte di situazioni del tutto identiche, soprattutto per quel che attiene alla natura di controinteressato del Senato, può tuttavia trovare una giustificazione proprio nel suo precedente. La novità del caso Previti, infatti, imponeva alla Corte stessa di assumere anche il punto di vista del Senato, che peraltro come già evidenziato è stato significativamente diverso da quello della Camera ricorrente; una tale esigenza, in un caso successivo e sostanzialmente identico, non era più avvertita come impellente proprio perché la Corte stessa aveva acquisito le distinte posizioni sulla questione, calibrando proprio su queste la definizione di quel primo giudizio⁴¹⁷.

Il tratto caratteristico del c.d. “caso Cito” sta nel tipo di dispositivo cui ha dato luogo la Corte, visto che il Giudice costituzionale, pur confermando anche nel caso di specie come il comportamento dell'autorità giudiziaria fosse stato lesivo delle attribuzioni costituzionali della Camera di appartenenza del deputato, non ha annullato gli atti giurisdizionali impugnati. Ciò in ragione del fatto per cui – diversamente da quanto accaduto nei due precedenti – in questa occasione la Camera si è attivata per tutelare le proprie attribuzioni non in pendenza del giudizio che vedeva implicato un suo componente, ma solo una volta che questo si era concluso con sentenza passata in giudicato⁴¹⁸.

⁴¹⁵ Corte cost., sent. [n. 263 del 2003](#), p. 5 del *Considerato in diritto*: “Essa non ha dunque adeguatamente valutato, in correlazione con l'interesse del processo, quello a non privare l'assemblea parlamentare della partecipazione del suo componente, il cui diritto-dovere di prendere parte ai lavori sussiste, in linea di principio, rispetto ad ogni attività della Camera di appartenenza: con ciò ha leso le attribuzioni costituzionali della ricorrente”.

⁴¹⁶ Di talché il conflitto si configurerebbe davvero, in questa ipotesi, come «ultima fortezza», così P. VERONESI, *Il «caso Cito»*, 988. Lo stesso A. ricorda come tale “ritardo” nella proposizione del conflitto, oltre a non escludere un effetto comunque dilatorio, produca un “effetto devastante” nella sfera giuridica del terzo offeso che, pur non potendo intervenire nel giudizio costituzionale, si è visto riconoscere le proprie ragioni in via definitiva, 986.

⁴¹⁷ Così P. VERONESI, *Il «caso Cito»*, cit., 992-3.

⁴¹⁸ F. BIONDI, *Il caso «Cito»: l'interesse astratto della Camera sussiste ancora, ma il passaggio in giudicato della sentenza diventa un limite all'intervento della Corte*, in *Giur. cost.*, 4/2004, 2882 ss.; P. VERONESI, *Il giudicato prevale sulla Costituzione*, in *D & G.*, 2003, 12 ss.

La particolarità è davvero “di non poco conto”⁴¹⁹ ed offre un elemento utile per far emergere le peculiarità del conflitto tra poteri anche in rapporto a quel giudizio (ordinario) che ne può costituire, come nel caso di specie, il presupposto.

Il tema non è quello della configurabilità o meno di un conflitto tra poteri che abbia ad oggetto una pronuncia definitiva come quella della Cassazione, atteso che non vi sono ostacoli di sorta a tale fattispecie, né tantomeno il tempo piuttosto lungo trascorso da quando la lesione si è prodotta a quando si è fatta valere con il conflitto, quanto il piano coinvolto dal conflitto tra poteri, che è quello della corretta delimitazione delle attribuzioni costituzionali. È stato l’aver insistito su questo piano che ha fatto dire alla Corte, al pari di quanto avvenuto in precedenza, che le diverse autorità giudiziarie intervenute nel lungo *iter* che aveva visto coinvolto il deputato Cito non avevano operato quel corretto bilanciamento tra tutela della funzione giurisdizionale e tutela della funzione parlamentare, ledendo così le attribuzioni costituzionali della Camera. Constatare questo tipo di lesione è stato necessario e sufficiente ai fini dell’accolgimento del conflitto, anche perché insistere su questo piano ha significato rispondere all’interesse della Camera ricorrente, interesse che va commisurato sulla delimitazione delle sfere di attribuzioni costituzionali, funzione parlamentare *versus* funzione giurisdizionale, e che, come tale, era ancora attuale per l’organo ricorrente, laddove, al contrario, del tutto estranee ad esso erano le vicende processuali del giudizio ordinario. A riprova di ciò vale la circostanza per cui parte del giudizio ordinario non era la Camera ricorrente nel conflitto, ma il solo deputato.

Si spiega così l’affermazione della Corte per cui “l’avvenuto esaurimento della vicenda processuale, con la formazione del giudicato, impedisce che, nella specie, questa Corte possa dare alla propria pronuncia, concernente uno specifico episodio interno al processo, un contenuto tale da riaprire quella vicenda, rimettendo in discussione rapporti e situazioni giuridiche (concernenti non solo l’imputato, ma anche la parte civile) consolidatisi per effetto appunto del giudicato: riapertura dalla quale nessuna conseguenza potrebbe discendere per la tutela della posizione della ricorrente”⁴²⁰.

Annulare tutti gli atti giurisdizionali oggetto del conflitto tra poteri, e quindi anche la sentenza della Corte di cassazione che aveva definito il processo, oltre a tutta una serie di conseguenze molto gravose per i diritti delle persone coinvolte, ma anche per il sistema nel suo complesso, chiamato a rimuovere un giudicato già formatosi, non era essenziale per la risoluzione del conflitto, che invece necessitava dell’affermazione della corretta delimitazione delle competenze⁴²¹.

L’operazione svolta nel caso di specie dalla Corte è stato un raffinato bilanciamento tra l’esigenza di affermare la corretta delimitazione delle sfere di attribuzioni costituzionali (*id est*, il ruolo del conflitto) tra funzione parlamentare e funzione giurisdizionale, anche *pro futuro*, che trova soddisfazione nell’accolgimento del ricorso, e tutela del giudicato prodottosi nel processo penale (piano del giudizio ordinario, nel quale assumono rilievo costituzionale la certezza del diritto e l’affidamento determinatosi in soggetti che, non a caso, sono del tutto estranei al giudizio sul

⁴¹⁹ *Ibidem*.

⁴²⁰ Corte cost., sent. [n. 284 del 2004](#), p. 6 del *Considerato in diritto*.

⁴²¹ Secondo P. VERONESI, *ult. cit.*, “la (prima) morale che si ricava dalla vicenda è che la funzione essenziale della Corte, in casi come quello in esame, è la risoluzione del conflitto; l’annullamento dell’atto è un mero strumento rispetto allo scopo (sul punto si veda l’attento lavoro di M. PERINI, *Il seguito e l’efficacia delle decisioni costituzionali nei conflitti fra poteri dello Stato*, Giuffrè, Milano 2003, 225). Ove lo strumento non fosse perciò utile all’obiettivo, è opportuno tralasciarlo, pena la fuoriuscita della Corte dall’alveo delle sue competenze e la sua trasformazione (nel caso) in un ulteriore (e abnorme) giudice d’appello”. L’A., poco prima, ha precisato che nessun contrasto va rilevato tra questa pronuncia e la decisione [n. 285 del 1990](#), dove, come noto, la Corte annullò in sede conflitto Stato-Regioni una sentenza della Cassazione: allora, lo fece proprio perché “l’annullamento dei deliberati della Suprema corte rispondeva a un preciso interesse della Regione ricorrente in quel conflitto intersoggettivo: occorre che venisse ribadita la possibilità di impugnare le sue leggi ipoteticamente incostituzionali solo davanti alla Corte costituzionale, escludendo ogni forma di disapplicazione da parte di un qualsiasi giudice (com’era invece accaduto)”.

conflitto), che invece trova soddisfazione nel mantenimento in vita, per il caso specifico, degli atti giurisdizionali adottati⁴²².

Quest'ultimo conflitto – pur nella sua soluzione indolore per il giudizio ordinario, in qualche modo “agevolata” dall'avvenuta definizione di quest'ultimo con sentenza passata in giudicato – ha comunque riproposto la problematicità intrinseca che riveste ogni conflitto costituzionale allorché il suo oggetto assuma la forma di un atto giurisdizionale. La linea di confine tra i due campi, quello del rispetto della delimitazione delle attribuzioni costituzionali e quello dello svolgimento del procedimento giurisdizionale ordinario nel rispetto delle regole processuali è sempre molto labile.

4.5. Il “Previti II”.

Ennesima dimostrazione di quanto detto la si ritrova nella sentenza [n. 451 del 2005](#), in cui le problematiche già emerse nelle sentenze precedenti, si manifestano con un'ulteriore intensità, costringendo la Corte a degli annullamenti parziali degli atti giurisdizionali oggetto del conflitto⁴²³.

La sentenza è stata di un certo interesse fondamentale per due ordini di ragioni: per un verso, il conflitto, avendo ad oggetto (tra le altre) alcune ordinanze successive a quelle del Gip, in funzione di GUP, annullate dalla Corte con decisione [n. 225 del 2001](#), ha posto in termini vivi e reali il problema del seguito processuale conseguente all'annullamento, in sede di conflitto, di alcuni atti endoprocessuali e dunque una sorta di effetto diffusivo, nel prosieguo del processo, di quell'annullamento da parte della Corte costituzionale; per altro, proprio perché per la prima volta la Corte è stata chiamata a giudicare ordinanze che decidevano sul legittimo impedimento e che erano successive alla direzione di marcia fornita dalla sentenza [n. 225 del 2001](#), la decisione [n. 451 del 2005](#) ha assunto anche la veste di “banco di prova” del modo con cui il potere giudiziario ha recepito queste indicazioni bilanciando esigenze processuali e funzione parlamentare⁴²⁴.

Rispetto al primo profilo assumono rilievo le doglianze proposte contro due ordinanze che avevano, rispettivamente, rigettato l'istanza proposta dagli imputati al fine di ottenere la rimozione automatica di tutti gli atti processuali compiuti nell'udienza preliminare nella cui sede era stata adottata l'ordinanza poi annullata dalla Corte con sentenza [n. 225 del 2001](#), e nelle successive (tra cui il decreto che disponeva il giudizio), e rigettato la richiesta, proprio avanzata in esecuzione della stessa sentenza costituzionale, di dichiarare la nullità del decreto che aveva disposto il giudizio⁴²⁵. In particolare, proprio la prima ordinanza (1° ottobre 2001) risultava di un certo interesse giacché, nel prendere atto dell'annullamento dell'ordinanza del GUP del 20 settembre 1999, riteneva quest'ultima *tamquam non esset* e la conseguente nullità “innocua” per il proseguo del dibattimento.

La dottrina, già in sede di commento della [n. 225 del 2001](#), aveva posto il problema degli effetti *sul* processo dell'annullamento delle ordinanze del GUP da parte della Corte⁴²⁶. Si segnala, in

⁴²² La stessa dottrina processualpenalistica ha notato come emerga qui “grande flessibilità e concretezza delle valutazioni della Corte, che difficilmente possono inquadrarsi in paradigmi astratti, ma devono sostanziarsi in una valutazione caso per caso delle concrete vicende sottoposte al suo giudizio, dal punto di vista dell'interesse del Parlamento e di eventuali altre posizioni coinvolte dalle decisioni”, così P. GIANGASPERO, *La definizione del «caso Previti» chiude anche il problema dell'impedimento del parlamentare nel processo penale?*, in *Cass. pen.*, 4/2006, 1328. Vedi sulle pronunce ancora S. PARISI, *op. cit.*, 63 ss.

⁴²³ A. D'ANDREA, *La giurisprudenza costituzionale in tema di rapporti fra la funzione parlamentare e quella giurisdizionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2007, parla di una sorta di “interpretativa di accoglimento parziale”, 5. Cfr. A. MASARACCHIA, *Il conflitto sugli impedimenti parlamentari dell'imputato Previti: questa volta la Corte annulla solo parzialmente*, al [sito](#) dell'AIC (10 gennaio 2005).

⁴²⁴ P. GIANGASPERO, *op. cit.*, 1325.

⁴²⁵ Il riferimento è all'ordinanza del 1° ottobre 2001, emessa dalla I Sezione del Tribunale di Milano, e a quella del 21 novembre 2001, emessa dalla IV Sezione dello stesso Tribunale.

⁴²⁶ Secondo G. SPANGHER, *Funzione giurisdizionale e attività parlamentare alla ricerca di possibili contemperamenti*, in *Giur. cost.*, 4/2001, 2003, “che gli effetti della decisione costituzionale di annullamento delle ordinanze del g.i.p./g.u.p.

particolare, la netta presa di posizione di Antonio Baldassarre, per il quale una volta che la Corte ha annullato, perché lesivo della sfera di attribuzioni costituzionali, un atto giurisdizionale, gli effetti di tale annullamento se certamente si producono *erga omnes* per quel che riguarda la spettanza del potere, non possono altresì non riverberarsi in maniera diretta proprio nel giudizio ordinario nel quale è stato adottato l'atto poi annullato in sede di conflitto tra poteri⁴²⁷. Rispetto proprio alle ordinanze emesse in sede di udienza preliminare nel “caso Previti”, lo stesso Autore ritenne che una volta riconosciute come illegittime, per esse non potesse che scattare l'annullamento con efficacia *ex tunc*, con la conseguenza per cui le udienze non rinviate a causa di quelle stesse ordinanze, dovessero essere “conseguenzialmente travolte dalla pronuncia della Corte costituzionale”⁴²⁸. Il compito di trarre queste conseguenze processuali spettava comunque e sempre al giudice ordinario il quale, tuttavia, sempre secondo la tesi dell'Autore, non poteva avere altra scelta⁴²⁹.

Con la sentenza [n. 451](#), invece, la Corte è stata di diverso avviso, rimettendo, come già adombrato nei suoi precedenti (sentt. nn. [263 del 2003](#) e [284 del 2004](#)), alla libera valutazione dei giudici ordinari le conseguenze processuali derivanti dell'annullamento degli atti giurisdizionali in sede di conflitto costituzionale⁴³⁰, muovendo dal principio per cui “il proseguo del giudizio penale”, dopo l'annullamento ad opera dello stesso Giudice costituzionale delle ordinanze del giudice dell'udienza preliminare, “sotto nessun profilo può considerarsi come ‘giudizio di ottemperanza’ del giudicato costituzionale”, alla luce delle differenze oggettive e soggettive tra processo costituzionale e processo penale⁴³¹.

Così il Giudice costituzionale ha individuato e perimetrato il suo obiettivo, potendo attenzionare esclusivamente le motivazioni delle ordinanze impugnate o, meglio, quelle sole parti di queste in cui il giudice penale ha pronunciato affermazioni lesive delle prerogative parlamentari: laddove, nella motivazione delle stesse ordinanze, la Corte si è imbattuta in valutazioni del giudice penale di ordine processuale, ha arrestato il suo giudizio, salvando in *parte qua* gli stessi atti adottati, mentre laddove

di Milano implicino la regressione processuale - non al P.M., stante l'avvenuto e corretto esercizio dell'azione penale - ma nella fase e nello stato nei quali si è realizzata la riferita lesione di garanzie costituzionali sembrerebbe confermato - seppure indirettamente - dal fatto che - diversamente argomentando - il conflitto - ancorché risolto a vantaggio del soggetto leso - si evidenzerebbe del tutto inutile”. Per M.A. CABIDDU, *ult. cit.*, 2009, “si tratterà di valutare attentamente quale possa essere, in concreto, l'efficacia del «giudicato costituzionale». Se questo si intendesse valevole, come sembra, solo «inter partes», non sarebbe pacifico, evidentemente, sostenere che l'annullamento delle ordinanze del g.u.p. comporti, *sic et simpliciter*, la regressione del procedimento allo stato o al grado in cui è stato compiuto l'atto nullo: occorrerà, infatti, stabilire l'oggetto delle diverse udienze «incriminate», accertare la presenza del deputato all'udienza fissata (eventualmente) in sua assenza, controllare la prova (non essendo sufficiente la semplice allegazione) dell'impedimento, etc.”

⁴²⁷ A. BALDASSARRE, *Intervento al forum di Quaderni costituzionali sulla sent. n. 225 del 2001 della Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 25 ottobre 2001, dopo aver ritenuto che “il criterio soggettivo proprio della dottrina tradizionale - caratterizzato dall'alternativa secca tra «efficacia *erga omnes*» ed efficacia fra le parti del giudizio presso la Corte costituzionale - è non soltanto semplicistico ma anche insufficiente, poiché in ogni caso non offre tutti gli strumenti per risolvere il problema dell'estensione degli effetti dell'annullamento dell'atto”, giunge alla conclusione per cui è “pressoché impossibile non considerare quali siano i soggetti potenzialmente destinatari degli effetti dell'atto annullato al fine di risolvere il problema dell'estensione degli effetti dell'annullamento dell'atto da parte della Corte costituzionale in sede di conflitto di attribuzione fra i poteri dello Stato”, 2. Nel caso specifico deciso con sent. [n. 225 del 2001](#), poi, “non v'è dubbio che, come viene precisato in numerosi passi della sentenza (...) il conflitto di attribuzione verte soltanto sulla (presunta) lesione di competenze costituzionali (e non già su illegittimità eventualmente compiute a livelli subcostituzionali, come, nella specie, nei procedimenti penali considerati). Questa posizione, del resto, è costante nella giurisprudenza costituzionale, non è certo nuova. Tuttavia, come ha precisato la stessa Corte (ed anche questa non è certo una statuizione nuova), la violazione delle regole costituzionali sulle competenze ridonda in vizio di legittimità degli atti che hanno dato luogo al conflitto stesso e, perciò, produce un'efficacia diretta anche nei confronti dei relativi giudizi penali”.

⁴²⁸ Ivi.

⁴²⁹ Ivi.

⁴³⁰ Corte cost., sent. [n. 451 del 2005](#), p. 15 del *Considerato in diritto*.

⁴³¹ Corte cost., sent. [n. 451 del 2005](#), p. 4 del *Considerato in diritto*.

le motivazioni si estendevano a valutazioni incidenti sulle prerogative parlamentari, è intervenuta annullando (sempre in *parte qua*) le stesse ordinanze⁴³².

Qui si entra nel secondo profilo di interesse, quello relativo al bilanciamento che il giudice opera in concreto tra funzione giurisdizionale e funzione parlamentare, e occorre comunque far notare che anche qui, in diverse ordinanze, i giudici avevano fondato le loro asserzioni su ragioni per lo più di ordine probatorio⁴³³. La Corte, in questo ambito, ha ritenuto di intervenire, ritenendo che “il giudice – pur in presenza di una situazione di potenziale conflitto con le attribuzioni costituzionali della Camera, soggetto estraneo al giudizio penale – si è limitato a far riferimento ad una motivazione di tipo processuale senza tenere adeguatamente conto di tali attribuzioni”⁴³⁴.

Due aspetti vanno sottolineati: per un verso, anche qui, invero, sembra che in gioco vi sia il libero convincimento del giudice - sul quale, come noto e ribadito anche nella stessa decisione, la Corte non potrebbe dir nulla – riconfermando la fragilità di quel confine tra sindacato esterno, consentito alla Corte, e sindacato interno, sul quale al contrario la Corte dovrebbe, quale Giudice dei conflitti, arrestarsi⁴³⁵; per un altro, il censurare queste valutazioni del giudice da parte della Corte porta a ritenere sempre più ridotto l’effettivo spazio che la stessa Corte lascia all’autorità giudiziaria per valutare e bilanciare gli opposti interessi così come si presentano nelle circostanze del caso concreto⁴³⁶.

Forse non sorprende troppo che la Corte, in questa pronuncia, con toni certamente più perentori rispetto ai suoi vicini e noti precedenti, abbia affermato, nella prima parte della motivazione, che “il giudice non può limitarsi ad applicare le regole generali del processo in tema di onere della prova del legittimo impedimento dell’imputato, incongruamente coinvolgendo un soggetto costituzionale estraneo al processo stesso, ma (come la Corte ha rilevato) ha l’onere di programmare il calendario delle udienze in modo da evitare coincidenze con i giorni di riunione degli organi parlamentari”⁴³⁷.

ALCUNE RIFLESSIONI CONCLUSIVE TRA LE NOVITÀ DEL PROCESSO COSTITUZIONALE E LE POSSIBILI PROSPETTIVE DELLA FUNZIONE PARLAMENTARE

L’analisi fin qui condotta della giurisprudenza costituzionale sui conflitti che hanno visto coinvolti la funzione parlamentare e la funzione giurisdizionale dalla metà degli anni Novanta ad oggi

⁴³² Corte cost., sent. [n. 451 del 2005](#), pp. 8 e 13 del *Considerato in diritto*. Secondo A. D’ANDREA, *ult. cit.*, 6, “in questo caso di annullamento parziale, la Corte si limita a “rimproverare” il giudice per aver ‘abusato’ della motivazione utilizzando affermazioni che esorbitano dalla sua competenza”.

⁴³³ Ad esempio, sempre in riferimento a ord. 1° ottobre 2001, il Tribunale – sulla premessa di fatto che l’imputato aveva ritenuto di provare l’impedimento con la produzione della lettera di convocazione alla Camera del capo del gruppo parlamentare di appartenenza – ha ritenuto tale allegazione «manchevole ed assolutamente inidonea a consentire al giudice [dell’udienza preliminare] quella valutazione di temperamento di esigenze che la Corte costituzionale ha ammonito dover costituire oggetto necessario della valutazione del giudice». L’ordinanza 14 luglio 2001 ha ritenuto che spettasse all’imputato fornire la piena prova dell’impedimento; che il giudice non aveva alcun dovere di attivarsi per conseguirla; che la lettera di convocazione del capo del gruppo parlamentare di appartenenza non aveva alcun valore di prova; e che la prova doveva concernere non solo la programmazione dei lavori parlamentari per un certo giorno, ma anche l’effettiva partecipazione dell’imputato ai lavori comportanti votazioni.

⁴³⁴ Corte cost., sent. [n. 451 del 2005](#), p. 8 del *Considerato in diritto*.

⁴³⁵ Vedi P. GIANGASPERO, *ult. cit.*, 1331.

⁴³⁶ A. D’ANDREA, *ult. cit.*, 7, ritiene che “in verità delle due l’una: o si arriva a sostenere che la partecipazione ai lavori parlamentari deve essere obbligatoriamente valutata dall’autorità giudiziaria come legittimo motivo che impedisce all’imputato di presenziare all’udienza penale (almeno ogni qualvolta siano previste sedute nelle quali l’Assemblea è tenuta a votare), ovvero si lascia al giudice competente e destinatario dell’istanza di rinvio per impedimento parlamentare la libertà di valutare, oltre alla natura dell’impedimento addotto, la stessa condotta dell’imputato (ad esempio, più o meno improntata a pratiche ostruzionistiche) e, probabilmente, il momento processuale nel quale si inserisce l’istanza di rinnovo (si pensi, ad esempio, all’imminenza della prescrizione del reato per il quale si procede)”.

⁴³⁷ Corte cost., sent. [n. 451 del 2005](#), p. 3 del *Considerato in diritto*.

restituisce con tutta evidenza un quadro composito, ricco di spunti, di arresti importanti per la tenuta dell'equilibrio tra i poteri, e dunque per una definizione tanto della forma di governo quanto della forma di Stato⁴³⁸.

Un quadro dal quale trasuda la fatica del Giudice costituzionale – nella specifica veste di Corte dei poteri e, come tale, con un occhio ipersensibile proprio al delicato equilibrio tra esercizio della funzione giurisdizionale e autonomia della sfera politica, come dimostra anche quella leale collaborazione che affiora soprattutto nei casi delle autorizzazioni *ad acta* e del legittimo impedimento e che nel suo “carattere bidirezionale” colora anche i rapporti tra poteri naturalmente più distanti tra loro⁴³⁹ - nell'ancorare le prerogative dei membri del Parlamento all'esercizio della funzione parlamentare, rifiutando ogni tentativo di percorrere un verso “non funzionale” delle stesse. Verso che, per dirla con le parole di Antonio D'Aloia, “amplifica, e forse persino distorce, il potenziale derogatorio” che le stesse “esprimono nei confronti del principio di eguaglianza davanti alla legge e davanti alla giustizia”⁴⁴⁰. Una fatica espressa e raccontata soprattutto dalla copiosa giurisprudenza in tema di insindacabilità – laddove invece nei casi dell'inviolabilità parlamentare (ed in particolare della c.d. autorizzazioni *ad acta*), venendo in rilievo l'esigenza di evitare le iniziative pretestuose e persecutorie del potere giudiziario, l'oggetto di tutela non sono atti specifici che devono essere compiuti nell'esercizio delle funzioni⁴⁴¹ - che, dapprima, e per un decennio, in solitudine e poi con l'“ausilio” del legislatore, intervenuto solo nel 2003, ha via via tratteggiato, per poi giungere a consolidare, un concetto di nesso funzionale che, se non altro, ha prodotto una riduzione del contenzioso costituzionale. Un'operazione complessa, condotta assecondando quell'approccio casistico che, agevolato dalla gamma multiforme di fattispecie verificatesi nell'esperienza, nonché dai connotati tipici del conflitto di attribuzione, è stato in qualche modo anche cercato, o quantomeno non evitato, dalla Corte stessa per garantirsi quei margini di elasticità avvertiti come irrinunciabili in un terreno molto delicato per gli equilibri tra i poteri⁴⁴².

Questa minore conflittualità degli ultimi anni non nasconde tuttavia le criticità che ormai tradizionalmente connotano i conflitti in materia di insindacabilità – quelli che non solo per numero hanno più di altri connotato i rapporti tra funzione parlamentare e funzione giurisdizionale – e che possono sintetizzarsi attorno a due poli: da un lato, la decodificazione del nesso funzionale⁴⁴³ che, al netto di qualche segnale nella giurisprudenza più recente, sconta tuttora un eccessivo formalismo, laddove pretende di riconoscere la natura parlamentare alla sola attività comunque divulgativa di quella contenuta in atti tipici compiuti in precedenza, non scrollandosi di dosso, così, quel sembrare

⁴³⁸ A. SAITTA, *Le conseguenze politiche delle decisioni della Corte costituzionale nei conflitti tra i poteri dello Stato*, in *Quad. cost.*, 4/2014, 862.

⁴³⁹ Corte cost., sent. n. 23 del 2011, p. 5.2 del *Considerato in diritto*. In riferimento ai reati ministeriali, è stato detto che “ogni qualvolta venga in gioco una valutazione sulla ministerialità dei reati, deve trovare la più ampia applicazione il principio di leale collaborazione che deve informare i rapporti tra potere politico e giudiziario”, così G. ARCONZO – L. PLATANIA, *Chi ha la parola in ordine alla «ministerialità» di un reato: la posizione della Cassazione penale sul «Caso Mastella»*, in *Quad. cost.*, 3/2011, 652. Vedi quanto detto già in precedenza alle note 322-323, richiamando P. VERONESI, *La Consulta vara il principio di leale collaborazione*, cit., Recentemente, sul tema della leale collaborazione, cfr. Q. CAMERLENGO, [Le convenzioni costituzionali tra principio di leale collaborazione e teoria dei giochi](#), in questa *Rivista*, 2022/1, in part. 9 ss.

⁴⁴⁰ A. D'ALOIA, *Immunità e Costituzione*, cit., 1004.

⁴⁴¹ Cfr. V. LIPPOLIS, *Le immunità penali dei parlamentari in Italia*, in AA.VV., *Studi in onore di Franco Modugno*, III, Editoriale Scientifica, Napoli 2011, 1940: “La costituzione non contiene alcuna esplicita indicazione di parametri cui le camere dovrebbero attenersi nel valutare le richieste di autorizzazione, ma dalla *ratio* dell'istituto risulta evidente che è sostanzialmente estranea ogni valutazione sulla natura funzionale o meno dell'attività in questione, venendo invece in rilievo il *fumus persecutionis* e la necessità di operare un bilanciamento tra l'interesse al libero corso della giurisdizione penale e quello delle assemblee a conservare l'integrità del *plenum*, nel caso dell'arresto, o a garantire da ogni invadenza l'esercizio del mandato parlamentare, negli altri casi”.

⁴⁴² Cfr. M. RUOTOLO, *Corte, giustizia*, cit., 321. Vedi anche Y. CITINO, *op. cit.*, 14.

⁴⁴³ Osservava già G. AZZARITI, *Politica e processi*, cit., 866, “È il «nesso funzionale» che deve trovare una definizione più appropriata”.

poco al passo con le nuove modalità comunicative attorno alle quali si costruisce il dibattito pubblico⁴⁴⁴; dall'altro, un contraddittorio dinanzi al Giudice costituzionale che ove ristretto alla Camera di appartenenza del parlamentare e all'autorità giudiziaria procedente nei confronti di questi, pur preservando così il tono costituzionale del conflitto (tra poteri), rischia di apparire a volte parziale a fronte della complessità della fattispecie all'origine del conflitto, in cui la posizione di altri soggetti, oltre ad essere investita in pieno dall'esito del giudizio costituzionale (si pensi al terzo offeso, non a caso, come visto, da un certo momento in poi ammesso come interveniente⁴⁴⁵), può costituire un apporto di una certa utilità anche ai fini della ricostruzione dell'intera vicenda conflittuale e, perché no, dello stesso nesso funzionale (il riferimento, in questo caso, va al singolo parlamentare coinvolto)⁴⁴⁶.

A tal proposito, piuttosto che conclusioni – men che mai definitive - si vogliono offrire alcune riflessioni attorno a due novità che in modo diretto e indiretto possono “agitare le acque” intorno ai conflitti in materia d'insindacabilità dei parlamentari, senza escludere effetti anche negli altri che coinvolgono la funzione parlamentare (al cospetto di quella giurisdizionale). Intanto, il nuovo volto del giudizio costituzionale, dai connotati chiaramente orientati verso una maggiore apertura del processo “oltre le parti”⁴⁴⁷, così come svelato dalla modifica delle Norme integrative deliberata all'inizio del 2020⁴⁴⁸, tradotta, con alcune modifiche, nell'ulteriore aggiornamento delle stesse entrate in vigore lo scorso mese di dicembre⁴⁴⁹, e da una prima prassi applicativa della stessa⁴⁵⁰. Se la dottrina ha prontamente messo in evidenza le potenzialità così come i rischi legati a modifiche capaci di incidere non già e solo sul piano strettamente processuale, quanto anche (e molto) sul ruolo stesso ricoperto dal Giudice costituzionale nel sistema⁴⁵¹, occorre osservare in questa sede come la nuova conformazione del giudizio costituzionale possa schiudere prospettive inedite proprio nei giudizi sui conflitti di attribuzione, benché non i primi e diretti destinatari delle nuove norme⁴⁵². È da vedere, nello specifico, quello che tanto il profilo dell'interveniente con interesse diretto quanto l'*amicus curiae*, anche se espressamente limitato a formazioni sociali senza scopo di lucro o soggetti

⁴⁴⁴ Cfr. le riflessioni di S. BENTIVEGNA – G. BOCCIA ARTIERI, *Voci della democrazia: il futuro del dibattito pubblico*, Il Mulino, Bologna 2021.

⁴⁴⁵ G. AZZARITI, *Politica e processi*, cit., 863.

⁴⁴⁶ Pur tenendo a mente che “il ricorso per conflitto di attribuzione solo indirettamente tutela diritti individuali”, essendo uno strumento volto alla “tutela straordinaria ed eccezionale di un potere nei confronti di un determinato comportamento illegittimo sul piano delle competenze costituzionali”, così S. GRASSI, *Immunità*, cit., 307.

⁴⁴⁷ Così T. GROPPI, *Interventi di terzi e amici curiae: dalla prospettiva comparata uno sguardo alla giustizia costituzionale in Italia*, in questa *Rivista*, 2019/1, 129.

⁴⁴⁸ Delibera adottata dal Presidente della Corte costituzionale “vista la proposta della Commissione per gli studi e i regolamenti” dell'8 gennaio 2020, pubblicata in G.U. del 17 gennaio 2020.

⁴⁴⁹ Gazzetta Ufficiale 3 novembre 2021, n. 262.

⁴⁵⁰ Cfr. C. MASIOTTA, *Il ruolo dell'amicus curiae in alcune recenti decisioni costituzionali*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 3/2021, 174 ss.

⁴⁵¹ M. D'AMICO, *La Corte costituzionale oggi tra nuove e antiche esigenze*, in R. Romboli (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte tra anima “politica” e quella “giurisdizionale”*, Giappichelli, Torino 2017, 167; ID., *Gli amici curiae*, in *Questione Giustizia*, 4/2020, 122 ss.; V. ONIDA, *La Corte si apre alla “voci” della società*, cit.; per una forte critica, cfr. M. LUCIANI, *L'incognita delle nuove Norme integrative*, cit.; M. MANETTI, *I “falsi amici”*, cit.; M. ESPOSITO, *Note minime sulle ambiguità della figura dell'amicus curiae*, in *Giur. cost.*, 1/2021, 501 ss.; ne sottolinea una certa inutilità, con margini di sospetto A. ANZON, *Le “aperture” della Corte*, cit.; chi ne ridimensiona la portata, cfr. R. ROMBOLI, *I contenuti “non rivoluzionari”*, cit.; chi comunque invita a una certa cautela, cfr. A. RUGGERI, *La “democratizzazione”*, cit.; P. RIDOLA, *“La Corte si apre”*, cit. Vedi anche S. BARBARESCHI, *La Corte costituzionale si apre all'ascolto della società civile, ovvero del rischio della legittimazione di sé attraverso gli altri*, in *Rivista AIC*, 2/2020, 373 ss.; A. VUOLO, *L'amicus curiae*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 1/2022, 74 ss.

⁴⁵² Lo osserva, ad esempio in riferimento agli *amici curiae*, A. VUOLO, *Il contraddittorio nei giudizi costituzionali alla luce delle recenti modifiche alle Norme integrative*, in *Federalismi.it*, 16/2020, 431: “In ogni caso, è indubbio che sia per i conflitti sia per i giudizi in via principale, solitamente ristretti alle due parti della controversia, l'accesso degli amici avrà un impatto molto più dirompente che nei giudizi in via incidentale, laddove, invece, alla presenza (a volte, numerosa) delle parti del giudizio a quo si aggiunge quella degli interventori istituzionali”.

istituzionali con esclusione quindi di soggetti *uti singulus*⁴⁵³, possono suggerire in termini di apertura del contraddittorio nei confronti di giudizi che, in quanto già di *parti*, sono stati tradizionalmente letti con maggiore chiusura dalla stessa giurisprudenza costituzionale, ma rispetto alla quale non sono mancate voci perplesse della più autorevole dottrina⁴⁵⁴. Peraltro, nel corso del Convegno del Gruppo di Pisa del 2006 fu osservato come una volta individuati i contorni, oggettivi e soggettivi, del conflitto e ammesse la rilevanza costituzionale, “non si può escludere che esso coinvolga anche, in ragione del suo oggetto, soggetti diversi dal ricorrente e dal resistente e la cui partecipazione non sembra in grado di modificare la natura costituzionale della controversia”⁴⁵⁵.

La seconda novità è più che altro un auspicio legato alla fase storica che stiamo vivendo e che sempre più si propone come decisiva per il futuro delle nostre istituzioni, proprio a partire da quella che più di altre incarna l'essenza della democrazia pluralista, ovvero il Parlamento⁴⁵⁶. Dopo (almeno) un decennio pesantemente pervaso da spinte di stampo populista tese a sottovalutare le dinamiche dei rapporti tra potere, responsabilità e garanzie, a favore di una disintermediazione evocativa di una sorta di simbiosi identitaria tra rappresentante e rappresentato⁴⁵⁷, persino una Riforma in qualche modo frutto di quelle stesse spinte, quale la riduzione del numero dei parlamentari approvata con legge cost. n. 1 del 2020, unitamente alle necessità generate dalla pandemia tuttora in corso, stanno aprendo una straordinaria e forse irripetibile “finestra di opportunità” per metter mano a una ridefinizione di diversi aspetti, strutturali, organizzativi e procedurali, del nostro parlamentarismo⁴⁵⁸. L'attuazione della riforma, che coinvolge intanto il piano dei regolamenti parlamentari, nonché quello della legge elettorale, costituirà l'autentico e per nulla scontato banco di prova per misurarne la

⁴⁵³ Critico sul punto A. CERRI, *Note minime sulla recente riforma delle norme integrative*, in *Giur. cost.*, 1/2020, 485. Per il primo caso di *amicus curiae* ammesso in un conflitto interorganico, cfr. [ord. n. 40 del 2021](#), con la quale la Corte, dichiarando improcedibile un conflitto *ex art. 68*, comma 1 Cost., ha dato atto del deposito da parte del “Sindacato cronisti romani presso l'Associazione stampa romana” di un'opinione scritta in qualità di *amicus curiae*, ai sensi dell'art. 4-ter delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, in cui si è chiesto che, nei provvedimenti della Corte fossero indicate le generalità complete delle parti, anziché le sole iniziali dei nomi.

In data 18 agosto 2020, il Sindacato cronisti romani presso l'Associazione stampa romana ha depositato un'opinione scritta in qualità di *amicus curiae*, ai sensi dell'art. 4-ter delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, in cui si chiede che, nei provvedimenti di questa Corte, siano indicate le generalità complete delle parti, anziché le sole iniziali dei nomi.

⁴⁵⁴ C. MEZZANOTTE, *Appunti sul contraddittorio nei giudizi dinanzi alla Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1-2/1972, 954 ss., con un ragionamento condotto nello specifico sui conflitti intersoggettivi. Vedi anche M. D'AMICO, *L'intervento nei giudizi per conflitto di attribuzione*, in *Giur. cost.*, 11-12/1988, 2328 ss.

⁴⁵⁵ T. GIOVANNETTI, *I «soggetti esclusi» nei conflitti di attribuzione*, in R. Pinardi (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale*, cit., 35.

⁴⁵⁶ Cfr. A. VOBKUHLE, *Populismo e democrazia*, in *Dir. Pubbl.*, 3/2018, 801. M. MANETTI, *La riduzione del numero dei parlamentari e le sue ineffabili ragioni*, in *Quad. cost.*, 3/2020, 530.

⁴⁵⁷ Cfr. C. MARTINELLI, *Le immunità dei parlamentari in prospettiva europea*, cit., 1. Vedi, se si vuole, G. LANEVE, *Pluralismo e Limite (al potere e per l'altro): declinazioni della Costituzione come modo di guardare al mondo*, in questa *Rivista*, 2019/III, 489: “La narrazione del populismo, muovendo dall'antagonismo netto tra due gruppi assunti come omogenei, da un lato il fronte del popolo, naturalmente virtuoso, la massa del “noi”, dall'altro, quello dell'élite, ovvero quei pochi che in ragione di varie congetture estranee all'investitura popolare, espropriano la sovranità al primo, racconta della necessità, in nome di un salvifico “ritorno al popolo”, di una saldatura forte e diretta, ai limiti della immedesimazione, tra volontà “istituzionale”, cioè quella che si traduce in decisioni politiche, e volontà popolare. Da qui il ricorso, da parte dei movimenti populistici, a un linguaggio accattivante per il common man, che sappia ben utilizzare le corsie privilegiate della tecnologia digitale, e che affidi il suo messaggio, sostanzialmente semplificatore dei problemi della modernità, principalmente a un leader ultra-carismatico”.

⁴⁵⁸ N. LUPO, *Dopo la riduzione dei parlamentari e nel mezzo della pandemia, una “finestra d'opportunità” per il rinnovamento del parlamentarismo in Italia?* in [Osservatorio sulle fonti](#), 3/2020, 1149. Di formidabile delega all'autonomia normativa delle Camere per mettere mano ai Regolamenti, e quindi di imperdibile occasione per una rilettura complessiva della propria organizzazione, del proprio modo di funzionare e delle proprie funzioni, parla G.L. CONTI, *Temeraria è l'inerzia. Il taglio dei parlamentari e le sue conseguenze*, Pisa University Press, Pisa, 2020, 12, il quale sottolinea, peraltro, il paradosso per cui è proprio una riforma populista che ha bisogno della parte più raffinata e complessa democrazia rappresentativa per essere attuata.

efficacia e la razionalità⁴⁵⁹. Non è da escludere che da questo piano, in ragione anche di una maggiore visibilità che il singolo parlamentare quasi naturalmente potrebbe acquisire a seguito della riduzione del numero complessivo dei componenti⁴⁶⁰, possano trarsi elementi utili per ricalibrare, e meglio precisare, alcuni compiti e poteri dello stesso⁴⁶¹, senza per questo incasellare in maniera rigida una funzione che nella libertà trova la sua ragion d'essere⁴⁶². La circostanza, peraltro, potrebbe rivelarsi fruttuosa per l'adozione da parte delle Camere di una disciplina generale di attuazione dell'art. 68, comma 1, Cost., auspicata dalla dottrina⁴⁶³, e che possa in qualche modo instradare l'esercizio dei propri poteri da parte della Giunta – per esempio insistendo sulla necessità di un'adeguata motivazione delle delibere⁴⁶⁴ – arginando gli usi spregiudicati delle prerogative parlamentari da parte degli organi politici, con virtuose ricadute nei rapporti con il potere giudiziario.

È un'occasione che non riguarda solo (e non sarebbe certo poco) il modo di funzionare del Parlamento, ma investe in pieno il senso della sua funzione nell'attuale assetto dei poteri. È occasione che può alimentare quella speranza espressa da Carlo Mezzanotte, concludendo la Sua Relazione generale all'interno della sessione “I rapporti fra Parlamento e le altre istituzioni” del Convegno annuale dei costituzionalisti del 2000, di un Parlamento che “entro i limiti in cui è ancora possibile, si riappropri del suo destino e non lasci che siano gli eventi a sospingerlo in una posizione periferica nei processi di decisione politica”⁴⁶⁵. È occasione, infine, che a monte rimette in gioco il senso della rappresentanza politica, perché è da quest'ultimo che occorre ripartire⁴⁶⁶, sentendosi anche (perché no) costretti, per dirla con le parole di Nicolò Zanon, “a ricominciare da capo, a costruire *ex novo* una semantica comune proprio della rappresentanza politica. E a ri-fare i conti concettuali con i nodi che essa, in fondo, ha sempre posto ai suoi osservatori consapevoli, in ogni epoca”⁴⁶⁷. Una semantica che non può prescindere dalle immunità parlamentari, dalla loro autentica funzione, e dal loro concreto atteggiarsi in un dato momento storico, che dipende, e molto, dal *come* esercitano i loro rispettivi poteri tanto la funzione parlamentare quanto quella giurisdizionale.

⁴⁵⁹ M. MANETTI, *La riduzione*, cit., 534, esprime il timore relativo al fatto che “nessuno può garantire che tutto ciò avverrà, o che avverrà in modo diverso da quello sin qui seguito, vale adire tramite il ragionato ripensamento della disciplina – costituzionale, legislativa e regolamentare – vigente, anziché a colpi di decisioni presidenziali dominate dalla contingenza”.

⁴⁶⁰ In tema, cfr. L. GORI, *Sull'organizzazione del Parlamento e sui regolamenti parlamentari*, in E. Rossi (a cura di), *Meno parlamentari, più democrazia?* Pisa University Press, Pisa 2020, 131 ss., in part. 137-8.

⁴⁶¹ Cfr. in questo senso, S. GRASSI, *Immunità*, cit., 310; G. AZZARITI, *ult. cit.*, 866.

⁴⁶² Cfr. A. BARBERA, *Parlamento, ad vocem*, in *Enc. Scienze Soc.*, Treccani, Roma 1996.

⁴⁶³ Da ultimo, cfr. M. MANETTI, *Le modifiche tacite*, cit., 542, nota 35.

⁴⁶⁴ Ancora S. GRASSI, *ult. cit.*, 310-11 che già auspicava una maggiore adeguatezza nella motivazione delle delibere parlamentari e una giurisprudenza parlamentare “in grado di meglio definire e tipizzare le funzioni proprie dei parlamentari”.

⁴⁶⁵ C. MEZZANOTTE, *Relazione generale*, in AA.VV., *Il Parlamento, Annuario 2000*, cit., 307. Un Parlamento quale “luogo privilegiato, anche se non l'unico, per il processo di negoziazione-mediazione-decisione”, così A. PREDIERI, *Parlamento 1975*, in Id. (a cura di), *Il Parlamento nel sistema politico italiano. Funzioni parlamentari, quadro politico, realtà sociale: verifiche per una politica delle istituzioni*, Edizioni di Comunità, Milano 1975, 14.

⁴⁶⁶ S. GRASSI, *ult. cit.*, 308. Vedi in tema C. DE FIORES, *Sulla rappresentazione della nazione. Brevi note sul divieto di mandato imperativo*, in M. Cavino – L. Conte (a cura di), *Le trasformazioni dell'istituzione parlamentare. Da luogo di compromesso politico a strumento tecnico della divisione del lavoro*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, 51 ss.; G. PICCIRILLI, *La proposta PD di modifica del regolamento della Camera. Un netto passo avanti nel dibattito sulle riforme regolamentari*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2021.

⁴⁶⁷ N. ZANON, *La seconda giovinezza dell'art. 67 della Costituzione*, in *Quad. cost.*, 2/2014, 385-6.

Antonio Ruggeri
Diritti fondamentali e scienza: un rapporto complesso*

ABSTRACT: *The paper analyzes the mutual implications that exist between fundamental rights, science and context, the latter referring here, on the one hand, to the relationships between internal norms and norms having an external origin (in particular, those contained in the Charters in which rights are recognized linked to scientific and technological development) and, on the other hand, to a situation marked by multiple emergencies. The impact exercised by science in constitutional interpretation is then examined, with specific attention to cases in which the former is seriously divided internally.*


SOMMARIO: 1. Quattro notazioni preliminari. – 2. Diritti e contesto, in una delle due accezioni qui prese in considerazione, che lo vede riferito al piano delle relazioni tra norme di diritto interno e norme aventi origine esterna (con particolare riguardo alle Carte dei diritti ed ai loro rapporti con la Costituzione), in occasione del cui svolgimento la scienza ha, nondimeno, modo di lasciare un segno particolarmente marcato. – 3. Scienza e diritti, nel tempo delle emergenze (con specifico riguardo alle esperienze d’inizio e fine-vita). – 4. Il modo con cui i due contesti qui presi in esame interagiscono tra di loro, anche per effetto della incidenza esercitata dai ritrovati della scienza e della tecnologia. – 5. Scienza e interpretazione costituzionale, con specifico riguardo ai casi in cui la prima appaia ancora gravemente divisa al proprio interno, con la conseguenza che – a stare all’avviso della Consulta – la Costituzione resterebbe “muta”.

1. Quattro notazioni preliminari

Alcune notazioni preliminari si rendono necessarie al fine di precisare meglio l’oggetto della riflessione che mi accingo a svolgere che dal titolo dato dagli organizzatori del nostro incontro parrebbe essere sconfinato.

La prima investe l’essenza stessa dei diritti fondamentali (cui d’ora innanzi, per scorrevolezza di esposizione, farò richiamo ricorrendo il più delle volte al solo sostantivo) ed attiene al modo o ai modi del loro riconoscimento, in applicazione di criteri che richiedono di essere fatti valere con somma oculatezza e rigore. Il rischio è, infatti, quello di un uso non adeguatamente vigilato del linguaggio, come tale idoneo a portare ad esiti che, a conti fatti, squalificano la categoria, infarcendola di elementi ad essa non riconducibili, nella sua ristretta e propria accezione.

Ora, non potendo qui riprendere *ab ovo* una questione che – come si sa – è stata sin da tempi remoti animatamente discussa e che a tutt’oggi appare ben lontana dal pervenire ad esiti teorico-ricostruttivi stabili e largamente condivisi¹ – ciò che porterebbe la succinta riflessione che mi accingo a svolgere a deviare vistosamente dal solco entro il quale è tenuta a stare –, mi limiterò a fissare alcune premesse del mio discorso assumendo che siano sufficientemente provate e rimandando per gli opportuni svolgimenti ad altri luoghi di studio. Facendo, dunque, qui riferimento ad indicazioni altrove date, posso solo dire che, a mia opinione, “diritti fondamentali” sono unicamente quei *bisogni elementari dell’uomo senza il cui appagamento l’esistenza stessa non sarebbe più “libera e dignitosa”*, per riprendere, generalizzandola, una formula dalla Carta specificamente riferita alla retribuzione per l’attività lavorativa svolta ma, in realtà, dotata di generale valenza². È ovvio che la formula richiede, poi, di essere spiegata praticamente in ogni suo termine e – ciò che più importa – verificata in modo rigoroso nelle sue concrete applicazioni (cosa

*  Intervento alla tavola rotonda su *Diritti fondamentali e incidenza dei risultati provenienti dalla scienza*, conclusiva del Corso di Alta Formazione in *Giustizia costituzionale e tutela giurisdizionale dei diritti* “Alessandro Pizzorusso”, Pisa 4 febbraio 2022.

¹ Se n’è avuta, ancora non molto tempo addietro, conferma dall’animato confronto registratosi in occasione dell’incontro di studio del Gruppo di Pisa su *Cos’è un diritto fondamentale?* Cassino 10-11 giugno 2016, a cura di V. Baldini, Editoriale Scientifica, Napoli 2017.

² Svolgimenti sul punto di cruciale rilievo nel mio *Cosa sono i diritti fondamentali e da chi e come se ne può avere il riconoscimento e la tutela*, nel vol. coll. sopra cit., 337 ss. Cfr., in argomento, G. PINO, *Il costituzionalismo dei diritti*, Il Mulino, Bologna 2017, e F. RIMOLI, *Sulla retorica dei diritti*, Mucchi, Modena 2018, spec. 46 ss.

sono i “bisogni elementari”? come stabilire quando possono dirsi appagati o, il che è lo stesso, qual è la misura dell’appagamento?); cosa significa esistenza “libera e dignitosa” e, dunque, ancora una volta, come essa si misura ed apprezza?).

Di tutto ciò, tuttavia, come si diceva, non è possibile ora tornare nuovamente a discorrere. Arrivo subito alla conclusione cui sono pervenuto sul punto dopo un lungo e – confesso – sofferto itinerario di ricerca; ed è che, proprio a motivo della fitta nebbia che avvolge la questione definitoria, che ogni altra precede e determina, e le incertezze che nondimeno accompagnano e connotano le concrete applicazioni della formula suddetta, a me pare che convenga fare affidamento su una *consuetudine culturale* diffusa e profondamente radicata nel tessuto sociale ed ordinamentale in ordine al riconoscimento dei bisogni elementari suddetti³, insomma su una sorta di *idem sentire* collettivo a riguardo di ciò che, nel modo più genuino ed immediato, ci connota tutti quali componenti di una comunità organizzata all’insegna di valori fondamentali onnicondivisi, in quanto dotati di un patrimonio di diritti parimenti fondamentali e caratterizzanti l’ordinamento al quale apparteniamo che, proprio dal loro riconoscimento, attinge la sua proprietà più immediatamente espressiva, quale ordinamento appunto “costituzionale”⁴.

La seconda notazione attiene al carattere dei diritti fondamentali che appare essere, a un tempo, universale e contestualizzato, con una particolare sottolineatura – come si vedrà – per alcuni. I diritti, infatti, per un verso esprimono la vocazione a sciogliersi dai vincoli discendenti dalle coordinate spaziali e temporali che sono proprie degli istituti giuridici in genere, la cui conformazione dipende dal modo con cui essi sono positivamente disciplinati e, per ciò stesso, dal modo con cui la disciplina in parola, anche in uno stesso ordinamento, si evolve e rinnova⁵. Per un altro verso, è però innegabile che la disciplina medesima dia una peculiare connotazione ai diritti che, pur laddove portino il medesimo nome nel passaggio da un ordinamento all’altro in seno alla grande (seppur internamente articolata e composita) “famiglia” delle liberal-democrazie, appaiono essere comunque diversi, anche ad un sommario raffronto tra le vicende degli ordinamenti stessi. Se ne ha che i diritti fondamentali hanno un “nucleo duro” – com’è usualmente chiamato – che con sostanziale identità di caratteri si rinviene in ciascuno degli ordinamenti suddetti, avvolto da una parte circostante e più o meno estesa che peculiarmente si connota in ragione dei luoghi in cui i diritti stessi sono riconosciuti ed hanno modo di radicarsi e farsi valere.

Ebbene, la scienza, a seconda delle sue peculiari espressioni nei singoli rami del sapere in cui prende forma⁶, concorre in considerevole misura tanto a rimarcare ed a dare voce all’una quanto all’altra tendenza. In particolare, le scienze c.d. “esatte” (che poi, popperianamente, soggiacciono esse pure alla legge inesorabile della precarietà e sempre possibile falsificazione dei loro esiti) spingono nel senso della sottolineatura dell’“anima” universale dei diritti, a differenza delle scienze

³ ... e, anzi, in una pluralità di *consuetudini culturali*, tante per quanti sono i diritti fondamentali, dovendosi registrare un pressoché universale consenso non solo su ciò che è, in sé e per sé, un “diritto fondamentale” ma anche (e soprattutto) su ciascuno di essi quali concretamente individuati. È poi chiaro che, al pari delle consuetudini positive (e, in genere, di ogni norma di diritto), esse pure possono andare incontro a vicende di vario segno nel tempo e, dunque, anche a soggiacere a modifiche di sostanza, in ispecie – come si dirà meglio a momenti – volte ad una tendenziale, crescente espansione e, perciò, a mostrarsi viepiù esigenti in ordine alle modalità del loro appagamento. Ancora una volta, però, delle vicende dei diritti nel tempo nulla in questa sede può dirsi, richiedendo peraltro approfondimenti e verifiche non poco complessi. Non si trascuri, infatti, la circostanza per cui l’accertamento del momento genetico di un nuovo bisogno elementare in seno al corpo sociale, avvertito come “diritto fondamentale” (in senso proprio), ovvero del suo sostanziale mutamento appare non di rado disagevole ed esso pure... *incerto*, specie in considerazione delle non poche divisioni e vere e proprie fratture che si registrano in seno al corpo stesso, tanto più marcate in ordinamenti connotati da una esasperata proliferazione di forze politiche e segnati da ingravescenti emergenze che, per la loro parte, concorrono ad accentuare le divisioni stesse.

⁴ Non si perda di vista l’aureo insegnamento racchiuso nella mirabile, per sintesi ed efficacia espressiva, formula racchiusa nel famosissimo art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789 a riguardo della definizione di Costituzione (e di Stato costituzionale).

⁵ Sulla vocazione universale dei diritti umani, di recente, B.V. DI GREGORIO, *Diritti umani e traduzione interculturale*, in Dirittifondamentali.it, 1/2022, 27 gennaio 2022, 199 ss.

⁶ ... a riguardo delle quali v., di recente, G. D’AMICO, *Verso il riconoscimento di un diritto alla scienza?*, in Dirittifondamentali.it, 2/2019, 18 dicembre 2019.

umano-sociali, per natura legate ai territori (e, dunque, alle mutevoli discipline positive in ciascuno di essi vigenti).

Di qui la terza notazione. Tanto i diritti quanto la scienza compongono sfere in crescente espansione, con una non secondaria differenza però; ed è che i primi sono tendenzialmente portati a crescere per numero ed a esprimersi in forme viepiù esigenti o, come che sia, *temporis ratione* rinnovate, per ciò che attiene ai modi ed all'intensità della loro tutela, senza che siano perlopiù rinnegati i "vecchi" diritti, ancorché non poco cambiati nella loro stessa struttura costitutiva, oltre che – naturalmente – nelle forme della loro salvaguardia.

Dal suo canto, la scienza si moltiplica e riproduce da se medesima al proprio interno, in modi peculiari a seconda degli ambiti in cui si manifesta e dei tipi o delle specie in cui si articola e svolge; e nel suo incessante rinnovamento può perdere lungo la via "pezzi" anche consistenti di cui si compone, rimpiazzati con altri maggiormente adeguati alle condizioni oggettive di contesto alle quali si applicano che tuttavia possono venire alla luce *proprio* grazie alla preesistenza dei primi. Lo scienziato, infatti, non rifonda mai *ex nihilo* il sapere che offre e trasmette a beneficio della collettività del tempo in cui opera ed anche di quelle che verranno dopo di lui⁷. E, invero, pur laddove imprime all'avanzamento ulteriore delle conoscenze una spinta formidabile, tracciando una via da percorrere mai dapprima intrapresa, ugualmente resta sempre debitore verso chi lo ha preceduto ed edifica pertanto la costruzione cui pone mano su un terreno comunque già almeno in parte spianato. È chiaro, ad ogni buon conto, che nulla è privo di senso e di valore per il tempo in cui viene alla luce, sempre che risulti sorretto da solidità di metodo e linearità di svolgimento delle attività di ricerca poste in essere da persone culturalmente attrezzate e specificamente competenti in relazione all'oggetto del loro studio⁸: l'attributo della "scientificità" infatti non si smarrisce sol perché in seguito si dimostra la fallacia di un risultato dapprima considerato attendibile; altrimenti, si perverrebbe al paradosso per cui un esito scientifico poggerrebbe su esiti anteriori successivamente rinnegati come tali, ciò che è chiaramente privo di senso e lo stesso progresso sarebbe in tesi impossibile. "Scientifico", insomma, è (e resta) anche ciò che in un tempo successivo si considera inservibile o, diciamo pure, che fa sorridere alla luce delle conoscenze sopravvenute. L'unico tratto indefettibile nell'opera scientifica ed artistica è il modo libero con cui viene a formazione. La libertà è, infatti, connotato ontologico delle stesse, della loro struttura e del loro svolgimento: è, perciò, che alla mirabile, per concisione ed efficacia espressiva, formula di esordio dell'art. 33 della Carta va assegnato carattere, a un tempo, dichiarativo e prescrittivo, dal momento che l'arte e la scienza non possono non essere e devono comunque essere "libere", autenticamente e pienamente libere. Ed è proprio da qui che viene la spinta più vigorosa per la loro trasmissione nel tempo, il loro restare nella memoria collettiva quali parti integranti della storia dell'umanità, pur laddove appunto i loro prodotti si rivelino ormai superati.

⁷ Mi torna in mente una bellissima pagina, che ho altrove già richiamato, di V.E. ORLANDO, che è nella *Introduzione* alla versione italiana de *La dottrina generale del diritto dello Stato* di G. Jellinek (a cura di M. Petrozziello, Giuffrè, Milano 1949, IX): "la grandezza di un progresso scientifico consiste soprattutto nell'armoniosa congiunzione con le tradizioni, in cui si riproducono il travaglio assiduo, la potenza di capacità creativa e, insomma, tutte le forme di contributo di varie generazioni di studiosi nei secoli che si succedono, col proposito tenace di tender sempre verso un ulteriore progresso, senza però mai vantarsi orgogliosamente di rompere con quelle tradizioni, ma anzi continuandone il corso. A pochi è riservato di servirsi di una spugna per cancellare da una lavagna tutto quello che c'era scritto; ad ogni modo, ciò può esser forse possibile per un filosofo, ma non per uno scienziato, poiché quel processo distruttivo, se fosse giustificato, negherebbe che una scienza fosse preesistita". È poi chiaro che il mirabile ragionamento svolto dal maestro palermitano non regge laddove il termine "scienziato" dovesse riferirsi ad ogni costruttore di conoscenze, anche nel campo delle c.d. scienze umano-sociali, quale che sia la disciplina di studio cui si dedichi, sì da comprendervi anche i filosofi, nelle varie loro articolazioni interne.

⁸ Giusti gli strali indirizzati da un compianto studioso, G. GEMMA, *L'incompetenza scientifica al potere: nuovo fronte del costituzionalismo liberaldemocratico*, in *Rivista AIC*, 1/2021, 9 febbraio 2021, 343 ss., nei confronti degli "incompetenti scientifici" (un sintagma, questo, che, per vero, racchiude in sé un ossimoro evidente, per il fatto che, acclarato quanto è evocato dal sostantivo, è per ciò stesso negata la qualità dei prodotti venuti alla luce per mano di tali soggetti e, dunque, la loro natura propriamente scientifica).

Basti solo, ancora una volta, tenere a mente le due grandi categorie, poc'anzi accennate, in cui la scienza si divide ed articola. Nelle scienze "esatte", infatti, nel momento stesso in cui si aggiungono nuovi mattoni all'edificio dapprima eretto, alcuni dimostratisi ormai obsoleti sono messi da canto e rimpiazzati da altri considerati ancora più saldi ed idonei allo scopo. Nelle scienze umano-sociali, a volte, le cose vanno allo stesso modo; altre volte, invece, si assiste all'accumulo di conoscenze ed espressioni, come peraltro risulta avvalorato da ciò che si ha nel campo delle lettere e delle arti. Le risalenti creazioni dell'uomo sono, anzi, considerate un modello ed una risorsa preziosa da preservare e trasmettere anche alle generazioni che verranno, pur nella naturale ed incessante evoluzione degli stili e delle manifestazioni in genere di carattere letterario ed artistico. E così, se ci si pensa, proprio le scienze "esatte" parrebbero essere *quodammodo* meno... *esatte* delle altre, i loro risultati prestandosi ad essere successivamente anche in radice smentiti, a differenza di quelli raggiunti nelle altre scienze, non di rado caratterizzate da un accumulo incessante di conoscenze, senza che nulla del passato sia rinnegato (potrebbe – questo sì – piuttosto non essere conosciuto, cosa però questa diversa dalla confutazione della validità dei risultati dapprima conseguiti).

Ora, io non so bene cosa avesse in mente chi ha organizzato il nostro incontro di oggi, intitolandolo ai diritti fondamentali ed alla scienza, se cioè quanto a quest'ultima si intendesse tacitamente circoscrivere l'attenzione alle sole discipline "scientifiche" (in senso stretto) ovvero se il lemma debba essere inteso nella sua più larga accezione. Dal mio canto, mi sforzerò di fare un discorso in più punti specificamente riferito al primo corno dell'alternativa ma, per quanto possibile, non privo di sviluppi argomentativi suscettibili di valere anche per il secondo.

La quarta e ultima osservazione preliminare ha riguardo al rapporto che s'intrattiene e costantemente rinnova tra i diritti e il contesto, per un verso, gli uni e l'altro e la scienza per un altro. Sotto entrambi gli aspetti, viene in evidenza una corposa, mutua incidenza che si ha tra i termini della relazione.

I diritti – come si è appena fatto notare – risentono del contesto in cui s'inscrivono e pretendono di farsi valere, e, però, allo stesso tempo concorrono, per la loro parte, al continuo rifacimento dello stesso; e così è pure sul versante dei rapporti con la scienza che incide sui diritti e sul contesto così come è da essi variamente condizionata.

Si pensi proprio alla libertà di ricerca scientifica, ora più ed ora meno incoraggiata e promossa ed ora invece privata della possibilità di spiegarsi e farsi valere al massimo delle sue potenzialità espressive per carenza di risorse o, semplicemente, per una inguaribile miopia (per non dire vera e propria cecità) degli organi della direzione politica che, al di là del colore della casacca indossata, hanno da noi mostrato e seguitano pervicacemente a mostrare scarsa sensibilità ed attenzione per il primario rilievo della ricerca stessa, specie in talune sue espressioni a torto giudicate di minor rilievo rispetto ad altre⁹.

Qui dovrebbe, ancora una volta, farsi un lungo discorso a riguardo dei singoli rami del sapere scientifico, quanto meno distinguendo tra quelli appartenenti al catalogo delle scienze "esatte" e gli altri relativi alle discipline umano-sociali; un discorso che, tuttavia, deve ora essere lasciato in sospeso e rimandato ad altri luoghi per i suoi opportuni approfondimenti. È tuttavia un fatto, inconfutabile nella sua cruda e scottante evidenza, che nel nostro Paese si investa poco nella ricerca, specie ove il dato sia messo a raffronto con quello di Paesi al nostro analoghi per dimensioni territoriali o per popolazione¹⁰.

⁹ Del diritto alla scienza ha di recente trattato G. D'AMICO, *Verso il riconoscimento di un diritto alla scienza?* cit.

¹⁰ In ambito OCSE, il nostro Paese, al pari dell'Ungheria, è al ventisettesimo posto per investimenti nella ricerca scientifica, che ammontano a circa l'1,4 % del PIL, al confronto di Corea (4,6 %), Israele (4,5 %), Svizzera (3,4 %). È poi interessante notare che un numero cospicuo dei ricercatori italiani i cui prodotti scientifici sono tra i più citati lavora all'estero; che nessuna Università italiana figura tra le prime dieci in Europa (e, ovviamente, nel mondo)

2. *Diritti e contesto, in una delle due accezioni qui prese in considerazione, che lo vede riferito al piano delle relazioni tra norme di diritto interno e norme aventi origine esterna (con particolare riguardo alle Carte dei diritti ed ai loro rapporti con la Costituzione), in occasione del cui svolgimento la scienza ha, nondimeno, modo di lasciare un segno particolarmente marcato*

Ragionando del contesto, va preliminarmente osservato che il termine si presta ad essere analizzato da plurimi angoli visuali e, dunque, ad essere caricato di parimenti plurimi significati e valenze¹¹. Per ciò che maggiormente importa ai fini dello studio che si va ora facendo, giova fermare specificamente l'attenzione sul rilievo che esso assume, per un verso, al piano politico-istituzionale e, per un altro verso, a quello delle condizioni complessive della vita di relazione quali si hanno in taluni momenti particolarmente travagliati, come sono quelli che connotano il tempo dell'emergenza (specie, nella presente congiuntura afflitta – come si sa – da una pandemia sanitaria coinvolgente praticamente ogni ambito della vita di relazione e che appare ben lungi dal mostrarsi recessiva, sì da indurre ad un sia pur cauto ottimismo circa le sorti a venire dell'intera umanità).

Ora, è interessante notare che ad entrambi i piani la scienza e la tecnologia hanno lasciato (e lasciano) un segno marcato sulle più salienti esperienze che ad essi prendono forma, con immediati ed evidenti riflessi – per ciò che è qui di specifico rilievo – in ordine al riconoscimento ed alla salvaguardia dei diritti.

Quanto al primo piano, una speciale considerazione va prestata alle interconnessioni che in misura crescente si registrano tra gli Stati in seno alla Comunità internazionale ed al rilievo assunto da organizzazioni sovranazionali, quale l'Unione europea.

La questione va vista nel quadro di un complessivo ripensamento della struttura della Costituzione e del moto incessante che connota il modo di essere e di operare degli elementi di cui essa si compone¹². Come vado dicendo da tempo¹³, la Costituzione appare infatti avere carattere “intercostituzionale”, aprendosi in considerevole misura ad altri documenti materialmente (o – come preferisce dire il giudice delle leggi¹⁴ – *tipicamente*) costituzionali (e, segnatamente, ad altre Carte dei diritti)¹⁵ e *quodammodo* con essi fondendosi, tutti integrandosi reciprocamente nella interpretazione¹⁶.

¹¹ V., al riguardo, le precisazioni concettuali che sono in A. SPADARO, in più scritti, tra i quali *Dalla Costituzione come “atto” (puntuale nel tempo) alla Costituzione come “processo” (storico). Ovvero della continua evoluzione del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in *Quad. cost.*, 3/1998, 343 ss.; *Costituzione (Dottrine generali)*, in *Diz. dir. pubbl.*, diretto da S. Cassese, II, Giuffrè, Milano 2006, 1630 ss., e, da ultimo, *Rileggendo E.-W. Böckenförde su potere costituente e interpretazione costituzionale*, in *Federalismi.it*, 16/2021, 30 giugno 2021, 208 ss.

¹² Del moto della Costituzione discorre da tempo M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Rivista AIC*, 1/2013, 1° marzo 2013; v., inoltre, utilmente, A. SPADARO, specie nel primo degli scritti sopra richiamati.

¹³ ... a partire dal mio *Sovranità dello Stato e sovranità sovranazionale, attraverso i diritti umani, e le prospettive di un diritto europeo “intercostituzionale”*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2/2001, 544 ss.

¹⁴ Così, nella discussa [sent. n. 269 del 2017](#), con specifico riguardo alla Carta di Nizza-Strasburgo ma con notazione estensibile anche alle altre Carte, a partire dalla CEDU.

¹⁵ È pur vero che i documenti normativi in parola, diversamente dalla Costituzione, sono privi di previsioni riguardanti l'organizzazione ed è parimenti vero che la loro salvaguardia è principalmente (seppur non esclusivamente) demandata a Corti comunque diverse per composizione e funzionamento rispetto ai tribunali costituzionali, come tali governate da “logiche” interne che sono loro tipiche ed esclusive. E, tuttavia, non si trascuri la circostanza per cui, per un verso, la parte organizzativa è pur sempre servente nei riguardi della disciplina che dà il riconoscimento e la tutela dei diritti fondamentali e, in genere, della disciplina sostantiva contenuta in Costituzione e che di quest'ultima, dunque, costituisce la parte più immediatamente e genuinamente espressiva e qualificante. Per un altro verso, poi, le tecniche decisorie tendono a trasmettersi in crescente misura dall'una all'altra Corte che paritariamente “dialogano” – come suol dirsi – tra di loro, indipendentemente dal nome che portano e dal luogo istituzionale in cui operano. Può, insomma, dirsi che, per effetto del “dialogo” in parola, le Corti europee in qualche modo tendono a “costituzionalizzarsi”, così come quelle costituzionali ad “internazionalizzarsi” o a “sovranazionalizzarsi”. Soprattutto questo dato, che va sempre di più crescendo e diffondendosi, appare ai miei occhi particolarmente meritevole di attenzione, senza peraltro chiudere gli occhi davanti al fatto che non di rado il “dialogo” stesso è più apparente che reale, vuoi perché persino termini identici per formulazione sono caricati di significati diversi e vuoi ancora per la tendenza, più volte manifestata da questa o quella Corte, a considerare il proprio punto di vista come prioritario e *quodammodo* autosufficiente. I richiami ad

Tutto ciò ha immediati e rilevanti riflessi per ciò che attiene al riconoscimento ed alla tutela dei diritti fondamentali, secondo quanto è stato messo in chiaro in innumerevoli studi concernenti i rapporti tra le Carte dei diritti (e, in special modo, la CEDU e la Carta dell'Unione) e la Costituzione. L'essenza di un documento costituzionale, nella sua più densa e qualificante espressione, è infatti data – come sappiamo dal già richiamato art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789 – dal riconoscimento dei diritti fondamentali. Ebbene, non è di certo per caso che tra le Carte costituzionali dell'immediato secondo dopoguerra e quelle venute alla luce anche solo dopo qualche decennio dalle prime si riscontrino differenze considerevoli per quanto attiene al riconoscimento in parola, avendosi nelle seconde l'ingresso di diritti dapprima ignorati e richiamandosi allo stesso tempo esperienze che li coinvolgono in modo immediato e diretto, in relazione alle quali la scienza e la tecnologia svolgono un ruolo di prima grandezza, concorrendo – per ciò che è qui di specifico interesse – all'appagamento di bisogni dapprima rimasti privi di adeguata tutela.

Eloquenti al riguardo i riferimenti contenuti nell'art. 3 della Carta dei diritti dell'Unione europea, ad es., al divieto di pratiche eugenetiche e di clonazione riproduttiva o di discriminazione in base alle caratteristiche genetiche¹⁷, di cui all'art. 21, alla tutela dell'ambiente (art. 37)¹⁸ e alla protezione dei consumatori (art. 38). E ciò, senza peraltro trascurare alcune novità del linguaggio, esse pure per la loro parte indicative di uno svecchiamento significativo nella struttura della Carta in parola (così, ad es., quanto alla libertà dei *media*, di cui all'art. 11, all'*handicap* ed alle tendenze sessuali, di cui ancora all'art. 21), e via dicendo.

La proliferazione delle Carte dei diritti e il rinnovamento interno dalle stesse esibito non ha lasciato indifferente la dottrina che vi ha dedicato (e seguita senza sosta a dedicarvi) una spiccata attenzione, facendosi variamente notare come dalla ricerca scientifica vengano a getto continuo materiali e suggestioni che, pur con vistose selezioni e consistenti adattamenti, rifluiscono negli enunciati normativi (in ispecie – per ciò che qui più da presso importa – in quelli relativi ai diritti fondamentali) e questi poi, circolarmente, sollecitano e incessantemente alimentano la produzione di ulteriori ricerche.

Emblematica la vicenda che ha portato alla “invenzione” di nuovi o nuovissimi diritti e che ha trovato (e trova) terreno fertile per affermarsi proprio grazie ai ritrovati della scienza, incoraggiando quindi la venuta alla luce di una copiosa letteratura scientifica ad essa dedicata.

È sufficiente al riguardo volgere rapidamente lo sguardo ai momenti cruciali della esistenza umana, la nascita e la morte, dei quali peraltro si tornerà a dire più avanti, per avvedersi di quanto sia profondamente mutato il quadro normativo e fattuale di cui si ha oggi riscontro rispetto a quello anche solo di qualche decennio addietro¹⁹. Non a caso, d'altronde, come si faceva poc'anzi notare,

orientamenti convergenti di altri giudici è, infatti, spesso fatto *ad pompam* o, per così dire, a corredo di una soluzione che nondimeno avrebbe potuto ugualmente giustificarsi anche solo grazie al riferimento fatto alla Carta di cui ciascuna Corte è istituzionalmente garante. Si annida dietro quest'*animus* – come ho avuto modo di rilevare altrove – l'idea, non velata, della idoneità della Carta stessa a dire *tutto su tutto* e a dirlo *sempre nel modo migliore*. Un'idea preconcepita e fondamentalmente inesatta in sé e per sé e – ciò che è peggio – foriera di guasti di rilevante portata (ma, di ciò, in altri luoghi).

¹⁶ Così, quasi testualmente, [Corte cost. sent. n. 388 del 1999](#); similmente ora anche [sent. n. 84 del 2021](#).

¹⁷ Sui controversi rapporti tra genetica e Costituzione faccio qui richiamo solo di M. TOMASI, *Genetica e Costituzione. Esercizi di eguaglianza, solidarietà e responsabilità*, Editoriale Scientifica, Napoli 2019.

¹⁸ Dell'ambiente e dell'ecosistema discorre oggi – com'è noto – anche la nostra Carta costituzionale, ma si tratta di un'aggiunta fatta appunto in tempi recenti, con la riscrittura del Titolo V operata nel 2001.

¹⁹ Copiosa la letteratura che, con varietà di orientamenti, ha illustrato i tratti maggiormente salienti di questa vicenda. Circoscrivendo ora i richiami unicamente ad alcuni studi di respiro monografico venuti alla luce negli anni a noi più vicini, v., part., quanto alle esperienze di procreazione medicalmente assistita, S. PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Editoriale Scientifica, Napoli 2015; B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Giuffrè, Milano 2017; L. CHIEFFI, *La procreazione assistita nel paradigma costituzionale*, Giappichelli, Torino 2018; V. TIGANO, *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi. Modelli di bilanciamento tra tutela del minore e libertà civili nella PMA*, Giappichelli, Torino 2019; S. AGOSTA, *Procreazione medicalmente*

questa vicenda trova una eco significativa nei documenti materialmente costituzionali venuti di recente alla luce. È poi anche vero che una coraggiosa (ma in qualche caso, francamente, temeraria²⁰) dottrina e giurisprudenza ha fatto opera – come dire? – di “attualizzazione” (talvolta, per vero, forzata) della stessa Costituzione, e così pure si è avuto ad es. per la CEDU, alla prima quasi coeva, rileggendole alla luce delle indicazioni delle Carte suddette e/o degli sviluppi della scienza. Non è, tuttavia, la stessa cosa – com’è chiaro – che il riconoscimento dei nuovi diritti si abbia unicamente per via di reinterpretazione di enunciati vecchi ovvero per il tramite della scrittura costituzionale, la quale ultima nondimeno è un’arma a doppio taglio e non è affatto detto che offra sempre maggiori certezze di diritto (e opportunità di tutela per i diritti) di quelle che a volte vengono da un sano diritto non scritto, specie se consolidato a mezzo di una giurisprudenza costante ed uniforme²¹. Ad ogni buon conto, non si dimentichi che ogni enunciato vive solo per il modo o i modi con i quali è inteso e fatto valere: il passaggio dalle disposizioni alle norme, attraverso il mezzo dell’interpretazione, resta – come si sa – pur sempre ineludibile²². Ciò che poi, a conti fatti,

assistita e dignità dell’embrione, Aracne, Roma 2020; F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità. La legge n. 40 del 2004 e la sua applicazione fra volontà ed esigenze di giustizia*, Editoriale Scientifica, Napoli 2020; M.P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino 2020; quanto, poi, a quelle di fine-vita, v., almeno, R.G. CONTI, *Scelte di vita o di morte. Il giudice è garante della dignità umana? Relazione di cura, DAT e “congedo dalla vita” dopo la l. 219/2017*, Aracne, Roma 2019, e S. AGOSTA, *Disposizioni di trattamento e dignità del paziente*, Aracne, Roma 2020, cui adde, più di recente, F. PARUZZO, *Referendum abrogativo sull’eutanasia legale. Tra (in)ammissibilità del quesito e opportunità dello strumento referendario*, in Costituzionalismo.it, 2/2021, 16 novembre 2021, 95 ss.; G. RAZZANO, [Le incognite del referendum c.d. «sull’eutanasia», fra denominazione del quesito, contenuto costituzionalmente vincolato e contesto storico](#), in questa [Rivista](#), 2021/III, 973 ss. e, pure ID., [Quali implicazioni per il giudizio di ammissibilità dopo l’ordinanza dell’Ufficio centrale per il referendum, che ha dichiarato legittima la denominazione «abrogazione parziale dell’art. 579 c.p. \(omicidio del consenziente\)» e ha respinto «Disponibilità della propria vita mediante consenso libero, consapevole e informato?»](#) [ivi](#), 2022/I, 86 ss.; i contributi al Seminario preventivo di *Amicus curiae* su *La via referendaria al fine vita. Ammissibilità e normativa di risulta del quesito sull’art. 579 c.p.*, a cura di G. Brunelli - A. Pugiotto - P. Veronesi, cui adde P. BORSELLINO, *Il referendum sull’art. 579 c.p. e l’aiuto attivo a morire. Una “contestualizzazione” necessaria*, in *Amicus curiae* e in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 1/2022; F. LAZZERI, *Il pendio verso l’ammissibilità del referendum sull’eutanasia: alcune riflessioni sulla soglia minima di tutela penale della vita e una proposta per ritenere adeguata la disciplina di risulta*, in [Sistema Penale](#), 10 gennaio 2022; AA.VV., *Il referendum sull’art. 579 c.p.: aspettando la Corte costituzionale*, a cura di M. D’Amico e B. Liberali, in [Rivista del Gruppo di Pisa](#), fasc. spec., 25 gennaio 2022; U. ADAMO, *Intorno al giudizio sull’ammissibilità del referendum per l’abrogazione parziale dell’art. 579 del codice penale (omicidio del consenziente)*, in [Osservatorio costituzionale](#), 1/2022, 1° febbraio 2022, 232 ss. Sulle esperienze sia d’inizio che di fine-vita, infine, C. CASONATO, *Il Principio di autodeterminazione. Una modellistica per inizio e fine vita*, [ivi](#), 1/2022, 1° febbraio 2022, 51 ss.

²⁰ ... avendo portato ad una indebita dilatazione concettuale di alcuni enunciati della Carta, sovraccaricati di significati ben oltre il consentito dai pur lassi argini segnati dalla scrittura costituzionale, pur nella sua strutturale apertura e, in più punti, vaghezza concettuale.

²¹ Emblematica, per tutte, la vicenda da noi avutasi a seguito del varo del nuovo Titolo V, connotato da talune improprietà di linguaggio e disarmonie interne che hanno obbligato dottrina e giurisprudenza ad una faticosa (e talora, appunto, temeraria) opera di sostanziale riscrittura degli enunciati. La cosa, nondimeno, non sorprende più di tanto, sol che si consideri che non v’è praticamente angolo, per remoto che sia, del campo costituzionale che non risulti variamente segnato da novità apportate alla Carta per via d’interpretazione (ma – come si viene dicendo – forzandosi a volte non poco le tecniche che dovrebbero presiedere ad un lineare e corretto svolgimento di quest’ultima).

²² Profitto dell’opportunità oggi offertami per rinnovare un pensiero già altre volte manifestato, vale a dire che – contrariamente a ciò che comunemente si pensa – l’interpretazione non si svolge quando la disposizione è bell’e fatta, preformata appunto rispetto alla norma ed all’attività volta alla ricognizione del suo significato. La ricerca e l’individuazione della disposizione giusta, sulla quale cioè l’interpretazione è sollecitata a svolgersi ed a prendere forma, risultano infatti *quodammodo* preorientate – lo si ammetta o no – da un significato (una norma, appunto) che l’operatore già intravede dentro di sé, sia pure in modo ancora confuso ed appannato, e del quale poi attende ovviamente conferma dall’esito del processo interpretativo, una volta linearmente svolto e perfezionato. L’interpretazione è, insomma, come una pianta da cui sta per sbocciare un fiore (la norma), della quale si rende visibile unicamente ciò che emerge dal terreno e che, tuttavia, trae origine da un seme pur sempre selezionato in ragione del fiore che si vuol cogliere. Come si vede, il rapporto tra disposizione e norma è dunque, in qualche modo, di mutua, circolare alimentazione (cfr., in tema, F. MODUGNO - A. LONGO, *Disposizione e norma. Realtà e razionalità di una storica tassonomia*, con un contributo di G. Amato, Editoriale Scientifica, Napoli 2021).

dimostra che tra il diritto c.d. politico e il diritto giurisprudenziale²³ non vi è (e non può esservi) rigida separazione o, peggio, contrapposizione, il diritto senza aggettivi pur sempre restando sottoposto alle verifiche che vengono dalle applicazioni (e, perciò, dalle interpretazioni che le precedono e determinano).

Vi è, poi, un ulteriore dato che merita di essere tenuto presente; ed è che, al di là delle stesse indicazioni positive, le dinamiche delle Carte, quali prendono forma ed incessantemente si svolgono e rinnovano attraverso il c.d. “dialogo” tra le Corti che ne sono istituzionalmente garanti, s’incamminano non di rado lungo percorsi diversi da quelli per esse astrattamente precostituiti ovvero fatti oggetto di elaborazione al piano teorico-astratto da parte delle stesse Corti.

Un solo esempio, per maggior chiarezza.

Il nostro tribunale costituzionale si è da tempo dichiarato – come si sa – dell’idea che le Carte dei diritti venute alla luce in ambito internazionale o sovranazionale debbano pur sempre soggiacere alla osservanza della Costituzione, seppur in forme – come dire? – “graduate” e diverse. E così, la CEDU, in quanto fonte qualificata (a mia opinione, assiomaticamente) come “subcostituzionale”, *sarebbe* tenuta a prestare ossequio all’intera Costituzione, diversamente dalla Carta dei diritti dell’Unione che, al pari peraltro di ogni fonte di diritto eurounitario, va incontro, in occasione delle sue applicazioni in ambito interno, al solo rispetto dei principi fondamentali enunciati nella Carta costituzionale (dei “controlimiti”, come sono usualmente chiamati).

Non torno qui a dire, dopo averne ripetutamente trattato altrove, delle aporie che questa costruzione, francamente artificiosa, al proprio interno racchiude, espressive di talune ipoteche teoriche risalenti e mai rimosse che, alla fin fine, si riportano all’antico mito della sacralità ed onnipotenza della Costituzione, al suo essere un *unicum* irripetibile, che non teme confronto con altri documenti pure ritenuti – come si è rammentato – *tipicamente* costituzionali e, tuttavia, obbligati a restare alla sua osservanza, ora in maggiore ed ora in minore misura, assoggettati.

Ebbene, questa costruzione si trova poi a dover fare i conti con la mentalità e il modo di operare di ogni Corte, nessuna delle quali considera la Carta di cui è garante inferiore ad alcun’altra, così come non considera se stessa subalterna ad altre Corti. Tutte, insomma, si confrontano *paritariamente* nel mercato in cui ciascuna di esse punta a vendere al prezzo migliore la merce esposta nella Carta sua propria, sì da ricavarne il maggior profitto possibile.

La gerarchia intravista *al piano della teoria delle fonti*, dunque, si sfarina e dissolve *al piano della teoria della interpretazione*. Ne è, peraltro, consapevole e non esita a riconoscerlo (ma contraddicendosi) la stessa giurisprudenza costituzionale, col fatto di ammettere, in un passo sopra già richiamato, che la Costituzione e le altre Carte “*si integrano reciprocamente nella interpretazione*”.

L’ordine delle fonti è, perciò, nei fatti fortemente ridimensionato e non di rado messo risolutamente da canto all’impatto con la pratica giuridica, in occasione del cui svolgimento le relazioni tra le Carte (o – il che è praticamente lo stesso – tra le Corti) prendono forme continuamente cangianti in ragione dei casi della vita e delle loro complessive e parimenti varie esigenze. Il criterio che sta a base della combinazione delle Carte e dell’assetto cui esse di volta in volta danno vita non ha, insomma, natura formale-astratta bensì assiologico-sostanziale, risultando condizionato dalla ricerca, spesso assai disagiata e sofferta, del massimo *standard* di tutela raggiungibile. È pur vero, poi, che ogni Corte vede le cose dal proprio punto di vista, cioè da quello dell’ordinamento o sistema normativo²⁴ di appartenenza, punti di vista dunque che possono legittimamente non coincidere, per quanto le Corti stesse non trascurino di mirare all’obiettivo della

²³ ... per riprendere due etichette ormai d’uso corrente, riferimenti nel mio [Diritto giurisprudenziale e diritto politico: questioni aperte e soluzioni precarie](#), in questa [Rivista](#), 2019/III, 707 ss.

²⁴ L’alternativa si deve alla circostanza per cui, a stare alla giurisprudenza inaugurata dalla Corte costituzionale con le famose sentenze “gemelle” del 2007 sulla CEDU, con riguardo a quest’ultima il riferimento al termine “ordinamento” sarebbe improprio: un orientamento, questo, dal quale, per vero, molti studiosi hanno preso le distanze con puntuali argomenti, dei quali non giova però ora dire.

convergenza degli stessi, restando perlopiù minoritarie le occasioni di divergenza o, diciamo pure, di aspro ed irriducibile conflitto.

Insomma, la partita si gioca sul campo, ad armi pari; e chi ha le carte migliori in mano non si trattiene di certo dal giocare.

A conferma del carattere recessivo dei criteri di fattura formale-astratta, stanno poi alcune indicazioni risultanti dalle stesse Carte e volte appunto a mettere in buona sostanza da canto le *sistemazioni al piano della teoria delle fonti* per far posto a *sistemazioni delle norme*, come tali idonee a venire alla luce in forme sempre nuove, condizionate dai casi ed a questi – per quanto si renda materialmente possibile – adeguate.

Si spiega, dunque, in questa luce la previsione di cui all'art. 53 della Carta di Nizza-Strasburgo che sollecita gli interpreti della Carta stessa a far luogo ad una lettura dei suoi enunciati orientata verso la CEDU, la Costituzione ed altri documenti ancora relativi ai diritti²⁵, fatto nondimeno salvo il principio – l'autentica *Grundnorm* al servizio dei diritti e della loro ottimale tutela – della massima salvaguardia possibile dei diritti stessi²⁶. E non è senza significato la circostanza per cui, *nel passaggio dalla teoria delle fonti alla teoria delle norme (e della interpretazione)*, viene a rovesciarsi l'ordine giusto in cui – a stare alla giurisprudenza costituzionale – dovrebbero disporsi in ambito interno la CEDU e la Carta dei diritti dell'Unione²⁷, per il fatto stesso che la seconda richiede *per norma* di essere intesa alla luce della prima²⁸. Ma poi, a riprova di come la partita possa ogni volta prendere una piega diversa in ragione dei casi, sta il fatto che la stessa giurisprudenza della Corte di Strasburgo fa frequenti richiami ad orientamenti della Corte eurounitaria, così come ovviamente questa a quella (e tutte assieme alle Corti nazionali, e viceversa), nel circolo interpretativo i materiali normativi riconformandosi senza sosta ed assumendo pertanto ogni volta

²⁵ Un'accreditata dottrina (R. BIN, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quad. cost.*, 4/2019, 757 ss., spec. 764 e nt. 15) ha giudicato "curioso" il richiamo da me più volte fatto (e – come si vede – qui pure rinnovato) al disposto in parola, assumendo che lo stesso farebbe unicamente divieto di utilizzare la Carta di Nizza-Strasburgo al fine di *peggiorare* la tutela dei diritti. Come ho avuto modo di rilevare altrove, a me sembra tuttavia chiaro che dall'enunciato in parola naturalmente discende la eventualità che la Carta stessa sia fatta valere allo scopo opposto dell'avanzamento della tutela stessa [v., infatti, quanto se ne dice nel mio *Stato di diritto sovranazionale e Stato di diritto interno: simul stabunt vel simul cadent*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 3/2020, 15 novembre 2020, 18, in nt. 15].

²⁶ In realtà, la stessa esistenza del principio in parola è contestata da un'agguerrita dottrina [per tutti, ancora R. BIN, che ne ha trattato a più riprese: oltre che nello scritto appena cit., v., tra gli altri suoi contributi, *Critica della teoria dei diritti*, FrancoAngeli, Milano 2018, spec. 63 ss., ma *passim*; *Cose e idee. Per un consolidamento della teoria delle fonti*, in *Dir. cost.*, 1/2019, 11 ss., spec. 21 ss., nonché l'intervista sul tema *Giudice e giudici nell'Italia postmoderna?*, a cura di R.G. Conti, in *Giustizia Insieme*, 10 aprile 2019 e in AA.VV., *Il mestiere del giudice*, a cura di R.G. Conti, Wolters Kluwer - Cedam, Milano 2020, 1 ss.], con rilievi critici che, nondimeno, non sembrano insormontabili, secondo quanto si tenta di mostrare nei miei *Diritto giurisprudenziale e diritto politico: questioni aperte e soluzioni precarie*, cit., 707 ss., spec. 714 in nt. 30, e *Tecniche decisorie dei giudici e "forza normativa" della Carta di Nizza-Strasburgo*, *Forum di Quaderni costituzionali*, 8 aprile 2020. V., inoltre, A. RANDAZZO, *Il "metaprincipio" della massimizzazione della tutela dei diritti*, in *Dirittifondamentali.it*, 2/2020, 10 giugno 2020, 689 ss.; B. NASCIMBENE, *La tutela dei diritti fondamentali in Europa: i cataloghi e gli strumenti a disposizione dei giudici nazionali (cataloghi, arsenale dei giudici e limiti o confini)*, in *Eurojus.it*, 3/2020, 277; I. ANRÒ, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e CEDU: dieci anni di convivenza*, in *Federalismi.it*, 19/2020, 17 giugno 2020, 109 ss.; F. DONATI, *Tutela dei diritti e certezza del diritto*, in *Lo Stato*, 14/2020, 49 ss.; C. CARUSO, *Granital reloaded o di una «precisazione» nel solco della continuità*, in *Giustizia Insieme*, 19 ottobre 2020; R. CONTI, *CEDU e Carta UE dei diritti fondamentali, tra contenuti affini e ambiti di applicazione divergenti*, in questa *Rivista*, 2020/III, spec. 588 ss.

²⁷ ... l'una ponendosi – come si è veduto – quale fonte "subcostituzionale", l'altra invece essendo dotata di forza "paracostituzionale" o costituzionale *tout court*, fatto nondimeno salvo l'obbligatorio rispetto dei principi di base di diritto interno.

²⁸ Il fatto che però lo stesso verso del processo interpretativo abbia carattere relativo (*per norma*, appunto) e si presti ad essere invertito in forza del canone fondamentale della maggior tutela conferma *per tabulas* il necessario trapasso dal piano della *sistemazione delle fonti secondo forma* a quello della *sistemazione delle norme secondo valore* o – il che è praticamente lo stesso – dal piano della teoria corrente delle fonti a quello della teoria delle norme, secondo gli esiti ricostruttivi offerti dalle tecniche interpretative.

sembianze diverse, in ragione delle plurime e parimenti cangianti combinazioni cui danno vita per mano delle Corti.

Resta, ad ogni buon conto, fermo il non secondario rilievo della scrittura operata dalle Carte in parola, la quale poi, pur laddove appaia essere di mera “razionalizzazione” dell’esistente (specie giurisprudenziale), nel momento stesso in cui si presta a rendere certo ed a stabilizzare quest’ultimo, ne prepara ed orienta gli ulteriori sviluppi per l’avvenire, sollecitando gli indirizzi giurisprudenziali già formati ad intraprendere nuove vie rispetto a quelle dapprima percorse o, come che sia, a prestarsi ad aggiustamenti ora di maggiore ed ora di minore consistenza e valenza.

3. Scienza e diritti, nel tempo delle emergenze (con specifico riguardo alle esperienze d’inizio e fine-vita)

È poi pure vero che le dinamiche dei diritti, quali prendono forma a mezzo del “dialogo” tra le Corti, risentono fortemente del contesto, nella seconda accezione sopra indicata, in ispecie in congiunture particolarmente sofferte per la comunità organizzata, segnate da plurime ed ingravescenti emergenze, prima su ogni altra – per ciò che è oggi di drammatica evidenza – quella sanitaria, in occasione della cui emersione la scienza e la tecnologia non sono rimaste e non restano affatto sullo sfondo della scena ma, all’inverso, sono state (e sono) proiettate in modo vistoso e pressante in primo piano.

Va subito, al riguardo, avvertito che non si danno – come, invece, ad una prima ma erronea impressione parrebbe – *diritti scientificamente insensibili o incondizionati* accanto a diritti che, di contro, risultano essere, in maggiore o minore misura, dipendenti dalla scienza e dalla tecnologia. Parrebbe, invero, che alla prima categoria appartengano i diritti della prima generazione, c.d. di libertà negativa²⁹, non a caso affermatasi in un tempo in cui scienza e tecnologia non erano particolarmente avanzate, mentre della seconda specie sarebbero i diritti sociali e, più ancora, i c.d. nuovi diritti (di ultima generazione).

In realtà, le cose non stanno affatto così. Anche i diritti maturati nel corso della esaltante stagione liberale non possono fare del tutto a meno del supporto offerto dalla scienza e dalla tecnologia al fine di potersi affermare, più ancora oggi che l’intera società appare essere profondamente segnata dal loro sviluppo.

Si pensi, ad es., alla libertà di manifestazione del pensiero che, nella sua essenza, è rimasta per l’aspetto giuridico-formale tale e quale era un tempo, ferma restando ovviamente l’incidenza esercitata dal contesto politico-istituzionale, nel frattempo profondamente mutato³⁰; solo che la libertà in parola può oggi avvalersi (ed effettivamente si avvale) delle risorse offerte dalla tecnologia per vincere le distanze ed esprimersi con immediatezza ed efficacia, sì da poter rappresentare i fatti nel corso del loro stesso accadimento, specie grazie al mezzo televisivo. Anche le altre libertà classiche sfruttano di continuo le risorse suddette, senza le quali in determinate congiunture non potrebbero farsi valere.

Così è stato ed è, ad es., per le riunioni *on line*, al pari per questo verso di ciò che si ha in relazione ad alcuni diritti sociali, alle libertà suddette accomunati appunto dagli strumenti della tecnologia in talune loro espressioni, e – per ciò che è qui di specifico interesse – alla “rivoluzione” telematica registratasi nel processo costituzionale e in altre attività di giustizia e, in genere, di rilievo istituzionale³¹.

²⁹ Un’etichetta, questa, peraltro ormai contraddetta dalla stessa Costituzione, così come novellata in occasione del rifacimento del Titolo V, prevedendosi l’intervento dei pubblici poteri al fine della ottimale salvaguardia (non soltanto dei diritti sociali ma anche) dei diritti civili [art. 117, II c., lett. m)].

³⁰ Basti solo pensare a ciò che ha rappresentato e rappresenta nella vita di relazione *Internet*, che ha in buona sostanza segnato una svolta nella storia dell’umanità.

³¹ Di particolare significato è, tra le altre, la novità introdotta dalla legge n. 108 del 2021 (di conversione con modifiche del decreto-legge n. 77 del 2021) che ha introdotto la modalità digitale per la raccolta delle firme in occasione delle iniziative referendarie che, a mia opinione, può incidere significativamente su queste ultime fino a farne

Si considerino solo le dinamiche relative ad alcune tra le più salienti manifestazioni di vita sociale (nel campo del lavoro come in quello della salute o dell'istruzione³², ecc.) che hanno potuto seguire a svolgersi in occasione della pandemia sanitaria proprio avvalendosi delle risorse apprestate dalla scienza e dalla tecnologia. Piuttosto, la differenza che può riscontrarsi nel supporto offerto da queste ultime ai diritti è – diciamo così – di grado o di misura, apprezzandosi in taluni ambiti di esperienza maggiormente che in altri.

Qui si pone una questione di cruciale rilievo e di estrema complessità; ed è data dal fatto che lo sviluppo incessante della scienza e della tecnologia, lungi dall'appagare (se non del tutto, in larga parte) le pretese di realizzazione dei diritti, le alimentano in misura crescente e ne incoraggiano la venuta alla luce di nuove, a getto continuo. Più, dunque, i diritti sono soddisfatti e più ancora chiedono di esserlo, afflitti come sono da una fame insaziabile di promozione e tutela. Una sorta di gara di corsa senza fine viene, insomma, ad intrattenersi tra scienza e diritti, con la prima incapace comunque di raggiungere i secondi, pur dotandosi di macchine viepiù veloci e tecnologicamente avanzate.

Ora, la questione si pone per il fatto che, venendo sollecitata la emersione di continue e sempre più esigenti domande di tutela, c'è il rischio che, in una società scientificamente e tecnologicamente condizionata, vengano confusi per nuovi diritti fondamentali pretese soggettive che nulla hanno in realtà a che fare con essi³³. E qui – come si vede – il nodo torna ad avvolgersi, fitto e talora persino inestricabile, attorno alla nozione di “diritto fondamentale”, di ciò che esso è in sé e per sé e quale risulta essere alla luce delle indicazioni al riguardo offerte dal singolo ordinamento positivo (per ciò che a noi importa, del nostro, sulla base di quanto disposto in Costituzione).

Solo un paio di esempi per maggior chiarezza, tratti da vicende che – come si sa – hanno fatto (e seguitano a fare) discutere in modo animato operatori politici, studiosi, scienziati.

Si pensi, dunque, in primo luogo, alle esperienze d'inizio-vita. Grazie alle tecniche di procreazione medicalmente assistita si è reso possibile appagare il desiderio di molte persone e/o coppie di avere un figlio. Occorre, però, chiedersi se vi sia un diritto fondamentale (nella sua ristretta e propria accezione) alla maternità o paternità attraverso il ricorso alle tecniche in parola.

Non v'è dubbio che il bisogno della riproduzione abbia carattere essenziale per la società al fine della sua trasmissione nel tempo; ma lo ha *anche* (e necessariamente) per il singolo individuo o la coppia che si costituisca in seno alla società stessa?

Non a caso, poco sopra per cautela si è adoperato il termine “desiderio” che, peraltro, può essere soddisfatto anche in modi diversi da quello del ricorso alle tecniche suddette (ad es., con l'adozione), che peraltro richiederebbero di essere fatte oggetto di esame tenendo conto di una pluralità di fattori³⁴.

Se fermiamo l'attenzione alla nostra Costituzione, diventa assai problematico rinvenire in essa la base di un vero e proprio diritto fondamentale a diventare madre o genitore in genere (questione, poi, di ancora più ardua soluzione in relazione alle persone di sesso maschile che non possono ricorrere all'“affitto” di un utero – termine improprio ma ormai d'uso corrente – al fine di vedere appagato il loro desiderio di paternità).

mutare il senso complessivo. Ed è da chiedersi cosa mai, dopo questo precedente, osti alla sua riproduzione ad altri ambiti di esperienza (ad es., per le iniziative legislative popolari) e quali possano esserne i riflessi sulle dinamiche che connotano la forma di governo e la stessa forma di Stato.

³² Con specifico riguardo a quest'ultima, v. AA.VV., *La scuola nella pandemia. Dialogo multidisciplinare*, a cura di G. Laneve, Eum (ediz. Univ. di Macerata), Macerata 2020.

³³ La stessa distinzione tra diritti fondamentali e diritti che fondamentali non sono – come si è accennato in fase di avvio di questa riflessione – appare sommamente incerta al piano teorico e, forse, più ancora a quello pratico (ma, di ciò, in altri luoghi).

³⁴ Non a caso, lo stesso diritto positivo non tratta in ugual modo la inseminazione omologa e quella eterologa, la quale ultima, a sua volta, meriterebbe poi di essere diversamente valutata a seconda che abbia luogo dietro corrispettivo di una somma di denaro ovvero a titolo gratuito, all'interno della cerchia familiare (in senso largo) ovvero fuori di essa, e via dicendo.

La Costituzione, infatti, dà per presupposta la qualità di madre o genitore, alla stessa quindi riportando una serie di diritti e doveri espressamente indicati, proprio per il rilievo che è ad essi assegnato; ma non dà affatto per assodato che ciascun essere umano abbia il diritto a diventare madre o padre di un'altra persona e, comunque, che possa soddisfarlo ricorrendo alla procreazione medicalmente assistita³⁵.

Questa conclusione appare, poi, essere ulteriormente avvalorata se si torna, sia pure solo per un momento, a riflettere su cos'è un "diritto fondamentale", in specie laddove si acceda al punto di vista, sopra accennato, secondo cui esso consiste in un bisogno elementare dell'uomo il cui appagamento è condizione di un'esistenza "libera e dignitosa". E, invero, appare assai arduo argomentare la tesi che l'esistenza di un essere umano privo di prole – quale che sia il modo con cui quest'ultima può essere acquisita – conduca un'esistenza priva dei caratteri suddetti; e ciò, in disparte il deliberato proposito perseguito da alcuni individui o coppie nel senso di non avere figli, considerati un impaccio o un ostacolo per la propria libertà di movimento e di azione.

È pur vero, poi, che alcune persone avvertono il bisogno di maternità o paternità con una particolare intensità, sì da farsene una malattia per il caso che non riescano a vederlo soddisfatto. Una teoria costituzionale, però, non può avere riguardo a pulsioni soggettive, per meritevoli di considerazione che siano, al fine di stabilire ciò che è, in sé e per sé, *oggettivamente*, un diritto fondamentale, per il modo con cui se ne ha il riconoscimento in Costituzione (o in altri documenti del pari materialmente costituzionali).

Solo apparentemente speculari alle esperienze d'inizio-vita sono, poi, quelle riguardanti la fine della esistenza umana, secondo quanto peraltro la più avvertita dottrina ha messo in chiaro da tempo³⁶.

Qui, infatti, secondo una diffusa opinione, parrebbe trovarsi sotto *stress* o, diciamo pure, in uno stato di vera e propria sofferenza fisica e morale la dignità della persona che – a stare a ciò che molti ne dicono – risulterebbe gravemente menomata e persino in tutto sacrificata per il caso che non si dia modo a chi non vuole più tenersi in vita di realizzare il proprio progetto, se incapace di portarlo ad effetto con le sue sole forze.

Il punto non può essere ora nuovamente ripreso con il dovuto approfondimento. Mi limito, dunque, solo a fare un rapido richiamo alla tesi, altrove argomentata, secondo cui si confonde qui indebitamente la qualità della vita, gravemente compromessa o in tutto pregiudicata in talune circostanze particolarmente dolorose, con la dignità, la quale ultima resta invece del tutto integra, dal momento che fa tutt'uno con la persona e, perciò, c'è per il mero fatto della esistenza di quest'ultima, non venendo minimamente incisa o spenta sol perché la persona stessa è afflitta da sofferenze indicibili³⁷. Che, poi, occorra fare di tutto per lenire queste ultime e – fin dove possibile – non dar loro modo di manifestarsi è cosa di tutta evidenza, che suona persino banale dover qui ancora una volta ribadire.

Soccorrono al riguardo le non poche risorse apprestate dalla scienza e dalla tecnologia che, in specie in occasione delle vicende ultime della esistenza, sono sollecitate ad esprimersi in tutto il loro formidabile potenziale espressivo al servizio della salute e della vita della persona, accompagnando e sorreggendo quest'ultima nei suoi momenti di cruciale rilievo.

Piuttosto, il riferimento alla dignità torna prezioso nel momento in cui si prendono in considerazione alcune espressioni della scienza e della tecnologia che potrebbero intaccarla in modo grave e talora irreparabile. La qual cosa, in particolare, si ha laddove la persona venga innaturalmente convertita in *mezzo*, smarrendo l'attributo suo proprio, di kantiana memoria, di *fine*

³⁵ ... di cui, peraltro, a motivo del tempo in cui è venuta alla luce, la Carta non poteva fare parola (argomento, ad ogni buon conto, non risolutivo, ove si ammetta il carattere relativo dell'*original intent* nella interpretazione costituzionale).

³⁶ Faccio ora nuovamente richiamo, per tutti, degli scritti di R.G. CONTI, S. AGOSTA e degli altri contributi sopra cit.

³⁷ Raguagli, volendo, nei [miei La dignità dell'uomo e il diritto di avere diritti \(profili problematici e ricostruttivi\)](#), in questa [Rivista](#), 2018/II, 392 ss., e *Autodeterminazione (principio di)*, VIII Agg. (2021), spec. 16 ss.

in sé e per sé, autofondante e, per ciò stesso, fondativo di ogni pratica giuridica volta a darvi, in maggiore o minore misura, appagamento.

Vengono al riguardo in rilievo alcuni diritti fondamentali, a partire da quello alla salvaguardia della identità genetica dell'individuo, che si pongono in funzione immediatamente e necessariamente servente nei riguardi della dignità. Il primo dei diritti è, infatti, proprio quello alla integrità della dignità che viene fatalmente a soffrirne nel momento stesso in cui dovesse assistersi alla conversione suddetta. Ed è interessante notare che ciò può aversi anche per vie sotterranee ed a mezzo di misure subdole, a prima vista non conducenti allo scopo perverso avuto di mira, risultando poi particolarmente arduo portarle allo scoperto e farvi fronte a modo.

Il vero è che ogni esperienza umana, anche quelle che in vistosa misura appaiono essere “impressionate” – se così può dirsi – dallo sviluppo scientifico e tecnologico e dalle sue maggiori espressioni, richiede costantemente una scrupolosa vigilanza da parte di ciascun componente il gruppo sociale e da quest'ultimo nella sua interezza, ispirata dai valori fondamentali cui dà voce la Carta e, dunque, “filtrata” alla luce del dovere di fedeltà alla Repubblica che naturalmente si dispone al servizio dei valori medesimi³⁸.

Si badi. Non si vuol con ciò dire che occorre spianare la via ad una *scienza eticamente orientata*, ciò che rischierebbe di riportarci a tristi vicende di un passato ancora cocente, ripudiato (e da ripudiare) senza “se” e senza “ma”. La scienza è, per sua strutturale ed indeclinabile vocazione, neutra; e tale deve sempre restare, altrimenti contraddirebbe se stessa, fermo restando però che alcune ricerche scientifiche (in ispecie sotto forma di sperimentazione operate sulla persona umana) non possono neppure avviarsi o, laddove inizialmente effettuate, portarsi avanti nel momento in cui ci si dovesse avvedere che possono recare nocimento alla dignità. In ogni caso, i prodotti della scienza possono essere applicati all'uomo alla sola condizione che si dispongano al servizio dei suoi più avvertiti e diffusi bisogni; ed è perciò che richiedono di essere vagliati in relazione agli effetti cui potrebbero dar vita, di modo che, una volta che risultasse provata la loro natura distruttiva, non può più darvisi spazio alcuno. Sarebbe, d'altronde, cosa priva di senso che la naturale attitudine della società e dell'ordinamento a trasmettersi integri nel tempo fosse scientemente pregiudicata. Il suicidio, anche collettivo e per mano della scienza, è sempre (e solo) da deplorare, mai da ammirare e incoraggiare. In ogni caso, la Costituzione, nei limiti in cui riesca davvero e fino in fondo a farsi valere, si oppone risolutamente ad usi distorti dei ritrovati della scienza e della tecnologia, a conti fatti degradanti sia per chi li pone in essere che per chi li subisce³⁹.

D'altro canto, non foss'altro che per spirito di sopravvivenza, occorre far sì che la scienza e la tecnologia si volgano a beneficio dell'uomo, evitando dunque – per quanto possibile – che possano dar vita ad effetti comunque pregiudizievoli per quest'ultimo, in ispecie appunto per la sua dignità⁴⁰.

³⁸ Sul dovere in parola, v., di recente, soprattutto gli studi A. MORELLI, tra i quali, nella forma più organica, il suo *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Giuffrè, Milano 2013.

³⁹ Si ha, dunque, conferma che la Costituzione – come si è fatto altrove notare [nel mio *Mutamenti di contesto politico-istituzionale, progresso scientifico e tecnologico, teoria della Costituzione (con specifico riguardo al punto di vista della Consulta)*, in questa *Rivista*, 2020/I, 157] – è, a un tempo *condizionata* e *condizionante* nei riguardi della scienza: è la prima cosa con riguardo agli usi corretti a beneficio della persona umana, la seconda quanto agli abusi.

⁴⁰ Si pensi, ad es., alla drammatica questione climatica che affligge l'intera umanità, di cui a parole non v'è chi non mostri di avere avvertenza, senza che però ad oggi si siano adottate misure concrete ed apprezzabili che facciano sperare in una tangibile inversione di tendenza rispetto al presente [v., ad es., il crudo quadro di sintesi che ne ha non molto tempo addietro fatto R. LOUVIN, *Spazi e opportunità per la giustizia climatica in Italia*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 4/2021, 935 ss., e, nella stessa *Rivista*, altri contributi sul tema; inoltre, E.C. SFERRAZZA PAPA, *Le contraddizioni del mondo globale tra flussi migratori e cambiamento climatico*, in *Federalismi.it*, 1/2022, 12 gennaio 2022, 176 ss.]. Ed è chiaro che la sopravvivenza stessa del pianeta comprende ed assorbe in sé ogni altra questione in tema di riconoscimento e tutela dei diritti fondamentali: è, insomma, un *prius* logico ed assiologico indefettibile di ogni discorso sui diritti.

4. *Il modo con cui i due contesti qui presi in esame interagiscono tra di loro, anche per effetto della incidenza esercitata dai ritrovati della scienza e della tecnologia*

È interessante ora prestare attenzione al modo con cui i due contesti sopra indicati interagiscono tra di loro, anche per l'incidenza al riguardo esercitata dai prodotti della scienza e della tecnologia e per il loro complessivo sviluppo.

Ebbene, quanto al primo, il dato maggiormente saliente è, a mia opinione, costituito dal fatto che, per effetto della proliferazione delle Carte dei diritti, tra di esse e la Costituzione viene ad instaurarsi – come si accennava poc'anzi – una sana competizione al rialzo, ciascuna Carta essendo naturalmente sollecitata ad offrire quanto di meglio ha al servizio dei diritti stessi e delle loro crescenti pretese di appagamento. Allo stesso tempo, soprattutto grazie al “dialogo” sempre più fitto e fecondo tra le Corti, ogni Carta è portata a rigenerarsi semanticamente dalle altre, caricandosi di sempre nuovi significati, all'insegna del canone fondamentale della maggior tutela. Nel vivo delle pratiche giuridiche (in specie, di quelle che prendono forma nelle aule in cui si amministra giustizia, in ciascuna delle sue forme espressive ed in tutte assieme) viene così a stabilirsi un circolo virtuoso che da se medesimo incessantemente si alimenta e rinnova, nella ricerca, non di rado sofferta, delle soluzioni maggiormente adeguate ai casi ed alle loro complessive esigenze.

Non condivisibile appare, dunque, essere l'avviso di alcuni studiosi che, con varietà di toni, hanno manifestato (e seguitano a manifestare) riserve e perplessità nei riguardi dell'apertura della Costituzione alle altre Carte, non lesinando talora critiche severe a riguardo della ricezione delle stesse in ambito interno⁴¹, timorosi che possa risultarne scalfita la “sovranità” della Costituzione e *quodammodo* inquinata la sua identità irripetibile e peculiare attitudine a porsi quale unica fonte fondativa dell'ordine interno. Di contro, a mio modo di vedere, dal contesto sopra sommariamente descritto viene a prodursi l'effetto esattamente opposto a quello a tinte fosche rappresentato da questa dottrina. Ne dà sicura conferma la “invenzione” di nuovi diritti anche grazie alle indicazioni e suggestioni venute *ab extra*⁴², che ormai compongono un *corpus* imponente, la cui consistenza è resa palese sfogliando i commentari alla giurisprudenza delle Corti europee in circolazione⁴³.

Certo, non ci si nasconde che il “dialogo” suddetto sia fatto anche di divergenze e persino di aspri conflitti; alla lunga però – come pure si faceva poc'anzi notare – restando le Corti obbligate a confrontarsi a vicenda, ne viene maggiormente incoraggiata la formazione di significative convergenze e non di rado di vere e proprie pratiche imitative o, diciamo pure, di *consuetudini culturali* caratterizzanti la grande “famiglia” dei diritti di tradizioni liberal-democratiche. Ciò che,

⁴¹ Si spiega in questa luce la (auspicabilmente momentanea) battuta d'arresto registratasi in ordine alla ricezione in ambito interno del prot. 16, allegato alla CEDU: una soluzione – se posso esprimermi con franchezza – a mia opinione non adeguatamente meditata, ove si consideri che lo strumento di consultazione dallo stesso previsto potrebbe tornare prezioso per la pratica giuridica. Fuori centro, dunque, mi sembrano essere le critiche e riserve manifestate da pur accreditati studiosi, ove si consideri che, se è pur vero che, al di là dell'assenza di vincolo formale discendente dai pareri resi dalla Corte europea, non può negarsi il rilievo che gli stessi potranno avere nella pratica stessa, agli operatori nazionali è pur sempre data la via di fuga apprestata dalla giurisprudenza costituzionale con riguardo agli indirizzi della Corte stessa non ancora “consolidati” ovvero ad indicazioni racchiuse in decisioni-pilota. Ed è chiaro che, il più delle volte, davanti a ferme e ripetute prese di posizione venute dal giudice di Strasburgo non ne è, a conti fatti, necessario l'interpello. Non si trascuri, da ultimo, la circostanza per cui gli orientamenti del giudice europeo possono rifluire in ambito interno per il tramite della giurisprudenza della Corte dell'Unione, peraltro di norma tenuta a conformarsi ad essi in occasione delle sue letture della Carta di Nizza-Strasburgo, fatta nondimeno salva – come si è rammentato – l'operatività della clausola di maggior favore.

⁴² Ho anticipato più volte questo pensiero, di recente in [Mutamenti di contesto politico-istituzionale, progresso scientifico e tecnologico, teoria della Costituzione \(con specifico riguardo al punto di vista della Consulta\)](#), cit., 137 ss., spec. 149 ss.

⁴³ Ne danno conferma già le dimensioni corpose dei commentari stessi: la più tangibile ed accreditata testimonianza della grandiosa costruzione edificata dalla giurisprudenza delle Corti europee per dare ospitalità a diritti vecchi e nuovi garantiti dalla Carta EDU e da quella dell'Unione (v., dunque, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di R. Mastroianni - O. Pollicino - S. Allegrezza - F. Pappalardo - O. Razzolini, Giuffrè, Milano 2017, e *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno*², a cura di A. Di Stasi, Wolters Kluwer - Cedam, Milano 2020).

nondimeno, maggiormente importa qui rimarcare è che il “dialogo” stesso è imposto (e naturalmente discende) dal carattere costituzionale proprio dei documenti normativi in cui è il riconoscimento dei diritti: tutti, infatti, per ciò, solo “intercostituzionali”, disponibili cioè ad aprirsi reciprocamente nella ricerca costante delle soluzioni di volta in volta maggiormente idonee all’appagamento dei diritti.

D’altronde, è sufficiente fare al riguardo attenzione al modo con cui tutte le Carte danno, sia pure in termini non del tutto coincidenti, rilievo ai principi di libertà ed eguaglianza, la *coppia assiologica fondamentale* – come a me piace chiamarla – su cui si regge l’intero impianto di ciascuna Carta (e, discendendo, dell’intero ordinamento o sistema normativo su di essa fondato): valori tendenziali dell’ordinamento, che aspirano cioè alla loro costante, massima affermazione possibile in ragione dei casi, avvalendosi allo scopo di *ogni* materiale normativo disponibile in seno all’ordinamento stesso, pur laddove appunto avente origine esterna. Nessuna *deminutio capitis*, dunque, per la Costituzione, tutt’altro!

Ben diverso appare essere lo scenario risultante dal secondo contesto. Il proliferare e, soprattutto, il reciproco accavallarsi di plurime e sempre più gravose e soffocanti emergenze (prima su tutte, come si diceva, quella sanitaria in atto) porta di tutta evidenza ad una vistosa contrazione dei diritti, in specie di alcuni che più di altri sono direttamente toccati dallo stato di crisi ed obbligati a sostanziale sacrificio, a volte persino alla loro pura e semplice messa da canto, secondo quanto si è dovuto toccare con mano in occasione dei *lockdown* imposti dall’acuirsi della pandemia sanitaria.

Come si vede, i due contesti in parola esprimono linee di tendenza in qualche modo speculari, compensandosi gli effetti positivi per i diritti prodotti dal primo con quelli negativi discendenti dal secondo. In realtà, i contesti stessi, a motivo della loro simultanea presenza, si fondono tra di loro, secondo quanto è confermato dagli orientamenti giurisprudenziali nei quali si tiene conto appunto dell’emergenza e dell’incidenza da essa esercitata a carico della Costituzione⁴⁴.

In questo quadro, qui appena abbozzato in alcuni dei suoi tratti maggiormente marcati ed espressivi, la scienza e la tecnologia hanno giocato (e giocano) un ruolo di rilievo, presentandosi nondimeno come armi a doppio taglio, potendosi avere tanto benefici quanto svantaggi per i diritti in campo, a seconda delle circostanze e delle qualificazioni che di volta in volta si diano delle esperienze in cui essi risultino coinvolti.

Così, riprendendo ora in considerazione, solo per un momento, alcune vicende d’inizio-vita sopra già accennate, lo sviluppo delle conoscenze ed i ritrovati della scienza e della tecnologia possono prestarsi sia ad appagare il desiderio di alcune persone di avere un figlio, destinato altrimenti a restare insoddisfatto, e sia però ad usi indebiti, moralmente e giuridicamente riprovevoli, quali si avrebbero per il caso che le procedure di riproduzione medicalmente assistita dovessero essere piegate per far luogo all’esito sperato a tutti i costi, compreso quello di creare abnormi rapporti di parentela (una questione, questa, che – come si sa – specificamente si pone nei casi di ricorso alla inseminazione eterologa).

Similmente, nelle esperienze di fine-vita, i ritrovati della scienza e della tecnologia possono tanto giovare a tenere accesa la speranza di recupero della salute o, come che sia, di condizioni di esistenza complessivamente accettabili in capo a pazienti gravemente malati, quanto però a tenerli in vita con forme intollerabili di accanimento terapeutico.

Gli esempi appena fatti, unitamente a molti altri che potrebbero similmente addursi, parrebbero invero avvalorare l’idea che la scienza e la tecnologia siano – come si diceva – “neutre” e che, perciò, al pari delle armi, possano prestarsi a plurimi usi, nel bene e nel male. Ed è chiaro che la qualificazione di siffatte esperienze rimanda a criteri che, in prospettiva giuridica, finiscono pur sempre con l’evocare in campo la Costituzione e/o altri documenti costituzionali pertinenti ai casi in rilievo.

⁴⁴ Rammento, per tutte, la vicenda definita da [Corte cost. sent. n. 15 del 1982](#), adottata al tempo della emersione del terrorismo rosso che indusse il Governo a varare misure d’inusitata gravità per farvi fronte, giustificate appunto nella situazione di emergenza, malgrado la riconosciuta incisione dalle stesse operata a danno della libertà personale e facendosi allo stesso tempo obbligo della loro pronta rimozione una volta cessata l’emergenza stessa.

Di ciò dobbiamo ora rapidamente dire, prima di chiudere la succinta riflessione che si viene facendo.

5. *Scienza e interpretazione costituzionale, con specifico riguardo ai casi in cui la prima appaia ancora gravemente divisa al proprio interno, con la conseguenza che – a stare all’avviso della Consulta – la Costituzione resterebbe “muta”*

È di straordinario interesse vedere come la scienza incida sull’interpretazione costituzionale, col fatto stesso di immettersi nei contenitori apprestati dai singoli enunciati e di riplasmarne la struttura, concorrendo dunque in significativa misura alla messa a punto dei significati che gli stessi sono in grado di esprimere.

In realtà, assumendo come punto privilegiato di osservazione quello che si ha per il tramite dei giudizi di costituzionalità, è dato notare come la scienza interpreti, per bocca della Corte, ruoli via via diversi, ora in buona sostanza non incidendo sull’esito della vicenda processuale, pur laddove aveva titolo per farlo, ora facendo – come dire? – capolino nella parte motiva, senza nondimeno risultare determinante ai fini dell’esito stesso ed ora, infine, occupando un posto di primo piano nella scena, da vera “protagonista”⁴⁵. Ciò che, però, qui preme maggiormente mettere in rilievo è la circostanza per cui quanto più unito e compatto si presenta il fronte degli scienziati sulle questioni scientificamente sensibili, tanto più marcato e vistoso è il *pressing* da esso esercitato sull’organo giudicante, e viceversa.

Emblematico, a quest’ultimo riguardo, è il caso, molto discusso, di cui a [Corte cost. sent. n. 84 del 2016](#), in ordine alla destinazione degli embrioni non utilizzati a finalità di ricerca scientifica. In un passaggio che, per vero, non sembra brillare per chiarezza e coerenza il giudice delle leggi, volendosi sgravare della spinosa questione sottopostagli, ha motivato la decisione d’inammissibilità con il rilievo che, laddove la scienza presenti al proprio interno divisioni apparentemente insanabili, la Costituzione debba *per ciò stesso* restare – come dire? – “muta” e non dia pertanto modo al giudice stesso di potersi esprimere nel merito della questione sollevatagli, in un senso o nell’altro. Tuttavia – qui è il punto di specifico interesse per questo studio –, se la Costituzione tace, ad avviso della Corte può (e, forse, *deve*) parlare il legislatore che, nell’esercizio dell’apprezzamento discrezionale che gli è proprio, potrà stabilire quale debba essere la sorte degli embrioni suddetti.

Ora, è chiaro che – in disparte le riserve che un argomentare siffatto solleva sotto più aspetti – è evidente l’esito cui conduce l’impostazione qui fatta propria dalla Corte: priva, in tesi, di un parametro superiore, la disciplina legislativa della materia potrebbe scorrere liberamente a tutto campo senza timore di far luogo alla violazione di una norma *quale che sia* desunta direttamente dalla Costituzione.

In realtà, ammesso (ma non concesso⁴⁶) che la Costituzione resti davvero “muta”, come opina la Corte, ugualmente la disciplina legislativa, per un verso, rimane soggetta alla osservanza delle altre Carte dei diritti ad essa per sistema sovrastanti (che non è detto restino parimenti “mute”) e, per un altro verso, anche con riguardo al suo porsi in rapporto con la legge fondamentale della Repubblica, non si sottrae – com’è chiaro – al suo sindacato secondo ragionevolezza che, ancora una volta, si conferma essere un autentico canone di chiusura del sistema, a presidio della supremazia della Costituzione sulla politica o – come pure è stato efficacemente detto⁴⁷ – un “principio architettonico del sistema”.

⁴⁵ In tema, v., part., G. RAGONE, *Eine empirische Wende? La Corte costituzionale e le sfide della complessità tecnico-scientifica*, Giappichelli, Torino 2020, spec. 122 ss.

⁴⁶ Riserve gravi possono, volendo, vedersi nel mio *Questioni di costituzionalità inammissibili per mancanza di consenso tra gli scienziati (a margine di Corte cost. n. 84 del 2016, in tema di divieto di utilizzo di embrioni crioconservati a finalità di ricerca)*, in [Biolaw Journal](#), 2/2016, 245 ss. Altri riferimenti, poi, nel mio [Mutamenti di contesto politico-istituzionale, progresso scientifico e tecnologico, teoria della Costituzione \(con specifico riguardo al punto di vista della Consulta\)](#), cit., 150 ss.

⁴⁷ Così L. D’ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Giuffrè, Milano 2005.

Va, nondimeno, riconosciuto non essere affatto la stessa cosa che il primato della Costituzione sulla politica, anche nelle sue massime espressioni (quali sono quelle che si rivestono della forma della legge costituzionale⁴⁸), prenda corpo unicamente a mezzo di un controllo di ragionevolezza allo stato puro e, perciò, dotato di una capacità di escursione di campo amplissima ovvero che, in aggiunta al controllo in parola, si esprima avvalendosi altresì di un parametro di merito alla cui luce possa verificarsi la validità delle norme portate alla cognizione della Corte.

Ad ogni buon conto, non è detto che il modello messo a punto nella pronuncia del 2016 sopra richiamata per ciò che attiene alla definizione dei rapporti tra Costituzione e politica (e, per ciò pure, Corte e legislatore) seguirà a farsi valere dopo la svolta segnata dalla più recente giurisprudenza in tema di “rime obbligate”, convertite (a mia opinione, indebitamente) nelle “rime possibili” o – come pure è stato efficacemente detto – nei “versi sciolti”⁴⁹. In realtà, sembra che la Corte abbia riservato per sé il potere di stabilire quando tenere fermo il limite tradizionale del rispetto della discrezionalità del legislatore e quando invece metterlo risolutamente da canto, nell’intento di dare pronto appagamento ai diritti⁵⁰. Insomma, spetta – a quanto pare – alla Corte decidere quale uso (o non uso...) fare del limite in parola, a mezzo di pronunzie che peraltro, nel momento stesso in cui sottopongono a sostanziale rifacimento i testi di legge, talvolta riscrivono la stessa Costituzione, sia pure abilmente rivestendo siffatta specie di manipolazione della candida veste di una originale interpretazione del parametro⁵¹.

In un quadro complessivamente assai fluido ed incerto, un punto è fermo e va tenuto nella giusta considerazione; ed è che, nel processo incessante che segna lo sviluppo della Costituzione e della società, la scienza ha costantemente giocato (e sicuramente giocherà per l’avvenire) un ruolo di

⁴⁸ ... passibili pur sempre – secondo opinione corrente – di essere sottoposte a verifica della loro conformità a Costituzione, per quanto l’esperienza invero ci consegna un dato inequivocabile nel senso della sottrazione *di fatto* delle leggi venute alla luce con le procedure di cui all’art. 138 al giudizio di costituzionalità (e, se del caso, al loro annullamento), restando ad ogni buon conto passibili – come si è già accennato – di sanzione nella forma di sicuro meno appariscente ma pur sempre incisiva della loro sostanziale riscrittura per via d’interpretazione.

⁴⁹ Il primo sintagma è, tra gli altri, adoperato da S. LEONE, *La Corte costituzionale censura la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione a «rime possibili»*, in *Quad. cost.*, 1/2019, 183 ss.; F. ABRUSCIA, *Assetti istituzionali e deroghe processuali*, in *Rivista AIC*, 4/2020, 23 ottobre 2020, 282 ss., spec. 293.; I. GOIA, *Una giustificabile “invasione” di campo*, in questa *Rivista*, 2021/III, 1001 ss.; il secondo è stato coniato – come si sa – da D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bononia University Press, Bologna 2020, 101 ss. Di “rime libere” ha, poi, discorso A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2/2019, 264 ss., nonché *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in *Federalismi.it*, 12/2021, 5 maggio 2021, spec. 197 ss. Critica nei riguardi della svolta giurisprudenziale è, tra gli altri, L. PESOLE, *La Corte costituzionale oggi, tra apertura e interventismo giurisprudenziale*, in *Federalismi.it*, 12/2021, 5 maggio 2021, 242 ss., spec. 247 ss. e 251 ss.

⁵⁰ Così, lo ha fatto valere nella *sent. n. 1 del 2022*, mentre lo ha accantonato in *Cappato* e in altri casi ancora.

⁵¹ Secondo quanto si è fatto poc’anzi notare, le modifiche tacite – come sono usualmente chiamate – della Costituzione hanno accompagnato l’effettivo vigore della legge fondamentale della Repubblica sin dal suo nascere, dapprima per mano di operatori diversi dalla Corte e, a far data dalla sua istituzione, anche di quest’ultima [riferimenti, di recente, in M.P. IADICICCO, *Dinamiche costituzionali. Spunti di riflessione sull’esperienza italiana*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2019, 20 gennaio 2020, e, della stessa, già *Il limite del testo fra modifiche tacite ed interpretazioni creative*, in AA.VV., *Alla prova della revisione. Settanta anni di rigidità costituzionale*, a cura di U. Adamo - R. Caridà - A. Lollo - A. Morelli - V. Pupo, Editoriale Scientifica, Napoli 2019, 231 ss.; pure *ivi*, può vedersi, se si vuole, il mio *Le modifiche tacite della Costituzione, settant’anni dopo*, 415 ss.; AA.VV., *Mutamenti costituzionali*, a cura di A. Mangia-R. Bin, in *Dir. cost.*, 1/2020; Y.M. CITINO, *Dietro al testo della Costituzione. Contributo a uno studio dei materiali fattuali costituzionali nella forma di governo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, e, della stessa, *I materiali fattuali costituzionali nella forma di governo italiana tra vecchie e nuove tendenze*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2/2021, 21 maggio 2021, 40 ss., nonché, con specifico riguardo all’iter formativo delle leggi, M. MANETTI, *Le modifiche tacite al disegno costituzionale del procedimento legislativo*, in *Quad. cost.*, 3/2021, 531 ss.]. Il dato è sotto gli occhi di tutti; eppure, stranamente, si sottovaluta assai spesso il suo significato complessivo, specie laddove le modifiche in parola investano gli stessi principi fondamentali dell’ordinamento, commutandosi per ciò solo la Corte – mi è venuto più volte di dire – in un autentico *potere costituente permanente*.

prima grandezza⁵², sollecitandolo ed accompagnandolo in ogni suo momento e variamente incidendo – nel bene come nel male – sull’affermazione dei diritti che, specie in congiunture particolarmente sofferte, da essa hanno attinto le risorse indispensabili per essere appagati, sia pure con vistosi sacrifici imposti dai contesti nei quali s’inscrivono ed aspirano a farsi valere.

⁵² ... forse, per vero, non tale da portare (o, comunque, da portare *sempre*) ad una vera e propria “riserva di scienza” – come la si è, ancora di recente, chiamata [S. CECCANTI, *Scienza e politica dopo la pandemia: “chi” decide “cosa”*, in [Federalismi.it](https://www.federalismi.it), *paper*, 26 gennaio 2022, 3, che si dichiara debitore della qualifica nei riguardi di S. Curreri – e, nondimeno, come qui si è tentato di mostrare, di sicuro di centrale rilievo.

Federico Girelli - Francesco Cirillo
Immuni e green pass
Prospettive di bilanciamento nella pandemia*

ABSTRACT: *In the health emergency, the values of freedom and health protection came into conflict in various circumstances. This conflict generated a radicalization of the debate far from common sense. Balancing operations in the emergency often relied on digital devices, such as contact tracing apps and green passes, whose development and implementation were entrusted with the search for a balance among rights and interests involved. The paper analyzes the perspectives for balancing in the digital environment and the application of the proportionality test in sectors with a high technological or scientific thickness, inferring that, in this context, the reference to science is a limit to legislative power also in such assessments of proportionality.*

SOMMARIO: 1. Bilanciamento e pandemia. – 2. Il caso dell'app Immuni. – 3. Il principio di proporzionalità. – 4. Il bilanciamento nel green pass.

1. Bilanciamento e pandemia

La pandemia da Covid-19 ha messo obiettivamente alla prova la nostra democrazia.

Nella situazione di emergenza i valori della libertà e della sicurezza sanitaria sono entrati in conflitto e si è quindi imposta la necessità di bilanciarli.

Si pensi, in particolare, a quando si sono dovuti bilanciare il diritto alla libera circolazione od anche il diritto alla *privacy* con la tutela della salute pubblica.

Per meglio interpretare il quadro attuale occorre allora interrogarsi su che cosa debba intendersi per bilanciamento; su che cosa significhi in concreto bilanciare due diritti.

L'opera delicata di bilanciamento si compie quando occorre fare una scelta che investe due valori¹. Uno dei due valori sarà necessariamente preferito all'altro ed un corretto bilanciamento esige che la scelta effettuata tenga comunque conto anche dell'altro valore, che non deve essere totalmente sacrificato. Non deve darsi, dunque, la «negazione della struttura di valore [...] propria del singolo diritto», in quanto nel «bilanciamento esso potrà essere limitato, in ragione della salvaguardia dei valori con esso confliggenti [...] fino al punto di estrema tensione che non produca il suo totale sacrificio, che non pregiudichi cioè la sua ineliminabile ragion d'essere»².

È questa in fondo la logica della «*mitezza costituzionale*»³, cui si è ispirata ancora una volta la Corte costituzionale nella [sentenza n. 33/2021](#), ove ha riaffermato esplicitamente che nessun diritto fondamentale deve essere «tiranno» rispetto agli altri: a nessun diritto può essere riconosciuta una «illimitata espansione» con totale sacrificio degli altri.

L'opera di bilanciamento spetta *in primis* al legislatore; la Corte costituzionale interviene successivamente per controllare il bilanciamento fatto appunto dal legislatore⁴.

In Italia, nell'urgenza di intervenire per far fronte alla pandemia⁵, si è costruita una complessa



* Il presente contributo è frutto di una comune riflessione: il paragrafo 1 è stato redatto da Federico Girelli ed i restanti da Francesco Cirillo.

¹ Sul concetto di valore v. A. LONGO, *I valori costituzionali come categoria dogmatica. Problemi e ipotesi*, Napoli, 2007. Sulla necessità di «distinguere categorialmente i principi dai valori», v. G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, Bologna, 2008, 205 ss.

² Così F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, 101.

³ Su cui v., naturalmente, G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Nuova edizione, Torino, 1992, 11.

⁴ Sulle «tecniche di “bilanciamento”», v. R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992.

⁵ Per la nozione di urgenza, v., da ultimo, GIU. SERGES, *La dimensione costituzionale dell'urgenza. Studio su di una nozione*, Napoli, 2020.

«catena normativa dell'emergenza» che ha (e deve avere) il suo primo anello nella Costituzione per poi svolgersi in fonti primarie, nei numerosi decreti del presidente del Consiglio dei ministri, che nel tempo sono stati adottati, nonché in provvedimenti ministeriali o di autorità locali⁶.

Sulla legittimità del ricorso a questi decreti del presidente del consiglio, comunque soggetti al sindacato del giudice amministrativo (come peraltro ribadito dalla Corte costituzionale nella [sentenza n. 37/2021](#)), in effetti molto si è discusso⁷; nondimeno, la Consulta, nel pronunciarsi sul decreto legge n. 19/2020, ha statuito che le disposizioni censurate «non hanno conferito al Presidente del Consiglio dei ministri una funzione legislativa in violazione degli artt. 76 e 77 Cost., né tantomeno poteri straordinari da stato di guerra in violazione dell'art. 78 Cost., ma hanno ad esso attribuito unicamente il compito di dare esecuzione alla norma primaria mediante atti amministrativi sufficientemente tipizzati» ([sentenza n. 198/2021](#)).

Quel che è fuori di dubbio è che si debba restare ancorati alla Costituzione.

Lo stato di emergenza in atto non è, e non deve essere, lo «stato di eccezione», di schmittiana memoria, ove in buona sostanza si ha la sospensione dell'intero ordinamento e la decisione politica è sciolta da ogni vincolo normativo: il sovrano ha addirittura «la competenza di decidere se la costituzione *in toto* possa essere sospesa»⁸. Fra lo stato di emergenza, funzionale a contrastare la pandemia da Covid-19, e lo stato di eccezione «la soluzione di continuità non può essere più netta», in quanto il primo «è dominato fino all'estremo dal diritto»⁹.

L'emergenza sanitaria certamente esige difficili bilanciamenti, ma l'ordinamento costituzionale, proprio perché tale, non deve cedere alla pandemia, deve semmai governarla e continuare a salvaguardare i diritti fondamentali.

Non può sottacersi, infatti, che obiettivamente sussiste il rischio che le misure destinate all'emergenza, per definizione temporanee, restino in qualche modo a presidiare le nostre vite anche quando si tornerà alla normalità; che si produca «un consolidamento dello stato di prevenzione»¹⁰.

Eppure, reali pericoli di tenuta del complessivo assetto democratico non paiono intravedersi all'orizzonte. Il punto è che fare valutazioni prognostiche sul destino della democrazia non è cimento da poco, solo se si pone mente al fatto che lo stesso Norberto Bobbio all'inizio del suo noto lavoro «Il futuro della democrazia» così apriva la sua riflessione: «se mi chiedete se la democrazia abbia un'avvenire e quale sia, posto che l'abbia, vi rispondo tranquillamente non lo so»¹¹.

Di certo nulla impedisce ad ognuno di dare in concreto il proprio contributo personale al corretto funzionamento della vita sociale e democratica (anche sul piano strettamente economico): occorre continuare a lavarsi spesso le mani, indossare la mascherina, mantenere la distanza, nonché completare il proprio ciclo vaccinale, a meno che non si soffra di patologie che impediscono di farlo.

Una diffusa vaccinazione tutela la salute dei singoli, della comunità ed anche di chi per problemi di salute non può vaccinarsi. Va altresì tenuto in considerazione il risparmio di risorse per il servizio sanitario nazionale (costa molto meno una dose di vaccino delle cure per una persona che necessita del ricovero in ospedale), che ben potrebbero essere destinate alle esigenze di pazienti colpiti da malattie (anche gravi) diverse dalla infezione da Covid-19, che il sovraccarico delle strutture sanitarie (purtroppo già sperimentato) non consente di assistere.

Proprio in un'ottica di bilanciamento, allora, il fatto che allo stato non sia in vigore un obbligo generalizzato di vaccinarsi non esime dall'interrogarsi, comunque, in quanto comunità nazionale, su quale sia la scelta di condotta (costituzionalmente) preferibile, considerato anche che la Repubblica

⁶ Cfr. M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in [Rivista AIC](#), n. 2 del 2020, 111.

⁷ V., da ultimo, le considerazioni critiche di G. ALBERICO, *Pandemia e stato d'eccezione*, in [Dirittifondamentali.it](#), n. 1 del 2022, 40 ss.

⁸ C. SCHMITT, *Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità* [1922], in *Le categorie del 'politico'. Saggi di teoria politica*, a cura di G. Miglio e P. Schiera, Bologna, 1972 (ristampa 2020), 34.

⁹ Cfr. E. SCODITTI, *Il diritto iperbolico dello stato di emergenza*, in [Questione Giustizia](#), n. 2 del 2020, 31-32.

¹⁰ Sul punto V. BALDINI, *IL POLITICO NELL'EMERGENZA (SANITARIA): Divagazioni minime su un tema classico*, in [Dirittifondamentali.it](#), n. 3 del 2021, 101.

¹¹ N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Torino, 1991, 4.

«richiede l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale» (art. 2 Cost.). I ripetuti moniti del capo dello Stato hanno dato un’indicazione ben precisa, ribadita anche nel messaggio di (re)insediamento¹².

Quel che serve, pare, è solo un po’ di repubblicano buon senso.

2. Il caso dell’app Immuni

Il problema del bilanciamento tra libertà e salute nel corso dell’emergenza ha trovato una delle sue prime declinazioni nella questione dell’app Immuni¹³, che ha rappresentato un laboratorio di tentativi (ed errori) in relazione alla proporzionalità delle misure da attuare per fronteggiare l’epidemia. Poi, nel corso del 2021, una riproposizione della stessa questione o, se vogliamo, un problema analogo alle app di *contact tracing* è stato rappresentato dal *green pass*, così come recepito, implementato e rafforzato da parte del parlamento e del governo. Sarebbe allora impossibile affrontare il tema del bilanciamento tra diritti e interessi nel corso della pandemia senza far riferimento a questo nuovo versante; ma è tuttora utile servirsi del caso dell’app Immuni, che ci consente di compiere una valutazione *ex post* delle strategie di bilanciamento attuate allora.

Nel caso di Immuni, in breve, le esigenze di protezione dei dati (soprattutto di quelli sanitari) dovevano essere bilanciate con quelle del tracciamento dell’infezione; e nemmeno allora mancavano proposte tese a condizionare l’esercizio di taluni diritti, se non addirittura della libera circolazione, all’uso delle app di tracciamento. Nel caso del *green pass* (ordinario¹⁴), invece, come è noto,

¹² V. il [Messaggio del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella al Parlamento nel giorno del giuramento](#), Roma, 03/02/2022.

¹³ Si adotta la terminologia inglese (‘app’) per identificare i *software* ideati per dispositivi *mobile*. Infatti, per applicazione in generale, spesso, s’intende «[i]n informatica, programma *software*, destinato a un utente finale, così chiamato perché possiede appunto un’applicazione pratica per chi lo utilizza», mentre lo stesso *software* è, «spec. con riferimento a terminali mobili (*smartphone* e *tablet*), denominato anche con il termine inglese *app*» (“Applicazione”, in *Vocabolario on line*, Treccani). Sugli aspetti critici del sistema dell’app Immuni e per un quadro complessivo, v. subito L. TRUCCO, *App Immuni: una storia stran(ier)a e incompiuta*, in [Giustizia Insieme](#), 25 giugno 2020, 1 ss.

Con riferimento alla dottrina italiana apparsa nella primavera e nell’estate 2020, basti ora il richiamo a C. BERGONZINI, *Non solo privacy. Pandemia, contact tracing e diritti fondamentali*, in [Dirittifondamentali.it](#), n. 2 del 2020, 704-730; C. BLENGINO, *Tecnologie di sorveglianza e contenimento della pandemia*, in [Questione Giustizia](#), n. 2 del 2020, 21-30; M. S. BONOMI, *L’app Immuni: tra tutela della salute e protezione dei dati personali*, in [Federalismi.it](#), Osservatorio di diritto sanitario, Paper 24 giugno 2020, 1-7; M. CARDONE, M. CECILI, *Osservazioni sulla disciplina in materia di tutela dei dati personali in tempi di Covid-19. L’Italia e i modelli sudcoreano, israeliano e cinese: opzioni a confronto*, in [Nomos](#), n. 2 del 2020, 1-15; C. COLAPIETRO, A. IANNUZZI, *App di contact tracing e trattamento dei dati con algoritmi: la falsa alternativa fra tutela del diritto alla salute e protezione dei dati personali*, in [Dirittifondamentali.it](#), n. 2 del 2020, 772-803; S. CRESPI, *Applicazione di tracciamento Immuni tra normativa nazionale e diritto UE in materia di protezione dei dati personali*, in [Freedom, Security & Justice](#), n. 3 del 2020, 49-73; V. D’ANTONIO, L. SAPORITO, *Modelli normativi di contact tracing tra ragione e volontà*, in [DPCEOnline.it](#), n. 2 del 2020, 1-29; G. DELLA MORTE, *Quanto Immuni? Luci, ombre e penombre dell’app selezionata dal Governo italiano*, in [Diritti umani e diritto internazionale](#), n. 2 del 2020, 303-35; G. DE MINICO, *Virus e algoritmi. Impariamo da un’esperienza dolorosa*, in [laCostituzione.info](#), 1° aprile 2020; F. FILOSA, *Il diritto alla privacy nello stato di emergenza. Riflessioni sull’applicazione della telemedicina quale possibile tecnologia per contrastare la diffusione del Covid-19*, in [Dirittifondamentali.it](#) n. 2 del 2020, 847-869; V. PAGNANELLI, *Immuni: spunti per una riflessione privacy-oriented*, in [Questione Giustizia](#), 11 maggio 2020; M. PLUTINO, “Immuni”. *Un’ exposure notification app alla prova del bilanciamento tra tutela dei diritti e degli interessi pubblici*, in [Dirittifondamentali.it](#), n. 2 del 2020, 553-580; G. RESTA, *La protezione dei dati personali nel diritto dell’emergenza Covid-19*, in [Giustizia Civile.com](#), 5 maggio 2020, 1-18; G. RUGANI, *Le condizioni ricavabili dal Regolamento generale sulla protezione dei dati per le applicazioni nazionali di tracciamento dei contatti: alcune considerazioni*, in [European Papers](#), n. 5 del 2020, 633-644; G. TROPEA, *Il contact tracing digitale e l’epidemia: sindrome cinese?*, in [laCostituzione.info](#), 9 aprile 2020; V. ZENO-ZENCOVICH, *I limiti delle discussioni sulle “app” di tracciamento anti-Covid e il futuro della medicina digitale*, in [MediaLaws](#), 26 maggio 2020.

¹⁴ Con riferimento al d.l. 52/2021 di aprile e il d.l. 127/2021 di settembre (non cioè al cd. “super green pass”, che è ufficialmente presentato nelle forme del *green pass* rafforzato e *green pass booster*: cfr. il [sito](#) del Ministero della Salute, 7 febbraio 2022, su cui v. al paragrafo seguente).

l'esercizio di alcune libertà è subordinato all'esibizione della certificazione digitale di avvenuta vaccinazione, di recente guarigione o comunque dell'esito negativo di un recente *test* diagnostico. Fin qui, le differenze tra le due misure adottate.

Dunque, il bilanciamento dei diritti è un'operazione naturalmente demandata al legislatore, sulla cui scelta può intervenire il controllo della Corte costituzionale in sede di meta-bilanciamento¹⁵. In questi casi ora descritti, però, il bilanciamento, avvenendo nell'ambiente digitale, è stato affidato, almeno in parte, alla progettazione di un dispositivo che raggiungesse il miglior equilibrio tra diritti e interessi coinvolti. In altre parole, bisognava trovare un meccanismo efficace, proteggere i dati degli utenti ed evitare di condizionare negativamente i diritti fondamentali. Però, l'esigenza di tutela dei diritti non poteva giungere a comprimere e, meno che mai, ad annientare le esigenze sanitarie. Per trovare un simile equilibrio nel campo digitale, allora, gli attori istituzionali coinvolti hanno dovuto demandare l'opera di bilanciamento (anche) al *design* del *software*¹⁶. Solo in questa sede, infatti, gli sviluppatori possono optare per l'una o l'altra soluzione tecnica al fine di tutelare questo o quel diritto, nel caso inventando nuove soluzioni, laddove la tecnologia lo consenta¹⁷.

Nel caso dell'*app* Immuni e, più in generale, delle *app* di tracciamento, le opzioni erano variegata: intanto, si dubitava dell'opportunità di un'adozione di un simile sistema di tracciamento; poi, si discuteva dell'adozione di tecnologie di tracciamento tramite la geolocalizzazione (GPS) o il ricorso al tracciamento dei dati di prossimità (ovvero, grazie al *Bluetooth*)¹⁸; alcuni paesi hanno scelto sistemi di archiviazione centralizzata; altri, invece, sistemi decentralizzati che salvavano i dati sui soli dispositivi degli utenti¹⁹; ci si interrogava sull'eventuale obbligatorietà delle *app*; sul problema del *digital divide*²⁰; sulle possibili conseguenze "sanzionatorie" derivanti dal mancato o improprio utilizzo o dalla ricezione di una notifica di contatto; sull'eventuale distribuzione di dispositivi *hardware* (*ad hoc*) al fine di consentire la più larga diffusione della tecnologia²¹.

Una parte della letteratura, forse opportunamente preoccupata dalla novità rappresentata da un simile dispositivo, evidenziò rischi significativi, giungendo sino a paventare l'instaurazione di una

¹⁵ G. PINO, *Diritti fondamentali e principio di proporzionalità*, in *Ragion Pratica*, n. 2 del 2014, 546: «alcuni bilanciamenti tra principi fondamentali sono già palesemente presenti nel testo costituzionale; altri sono demandati al legislatore ordinario; altri ancora saranno effettuati in sede giudiziale, o nella forma di un bilanciamento diretto tra principi in conflitto, senza la mediazione di una previa regola legislativa, o nella forma di un meta-bilanciamento [...]. E quest'ultimo è, evidentemente, il terreno di elezione specifico del test di proporzionalità».

¹⁶ Sul punto, sia concesso un breve richiamo a F. CIRILLO, *Corpo e riservatezza*, in C. Moroni, A. Sterpa (curr.), *Corpo e società. Trasformazioni del convivere*, Napoli, 2021, 67-69.

¹⁷ Cfr. A. IANNUZZI, C. COLAPIETRO, *App di contact tracing*, cit., 799, o M. FERRAZZANO, *Contact Tracing Via App: The Italian Experience and Privacy Issue*, in *Humanidades & Tecnologia em Revista*, 2020, 124.

¹⁸ Basti il richiamo ad alcune posizioni assunte nel dibattito pubblico: l'intervista a G. Comandé di C. ADINOLFI, *Pisa. "Ecco perché la app Immuni non mette a rischio la privacy"*, in *La Repubblica*, 4 giugno 2020; L. CAVALLARO, *Appunti sul lockdown prossimo venturo*, in *MicroMega*, 27 ottobre 2020; A. CELOTTO, *Coronavirus, davvero l'app Immuni mette a rischio la nostra privacy?*, in *La Stampa*, 27 aprile 2020; M. IENCA, O. POLLICINO, *Decalogo per l'utilizzo responsabile delle app di tracciamento del virus*, in *Il Sole 24 Ore*, 24 giugno 2020; M. PENNISI, *App Immuni, quali dati usa e come tutela la privacy*, in *Corriere della sera*, 8 giugno 2020; G. PITRUZZELLA, O. POLLICINO, *La via europea tra libertà e solidarietà*, in *Il Sole 24 Ore*, 28 aprile 2020; O. POLLICINO, F. RESTA, *Data tracing, no a deleghe in bianco all'algoritmo*, in *CorCom*, 24 marzo 2020; M. PROVERBIO, *Bilanciare privacy, economia e salute*, in *Il Sole 24 Ore*, 5 aprile 2020.

¹⁹ Sulla «centralizzazione (sostanzialmente privata) del *know how* tecnologico» e il problema della sovranità digitale, si rinvia alle conclusioni di G. DELLA MORTE, *Quanto Immuni?* cit., 334-335; sulle possibili soluzioni alla questione, L. TRUCCO, *App Immuni: una storia stran(ier)a*, cit., 10-11.

²⁰ Per esempio, così, C. BERGONZINI, *Non solo privacy*, cit., 711-712.

²¹ Come invece è accaduto a Singapore, con la diffusione da parte delle autorità di un *token* capace di scambiare segnali Bluetooth: cfr. F. A. BELLA, *L'accesso alle tecnologie innovative nel settore salute tra universalità e limiti organizzativi (con una postilla sull'emergenza sanitaria)*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 1 del 2020, 226 e, in particolare, n. 22. Proposte di introdurre braccialetti indossabili sono apparse anche nel dibattito pubblico italiano (v. l'intervista a G. Metta di A. LARIZZA, *Premi e bonus per stare distanti: la mia tecnologia soft per la Fase 2*, in *Il Sole 24 Ore*, 11 maggio 2020. Quanto all'ipotesi dell'obbligatorietà di simili *token* (o braccialetti) BERGONZINI valuta tale «scenario giuridicamente terrificante ma tecnicamente banale» (il giudizio condiviso è sempre di C. BERGONZINI, *Non solo privacy*, cit., 715).

sorta di dittatura digitale²². Intanto, soprattutto sui quotidiani nazionali, si apprendeva di sistemi di controllo sociale “asiatici” sempre più pervasivi, agli occhi della stampa, appunto, e persino della letteratura scientifica²³. Va detto, alcuni governi, già tendenzialmente inclini a privilegiare le esigenze di sicurezza a scapito dei diritti dei singoli, hanno subito colto l’occasione per attuare strategie di controllo non adeguatamente regolamentate né particolarmente inclini al rispetto della riservatezza²⁴.

In ogni caso, in questo clima, le istituzioni europee hanno però tracciato una *road map*²⁵, all’interno della quale i singoli Stati membri hanno tutti quanti sviluppato delle *app* di tracciamento, pressoché identiche, se non anche interoperabili²⁶.

In Italia, ciò è avvenuto per l’*app* Immuni, nella quale, in breve, si era optato per il tracciamento via Bluetooth, un sistema il più possibile decentralizzato, privo di conseguenze sanzionatorie per l’utente, il cui utilizzo era meramente facoltativo, come facoltativa era la scelta di introdurre la notizia di un eventuale positività alla malattia; e il tutto senza provvedere alla distribuzione di dispositivi *hardware ad hoc* che consentissero di superare il problema (endemico) del *digital divide*. Ciononostante (cioè, anche se ciascuna delle scelte aveva seguito la via dei diritti e non già quella dell’efficacia del sistema), una parte della letteratura e dell’opinione pubblica ha comunque considerato troppo pervasivo il dispositivo in questione²⁷. Pochi, però, hanno saputo osservare – tra questi una parte della nostra letteratura lo ha fatto²⁸ – che il rischio principale di un simile sistema così garantista non fosse quello della dittatura dei *robot*, quanto piuttosto quella della sua dubbia utilità.

Infatti, Immuni ha ottenuto circa 18 milioni di *download*; circa 42.000 utenti positivi hanno segnalato il proprio *status* e sono state inviate oltre 140.000 notifiche di contatto²⁹. E ciò considerando

²² P. e. V. SAPORITO, L. D’ANTONIO, *Modelli normativi*, cit., 13 ss.

²³ Si pensi al caso cinese, e agli asseriti impieghi del dispositivo a scopi di sorveglianza: tra i tanti, S. McDONELL, *China Social Media: WeChat and the Surveillance State*, in [BBC News](#), 7 giugno 2019. In questo contesto si è anche evidenziata la singolare sinergia tra attori privati e istituzioni locali e centrali cinesi, v. ampiamente in C. G. REDDICK, Y. ZHENG, *Determinants of Citizens’ Mobile Apps Future Use in Chinese Local Governments*, in [Transforming Government: People, Process and Policy](#), 2017, 213 ss., e T. LIU, Y. XUEMIN, Y. ZHENG, *Understanding the Evolution of Public-Private Partnerships in Chinese e-Government: Four Stages of Development*, in [Asia Pacific Journal of Public Administration](#), n. 4 del 2020, 222 ss., che illustrano come tali forme di collaborazione pubblico-privato siano state sperimentate anche per contribuire alla fornitura di servizi pubblici, *i. e.* trasporti, assistenza sociale, sicurezza e istruzione. Una prospettiva critica dell’ancoramento del tracciamento alle nuove piattaforme digitali del *Social Credit System*, il sistema di misure implementato dal Governo cinese al fine di aumentare la fiducia nel relativo mercato, si rinvia in V. D’ANTONIO, L. SAPORITO, *Modelli normativi di contact tracing*, cit., 17 ss.

²⁴ Si pensi, oltre al caso cinese, ad Israele. Il giudizio dell’allora Garante *privacy* fu, infatti, lapidario: «Il modello cinese, con la sua sorveglianza totale, figlia di una sorta di imperialismo digitale, non può essere un nostro riferimento. Neppure quello coreano perché in Corea c’è una cultura di fondo, sociale e giuridica, molto distante dalla nostra». E ancora: «Non conosco nel dettaglio ciò che sta facendo Israele. Dico che in ogni caso non è compatibile con il nostro sistema se realizza una sorveglianza di massa. E in ogni caso, noi abbiamo un sistema costituzionale assai diverso» (intervista ad A. Soro di C. FASANI, *In uno stato di eccezione è lecito rinunciare a qualche libertà. Ma il nostro modello non potrà mai essere la Cina*, in [Tiscali News](#), 19 aprile 2020).

²⁵ Definita in un documento che riassumeva le linee generali di intervento dell’Unione (Commissione europea – Consiglio europeo, *Joint European Roadmap Towards Lifting COVID-19 Containment Measures* 17 aprile 2020).

²⁶ Sul protocollo sviluppati a tal fine v. G. DELLA MORTE, *Quanto Immuni?* cit., 311 ss. Più nello specifico, sull’interoperabilità dei dispositivi, M. VUKOLIC, *On the Interoperability of Decentralized Exposure Notification Systems*, in [arXiv preprint](#) 2020, 200613087. Ne evidenziava il rischio latente di centralizzazione delle informazioni, abusi e *function creep* (*i. e.* incontrollata aggiunta di funzionalità in un prodotto informatico), J.-H. HOEPMAN, *A Critique of the Google Apple Exposure Notification (GAEN) Framework*, in [arXiv](#) 9 dicembre 2020-12 febbraio 2021.

²⁷ In relazione a tal genere di criticità, L. BOLOGNINI evidenzia persino l’ipotesi di legittimare l’autorità di controllo, il Garante *privacy*, al ricorso diretto alla Corte costituzionale, emendando la l. cost. 1/1948, «almeno con riferimento all’impugnazione della legislazione di emergenza, ove irragionevolmente e sproporzionatamente compressiva dei diritti fondamentali alla protezione della sfera privata, della riservatezza e dei dati persona» (L. BOLOGNINI, *Il bilanciamento tra diritti, libertà e interessi pubblici nel contact tracing è questione di alta politica*, in [MediaLaws](#), 21 maggio 2020).

²⁸ Si pensi ancora a IANNUZZI, C. COLAPIETRO, *App di contact tracing*, cit., o a M. FERRAZZANO, *Contact Tracing Via App*, cit., 24 ss.

²⁹ Le statistiche sono fornite sul [sito](#) dell’*app*.

che negli ultimi mesi si è avuta un'impennata dei *download*, perché intanto l'*app* è diventata un utile "porta *green pass*". Si consideri che in Italia gli infetti ufficiali sono stati circa 6 milioni (forse il doppio quelli effettivi), e che l'*app* abbia avuto notizia dello 0,7% di questi, informando poco più che 3 contatti per ogni infetto noto (nessuno sa se, poi, le notifiche abbiano raggiunto destinatari che erano stati realmente in contatto con un positivo e per quanti di questi una simile notizia di contatto abbia avuto un effetto utile ai fini sanitari).

Il rischio, allora, non era la dittatura digitale o il controllo sociale, ma probabilmente l'inutilità del sistema. Molto rumore per nulla? In parte, forse sì, a meno di non voler considerare l'utilità dell'insegnamento: la misura che realizza il bilanciamento tra diritti e interessi deve comunque essere idonea a perseguire gli scopi che si propone, deve innanzitutto "servire". Questa valutazione, tuttavia, nei contesti ad alta complessità tecnologica, impone un rinvio ai saperi scientifici interessati³⁰.

3. Il principio di proporzionalità

L'idoneità della misura adottata a perseguire gli scopi prefissati è uno degli elementi che concorrono alla definizione del principio di proporzionalità³¹, che prescrive – tra i vari parametri – l'adeguatezza dei mezzi impiegati al fine voluto. Un principio, questo, – o forse più principi, ma sul punto non intendiamo ora prendere posizione – dentro cui iscrivere ogni bilanciamento tra diritti; principio che troviamo diffusamente negli ordinamenti continentali.

Il principio di proporzionalità nasce, infatti, nella giurisprudenza costituzionale tedesca³² ed è stato, successivamente, adottato dalla Corte di giustizia soprattutto in materia di sanzioni, di aiuti di Stato e di concorrenza³³; quindi, è confluito nei Trattati istitutivi dell'Unione europea³⁴. Il principio implica, come detto, l'idoneità del mezzo prescelto rispetto al fine perseguito, ma anche la necessità del mezzo stesso, e, ancora, la adeguatezza del medesimo riguardo al sacrificio imposto ai singoli.

In Italia è stato adottato dalla giurisprudenza amministrativa³⁵ ed è stato fatto proprio anche dalla Corte costituzionale³⁶, che recentemente ha ribadito (nella [sent. n. 20/2019](#), in materia di pubblicazioni *online* di dati dei titolari di incarichi dirigenziali) che «*il giudizio di ragionevolezza sulle scelte legislative si avvale del cosiddetto test di proporzionalità, che "richiede di valutare se la norma oggetto di scrutinio [...] sia necessaria e idonea al conseguimento di obiettivi legittimamente*

³⁰ Sul rinvio alla scienza, v. ampiamente G. FONTANA, *Ricerca scientifica e libertà di cura. Scientismo ed antiscientismo nella prospettiva costituzionale*, Napoli, 2019.

³¹ Su cui, tra i tanti, si richiama ancora G. PINO, *Diritti fondamentali e principio di proporzionalità*, cit., 541 ss.

³² Si può far riferimento a una recente applicazione del principio nel contesto emergenziale, in relazione al coprifuoco disposto nel *Infektionsschutzgesetz*; la misura è stata giudicata costituzionalmente legittima dalla corte tedesca, «[d]a der Gesetzgeber die Wirkungen der mit der Ausgangsbeschränkung verbundenen Freiheitsbeeinträchtigungen zudem über Ausnahme-Tatbestände abgemildert hat und die Geltungsdauer der angegriffenen Regelung nach derzeitiger Rechtslage zeitlich relativ eng begrenzt ist, überwiegen die Nachteile für die Betroffenen ungeachtet der erheblichen Eingriffsintensität der Ausgangsbeschränkung nicht gegenüber den Nachteilen für einen wirksamen Infektionsschutz bei Aussetzen der Regelung in § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 IfSG» ([BVerfG, 5 maggio 2021 - 1 BvR 781/21, Rn. 1-56](#)). Sul principio di proporzionalità nell'ordinamento tedesco v. E. BUOSO, *Proporzionalità, efficienza e accordi nell'attività amministrativa*, Padova, 2012, 15 ss.

³³ G. SCACCIA, *Il principio di proporzionalità*, in S. MANGIAMELI, *L'ordinamento europeo. II. L'esercizio delle competenze*, Milano, 2006, 225-274.

³⁴ Si tratta del principio di proporzionalità inteso come principio che informa il modo di esercizio dei poteri delle istituzioni comunitarie, prevedendo che, per raggiungere i propri scopi, l'UE debba intraprendere esclusivamente le azioni necessarie a seconda dei casi (cfr. art. 5, par. 4, TUE).

³⁵ Con riferimento al contesto della pandemia, cfr. I. ROMANO, *Spunti di riflessione sull'applicazione del principio di proporzionalità ai tempi del Covid-19: considerazioni a margine dei decreti del TAR Campania aventi ad oggetto la sospensione delle attività educative e didattiche in presenza ad opera dell'ordinanza del Presidente della Giunta regionale n. 79/2020*, in [P.A. Persona e Amministrazione](#), n. 2 del 2020, 499-519.

³⁶ M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, 2013 (sul [sito](#) della Corte costituzionale).

perseguiti, in quanto, tra più misure appropriate, prescriva quella meno restrittiva dei diritti a confronto e stabilisca oneri non sproporzionati rispetto al perseguimento di detti obiettivi”». Proprio in quest’occasione, la Corte ha affermato che i «*diritti alla riservatezza e alla trasparenza si fronteggiano soprattutto nel nuovo scenario digitale: un ambito nel quale, da un lato, i diritti personali possono essere posti in pericolo dalla indiscriminata circolazione delle informazioni, e, dall’altro, proprio la più ampia circolazione dei dati può meglio consentire a ciascuno di informarsi e comunicare».*

È solo il caso, tra l’altro, di evidenziare quale peso abbiano gli argomenti comparativi nella giurisprudenza della Corte di giustizia, della Corte costituzionale italiana, della giurisprudenza civile e amministrativa, sino al punto di poter affermare che tali argomenti orientino la formazione di un diritto comune europeo o, quantomeno, di forti comunanze nei diritti degli Stati membri³⁷.

È così che il *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit* avrebbe già potuto ispirare la soluzione del problema di Immuni, anche proprio secondo il test della Corte tedesca³⁸, che si propone di sezionare la questione in quattro distinti ordini di valutazione e analisi: (1) sotto il profilo del *legitimer Zweck*, della legittimità del fine (è legittimo lo scopo del legislatore?); (2) dunque, la *Geeignetheit*, l’idoneità (la misura idonea è a raggiungere lo scopo o quantomeno a contribuire al suo raggiungimento?); (3) poi, l’*Erforderlichkeit*, la necessità (la misura è davvero necessaria, o è possibile adottare un intervento più mite?³⁹); (4) infine, l’*Angemessenheit*, la proporzionalità *im engeren Sinn*, in senso stretto (il punto di equilibrio raggiunto compromette del tutto i diritti coinvolti, o li preserva?).

All’interno di queste coordinate teoriche, parrebbe, occorre collocare la questione del bilanciamento tra diritti e interessi coinvolti nelle misure di contrasto alla pandemia, ivi compreso per quanto concerne l’ambiente digitale e il rapporto tra protezione dei dati e gli altri diritti fondamentali con cui le misure possono entrare in conflitto⁴⁰.

Di fronte a domande del genere, quanto all’Italia, considerato il problema del *digital divide*, il bassissimo tasso di alfabetizzazione digitale, se non anche una bassa propensione a condotte spontaneamente cooperative, si sarebbe potuto osservare che lo scopo del tracciamento digitale fosse legittimo, l’equilibrio raggiunto tra diritti e interessi ben proporzionato, che il mezzo fosse il meno invasivo tra quelli tecnologicamente disponibili, ma che – infine – la misura non fosse del tutto idonea a contribuire al suo stesso scopo.

Basti pensare che solo la metà degli italiani usa *app* di messaggistica *online*⁴¹, e che difficilmente Immuni avrebbe potuto superare quella soglia (sarebbe stata ben lontana, quindi, dalle alte percentuali che ne avrebbero assicurato il corretto funzionamento).

Si è trattato allora di una misura illegittima? Probabilmente, no. Soprattutto se si considera che non si sono registrati particolari rischi per i diritti degli utenti.

Si osservi, fra l’altro, che il tracciamento “analogico”⁴² dei contatti, quello da parte delle autorità

³⁷ Sul punto ampiamente, G. REPETTO, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teorie dell’interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*, Napoli, 2011; in tema di obbligo vaccinale, il peso degli argomenti comparativi è osservato da M. TOMASI, *Vaccini e salute pubblica: percorsi di comparazione in equilibrio fra diritti individuali e doveri di solidarietà*, in *Dir. pubbl. comp. eur.* 2017, 455.

³⁸ Applicando il medesimo test di proporzionalità, con riferimento al tracciamento via *app*, giungono a conclusioni opposte, superando cioè tutti i livelli del test in modo positivo, M. CARDONE, M. CECILI, *Osservazioni sulla disciplina in materia di tutela dei dati personali in tempi di Covid-19*, cit., 3 ss.

³⁹ Sul punto, cfr. da ultimo la [sent. 102/2021](#) della Corte costituzionale italiana, dove si afferma che «[l]a verifica del superamento del limite della manifesta arbitrarietà delle scelte compiute involge anche la valutazione se il bilanciamento degli interessi costituzionalmente rilevanti sia stato realizzato con modalità tali da determinare il sacrificio o la compressione di uno di essi in misura eccessiva e pertanto incompatibile con il dettato costituzionale».

⁴⁰ In questo senso, la proporzionalità “eurounitaria” trova una sua declinazione specifica: S. GUIDA, D. TOZZI, *The Assessment of the Proportionality of the Measures that Limit the Privacy Fundamental Rights in the New Guidelines of the European Data Protection Supervisor*, in [European Journal of Privacy Law & Technologies](#), n. 1 del 2020, 195 ss.

⁴¹ Anche «per le competenze che mancano a 24 milioni di cittadini», osserva F. CELLA, *Italiani e digitale: oltre 90% connessi, ma in 9 milioni non sanno usare WhatsApp*, nel *Corriere della Sera*, 20 ottobre 2021.

⁴² Attuato, comunque, con ricorso a tecnologie digitali. Si sottovaluta, infatti, che il tracciamento ordinario (il meccanismo di cooperazione tra privati e pubblica amministrazione) si avvalga parimenti di strumenti digitali di

sanitarie, si sia realizzato in un contesto (spesso) molto meno regolamentato, con frequenti e rischiose diffusioni di notizie relative a individui infetti, talvolta identificati o agevolmente identificabili, giungendo talvolta a stimolare un'incontrollata propagazione, anche a mezzo stampa, di informazioni sanitarie personali.

Allora, per concentrarsi troppo sui rischi delle nuove tecnologie, si è perso di vista che anche le “vecchie tecnologie” possono minacciare la riservatezza e gli altri diritti fondamentali.

4. Il bilanciamento nel green pass

In tema di *green pass*, infine, con forza ancora maggiore si sono sollevate forti polemiche, sempre evocando lo spettro della “dittatura sanitaria”⁴³ se non anche di una nuova forma di *apartheid*⁴⁴. In questa sede, lungi dall'aderire a visioni marcatamente catastrofiste, se non anche distopiche, occorre ricondurre il problema nei termini della questione circa la legittimità costituzionale delle misure relative al *green pass*, della sua introduzione – o meglio – del diverso uso che il governo italiano ha proposto del dispositivo⁴⁵. È, infatti, su questi profili che si concentrano le critiche più autorevoli: «sulla differente natura giuridica del Green pass europeo da quello italiano», sull'«imposizione surrettizia e indiretta di un obbligo vaccinale» e, più in generale, sulla misura che «apparirebbe sproporzionata rispetto alle esigenze»⁴⁶.

Sia chiaro, il tema della proporzionalità e della ragionevolezza delle misure adottate può essere affrontato in senso generale e con riferimento ad elementi di dettaglio: in senso generale, la questione consiste nell'interrogarsi sulla legittimità costituzionale del condizionamento di libertà fondamentali al possesso della certificazione digitale; quanto agli elementi di dettaglio, non possono negarsi disarmonie nel tessuto legislativo e regolamentare, tali da generare diffuse reazioni negative ma – non necessariamente tutte – percepibili sul terreno della legittimità costituzionale (sono da ricondurre a tale alveo le scelte di subordinare talune libertà o attività al possesso della certificazione, escludendone l'applicazione in altri contesti analoghi, con una discrezionalità che oscilla tra la tecnica e l'arbitrio)⁴⁷. Questo intervento si può concentrare solo sulla questione generale, che appare in ogni caso dirimente, mentre un'analisi di dettaglio delle disarmonie richiederebbe una trattazione ben diversa.

Circa la valutazione di legittimità costituzionale in termini di proporzionalità delle misure adottate con riferimento al *green pass*, possiamo affidarci allo stesso metodo adoperato per la valutazione del tracciamento digitale dei contatti e, dunque, eventualmente ricorrendo al test di proporzionalità. A tal riguardo, non v'è dubbio che il fine⁴⁸ perseguito dal legislatore sia legittimo (in quanto l'obbligatorietà della certificazione è stata sancita da fonti di rango primario, il d.l. 52/2021 di aprile e il d.l. 127/2021 di settembre⁴⁹), né ci sono troppi dubbi sull'idoneità di una simile misura a

comunicazione informativa; e che tale tracciamento si sia svolto e si svolga in un contesto molto meno regolamentato e presidiato da garanzie giuridiche e tecnologiche se confrontato con l'ambiente del *digital contact tracing*.

⁴³ E. LALUMERA, *Ricostruire la fiducia nel dibattito pubblico in materia di sanità*, in *Ricostruzioni. Rivista trimestrale di cultura e di politica*, n. 4 del 2021, 79, osserva che la reazione dei pochi intellettuali che paventano una dittatura sanitaria sarebbe da ascrivere alla crisi di fiducia nel comparto sanitario; crisi di fiducia che paradossalmente accompagna la stagione fortunosa delle recenti scoperte, anche in tema di vaccinazioni.

⁴⁴ M. MENICHELLA, *Dal Green-pass alla “normazione di emergenza”: vera libertà o “sgambetto” alla Costituzione?*, in *Fondazione David Hume*, 2 agosto 2021.

⁴⁵ Sulle “aspirazioni” del *green pass* europeo e per un'analisi anche comparata, v. I. SPADARI, *Green pass in Italia e all'estero, tra garanzie costituzionali e obbligatorietà vaccinale indiretta*, in *Federalismi.it*, n. 29 del 2021, 57 ss.

⁴⁶ OSSERVATORIO PER LA LEGALITÀ COSTITUZIONALE, *Sul dovere costituzionale e comunitario di disapplicazione del cd decreto green pass*, in *Questione Giustizia*, 21 luglio 2021.

⁴⁷ Su questi aspetti, v. N. ROSSI, *Il disordine iniquo delle vaccinazioni*, in *Questione Giustizia*, 23 marzo 2021.

⁴⁸ Anche se si osserva che «[i]n una democrazia costituzionale il fine non giustifica mai, da solo, i mezzi» (A. MORELLI, F. SALOMONI, *Osservazioni eretiche sul Super green pass*, in *laCostituzione.info*, 9 dicembre 2021).

⁴⁹ Rispettivamente con la l. 87/2021 e la l. 165/2021.

contribuire a limitare – in qualche modo⁵⁰ – l’infezione. Resta da chiedersi se la misura sia necessaria (o ce ne fosse altra più mite) e, nel caso, se sia proporzionata in senso stretto.

Sul punto, c’è chi registra «una pesante compressione [...] dei diritti costituzionali»⁵¹, mentre una parte cospicua della dottrina più autorevole nega in radice la fondatezza di ogni possibile dubbio⁵². Un simile contrasto appare alquanto radicalizzato, se si osserva, da un lato, che pochi indizi lascino suggerire una torsione dell’ordinamento democratico verso la dittatura e che, dall’altro, la novità e l’incidenza delle misure legittimino, se non altro in seno alla dottrina, una riflessione approfondita che non trascuri ogni dubbio legittimo. Come a dire che pare davvero opportuna la discussione, non anche il timore di una torsione antidemocratica.

Molti hanno addirittura osservato che il legislatore avrebbe dovuto usare “le maniere forti”, magari imponendo l’obbligo coattivo di vaccinazione (non si sa come sarebbe stato attuabile), mentre alcuni apprezzano proprio la ragionevolezza della misura⁵³. Il *green pass* condiziona alcune libertà a un onere, parificando “per legge” l’intervenuta vaccinazione con il test negativo (condizioni che dal punto di vista sanitario sono incommensurabilmente diverse⁵⁴). Sul punto della proporzionalità in senso stretto, va osservato che la libertà di non vaccinarsi, su cui comunque il legislatore sarebbe potuto intervenire, nel suo nucleo essenziale è preservata: il principale diritto in gioco, quindi, non del tutto è annientato, ma soltanto condizionato, quantomeno nel sistema che parifica la vaccinazione al test negativo⁵⁵. È poi chiaro che ogni misura ulteriore richieda un’autonoma valutazione e, in particolare, che la sua adozione sia legittima, necessitata, idonea, e comunque non compressiva *in toto* delle libertà interessate⁵⁶. Se, diversamente, il (*super*) *green pass* diventasse la mera certificazione di una vaccinazione ormai obbligatoria, la valutazione di legittimità non si dovrebbe concentrare più (solo) sul *green pass* stesso ma (più in generale) sull’obbligo, come peraltro accade

⁵⁰ Invece, E. GRUDEN, *L’EU Digital COVID Certificate operativo da giugno*, in [Diritto e Giustizia](#), 27 maggio 2021, evidenzia come l’introduzione dell’EU Digital Covid Certificate tenga conto solo in parte dei dati scientifici e che la rapidità nella sua approvazione ricorda le procedure fast-track che hanno condotto alla messa a punto dei vaccini.

⁵¹ M. A. SIMONELLI, *I vaccini, il Green pass e l’egoismo dei diritti fondamentali*, in [laCostituzione.info](#), 30 luglio 2021, e, similmente, le critiche di alcuni intellettuali e giuristi (G. AGAMBEN, A. SINAGRA, U. MATTEI), molti dei quali firmatari del documento contro il *green pass* promosso dall’avvocato O. MILANESE e da C. CUPPINI. Su questi temi, con l’organizzazione della cooperativa Generazioni Future, si è costituita il 12 dicembre 2021 la commissione DuPre (Dubbio e precauzione), con portavoce C. FRECCERO.

⁵² G. AZZARITI, *Vaccino e green pass, impariamo a leggere la Costituzione*, ne *Il Manifesto*, 28 luglio 2021; R. BIN, *Green pass e libertà. Con qualche risposta ai simpatici lettori*, in [laCostituzione.info](#), 26 luglio 2021; R. BIN, *Replica al documento anti-green pass pubblicato da Questione Giustizia*, in [laCostituzione.info](#), 9 agosto 2021.

⁵³ P. VERONESI, *Sulla ragionevolezza del “Green pass”*, in [MicroMega](#), 10 settembre 2021, osserva che «[si] fatica insomma a far comprendere che non esiste, al momento, alcun obbligo di vaccinarsi (tranne che per talune categorie specificamente e ragionevolmente individuate dalla legge, ossia i medici e il personale sanitario), e che questa scelta calibrata, anziché espressione di codardia, è un autentico omaggio alla responsabilità individuale: un atto di fiducia nel senso del singolo per se stesso e per gli altri, nei cui confronti si decide di accantonare *le maniere forti* e puntare sulla ragione» [corsivo aggiunto].

⁵⁴ E per tale ragione si è resa necessaria l’introduzione (con d.l. 172/2021) e la successiva applicazione diffusa del *super green pass*, che si ottiene solo con la vaccinazione o con la guarigione.

⁵⁵ Sulla proporzionalità delle misure disposte in sede europea, cfr. G. D’ALESSANDRO, *In tema di misure per il ripristino dell’esercizio del diritto di libera circolazione nell’UE durante la pandemia di COVID-19. Appunti per l’audizione innanzi la I Commissione (Affari costituzionali) del Senato della Repubblica sulle proposte di regolamento UE sul c.d. “certificato verde digitale” – 8 aprile 2021*, in [Rivista AIC](#), n. 3 del 2021, 37 ss.

⁵⁶ Quanto alla giurisprudenza costituzionale, il cd. *super green pass* è stato interessato, al momento in cui si scrive, dalla sola ordinanza di inammissibilità nel conflitto di attribuzione tra poteri promosso da alcuni parlamentari che asserivano che l’obbligo di certificazione rinforzata per l’accesso ai mezzi pubblici determinasse un *vulnus* all’esercizio della funzione parlamentare ([Corte cost., ord. 15/2022](#)). Sulla gravità di questa decisione si è espresso A. LAURO, *Nessun parlamentare è un’isola: green pass ed elezione del Presidente della Repubblica*, ne [laCostituzione.info](#), 22 gennaio 2022. In ogni caso, la valutazione delle misure riconducibili al *green pass* rafforzato dovrà tenere conto dei continui aggiornamenti in atto. Tra l’altro, solo recentemente, il d.l. 5/2022, ha sancito che «la certificazione verde COVID-19 ha validità a far data dalla medesima somministrazione senza necessità di ulteriori dosi di richiamo» (art. 1, I co.), con ciò abrogando la precedente validità semestrale.

nei diversi casi di obbligo vaccinale⁵⁷, poiché non avrebbe senso discutere della legittimità della certificazione senza interrogarsi sulla legittimità dell'imposizione. Qui, però, in tema di libertà di salute, una parte dell'operazione di bilanciamento è anticipata nel testo costituzionale che, proprio al fine di legittimare più forti ed eccezionali compressioni della libertà di salute, ne contempla la retrocessione sino al limite inviolabile del rispetto della persona umana. In questo senso, dal disposto del secondo comma dell'art. 32 Cost., si ricaverebbe una valutazione generale e anticipata sul contenuto minimo della libertà di salute, proprio in termini di proporzionalità in senso stretto. Cionondimeno, oltre questo limite (esplicitato proprio perché eccezionalmente "sbilanciato"), la valutazione di proporzionalità dovrebbe pur sempre essere sorretta dalla necessità e idoneità della misura⁵⁸. In altre parole, ciò che vale per il *green pass* varrà anche per le sue versioni rafforzate e, nel caso, per l'obbligo vaccinale (generalizzato o di categoria), dovendosi introdurre per ogni misura, nel giudizio di proporzionalità, la valutazione tecnico-scientifica circa la sua idonea e necessaria adozione in relazione ai fini perseguiti.

Con riferimento al profilo della protezione dei dati nella certificazione digitale, invece, il *design* complessivo del *software* realizza per certo un rischio – ancorché contenuto – per i dati sanitari, perché il codice QR contiene informazioni riservate che circolano agevolmente tra quanti sono tenuti al controllo del codice (con ciò prefigurandosi il rischio evidente della sottrazione e della circolazione illecita delle certificazioni, anche a finalità commerciali). Forse sarebbe stato possibile ipotizzare un sistema centralizzato, che facesse circolare la sola informazione necessaria (un semaforo verde e un semaforo rosso), senza diffondere dati sanitari e senza riportare nel codice la ragione specifica della certificazione (guarigione, vaccino o test). Tuttavia, un simile meccanismo avrebbe richiesto una connessione *online* stabile e permanente presso tutti gli operatori destinati al controllo dei certificati, rischiando così di incidere sulla iniziativa economica dei privati, soprattutto in relazione alle aree rurali o con connessioni carenti o assenti⁵⁹. Allora, anche stavolta, il *design* è stato il risultato complessivo di un'operazione di bilanciamento, di proporzionalità, in cui la soluzione complessiva si presenta come un risultato di tecno-regolamentazione, dove cioè l'equilibrio tra diritti è il risultato (di compromesso) del *design* del *software*⁶⁰.

Per altro verso, le esigenze sanitarie sono ampiamente richiamate nel testo costituzionale: all'art. 14, co. II, che legittima gli accertamenti per motivi di sanità, regolati da leggi speciali; all'art. 16, che consente al legislatore di disporre limitazioni per motivi di sanità; all'art. 17, che legittima il divieto di riunione per comprovati motivi di incolumità pubblica; e, soprattutto, nell'art. 32 che sancisce la fondamentale del diritto individuale alla salute, contestualmente all'affermazione di un interesse della Repubblica nei confronti di questa dimensione. Inoltre, l'art. 23 consente alla legge l'imposizione di prestazioni personali, così come il secondo comma dell'art. 32 consente i trattamenti sanitari disposti per legge, sempre che non violino i limiti imposti dal rispetto della persona umana. Tutte queste disposizioni convergono nel legittimare misure ben più pervasive di quella attuata.

Allora, con riferimento al quadro positivo costituzionale, stante il chiaro disposto del secondo comma dell'art. 32 Cost., pochi dubitano dell'eventuale legittimità di un obbligo vaccinale⁶¹, ma

⁵⁷ Si può far riferimento al caso della febbre gialla e alla relativa certificazione, su cui G. D'ALESSANDRO, *In tema di misure per il ripristino dell'esercizio del diritto di libera circolazione*, cit., 40.

⁵⁸ S'intende, cioè, che la fondamentale del diritto/interesse alla salute non equivalga affatto a una sottrazione di tale ambito alle necessarie operazioni di bilanciamento e, che, però, il limite del rispetto della persona umana costituisca «il nucleo essenziale del diritto alla salute» (Corte cost. [sent. 304/1994](#)), nucleo che può rappresentare il parametro per valutare la proporzionalità in senso stretto della misura adottata. Sul punto, cfr. F. GRANDI, *L'art. 32 nella pandemia: sbilanciamento di un diritto o "recrudescenza" di un dovere?* in [Costituzionalismo.it](#), n. 1 del 2021, 85 ss.

⁵⁹ Un rapporto di Openpolis dimostra che in alcune aree dell'est e del sud Europa, in particolare Grecia, Portogallo e sud Italia, quale percentuale di copertura Internet, non viene raggiunto neanche l'80% della popolazione ([Openpolis](#), 26 aprile 2021).

⁶⁰ Sui profili etico-giuridico della tecno-scienza v. anche L. PALAZZANI, *Etiche e diritto nell'era della tecno-scienza*, in *Riv. filosof. dir.* n. 4 del 2015, 125 ss.

⁶¹ Va sottolineato che, accanto alle misure ora discusse, è stato poi previsto l'obbligo vaccinale per determinate categorie, come nel caso del personale sanitario (obbligo sancito *in primis* dall'art. 4, d.l. 44/2021, poi convertito – con

alcuni temono che il condizionamento delle libertà realizzato dalle misure del *green pass* mostri profili di incostituzionalità, proprio per la sua mancanza di ragionevolezza e proporzionalità. Sul punto, però, appare alquanto bizantina la critica di quanti si dichiarano favorevoli all'obbligo vaccinale coattivo e contrari all'onere della certificazione verde (che consente ai cittadini di non vaccinarsi), ritenendo la scelta adottata come un obbligo "surrettizio", subdolo o comunque non esplicito: il *green pass* sarebbe così uno "strumento ipocrita"⁶² e non già una ragionevole misura di compromesso. Il legislatore, allora, avrebbe dovuto adottare misure più invasive, sino a comprimere *in toto* la libertà di salute, forse nell'obiettivo di apparire ai firmatari dell'appello più coerente o più schietto⁶³. Come se la schiettezza e la coerenza potessero, esse stesse, imporre misure più invasive. E, poi, nell'ipotesi che sia sproporzionata la misura del *green pass* e, invece, legittimo l'obbligo vaccinale, l'imposizione di un simile obbligo (coattivo) genererebbe reazioni migliori in quanti temono la vaccinazione?

La risposta a questi interrogativi non può cercarsi soltanto sul piano della coerenza legislativa, né può essere sottovalutato il pregio delle soluzioni di compromesso, senza poi riconoscere il peso delle valutazioni di opportunità politica. Invece, proprio in relazione a Immuni e al *green pass*, abbiamo tentato di illustrare che nel bilanciamento tra diritti e interessi il compromesso è d'obbligo e, come sempre, è anche necessario il buon senso.

Quanto alla idoneità e alla necessità delle misure adottate, bisogna rimarcare che, trattandosi di settori in cui è necessario il rinvio a saperi specialistici, ogni valutazione sull'efficacia delle soluzioni deve essere rinviata anche alla valutazione (sempre revisionabile) di organi competenti. E ciò perché se si ammette che la valutazione di proporzionalità implichi quella sull'idoneità della misura a contribuire allo scopo che si propone e la valutazione comparativa con le altre misure attuabili, in un contesto ad alta densità tecnologico-scientifica è necessario che sul merito la discrezionalità del legislatore incontri il limite del rinvio alla scienza. Infatti, così come sarebbe palesemente illegittimo – in linea meramente teorica e non con riferimento all'attuale contesto – un obbligo vaccinale comunque disposto senza tener conto di un giudizio sfavorevole della comunità scientifica o degli organi scientifici deputati, così anche l'adozione di misure restrittive fondarsi su valutazioni tecniche del possibile impatto sanitario (e non solo) delle misure stesse⁶⁴. Resterebbe aperta, al più, una riflessione circa l'attitudine dei processi decisionali legislativi e amministrativi a includere un simile

modificazioni che ne estendevano l'ambito soggettivo – dalla l. 76/2021, su cui v. Cons. di Stato, sent. 7045/2021 e di recente, in senso conforme, v. anche TAR Lazio, ordd. 131/2022 e 137/2022); questa misura ha destato perplessità per profili attinenti alla protezione dei dati personali, perplessità segnalate dallo stesso Garante (v. già l'intervista di V. DI GIACOMO a P. STANZIONE, *Vaccino, su obbligo e pass il Governo viola la privacy*, in *Il Mattino*, 25 aprile 2021, pubblicata anche sul [sito](#) del Garante, 26 aprile 2021) e, parrebbe, poi superate. Sul tema dell'obbligo vaccinale, anche con riferimento a meccanismi risarcitori e indennitari, v. S. PENASA, *Obblighi vaccinali: un itinerario nella giurisprudenza costituzionale comparata*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1 del 2018, 47 ss., nonché *infra*, n. 64.

⁶² Così, a più riprese, A. BARBERO contesta «l'obbligo di vaccinazione in forma surrettizia» (O. RIVA, *Alessandro Barbero, un caso il «no al Green Pass» all'università: tra le 600 firme c'è anche la sua*, nel *Corriere della Sera*, 6 settembre 2021). C'è anche chi, più problematicamente, discute dell'opportunità del *green pass* che appare una misura "confusa" (G. GUZZETTA, *Il green pass crea confusione, meglio l'obbligo vaccinale*, ne [Il Dubbio](#), 7 dicembre 2021).

⁶³ C'è anche chi osserva – opportunamente, se si considerano la graduale estensione e il progressivo rafforzamento del *green pass* – che la soluzione adottata «non possa spingersi oltre un certo limite» e che, alle opportune condizioni, l'obbligo vaccinale «costituirebbe probabilmente una scelta maggiormente adeguata al fine» (così, A. M. CITRIGNO, *Obbligo del green pass e obbligo vaccinale: le questioni aperte*, in [Dirittifondamentali.it](#), n. 1 del 2022, 11).

⁶⁴ Sempre in tema di vaccinazioni obbligatorie o incentivate, va segnalato che la giurisprudenza costituzionale ha più volte esteso l'indennizzo delle vaccinazioni obbligatorie a quelle raccomandate (da ultimo, [sent. 118/2020](#)) in riferimento a casi diversi dalla vaccinazione in questione. Quanto al vaccino contro il Covid-19, il legislatore, senza attendere l'intervento (altrimenti necessario) della Corte, ha provveduto a estendere l'indennizzo per effetti avversi delle vaccinazioni di cui all'art. 1 della l. 210/1992 anche al caso *de quo*, stabilendo che «[l]'indennizzo di cui al comma 1 spetta, alle condizioni e nei modi stabiliti dalla presente legge, anche a coloro che abbiano riportato lesioni o infermità, dalle quali sia derivata una menomazione permanente della integrità psico-fisica, a causa della vaccinazione anti Sars-CoV2 raccomandata dall' autorità sanitaria italiana» (art. 20, comma 1, d.l. 4/2022). Il completamento di questo processo (necessario) di estensione dell'indennizzo, parificando qui come altrove la raccomandazione (e il cd. *nudge*) all'obbligo, probabilmente disancora il dibattito sul *green pass* dalla questione risarcitoria.

supporto tecnico indipendente e non politicamente orientato. Se molti, per vero, aderiscono all'affermazione – ormai confermata dalla giurisprudenza costituzionale⁶⁵ – di una riserva di scienza quale limite alla discrezionalità legislativa, appare ben più arduo individuare gli organi destinatari del “rinvio alla scienza” in questione: non già o non solo per la diffusa attitudine (soprattutto giornalistica) a considerare qualsiasi medico, anche non specialistico, una fonte informativa utile al dibattito in seno all'opinione pubblica; quanto piuttosto per la questione – ben più problematica – delle possibili contraddizioni tra le posizioni espresse dalle organizzazioni internazionali, dalla comunità medico-scientifica o dai comitati scientifici istituiti *ad hoc* (da ultimo, il Comitato Tecnico Scientifico⁶⁶), senza che cioè si palesi un chiaro nesso tra la comunità scientifica stessa – e i suoi rappresentanti – e gli organi amministrativi cui, invece, legislatore e governo ascrivono la competenza idonea a compiere le valutazioni necessarie.

In ogni caso, però, la misura del *green pass* ha consentito nel corso del 2021 un margine di esistenza a ogni più estrema opposizione all'imposizione coattiva di un trattamento sanitario eventualmente non voluto: la certificazione digitale ha rappresentato, sotto questo profilo, una misura ben più mite di un ipotetico obbligo vaccinale e ha permesso a quanti ne temessero gli effetti di rifiutare la vaccinazione, pur con significativi condizionamenti di libertà fondamentali. Proprio come accade nell'enigma di Bartleby, che per Agamben rappresenta l'esperimento in cui il «possibile si emancipa da ogni ragione»⁶⁷, nella formula che lo scrivano non si stanca mai di ripetere: «I would prefer not to»⁶⁸; così anche il *green pass* ha lasciato aperto un piccolo spazio per ogni forma di ostinato rifiuto del vaccino. Un simile spazio, nel caso dell'obbligo generalizzato, andrebbe certamente perso, a vantaggio forse della coerenza, non anche però della ragionevolezza/proporzionalità.

⁶⁵ Cfr. sul punto, A. IANNUZZI, [L'obbligatorietà delle vaccinazioni a giudizio della Corte costituzionale fra rispetto della discrezionalità del legislatore statale e valutazioni medico-statistiche](#), in questa *Rivista*, 2018/I, 91 ss.

⁶⁶ Il quale CTS, per esempio, è stato istituito in regime emergenziale con decreto 371/2020 del capo dipartimento della Protezione civile, e il relativo assetto è definito (e riformulato progressivamente) dalle ordinanze del medesimo capo dipartimento.

⁶⁷ V. diffusamente G. AGAMBEN, *Bartleby o della contingenza*, in G. Agamben e G. Deleuze, *Bartleby, la formula della creazione*, Macerata, 1993.

⁶⁸ H. MELVILLE, *Bartleby lo scrivano: una storia di Wall Street* [1853], trad. di G. Celati, Torino, 1992, VII.

Alessio Rauti

“A che punto è la notte?”

L’approccio interculturale all’immigrazione fra capacità e accomodamenti*

ABSTRACT: *The paper analyzes the two main approaches to the cultural diversity (interculturalism e multiculturalism), highlighting the criticalities about the first and the consonance of the second with the Italian Constitution. Particularly, the attention is placed on the links between interculturalism, the approach of skills developed by Marta Nussbaum and the construction of the so-called reasonable accommodation test. Finally, it is verified if and in what way the intercultural approach is developed in judicial decisions taking a cue from two rulings of the Supreme Court relating to the cases of the kirpan and the display of the crucifix in schools.*

SOMMARIO: 1. Le domande di riconoscimento e la duplicità dell’eguaglianza. – 2. Il multiculturalismo “prescrittivo” messo a fuoco... – 3. ... e l’interculturalismo come approccio normativo compatibile con la Costituzione. – 4. La “fioritura” delle persone *dentro* e *fra* i gruppi: l’«approccio delle capacità» di M. Nussbaum fra costituzionalismo e interculturalismo. – 5. Il ruolo delle “capacità” e la loro “sicurezza”. – 6. Le tre fasi del *test* di accomodamento. – 7. Il caso del *Kirpan* e la [sentenza n. 24084 del 2017](#) della Cassazione fra accomodamenti *concreti* e mediazioni *generali*. – 8. Concetto *processuale-discorsivo* di cultura e religione nella recente sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione sull’esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche. Dai principi di diritto... – 9. ... alla procedura. Aspetti critici – 10. Conclusioni: la *meta-eguaglianza* e l’interculturalismo... in cerca di autore.

1. Le domande di riconoscimento e la duplicità dell’eguaglianza.

Fallito il tentativo di ridurre il multiculturalismo di matrice religiosa – di cui le guerre di religione erano state una manifestazione conflittuale¹ – il processo di secolarizzazione dello Stato moderno ha progressivamente fornito un nuovo *background* alla convivenza delle diversità. Ma se per un verso i principi liberali dello Stato di diritto hanno consentito un nuovo approdo alla laicità dello Stato², per l’altro verso le aspirazioni parzialmente universalistiche delle proclamazioni contenute nelle Carte di fine Settecento, per avanzare un minimo di effettività, hanno dovuto essere “filtrate” nel particolarismo di uno Stato-nazione, il quale, proprio perché secolarizzato, aveva bisogno di *una cultura nazionale*, un elemento “spirituale” (e/o etnico) di “auto-percezione” della (e identificazione nella) comune appartenenza che doveva fungere da collante per i sudditi divenuti cittadini e da schermo unificante per la rappresentanza della Nazione.

Dopo la parentesi autoritaria-totalitaria che ha colpito l’Europa continentale, una volta sfrondata dalle degenerazioni del nazionalismo imperialista e/o razziale, il binomio *storia/cultura nazionale* continua a svolgere una funzione importante nella contemporaneità. Esso ha fornito l’elemento prepolitico della nostra Costituzione repubblicana pluralista e la consuetudine culturale di riconoscimento del suo sostrato assiologico, nonché, infine, la base di orientamento interpretativo delle sue disposizioni³.



¹ V. C. GALLI, *Introduzione*, in AA.VV., *Multiculturalismo. Ideologie e sfide*, a cura di C. Galli, Bologna 2006, 15.

² Sul doppio modo in cui si potrebbe guardare alla laicità, come portato dell’eredità ebraico-cristiana o come soluzione di continuità dello Stato liberale rispetto allo Stato “unionista-confessionista” dell’*ancien régime*, cfr. F. BERTOLINI, *Principio di laicità ed attitudine dello Stato alla autonoma determinazione di sé*, al [sito](#) dell’AIC, 26 aprile 2004. La letteratura sul principio di laicità è, a dir poco, incontenibile. Oltre ai contributi citati più avanti, mi limito a ricordare – per le diverse assonanze con le tesi espone nel presente contributo e, soprattutto, per il concetto di *meta-etica* pubblica (o etica pubblica costituzionale di secondo grado) – A. SPADARO, *Libertà di coscienza e laicità nello Stato costituzionale. Sulle radici “religiose” dello Stato “laico”*, Torino 2008, *passim*.

³ Sulla differenza fra *testo*, *contesto*, *pre-testo* e *meta-testo*, v. A. SPADARO, *Il problema del “fondamento” dei diritti “fondamentali”*, in *Dir. soc.*, 3/1991, 453 ss.

In questo senso, seguendo P. Häberle, deve riconoscersi che lo Stato costituzionale è uno *Stato culturale*, non già nel senso di asserirne la fondazione in una pretesa omogeneità identitaria – à la Schmitt – del popolo. Piuttosto, si prende atto di due realtà. La prima è che lo Stato costituzionale liberal democratico vive di determinati presupposti culturali e che dalla *cultura costituzionale* – che si sostanzia, fra l'altro, in comportamenti, modi di pensare ed agire – viene a dipendere l'effettività della Costituzione⁴. La seconda è che occorre prepararsi alla sfida di “diffondere” presso nuove platee di soggetti la consuetudine culturale di riconoscimento della Carta, a fronte dei processi di globalizzazione e di immigrazione strutturale che pongono nuove problematiche all'interno di società oramai pluri-culturali, pluri-religiose e pluri-etniche. Tali forme di pluralismo sociale potranno anche non essere una novità assoluta nella storia. È bene, però, riconoscere che *rispetto al nostro ordinamento* sono emerse “nuove” *tipologie di domande* di riconoscimento, legate non già ai tradizionali *cleavages* ma all'appartenenza ad una certa cultura, etnia o religione, domande che possono generare conflitti⁵. In questo senso, probabilmente, si assiste non solo ad un aumento *quantitativo* del tasso di pluralismo sociale⁶, ma anche ad una sua trasformazione *qualitativa*, che mette sotto tensione il principio costituzionale del pluralismo.

La domanda, allora, è se le Costituzioni, e la nostra in particolare, possano o meno offrire risposte a queste “nuove” domande, grazie alla inesauribile “capacità nomogenetica” dei principi che ne compongono la struttura portante.

Ecco perché appare semplicistico rilevare «L'ironia dell'ossessione contemporanea per le differenze culturali», secondo cui «tutti siamo diventati multiculturalisti proprio nel periodo in cui il mondo è diventato meno – e non più – plurale»⁷. È vero che la globalizzazione e i processi strutturali di immigrazione spingono verso convergenze inattese, ma occorre fare attenzione ai giudizi sommari. Così, ad esempio, il fatto che la tecnologia possa avere un certo *appeal* presso gli immigrati non sposta granché il problema delle *differenze*, culturali, etniche e religiose, che rimangono e che risultano accresciute nella nostra società a seguito dell'immigrazione. Esistono, infatti, diversi modi “culturali” di agire che non sempre si presentano necessariamente integrati o coerenti.

Com'è possibile, allora, evitare che la diversità culturale, etnica o religiosa diventi un ostacolo al c.d. *patriottismo costituzionale*, ovvero al progressivo “legame” del singolo immigrato – ovviamente, verificabile unicamente sul piano dell'azione – con le forme e i principi di sostanza della Carta costituzionale? È vero, infatti, che la Costituzione riconosce centralità politica a un *demos* aperto e plurale e non all'*ethnos* identitario, ma, come ricordato, è essa stessa il frutto di precise tradizioni culturali, elementi prepolitici che l'hanno plasmata come prodotto storico.

Sicché, non c'è forse il rischio che il richiamo a *questa* tradizione – e in particolare alla garanzia dei diritti fondamentali – in chiave eventualmente *oppositiva* all'ammissibilità di determinate pratiche culturali spinga gli immigrati ad accusare l'ordinamento italiano di non indossare adeguatamente le lenti culturali e, in particolare, di far soccombere sempre il diritto all'identità culturale o alla libertà religiosa che pure, direttamente o indirettamente, fanno parte del patrimonio assiologico della Carta costituzionale? Ad esempio, i gruppi culturali coinvolti potrebbero giudicare inadeguata la soluzione che, in norme dei principi costituzionali, impedisca sempre – addirittura criminalizzandola – una pratica culturale per il fatto di realizzare una discriminazione di genere (matrimonio poligamico), di

⁴ Cfr. P. HÄBERLE *Per una dottrina della Costituzione come scienza della cultura*, Roma 2001; ID., *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo. Saggi*, Milano 2003; ID., *Costituzione e identità culturale. Tra Stati ed Unione Europea*, Milano 2006.

⁵ Su tali conflitti e sulle domande di riconoscimento v. già, in una prospettiva filosofica, A.E. GALEOTTI, *Multiculturalismo. Filosofia politica e conflitto identitario*, Napoli 1999.

⁶ Secondo invece T. GROPPI, *Menopaggio. La democrazia costituzionale nel XXI secolo*, Bologna 2020, 400, «se ci soffermiamo sul carattere multiculturale della società e depuriamo la tematica dalle politiche che hanno teso a dare una risposta ben precisa a tale carattere in nome di un'ideologia, potremmo considerare la “società multiculturale” nient'altro che come un sinonimo (o una declinazione) della “società pluralista” che è all'origine dello Stato costituzionale del Secondo dopoguerra».

⁷ K. MALIK, *Il multiculturalismo e i suoi critici. Ripensare la diversità dopo l'11 settembre*, Roma 2016, 31.

cagionare un danno fisico (si pensi alla circoncisione e alle mutilazioni genitali femminili⁸), o, più in generale, di incidere negativamente sull'integrità psico-fisica di un minore (si pensi agli atti sessuali legati ai matrimoni con ragazze infra-sedicenni all'interno dei gruppi rom).

È chiaro che di fronte ad una domanda di riconoscimento dell'ammissibilità o non punibilità di precise pratiche culturalmente giustificate, un punto preliminare decisivo è se l'argomento culturale possa essere applicato a certe fattispecie⁹, oltre all'accertamento sul carattere obbligatorio o meramente facoltativo di tali pratiche nella cultura di appartenenza. Si tratta di aspetti decisivi nel modo di articolare i *test* del c.d. accomodamento ragionevole, su cui ritornerò più avanti. In secondo luogo, poi, è bene evitare di associare automaticamente le svariate questioni relative alla convivenza fra culture diverse alle difficoltà legate alle questioni più controverse e *borderline*. In altri termini, c'è un mondo di possibilità *pratiche* per il dialogo interculturale che è bene non dimenticare soffermandosi sulle vette più ardue del dialogo fra diversi.

In generale, è evidente che la formula del patriottismo costituzionale non è taumaturgica, ma può quantomeno indicare l'impossibilità di riconoscere le *differenze* senza l'*unità* consentita da un quadro di principi condivisi (e diritti garantiti), pur se espressione di una determinata tradizione culturale aperta al pluralismo. In breve: anche le minoranze dovranno quantomeno aderire ad *una parte* della cultura del Paese ospite, quella che consente il pluralismo e la difesa dei diritti fondamentali e che deve divenire una patria comune in senso assiologico, ma anche il dialogo interculturale potrà consentire anche a *quella parte* della cultura maggioritaria di evolvere proprio per poter conservare i suoi tratti essenziali¹⁰. Il richiamo al patriottismo costituzionale serve dunque come fattore evocativo e normativo che impedisce, al contempo, qualsiasi riduzione illiberale del pluralismo alla cultura maggioritaria ma anche facili scorciatoie separatiste, implicando la necessità che pure le minoranze culturali che chiedono riconoscimento aderiscano *de facto* all'etica pubblica costituzionale, intesa pur

⁸ Prima ancora di essere qualificate come reato, le mutilazioni genitali femminili sono state spesso considerate inammissibili per la lesione fisica che ne discende. Si è affermato, in tal senso, che «l'infibulazione non può trovare cittadinanza alcuna in un ordinamento costituzionale, poiché essa è una pratica lesiva dei diritti fondamentali storicamente definiti da disposizioni costituzionali non equivocabili nel loro significato di valore»: così G. AZZARITI, *Multiculturalismo e Costituzione*, in *Pol. dir.*, 1-2/2016, 13. Tuttavia, per quanto il danno fisico costituisce spesso l'elemento che impedisce un accomodamento ragionevole, il punto centrale – che non sembra adeguatamente messo a fuoco dall'A. – è proprio l'argomentazione che consentirebbe di far prevalere *sempre* l'integrità fisica su altri principi come il diritto all'identità culturale o la libertà religiosa. Sotto questo aspetto, non va dimenticato che anche l'integrità fisica può risultare recessiva rispetto alla libertà religiosa, ad esempio nel caso del testimone di Geova che rifiuti per sé la trasfusione di sangue. La stessa libertà religiosa diviene però recessiva quando il rifiuto riguarda il figlio minore del Testimone di Geova. Pertanto, si potrebbe ritenere che il principio tendenzialmente preminente nel conflitto con gli altri non sia tanto l'integrità in sé, quanto il principio per cui nessuno può disporre dell'integrità fisica (e, a maggior ragione, della vita) *altrui*, anche quando chi assume la decisione sia il genitore di chi la subisce (ragionamento applicabile anche alle mutilazioni genitali femminili sulle bambine). Ovviamente, a fronte della penalizzazione di tali pratiche, rimane purtroppo la concreta possibilità che vengano eseguite *de facto* al di fuori dell'assistenza medica specialistica, in condizioni scarsamente igieniche e con maggiori rischi per la salute della persona coinvolta. Rimane, dunque, essenziale un confronto interculturale sulla concreta possibilità di *trasformare* tali pratiche, pur conservandone il *sensu* di un rito di passaggio e di appartenenza ad una comunità, ad esempio, “convertendole” in un intervento di micro-chirurgia – una piccola incisione simbolica (un “segnetto”) – realizzato presso strutture ospedaliere o centri sanitari attrezzati (cfr. A. SPADARO, *La Costituzione come “meta-etica” pubblica laica: la felice risposta del diritto costituzionale alla questione dell'interculturalismo*, relazione introduttiva al Convegno, § 6 del *paper*). Ovviamente, pena la sua ineffettività, è da escludere che una soluzione del genere possa essere semplicemente escogitata dalla cultura maggioritaria e “calata” dall'alto.

⁹ Sulla problematica culturalizzazione dei comportamenti, v. I. RUGGIU, *Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, Milano 2012, spec. 293 ss., la quale, ad esempio, condivide la critica femminista secondo cui gli omicidi delle donne nelle diverse culture (araba e occidentale) debbano essere sottratti alla classificazione culturale in quanto fenomeno di violenza di genere conseguenza del patriarcato. Sul modo in cui l'approccio alla diversità culturale incide sulle questioni di genere, v. da ultimo C. NAPOLI, *Multiculturalismo e diritti delle donne: una riflessione, nella prospettiva del costituzionalismo*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2021, 161 ss.

¹⁰ Su questo punto, da ultimo, A. SPADARO, *La Costituzione come “meta-etica” pubblica laica: la felice risposta del diritto costituzionale alla questione dell'inter-culturalismo*, Relazione al convegno *L'approccio interculturale all'immigrazione fra declinazioni dell'uguaglianza e strategie educative*, Reggio Calabria 19 novembre 2021 (in corso di stampa).

sempre come etica *parziale*, che dunque, entro certi limiti, lascia spazio anche a concezioni diverse della vita.

Ovviamente, questa non è una *risposta*, ma un *punto di partenza*, visto che, come ricordato, i conflitti posti dalla diversità possono anche mettere sotto “stress” il rapporto fra due *diritti* o due *libertà* costituzionalmente garantite. Ma da esso deriva innanzitutto la necessità di individuare quale approccio alla diversità culturale possa non solo risultare maggiormente funzionale all’integrazione degli immigrati, ma anche svolgere quella funzione latamente pedagogica, di cui discorre Häberle, che consente di trovare un’alternativa, faticosa ma possibile, al noto dilemma di Böckenförde sulla “fragilità” dello Stato costituzionale che non può *garantire*, per la sua stessa caratura liberaldemocratica, i presupposti prepolitici su cui si fonda¹¹. Una fragilità potenzialmente accresciuta dai fenomeni dell’immigrazione strutturale e della globalizzazione.

L’approccio scelto condizionerà il modo di tracciare un confine tra il *trattamento eguale* e il *trattamento da eguali* delle persone o dei gruppi, individuando in quali casi debba valere il primo in quali altri, invece, il secondo.

Il *trattamento eguale* è collegato all’originaria forma storica di rivendicazione dei diritti da parte degli immigrati, che riguardava e continua a riguardare in larga parte il loro diritto a non essere discriminati o divenire vittime di pregiudizio e dunque, in un certo senso, la richiesta che la diversa nazionalità non incida in modo irragionevolmente negativo sul livello di tutela dei diritti. Così come la politica era già “separata” dalla religione nello Stato liberale secolarizzato¹², allo stesso modo si rivendica o si garantisce un’*eguaglianza* di fronte alla legge al fine di consentire una piena integrazione *nonostante la propria diversità*.

Il *trattamento da eguali*, invece, richiede che la cultura, l’etnia o la religione del gruppo cui si appartiene abbiano un peso rilevante per vedersi riconosciuti alcuni *diritti particolari* o *deroghe* nell’applicazione di norme che altrimenti metterebbero singoli in una condizione di svantaggio a causa delle loro pratiche culturali o religiose¹³. In altri termini, si presuppone che l’appartenenza ai gruppi culturali sia un elemento importante per l’identità personale e che una vera libertà eguale richieda il riconoscimento della differenza e del diritto di avere differenti concezioni della vita, sicché il trattamento *da eguali* comporta il diritto di avere *pari opportunità attraverso la diversità*. Questo implica la predisposizione di norme specifiche e derogatorie per i gruppi – fino ai veri e propri spazi di autonormazione – al fine di poter consentire ai componenti di ciascuna formazione culturale di mantenere ed esprimere, *al pari degli altri*, la propria identità culturale. I casi sono molti e noti: dai sikh che chiedono di non mettere il casco in moto e la divisa in polizia per poter indossare il turbante o di indossare, fra l’altro, il pugnale rituale (il *kirpan*), questione su cui ritorneremo, fino alle classiche questioni del velo, della poligamia e dell’esposizione dei simboli religiosi nei luoghi istituzionali.

In generale, la scelta e il modo di percorrere entrambe le strade oppure solamente la prima o la seconda portano, evidentemente, a risultati assai differenti. Ad esempio, l’approccio francese alla diversità culturale assolutizza il trattamento *eguale*, inteso come imperativo liberale di *cecità alle differenze*, mentre tendenzialmente i modelli multiculturalisti accordano uno spazio notevole anche al trattamento *da eguali*.

In questo quadro, i termini *interculturalismo* e *multiculturalismo* acquistano un significato specifico e diverso se intesi in senso prescrittivo, ovvero come modi in cui *dovrebbero* essere “gestiti” o governati i rapporti sia fra gruppi minoritari culturalmente differenti che fra questi ed il gruppo appartenente alla cultura maggioritaria. Si tratta, dunque, di un approccio di politica costituzionale, oltre che di filosofia politica.

¹¹ Su tali aspetti, v. A. SPADARO, *Rileggendo E.W. Böckenförde su potere costituente e interpretazione costituzionale*, in Federalismi.it, 16/2021, 208 ss.

¹² Così, in relazione alla domanda di pluralismo etnico (e non di liberazione nazionale) derivante negli USA dagli immigrati che hanno cercato di mantenere la propria identità, M. WALZER, *Pluralism in Political Perspective*, in AA.VV., *The Politics of Ethnicity*, a cura di M. Walzer, E.T. Kantowicz, J. Higham, M. Harrington, Cambridge 1982, 9 s.

¹³ Cfr. W. KYMLICKA, *La cittadinanza multiculturale*, Bologna 1999, 57.

2. Il multiculturalismo “prescrittivo” messo a fuoco...

Il multiculturalismo è stato inteso in diversi modi, rivelandosi come una sorta di macro-contenitore che, ad esempio, riguarderebbe la gestione sia della *multi-nazionalità* che della *poli-etnicità* di uno Stato. La prima formula allude alla presenza di culture nazionali autoctone concentrate in determinate parti del territorio statale la cui rivendicazione di completa autonomia normativa si associa talvolta anche al rischio di secessione. La seconda, invece, più vicina alla situazione italiana, descrive la tipica condizione conseguente ad una massiccia immigrazione¹⁴.

Un rapido sguardo alle profonde differenze nelle modalità in cui questo approccio è stato inteso in senso prescrittivo e utilizzato in diversi Paesi – dal Canada al Regno Unito, fino alla Germania¹⁵ – spinge a rilevarne la natura poliforme, ma tendenzialmente incline al riconoscimento di *diritti di gruppo e/o* spazi di autonomia per comunità distinte, culturali, etniche, religiose, fino all’autogoverno delle comunità nazionali. È diretto, insomma, a consentire un particolare tipo di pluralismo in termini normativi che ha come immediati *protagonisti* soprattutto i gruppi, le comunità. Si pensi al modello apripista del multiculturalismo canadese, caratterizzato dalla presenza della minoranza nazionale francese del *Québec* e dei nativi indiani o al multiculturalismo “societario” o “comunitario” del Regno Unito – probabilmente un’eredità del modo di gestire le colonie di un tempo, ma anche il frutto di rivolte sociali risalenti ai primi anni ’80 del secolo scorso – così definito in quanto i gruppi culturali sono «interlocutori dei poteri pubblici», soprattutto a livello locale, ricevono finanziamenti, costituiscono strumenti di raccordo e «l’ordinamento favorisce la realizzazione concreta delle modalità di vita prescritte da norme religiose e tradizionali»¹⁶.

Se è vero che la “cultura” «non è una parola che spiega, ma una parola da spiegare»¹⁷, nel nucleo duro di questo modello – che è oggetto di ripensamento in molti dei Paesi prima ricordati – sembra che essa venga spesso *reificata*, trattata al pari di un oggetto che conserverà per sempre la forma e il colore, una sorta di universo simbolico e morale particolare ed immobile. Questo riferimento ad una condizione originaria rischia di identificare le persone *solo in base all’appartenenza ad un certo gruppo*, sclerotizzandone la pluralità delle appartenenze, disconoscendo loro la possibilità di rielaborazione soggettiva dei vincoli culturali.

Si tratta di una prospettiva essenzialista, di matrice romantica¹⁸, nella quale la cultura appare l’oggetto di un modello *ascrittivo* e può risultare addirittura ridotta a mero elemento biologico e, dunque, ad una questione di discendenza, nonostante i cambiamenti sopravvenuti nel proprio contesto di vita. Il presupposto implicito è che, di conseguenza, la cultura non possa mutare a contatto con nuove sfide – mentre l’adattamento è proprio il motore dell’evoluzione (intesa anche in senso neutro, come cambiamento) – e che la *storia passata* abbia potuto creare o modificare una cultura, un popolo o una nazione, mentre la storia presente e futura rimane incapace di tanto.

Quanto, poi, ai Paesi di immigrazione, il pericolo è che lo Stato riduca gli stranieri a culture per proteggersi dalla loro capacità di fluidità e mobilità¹⁹. Difatti, ci sembra che nel cuore del multiculturalismo alberghi l’idea che i singoli debbano farsi carico della sopravvivenza della loro

¹⁴ Per la distinzione nel testo, v. già W. KYMLICKA, *La cittadinanza multiculturale*, cit., 22 ss. In tema, cfr., oltre ai contributi richiamati in seguito, C. TAYLOR, *Multiculturalismo. La politica del riconoscimento*, Milano 1994; J. HABERMAS-C. TAYLOR, *Multiculturalismo. Lotta per il riconoscimento*, Milano 2008.

¹⁵ Cfr. AA.VV., *Società multiculturali e percorsi di integrazione. Francia, Germania, Regno Unito ed Italia a confronto*, a cura di G. Cerrina Feroni e V. Federico, Firenze 2017. Sul multiculturalismo in Germania e in Regno Unito, v. pure K. MALIK, *Il multiculturalismo*, cit., 45 ss.

¹⁶ Cfr. C. MARTINELLI, *Il modello dell’integrazione della Gran Bretagna*, in AA.VV., *Società multiculturali*, cit., spec. 19.

¹⁷ Cfr. A. DAL LAGO, *Esistono davvero i conflitti tra culture? Una riflessione storico-metodologica*, in AA.VV., *Multiculturalismo. Ideologie e sfide*, a cura di C. Galli, Mulino 2006, 62. Sui diversi modi di intendere la cultura v. per tutti I. RUGGIU, *Il giudice antropologo*, cit., 148 ss. Ma in tema v. pure T. NAGEL, *L’ultima parola. Contro il relativismo*, Milano 1999, *passim*.

¹⁸ K. MALIK, *Il multiculturalismo*, cit., 17 ss.

¹⁹ Cfr. A. DAL LAGO, *Esistono davvero i conflitti tra culture?* cit., 78.

cultura immutata, quasi presupponendo che l'identità personale non sia plurale – e variamente definita anche da appartenenze a gruppi inter-etnici e interreligiosi – e che manchi nell'uomo la capacità di trasformare dialogicamente sé stesso ed il proprio universo culturale²⁰. Di più: si può annidare il rischio di non riconoscere agli *altri* (gli stranieri o i cittadini culturalmente “diversi”) quello che riconosciamo a *noi* (cittadini appartenenti alla cultura maggioritaria), ovvero la capacità di «costruire il nostro mondo sociale», di ripensarlo e avviare nuove narrazioni identitarie²¹. In breve: «ridurre la cultura delle persone alla loro nazionalità, etnicità o religione è un atto intrinsecamente normativo. Persino quando pretende di liberare le persone, esso è profondamente autoritario»²².

Si badi: non è detto che ogni approccio multiculturalista abbia queste caratteristiche o le abbia *sempre*. In uno stesso Paese, infatti, il modello potrebbe risultare inverato in diversi modi – a seconda del tipo di pluriculturalismo considerato (popoli nativi, religioni diverse, etc.)²³ – e offrire non pochi spunti di interesse anche per il nostro ordinamento (si pensi alla di lotta alle discriminazioni, anche quelle di tipo indiretto, attraverso gli accomodamenti ragionevoli, al modo di affrontare in armonia con il carattere culturalmente plurale della società questioni come l'individuazione del “giorno festivo”²⁴). Tuttavia, credo sia difficile evitare la seguente alternativa: o si tenta almeno convenzionalmente – e in modo, dunque, pur sempre discutibile – di far emergere alcuni lineamenti comuni e prevalenti di un modello, oppure il termine “multiculturalismo” diviene «una parola densa di equivoci»²⁵, un termine *bonne à tout faire*, al punto che non mancano quanti criticano il multiculturalismo in nome di un altro tipo di multiculturalismo o addirittura ricomprendono in modo singolare l'ordinamento italiano fra quelli multiculturalisti²⁶.

Per evitare, dunque, di maneggiare *nomina nuda*, seguiamo la prima strada, anticipando che *quel tipo* di approccio alla diversità culturale che spinge ad una separazione fra gruppi non corrisponde ai lineamenti del principio costituzionale pluralista. Va ribadito: questo non significa che manchino i pregi. Ad esempio, il multiculturalismo mostra un'importante *vis* critica rispetto a qualsiasi tentativo di assimilazionismo, inteso non come adesione a principi di fondo della convivenza democratica, ma anche come imperativo di completo abbandono delle proprie prassi e dei costumi per abbracciare una

²⁰ K. MALIK, *Il multiculturalismo*, cit., 28. Per L. D'ANDREA, *Diritto costituzionale e processi interculturali*, in *Forum on line di Quad. cost.*, 29 aprile 2009, 4, «... sarebbe davvero limitante, o meglio fuorviante, considerare esclusivamente il pluralismo di natura etnica e/o religiosa (...). Infatti, proprio la già menzionata complessità della struttura sociale si traduce nella moltiplicazione di ruoli sociali (lavoratore, credente, membro di una famiglia, volontario, consumatore, militante politico, proprietario,...) che esprimono appartenenze collettive, differenziati circuiti di integrazione sociale, molteplici culture ed identità, interessi e valori (anche giuridici) diversi, non raramente conflittuali, eppure insieme parimenti riferibili allo stesso soggetto concreto, che perciò è culturalmente, “socialmente e giuridicamente multiplo”».

²¹ A. DAL LAGO, *Esistono davvero i conflitti tra culture?* cit., 64, secondo cui «Una posizione di questo tipo, implicita o esplicita che sia, non solo è evidentemente ideologica (se non razzista), ma contrasta con l'idea di cultura come si è sviluppata nella recente antropologia», ovvero «(... il sistema, insieme, o rete di simboli, credenze, valori, costumi, riti, ecc., che rende specifica una società e che, in qualche misura, condiziona i suoi membri» (*corsivi dell'A.*).

²² Così G. BAUMANN, *L'enigma interculturale*, Bologna 2003, 94.

²³ Ad esempi, sulle particolarità del *test* culturale relativo alle pratiche culturalmente connotate (e, dunque, agli *inherent rights*) dei popoli nativi in Canada – e sulle differenze con gli *altri* test culturali praticati nel medesimo Stato – cfr. I. RUGGIU, *Il giudice antropologo*, cit., 96 ss.

²⁴ Cfr., sempre in relazione al Canada, D. LOPRIENO-S. GAMBINO, *L'obbligo di 'accomodamento ragionevole' nel sistema multicultural canadese*, in AA.VV., *L'apporto della Corte suprema alla determinazione dei caratteri dell'ordinamento costituzionale canadese*, a cura di G. Rolla, Milano 2008, 217 ss.; S. GAMBINO, *Laicità e Stato. La ricerca di un dialogo difficile ma necessario; le opportunità offerte dalle esperienze costituzionali comparate e dalle relative giurisprudenze*, in AA.VV., *La libertà di manifestazione del pensiero e la libertà religiosa nelle società multiculturali*, a cura di N. Fiorita e D. Loprieno, Firenze 2009, spec. 18 ss.

²⁵ Cfr. A. DAL LAGO, *Esistono davvero i conflitti tra culture?* cit., 68.

²⁶ In tal senso, v. A. MARCHESE, *Libertà religiosa e diritto all'identità culturale: profili civilistici*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 3/2017, spec. 1010 s., secondo cui le tre caratteristiche del multiculturalismo sarebbero: 1) la presenza tendenzialmente permanente di gruppi sociali differenziati da quello storicamente egemone nello Stato di riferimento; 2) l'adesione spontanea a tali gruppi e 3) il compito dei relativi componenti di preservare la propria cultura di origine. Con evidenza, per un verso, tale tritico lascia singolarmente fuori le comunità etniche, alle quali solitamente si appartiene non per scelta, mentre per l'altro verso sembra sottolineare un dato, il terzo, che è tipicamente multiculturalista (... *devono* preservare la loro cultura di origine) ma che non sembra trovare alcun fondamento nell'ordinamento italiano.

generica *Way of Life* del Paese ospitante. Inoltre, stabilire norme specifiche per gruppi culturali risponde in maniera vistosa alla logica del “riconoscimento” dell’identità degli stranieri e potrebbe forse spingerli a sentirsi maggiormente parte della nuova e più ampia comunità sociale.

Tuttavia, guardando all’esperienza dei Paesi prima ricordati, sembrano soverchianti, per quantità e gravità, gli aspetti critici.

Innanzitutto, l’obiettivo della mera *coesistenza* di elementi sociali e normativi separati perché potenzialmente conflittuali²⁷, si atteggia talvolta a modalità per non affrontare le condizioni di tensione o di contrasto fra culture. La separazione dei gruppi culturali agevola la competizione fra gli stessi, il loro ricompattarsi su linee rigide e concorrenti. Di qui il paradosso: il terrore del c.d. scontro fra le civiltà – secondo la nota elaborazione di Samuel Huntington²⁸ – porta ad una sorta di «armistizio strutturato»²⁹ assai fragile, che agevola paradossalmente il formarsi delle condizioni dello scontro. Al contrario, come insegna la tradizione indiana – a partire dall’insegnamento di Tagore, ripreso da esponenti di spicco della filosofia politica, come M. Nussbaum – il vero scontro è *dentro* ogni civiltà, nelle diverse polarità – violenza/pace, dominio/accoglienza, chiusura/apertura, conflitto/dialogo – che, prima ancora, interpellano la coscienza di ogni uomo ed animano, secondo la distinzione freudiana, la lotta interiore fra l’*Es* volitivo e l’*Io* che controlla le pulsioni, una tensione che contribuisce a delineare l’identità personale³⁰. Nella logica multiculturalale di un tale “armistizio” il caso del *kirpan* – su cui torneremo più avanti – può, ad esempio, divenire facilmente una “non questione”, fino alla possibilità che lo stesso venga indossato a scuola, senza alcuna considerazione del modo in cui la libertà religiosa dovrebbe essere bilanciata con altri diritti in gioco (e, dunque, del rapporto *fra* religioni e culture).

Rispetto, poi, ai classici problemi del rapporto fra singolo e formazione sociale, qui la rivendicazione dei diritti di gruppo può porsi spiccatamente come problema di potere, può, cioè, provenire proprio da quanti vogliono servirsene per mantenere o accentuare la propria posizione di dominio all’interno di una comunità culturale, sicché il riconoscimento di tali diritti potrebbe paradossalmente pregiudicare quelli di chi appartiene alle minoranze interne. In breve, non si può escludere che i diritti di gruppo vengano utilizzati come strumenti *contro* i soggetti più deboli e spingano a considerare le comunità culturali come insiemi omogenei nei quali, invece, i diritti *dei singoli* rimangono alla mercé della maggioranza.

Inoltre, la separazione e la rigidità dello schema normativo rischiano di rinsaldare anche in questo caso il c.d. fenomeno della polarizzazione di gruppo³¹, intesa qui come processo che consente alle persone più radicali di coinvolgere quelle più moderate nel ricorso alle forme più estreme delle pratiche etnico/culturali quali modalità di difesa della propria identità. Si tratta di una sclerotizzazione che rischia ulteriormente di spingere verso la c.d. folklorizzazione della differenza³². E questo processo è agevolato dalla circostanza per cui il ricorso all’etnicità potrebbe divenire la «chiave per ottenere diritti»³³.

Portare alle estreme conseguenze *questo* approccio multiculturalale potrebbe legittimare le c.d. *leggi personali* di stampo medioevale, simili a quelle che ancora oggi, in assenza di consenso sufficiente

²⁷ A. SPADARO, *La sentenza “Lautsi” sul Crocefisso: summum jus, summa iniuria? (Nota a Corte europea dei diritti dell’uomo. Sentenza 3 novembre 2009, Affaire Lautsi c. Italie, ric. 3014/06, in Dir. pubbl. comp. e comun., I/2010, 198 ss.*

²⁸ S. HUNTINGTON, *Lo scontro delle civiltà e il nuovo ordine mondiale*, Milano 2000.

²⁹ Così G. LIMONE, *Il pensiero costituente come pensiero radicale*, in AA.Vv., *Multiculturalismo*, a cura di A. Baldini, Padova 2012, 30.

³⁰ Per F. FUKUYAMA, *Identità*, Milano 2019, 53 ss., «Il moderno concetto di identità mette insieme tre fenomeni. Il primo è il *Thymós*, un aspetto universale della personalità umana che anela al riconoscimento. Il secondo è la distinzione tra l’io interiore e l’io esteriore, e il collocamento della valutazione morale dell’io interiore al di sopra della società esterna. Questo carattere è emerso solo agli albori dell’Europa moderna. Il terzo è il concetto di dignità, un concetto in evoluzione, secondo il quale il suo riconoscimento non è dovuto solo a una ristretta classe di persone ma a tutti. L’ampliamento e universalizzazione della dignità muta in progetto politico la ricerca privata dell’io».

³¹ C.R. SUSTEIN, *Republic.com. Cittadini informati o consumatori di informazioni?* Bologna 2003.

³² M. RICCA, *Oltre Babele. Codici per una democrazia interculturale*, Bari 2008, 8.

³³ K. MALIK, *Il multiculturalismo*, cit., 62.

su un codice civile uniforme (pur richiesto dalla Costituzione), in India regolano i rapporti privati *su base religiosa*, con conseguenze spesso negative proprio per le persone più deboli (come le donne nell'*Islam*)³⁴. Non si ignora che i c.d. *test* giurisprudenziali sui reati culturalmente o religiosamente orientati sono stati maggiormente sviluppati proprio nei Paesi con approccio multiculturale (a partire dal Canada). Nondimeno, è evidente che le differenze con l'interculturalismo potrebbero essere apprezzate in relazione al modo di costruire il *test* prima ricordato e, a mio avviso, nel peso attribuito al credo, alla coerenza e alla condizione concreta del soggetto agente.

Infine, questa sorta di *monoculturalismo plurale* – com'è stato definito l'approccio multiculturalista³⁵ – deresponsabilizza la partecipazione *uti singoli* alla sfera pubblica e, in mancanza di confronto, non offre strumenti di comprensione delle culture, ma riduce le persone e le matrici culturali «a norme, a schemi più o meno fissi di comportamento»³⁶, mentre invece, come ricordato, le culture e le azioni individuali sono normalmente il frutto di un adattamento continuo. Per certi versi, poi, il multiculturalismo potrebbe funzionare come una sorta di rimedio ad una assimilazione impossibile o difficile, una sorta di *post-colonialismo* accentrato: anziché imporre lo stile di vita maggioritario, si crea una forma di separazione che consente di evitare la logica più complessa e impegnativa dell'integrazione.

In definitiva, pur apparendo una sorta di uovo di Colombo, una tecnica irenica di pluralismo che sembra accordare il giusto riconoscimento alla differenza senza incorrere in conflitti, nel lungo periodo non sembra particolarmente capace di garantire le esigenze della convivenza civile e pacifica, in quanto non punta sulla valorizzazione delle esigenze e degli interessi comuni e sulla necessità di affrontare problemi condivisi. Non a caso, proprio in alcuni dei Paesi che hanno messo in opera politiche multiculturali è complessivamente emerso un giudizio negativo, non solo fra le file degli intellettuali di destra. In particolare, nel momento in cui si premura di offrire un eccesso (non compensato) di trattamento *da eguali* ai gruppi – mediante *corpora* separati di norme riservate – il multiculturalismo mette a rischio l'eguaglianza *dei singoli* nei diritti fondamentali e pregiudica, a lungo andare, la tenuta stessa della convivenza. Difatti, questo approccio, non richiedendo confronto e dialogo, semplicemente allontana visivamente e territorialmente i conflitti e ostacola forme adattive e progressive di autorappresentazione culturale, portando all'isolamento delle culture e alla segregazione dei soggetti più deboli³⁷.

Anche nella teoria liberale si è messo l'accento, di volta in volta, sui diritti individuali o su quelli collettivi. Talvolta, si è ritenuto che il riconoscimento dei diritti di gruppo possa risultare insostenibile nella misura in cui calpesta i diritti individuali di scelta e autodeterminazione, mentre in altri casi una tale obiezione è parsa trascurare il carattere attivo dei soggetti che possono acquistare autonomia pubblica attraverso il processo democratico, purché si dia una comune cultura politica, un'adeguata integrazione etica. Tuttavia, è evidente che se il discorso viene riferito alla polietnicità degli stranieri immigrati, i soggetti deboli all'interno dei gruppi culturali potrebbero comunque rimanere sprovvisti anche di un'adeguata autonomia pubblica, in quanto privi della cittadinanza e dei diritti politici del Paese ospitante e magari impediti di fatto alla partecipazione in altri modi alla sfera pubblica. Anzi,

³⁴ Sul dibattito relativo al codice civile uniforme in India, v. da ultimo D. FRANCAVILLA, *La complessità dei diritti personali e il dibattito sul Codice civile uniforme in India*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 21/2021, 1 ss.

³⁵ Così, criticamente, A. SEN, *Identità e violenza*, Bari-Roma 2006, 159. Secondo l'A. la concezione prevalente del multiculturalismo presente nel Regno Unito – che spinge a partecipare alla politica britannica non in quanto cittadini ma attraverso la propria comunità – «va urgentemente ripensata, sia per evitare la confusione concettuale sull'identità sociale, sia per combattere lo sfruttamento interessato delle divisioni a cui questa divisione concettuale apre la strada e addirittura, in una certa misura, incoraggia» (p. 167). In breve: «una nazione non può essere vista come un insieme di segmenti isolati, con cittadini a cui vengono assegnate caselle stabilite all'interno di segmenti predeterminati», una sorta di ipotetica federazione nazionale di confessioni religiose.

³⁶ M. RICCA, *Oltre Babele*, cit., 7.

³⁷ I casi ricordati da M. RICCA, *Oltre Babele*, cit., 10 sono quelli delle c.d. *Islamic Courts* o *Islamic Sharia Council* in Inghilterra sulla scorta dell'*Arbitration Act* del 1996 adottato proprio per legittimare le c.d. *alternative dispute resolution* (esperienze simili anche in Usa e Canada). Maggiori approfondimenti sul punto in A. RINELLA-M.F. CAVALCANTI, *I Tribunali islamici in Occidente: Gran Bretagna e Grecia, profili di diritto comparato*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1/2017, 69 ss.

le politiche multiculturali potrebbero costituire lo strumento per ritardare o impedire l'acquisto della cittadinanza da parte di determinati gruppi culturali, considerati magari difficilmente integrabili.

3. ... e l'interculturalismo come approccio normativo compatibile con la Costituzione.

L'interculturalismo si basa quantomeno su due elementi principali: la necessaria *relazione fra le diverse culture e il carattere centrale della scelta del singolo*, in quanto membro di un gruppo, nei suoi rapporti con la cultura di origine (o con la sua religione) e con l'ordinamento del Paese di accoglienza. Può sembrare poca cosa, ma i due elementi sono perfettamente in sintonia con la centralità della persona umana nell'edificio costituzionale, aprendo ad una concezione dialogica dell'identità personale e discorsiva della cultura, come processo di scelte adattive, di *identificazioni* e plurime appartenenze.

Se lo sviluppo della propria personalità e addirittura gli stessi desideri sono socialmente e linguisticamente mediati – si pensi al c.d. desiderio mimetico di R. Girard – è evidente che la propria identità personale sarà via via arricchita e modificata in nuovi contesti sociali e diverso potrà essere il rapporto con la cultura di origine. L'interculturalismo non sottovaluta l'eventuale difficoltà a mettere in gioco le trame sociali che hanno definito l'identità di ciascuno, mettendo in giusto conto il fatto che «le differenze culturali non sono accidenti, non sono un aspetto superficiale dell'essere umano»³⁸. Semplicemente, pone le premesse per il loro pluralismo, immettendo il singolo di fronte alla prospettiva della mediazione e alla traduzione culturale, nel presupposto che ciascuna persona è un soggetto riflessivo, capace di scegliere.

La traduzione culturale rimane, peraltro, una delle sfide più impegnative in ordine alla qualificazione dei fatti e del loro senso. È noto come già l'applicazione di norme presupponga una tale *qualificazione* e che addirittura la c.d. *nomogenesi* spontanea – si pensi alla consuetudine – si fonda proprio non su un nudo fatto, ma su una precisa *valutazione* degli interessi primari della collettività, che reca in sé il nucleo della giuridicità e che tendenzialmente precede il fatto e ne costituisce la *causa*. Più in generale, il brocardo *ex facto oritur ius* può valere solo nel senso che una precisa qualificazione sociale del fatto costituisce già una forma embrionale di diritto³⁹.

Il compito di ascrivere un significato ai fatti diventa evidentemente più complesso se il loro senso muta sensibilmente a seconda della prospettiva culturale considerata (e, come si vedrà meglio esaminando il caso del *Kirpan*, si tratta anche di capire se ed in che modo possa rilevare il diverso significato che il fatto assume in altre culture). In tale sfida la razionalità comunicativa diventa decisiva ma anche complessa in quanto volta ad «accordare sé stessi / circa qualcosa / con qualcuno»⁴⁰. Riprendendo una distinzione della teoria di Habermas, non sarà necessario porre l'obiettivo impegnativo del pieno *accordo* – «raggiunto quando gli interessati possono accettare una pretesa di validità *in base alle stesse ragioni*» del parlante – quanto, più semplicemente, l'*intesa*, strumento della razionalità comunicativa *debole*, che «può prodursi anche quando l'uno vede che l'altro, in circostanze date e alla luce delle sue preferenze ha buone ragioni per l'intenzione dichiarata, vale a dire ragioni che sono buone *per lui*, senza che l'altro debba farle proprie alla luce delle sue preferenze»⁴¹. A tal fine, l'*espediente narrativo* può divenire lo strumento decisivo per esprimere discorsivamente la sincerità delle proprie ragioni evidenziando la loro trama con il riferimento al vissuto personale.

³⁸ Così R. PANIKKAR, *Pace e interculturalità. Una riflessione filosofica*, Milano 2002, 12.

³⁹ In un certo senso, è anche questo il problema della *legittimità* dello Stato: «il mero potere di fatto non può assurgere in alcun punto a una giustificazione senza presupporre una norma in base alla quale la giustificazione si legittimi»: così, C. SCHMITT, *Il valore dello Stato e il significato dell'individuo*, Bologna 2013, 35, *ma passim*.

⁴⁰ Cfr. P. HÄBERLE, *Costituzione e identità culturale*, cit., 105.

⁴¹ Per la differenza fra *accordo* ed *intesa* come possibili obiettivi della razionalità comunicativa, v. P. HÄBERLE, *Costituzione e identità culturale*, cit., 111 ss. (*corsivi testuali*).

Comunque sia, dei due principali approcci alla presenza di più culture⁴², ci sembra che l'assioma di fondo dell'interculturalismo non sia tanto la promozione della diversità culturale *a qualunque costo*, ma la sua considerazione come frutto di libere scelte, a maggior ragione se si considera che spesso nella comunità culturale si entra non per propria opzione. Il dato centrale rimane dunque l'esistenza di procedure e strumenti anche conoscitivi che consentono a ciascuno di riflettere sulla propria cultura ed eventualmente di rielaborarla, plausibilmente al fine di poterla raccordare al proprio ruolo di soggetto partecipe della sfera pubblica.

L'interculturalismo, non a caso nato propriamente negli studi pedagogici, rifiuta l'appiattimento dell'assimilazione, ma anche, a differenza del multiculturalismo, la chiusura identitaria. Se l'assimilazione come necessario adeguamento a costumi e stili di vita del Paese ospitante parrebbe richiedere sempre e comunque un trattamento *eguale*, specularmente, il multiculturalismo spingerebbe con forza verso la più ampia forma di trattamento *da eguali*, quale condizione di preservazione a tutti i costi delle culture. In modo diverso, l'interculturalismo condivide con il nostro quadro costituzionale l'esclusione di soluzioni semplicistiche e radicali, imponendo una sorta di bilanciamento "sostenibile" fra le due forme dell'eguaglianza. Talvolta, tale bilanciamento potrà essere realizzato dallo stesso legislatore, mentre in altri casi saranno necessari specifici *test* giurisprudenziali, i quali hanno il vantaggio di mettere al centro le peculiarità della condizione del singolo interessato, scontando però il "costo" economico del ricorso alla giustizia. Come già ricordato, il ricorso ad un approccio interculturale potrebbe portare ad una formulazione sensibilmente diversa degli aspetti che il giudice dovrebbe valutare e, soprattutto, ad un diverso peso della diversità delle concrete condizioni della persona coinvolta.

Peraltro, nella prospettiva della Carta costituzionale, entrambe le "forme" dell'eguaglianza valorizzano, in un modo o nell'altro, i "fatti". Anche la stessa eguaglianza formale pone un divieto di discriminazione su basi culturali, etniche o religiose (in generale, «per condizioni personali e sociali») che non può essere ridotto alla ricordata *cecità alle differenze* di matrice liberale. Piuttosto, una tale forma di eguaglianza viene prevista proprio perché l'ordinamento *non è cieco*, riconosce l'esistenza di particolari tipi di differenze e mira ad impedire che queste risultino pregiudizievoli e cause di discriminazione.

In questo "doppio gioco" dell'eguaglianza il giusto rapporto fra singolo e formazioni sociali emerge in modo più marcato nella Costituzione in relazione alla libertà religiosa e ai connessi "diritti" delle diverse confessioni. Rispetto all'appartenenza religiosa – che alimenta ma non esaurisce l'identità culturale – l'analisi degli artt. 2, 3, 7, 8, 19 e 20 consente di confutare agevolmente l'idea che la sfera pubblica debba essere un luogo non semplicemente "neutro" – nel quale, cioè, venga giustamente garantita l'eguale libertà religiosa – ma politicamente "neutralizzato", ovvero sgombrato *per definizione* da ogni simbolo di identità, quasi che la persona che la Carta presuppone sia una "pagina bianca", un'identità *denaturata*. Al contrario, la formazione della sua personalità avviene proprio all'interno di gruppi sociali che possono avere una precisa identità o costituire un luogo di confronto fra identità diverse, ma nell'uno come nell'altro caso confrontarsi *da persone* significa comunque fare anche i conti con la storia di ciascuno, le sue scelte e le sue multiple appartenenze.

Lascio qui da parte la questione se lo Stato italiano sia davvero *completamente* secolare, se, cioè, in esso la separazione fra sfera religiosa e sfera civile presenti ancora vistose e discutibili "interferenze funzionali", come sinteticamente dimostra, fra l'altro, la vicenda relativa all'obbligo di affissione del crocifisso nelle aule scolastiche (su cui ritornerò più avanti). Di certo, la Costituzione consente forme di trattamento non solo eguali, ma anche *da eguali* e, quindi, potenzialmente *differenti*, secondo un fondamentale intreccio che emerge già nell'art. 8 della Carta, che testualmente garantisce alle confessioni religiose *eguale libertà*, formula che strizza contemporaneamente l'occhio al divieto di discriminazioni per motivi religiosi di cui all'art. 3, comma 1, – insieme, ovviamente, all'art. 19 – e alla possibilità di introdurre norme differenziate e specifiche per ciascuna confessione tramite le intese con lo Stato. È la stessa declinazione costituzionale della laicità – come principio non

⁴² Sui quali v. A. SEN, *Identità e violenza*, cit., 151 (nostri i c.vi).

oppositivo ma *distintivo* e, dunque, *dialogico/interculturale* – a renderlo possibile⁴³, dovendosi però precisare che il sistema delle intese, per sua stessa natura oltre che per la prassi fin qui seguita, non può pregiudicare in modo irragionevole la garanzia del trattamento *eguale* e neppure può esaurire l’ambito del trattamento *da eguali*.

In questo senso, come può leggersi nella [sent. n. 63/2016](#) della Corte costituzionale, «Data l’ampia discrezionalità politica del Governo in materia, il concordato o l’intesa non possono costituire *condicio sine qua non* per l’esercizio della libertà religiosa; gli accordi bilaterali sono piuttosto finalizzati al soddisfacimento di “esigenze specifiche di ciascuna delle confessioni religiose ([sent. n. 235 del 1997](#)), ovvero a concedere loro particolari vantaggi o eventualmente a imporre loro particolari limitazioni ([sent. n. 59 del 1958](#)), ovvero ancora a dare rilevanza, nell’ordinamento, a specifici atti propri della confessione religiosa” ([sent. n. 52 del 2016](#))». In tale *caveat*, poi ulteriormente specificato, emerge tanto lo spazio del *trattamento eguale* (non discriminatorio) in relazione all’esercizio della libertà di culto, quanto l’ambito del *trattamento da eguali* potenzialmente derivante dalle intese – che nel primo rinvia un limite – sebbene la si assista al ridimensionamento di fatto della capacità di tale modulo pattizio di introdurre norme differenziate⁴⁴.

Più in generale, l’art. 2 della Costituzione – letto in combinato disposto con l’imperativo di pieno sviluppo della persona di cui all’art. 3, comma 2 – sembra dilatare questo rapporto fra identità, sviluppo della persona e formazioni sociali, fino a conferirgli portata generale nel senso che ogni parziale *autonomia* riconosciuta alle formazioni sociali (si pensi alla famiglia, ai partiti, ai sindacati) è sempre in vista della libertà dei suoi membri di essere sé stessi, con la propria identità culturale, nel rapporto con *gli altri*. Ecco perché le formazioni sociali sono pensate dal Costituente come veri e propri luoghi politici aperti e non come recinti totalizzanti. Quelle che, invece, generano separazione minano il principio di solidarietà sociale ed economica e si prestano a divenire strumenti di oppressione. Il pericolo è più alto, evidentemente, in relazione alle comunità, come quella familiare ed etnica (ma per i minori, anche quella religiosa), che la persona non ha avuto modo di scegliere.

In definitiva, è costituzionalmente possibile – e talora necessario – un trattamento *da eguali*, che valorizza la *concreta condizione* del singolo, il suo essere *homme situè*, ma in alcuni casi il ricorso a tale schema potrebbe essere impedito dalla stessa garanzia di diritti inviolabili e di altri principi di fondo della convivenza che non possono essere salvaguardati in modo culturalmente differenziato. Talvolta si potrà addivenire ad un accomodamento che non sacrifica i principi in gioco, ma è chiaro che nessun diritto può essere rivendicato in modo tirannico e, dunque, la *particolarità* culturale non può divenire elemento di *incomunicabilità* o di completa *estraneità* ai principi che rendono possibile la convivenza.

Sembra dunque del tutto fuori dal quadro costituzionale l’opzione teorica *multiculturalista* che si accontenta del c.d. *liberalismo interistituzionale*⁴⁵, ovvero di una giustizia e dell’assenza di interferenze *fra* gruppi culturali, etnici e religiosi – lasciando che ciascuno di essi si dia specifiche per sé – senza garantire all’interno di tali gruppi i diritti fondamentali della persona. Si tratta, infatti, di una logica che può generare ghetti, spesso autoritari/totalitari, in cui non trova cittadinanza l’emancipazione dei soggetti deboli da parte del potere politico. Anzi, i diritti fondamentali possono

⁴³ G. LIMONE, *Il pensiero costituente*, cit., 44. Sul ricorso alle intese come modalità per rendere inizialmente effettiva la libertà religiosa per un maggior numero di persone, cfr. N. FIORITA-D. LOPRIENO, *Religione*, in *Dizionario dei diritti degli stranieri*, a cura di C. Panzera e A. Rauti, Napoli 2021, spec. 594 ss.

⁴⁴ Secondo N. FIORITA-D. LOPRIENO, *Religione*, cit., 597, «La giurisprudenza costituzionale, depurando le intese del loro contenuto non necessario, rende apparentemente più semplice proseguire il cammino sulla strada della bilateralità, ma di fatto spinge verso il risultato opposto, giacché intese ad esclusivo contenuto identitario si rivelano poco appetibili per alcune confessioni religiose – quelle che inseguono vantaggi – e utili solo per le confessioni con alto coefficiente di specificità, come tali difficilmente in grado di addivenire ad un accordo in questo particolare passaggio di tempo. Per certi versi, dunque, il combinato disposto di fattori giuridici ed elementi politici – la rilettura del sistema operata dalla Corte e il peso elettorale assunto dalla questione sicurezza e dalla questione immigrazione – spingono inesorabilmente il sistema verso la rottamazione dello strumento intese» (in tal senso, v. pure N. FIORITA, *Minoranze religiose e dialogo interculturale*, relazione al Convegno).

⁴⁵ C. SARACENO, *Introduzione*, in M. NUSSBAUM, *Giustizia sociale*, cit., 23, che richiama le tesi sociologiche di C. Crouch.

risultare trasformati in premi per la propria condotta conforme alla morale collettiva, nonché, infine, spingere verso un massiccio ricorso a pratiche di arroccamento etnico e a forme di collegamento con la madre Patria intese quali modalità per rinsaldare ruoli sociali altrimenti destinati a scomparire nel Paese di accoglienza⁴⁶.

Al centro della scena, piuttosto, rimane la persona come soggetto attivo, riflessivo e, dunque, i suoi diritti ed il suo ruolo *inter-* e *intra-gruppi*. Come questo schema di fondo debba trovare applicazione è una domanda sulla quale il nostro ordinamento solo da poco tempo comincia ad interrogarsi. E certamente non basta che un approccio politico si definisca *interculturale* perché lo sia davvero. Si deve dunque, di volta in volta, verificare se esistano concreti interventi in tal senso, nel rapporto con le minoranze linguistiche, etniche e religiose.

Di certo, però, un punto decisivo è il concetto non *essenzialista* ma *discorsivo-partecipativo*⁴⁷ di cultura, che intravede in quest'ultima un universo simbolico costituito da progressive identificazioni, aperto al condizionamento proveniente non solo da nuove esperienze, ambienti diversi, rapporti sociali con persone con un vissuto differente, ma innanzitutto dal modo in cui il singolo *osserva* il proprio rapporto con la cultura e con l'ordinamento ospitante. Si ammette, insomma, che la "storicizzazione" della cultura sia un processo costante, condizionato dall'ambiente e, dunque, anche da nuovi *inputs* derivanti dalla convivenza in una società diversa da quella di origine. In breve: se la cultura *reificata* è come un tempio, costruito sui pilastri della presunta *identità* immutabile, quella *discorsiva* assomiglia ad una tenda, la cui posizione viene in parte e di continuo spostata dalle *identificazioni*, scelte progressive di plurima appartenenza.

In questo senso, ad esempio, nella teoria sociologica di Durkheim i rituali sono il segno di un'idea di società, si osservano per celebrare un'identità di gruppo in un certo senso *percepita* e/o *immaginata*. Al pari degli israeliti che danzavano attorno al vitello d'oro per esprimere un'identità sociale "ideale" (ma discutibile), i riti esprimono non una cultura *reificata*, ma una *socialità* che non sappiamo se e come funzioni davvero sotto i nostri occhi⁴⁸. Talvolta, poi, può trattarsi di riti nuovi o rinnovati per esorcizzare forme di paura sociale: così accadde per lo stesso vitello d'oro, idolo eretto da un popolo smarrito per la lunga permanenza di Mosè sul Monte Sinai.

Volendo proporre un suggestivo accostamento e semplificando al massimo, ci sembra che l'effettiva esistenza e conformazione delle culture, delle etnie e delle religioni sia in qualche modo avvicicabile alla condizione del noto gatto nel *paradosso di Schrödinger* – formulato dall'omonimo fisico teorico austriaco per criticare una certa interpretazione della meccanica quantistica – chiuso all'interno di una scatola in cui un'ampolla di gas letale può essere rotta se si verifica un evento microscopico (il decadimento di un nucleo atomico). In qualsiasi momento, il gatto potrebbe essere vivo oppure morto, per cui non lo si può descrivere come un oggetto in senso classico, con precise qualità, dovendosi invece ricorrere ad una rappresentazione probabilistica. L'unico modo di uscire da questa potenziale sovrapposizione di stati (vivo/morto) è *aprire la scatola e osservare*.

L'approccio interculturale parte dall'idea che le culture rimangono dunque *dialogiche*, pur essendo normalmente espresse anche da forme *oggettivanti*, come l'arte e la letteratura, e trovando in esse un bacino per alimentarsi. Si pensi, in tal senso, anche al ruolo che possono giocare le festività nel rinvio ai principi costituzionali (ad esempio, la giornata del 1° maggio) – festività che, tuttavia, nello Stato costituzionale lasciano spazio alla libertà del dissenso o del "senza di me" – o i simboli come la bandiera nazionale⁴⁹. Insomma, le culture non sono *cose* dalle qualità predefinite, come i gatti vivi o

⁴⁶ K. MALIK, *Il multiculturalismo*, cit., 44. Sull'identità culturale, v., fra gli altri, L. D'ANDREA, *Identità culturale e governance europea*, 112 ss. Sul relativo diritto, v. ora I. RUGGIU, *Identità culturale*, in *Dizionario dei diritti degli stranieri*, cit., 241 ss.

⁴⁷ G. BAUMANN, *L'enigma interculturale*, cit., 34 s. Sullo schema più generale di formazione discorsivo-processuale dell'opinione pubblica e della volontà sovrana, cfr. J. HABERMAS, *Morale, Diritto, Politica*, Torino 2001, 82 ss.

⁴⁸ Per questa lettura della "teoria del vitello d'oro" di E. Durkheim, v. G. BAUMANN, *L'enigma interculturale*, cit., 135.

⁴⁹ La libertà nello Stato costituzionale di partecipare alle feste distingue queste ultime «dalle manifestazioni coatte dei regimi autoritari». In tal senso, la festa può costituire al più una sorta di offerta «per celebrare determinati eventi, ideali, personalità. (...) Lo Stato costituzionale non può "ordinare" senza tradire i propri principi, (...) per amore della libertà e

morti. L'osservazione, l'autoriflessione e il confronto ci consentono di verificarne lo stato e le trasformazioni, ma possono anche influire sul loro *concreto modo di esistere*. Più in generale, «la fluidità della cultura è ciò che permette l'interculturalità»⁵⁰.

In sintesi, riformulando il paradosso, non sappiamo se il gatto nella scatola stia dormendo, ma certo potrebbe svegliarsi se decidessimo di sollevare il coperchio.

4. La “fioritura” delle persone dentro e fra i gruppi: l'«approccio delle capacità» di M. Nussbaum fra costituzionalismo e interculturalismo.

La centralità, per l'approccio interculturale, della scelta personale e delle minoranze all'interno dei gruppi minoritari presuppone che il singolo possa riporre fondate aspettative di sicurezza sociale nell'ordinamento dello Stato ospitante e che possa, dunque, avere a disposizione quelle precondizioni economiche, sociali e normative che rendono possibili scelte adattive di sviluppo della propria personalità che sono scelte di libertà. Credo che questa possa costituire la filigrana della nutrita giurisprudenza della Corte costituzionale sull'accesso alle prestazioni sociali, sui c.d. bisogni primari e sull'eguaglianza fra stranieri⁵¹.

L'idea di fondo è che la soddisfazione dei bisogni primari costituisca il presupposto ineludibile per lo sviluppo di capacità concrete, per la possibilità degli stranieri di *essere e fare* secondo il loro progetto di vita ed a partire dalla loro diversità culturale. In breve: per il pieno sviluppo della loro personalità.

Sotto questo aspetto, il concetto di interculturalismo connesso a quello di sviluppo della personalità può trovare un valido supporto teorico nel c.d. approccio delle capacità di M. Nussbaum, rivolto all'emancipazione delle persone come singoli, alla loro “fioritura”, che pone invece i gruppi in posizione servente. In particolare, poi, in presenza di più culture, le concrete modalità dell'emancipazione possono cambiare, ma, certamente, si tratta di una questione di libertà intesa come effettiva “capacità” di fare o di essere. Le capacità sono di tre tipi: *fondamentali, interne e combinate*: le prime sono doti innate che servono alla persona come base necessaria per lo sviluppo di capacità più avanzate; le seconde, invece, sono stati della persona (anche di tipo fisico), che consentono l'esercizio di determinate funzioni (ad esempio, l'assenza di mutilazioni genitali o la capacità di elaborare un pensiero o la propria professione religiosa). Infine, le capacità combinate (o di “funzionamento”) derivano dalla combinazione delle capacità *interne* con condizioni *esterne* – sociali, economiche e politiche – che consentono alle prime di avere un effettivo rilievo esterno, corrispondendo peraltro ad altrettante (necessarie) libertà centrali che mettono la persona nella *possibilità di funzionare*. Ovviamente, alla persona è lasciata anche la scelta di *non esercitare* quella capacità: l'obiettivo politico, infatti, non è, direttamente, il concreto *funzionamento*, ma la *capacità combinata* che, indirettamente, lo rende possibile.

Tra le condizioni *esterne* si possono annoverare gli interventi normativi, economici, finanziari e gli elementi fattuali, a partire dal possesso di (o l'accesso a) beni e diritti, passando per la disponibilità finanziaria, l'accesso al credito, all'impiego, all'istruzione, ai beni primari e servizi sociali da parte degli stranieri, su cui esiste oramai all'interno del nostro ordinamento una nutrita giurisprudenza costituzionale, ma anche, dovrebbe dirsi, all'ottenimento della carta di identità, dell'accesso all'anagrafe, fino all'acquisto della cittadinanza. All'opposto, la presenza di una normativa irragionevole o irrazionale può ostacolare i dovuti funzionamenti, così come i pregiudizi e le prassi sociali e/o familiari possono agire in senso disfunzionale: si pensi alla minore aspettativa di

del pluralismo deve accettare questa discrepanza tra “ideale e realtà” delle proprie feste»: così P. HÄBERLE, *Costituzione e identità culturale*, cit., 43.

⁵⁰ Così R. PANIKKAR, *Pace e interculturalità*, cit., 11.

⁵¹ Sul punto, cfr., da ultimo, C. SALAZAR, *Diritti degli immigrati e bisogni primari: la giurisprudenza costituzionale*, relazione al Convegno, nonché, A. RAUTI, *L'eguaglianza fra stranieri. Prove per un test*, in AA.VV., *Attualità di diritto pubblico*, I, a cura di C. Panzera e A. Rauti, Napoli 2021, 81 ss.

istruzione, lavoro e di partecipazione politica che hanno le donne in alcune zone del mondo, come l'India, ma che non è del tutto estranea alla storia italiana e che talvolta si fa concreta soprattutto all'interno di alcuni gruppi culturali.

Infine, i funzionamenti devono tener conto della specifica condizione del soggetto considerato: si pensi all'esigenza di un sostegno specifico nell'istruzione degli alunni diversamente abili. Anche in questo senso, le capacità devono essere «perseguite per ciascuna persona individualmente, non, in linea di principio, per gruppi, o famiglie, o stati o altre strutture organizzate»⁵². In breve: tali formazioni sociali possono essere meritevoli unicamente in base a ciò che di utile esse fanno per le persone.

Gli elementi di interesse ai fini di questo studio sembrano molteplici.

Il primo è costituito dal concetto di cultura che fa da sfondo filosofico-antropologico all'approccio delle capacità. In un contributo sull'analisi, fra l'altro, delle culture non occidentali, M. Nussbaum riprende espressamente il filone dell'approccio interculturale. In particolare, *sul piano descrittivo* condivide alcuni punti, di cui tre ci sembrano particolarmente rilevanti ai nostri fini: 1) il carattere non monolitico ma plurale delle culture reali; 2) la presenza in esse di contrasti, forme di resistenza e di contestazione delle norme su cui si fondano; 3) le culture hanno un presente e non solo un passato, non possono, cioè, essere identificate con le loro componenti più antiche e tradizionali perché ogni cultura evolve, anche prendendo a prestito idee da altre tradizioni⁵³.

Il secondo è costituito dall'individuazione degli errori – di tipo descrittivo⁵⁴ o prescrittivo⁵⁵ – che impediscono un valido approccio interculturale, legati soprattutto alla non adeguata conoscenza delle altre culture. Fra gli errori prescrittivi, è utile ricordare lo *scetticismo normativo*, proprio di «chi si limita a descrivere le cose come sono, senza giudicarle normativamente», al di fuori, dunque, di un giudizio di valore. Si tratta, con evidenza, di una posizione di indifferenza etica rispetto alla comprensione interculturale, ben diversa dalla tolleranza, approccio corretto in base al quale non possono essere ammessi atti di fanatismo o violenza, mentre rispetto ad altre questioni la persona tollerante eviterà di interferire o criticare le pratiche e le credenze altrui, ma senza sospendere il suo giudizio di valore. In altri termini, «il suo interesse per la libertà non la porta a considerare tutte le scelte ugualmente valide e corrette»⁵⁶.

Segnatamente, poi, proprio l'approccio delle capacità vuole costituire «una interpretazione normativa transculturale che concentri l'attenzione sull'abilitazione (*empowerment*) e sulle opportunità»⁵⁷, richiedendo anche una valutazione di *compatibilità* rispetto a singoli aspetti delle diverse culture. L'approccio delle capacità è, infatti, una teoria di giustizia sociale e di comparazione della qualità della vita, una teoria pur sempre *normativa* che si inserisce nel solco del liberalismo politico, il quale «chiede di mostrare rispetto per le differenti concezioni dell'esistenza umana, di non

⁵² M. NUSSBAUM, *Giustizia sociale*, cit., 79.

⁵³ Si aggiunge anche l'avvertenza per cui lo studio di una cultura reale non può limitarsi allo studio dei suoi principali artisti o pensatori – visto che probabilmente ciò che la maggior parte della gente pensa probabilmente è differente – e la presenza nelle culture di molteplici sfere di pensiero e attività: cfr. M. NUSSBAUM, *Coltivare l'umanità. I classici, il multiculturalismo, l'educazione contemporanea*, Roma 2020, 140 ss.

⁵⁴ Sul piano descrittivo, gli errori sono lo *sciovinismo* o il *romanticismo*. Il primo consiste «nel rielaborare l'immagine dell'altro avvicinandola a quella che si ha di sé stessi, trasformando i suoi tratti particolari in tratti familiari» e, dunque, tralasciando ciò che si ritiene estraneo, pur essendo un elemento necessario alla comprensione culturale (M. NUSSBAUM, *Coltivare l'umanità*, cit., 131). Il romanticismo descrittivo, invece, consiste nel ritenere che le altre culture siano totalmente e irrimediabilmente diverse e più interessanti della propria, risultando «l'espressione di un desiderio romantico di esperienze esotiche che la nostra vita quotidiana sembra volerci negare» (M. NUSSBAUM, *Coltivare l'umanità*, cit., 136).

⁵⁵ I primi due errori di tipo normativo sono lo *sciovinismo* (con caratteri diversi da quello descrittivo prima ricordato) e l'*arcadianesimo*. In base al primo, si critica tutto ciò che dell'altra cultura continua ad essere diverso (ad esempio, il fatto che in essa manchi una nutrita produzione letteraria diventa l'indice generale di uno scarso valore culturale, nonostante vi sia una fioritura in altre arti): M. NUSSBAUM, *Coltivare l'umanità*, cit., 144. All'opposto, l'*arcadianesimo prescrittivo* consiste nell'immaginare i luoghi non occidentali come incorrotti, privi dei vizi che affliggono la nostra cultura, una sorta di Arcadia della poesia pastorale: M. NUSSBAUM, *Coltivare l'umanità*, cit., 148.

⁵⁶ M. NUSSBAUM, *Coltivare l'umanità*, cit., 150.

⁵⁷ M. NUSSBAUM, *Giustizia sociale e dignità umana*, Bologna 2002, 67.

fondare i nostri principi politici su alcuna dottrina metafisica, epistemologica o psicologica che sia fonte di conflitto fra tali gruppi»⁵⁸, partendo però dall’assunto per cui lo stesso processo democratico richiede che i diritti fondamentali siano messi al sicuro attraverso disposizioni costituzionali, al fine di evitare che la democrazia si riduca a dittatura della maggioranza⁵⁹. In altri termini, lo scopo dell’approccio è quello di integrare il linguaggio dei diritti umani, provando a bypassare alcuni disaccordi sulla loro natura, politica o prepolitica, sul loro fondamento e sull’essere diritti di gruppo o dei singoli. Il riferimento alle capacità mira, dunque, a «fornire la base filosofica a un esame dei principi costituzionali fondamentali che dovrebbero essere rispettati e implementati dai governi di tutti i paesi, quale minimo essenziale richiesto dal rispetto della dignità umana»⁶⁰, e, dunque, da tutte le culture.

Qui emerge in modo chiaro il primo punto di contatto con il costituzionalismo contemporaneo, in quanto l’approccio delle capacità, di natura prescrittiva, riconosce la necessità di blindare dalla volontà della maggioranza i diritti fondamentali e le *capacità* – su cui tornerò fra un momento – come libertà centrali non negoziabili. Come criterio di giustizia globale deve comunque fare i conti con la dimensione statale se vuole assicurare l’effettività delle capacità e dei funzionamenti, ma è rivolta anche agli stranieri e alle minoranze. Se pure tale effettività viene individuata come obiettivo politico, l’approccio in questione non sembra tuttavia compatibile con le versioni radicali del c.d. *political o popular constitutionalism*, che, marginalizzando il ruolo dei giudici, riportano la stessa scelta sui diritti fondamentali alla sola decisione politica a maggioranza. In un contesto pluri-culturale questo significa che non tutti gli aspetti delle diverse culture possono trovare riconoscimento. Del resto, alla base delle capacità centrali ci sono grandi libertà protette dal (e che proteggono il) pluralismo⁶¹.

In secondo luogo, poi, ci sembra particolarmente in linea con quel tipo di personalismo che ha sotteso le scelte del Costituente e che porta ad escludere riduttive concezioni contrattualistiche della persona, le cui capacità non possono essere pensate e rese operative al di fuori dei legami sociali e con particolare attenzione alle condizioni di svantaggio sociale e di dipendenza (di sussidi e/o cure) o di disabilità fisica o psichica⁶². In questo senso, si riconosce la necessità di politiche pubbliche redistributive, di un’adeguata azione amministrativa⁶³ e del controllo giurisdizionale sulle violazioni delle capacità.

Quanto al ruolo dei giudici, è interessante anche qui il collegamento con l’approccio interculturale e con la logica degli accomodamenti. A partire dall’esame della giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti, si individuano quattro necessarie caratteristiche per l’attuazione giudiziaria di una capacità centrale, costituzionalmente riconosciuta. La prima è la necessità di considerare *separatamente* ciascuna delle capacità. In altri termini, si potrebbe affermare che, proprio in quanto le capacità sono interconnesse, non sono ordinabili gerarchicamente e vanno sviluppate simultaneamente, il giudice non dovrebbe risolvere un conflitto garantendo una capacità *al posto* di un’altra in quanto queste non sono, appunto, “barattabili”. La seconda è, invece, l’*incrementalismo*, che consente, attraverso definizioni sempre più specifiche del linguaggio costituzionale, di delineare con precisione i contorni di un diritto fondamentale e questo potrebbe essere inteso anche in relazione all’interpretazione culturalmente orientata di una disposizione normativa (ad esempio, in materia di reati) come strumento per rimuovere disfunzionamenti alle capacità centrali. La terza, particolarmente necessaria all’approccio delle capacità, è il *contestualismo*, che consente di osservare ogni persona nel suo contesto storico e sociale e, quindi, dovrebbe dirsi, di valutarne il rapporto con proprio gruppo culturale, etnico o religioso e con l’ordinamento italiano. La quarta caratteristica della

⁵⁸ M. NUSSBAUM, *Creare capacità*, Bologna 2012, 172.

⁵⁹ M. NUSSBAUM, *Creare capacità*, cit., 170.

⁶⁰ M. NUSSBAUM, *Giustizia sociale*, cit., 57.

⁶¹ M. NUSSBAUM, *Creare capacità*, cit., 106.

⁶² Per lo sviluppo della teoria delle capacità in relazione ai soggetti diversamente abili, v. spec. M. NUSSBAUM, *Giustizia sociale*, cit., 27 ss.

⁶³ M. NUSSBAUM, *Creare capacità*, cit., 168-169.

corretta interpretazione di un diritto costituzionale è il suo costante accento sul diritto all'uguaglianza di trattamento per le minoranze.

Le principali affinità con l'approccio interculturale sono dunque: 1) il concetto discorsivo di cultura; 2) il pluralismo culturale, che non significa però scetticismo culturale; 3) la centralità della scelta personale; 4) il ruolo decisivo dell'intervento pubblico e dell'accesso ai diritti e ai servizi per lo sviluppo delle capacità; 5) la necessità di verificare se e in che modo debba realizzarsi l'uguaglianza di trattamento per le minoranze; 6) l'opera di attuazione giudiziaria che deve comunque tener conto del contesto del soggetto, quindi anche della condizione dello straniero, dei suoi rapporti con il gruppo culturale o religioso di appartenenza e con l'ordinamento italiano.

5. Il ruolo delle "capacità" e la loro "sicurezza".

Se si analizza più a fondo l'elenco delle *capacità* – una lista conseguente ad anni di discussioni transculturali e che, dunque, per la stessa Nussbaum «resta aperto» – ci si rende conto di due cose⁶⁴.

La prima è che si tratta di una dottrina politica che non vuole costituire una guida comprensiva della vita, aspirando piuttosto ad un consenso per intersezione.

La seconda è che, comunque, le capacità indicate, qualora attivate attraverso appositi funzionamenti, sono in grado di incunarsi all'interno dei gruppi culturali, di provocare scossoni e fratture, di riattivare la libertà di scelta del singolo favorendo l'emancipazione da tare di oppressione e potere. In particolare, l'obiettivo è la realizzazione di una effettiva uguaglianza delle opportunità che induce ad attrarre almeno in parte nella sfera pubblica anche istituzioni come la famiglia, evitando che il riferimento ad una loro "prestatualità" o "naturalità" diventi un alibi per nascondere relazioni di potere che riverberano a danno delle persone più vulnerabili, specie quando si tratta di appartenenze non scelte ma subite⁶⁵. In questo senso, il richiamo ad una sorta di natura immobile può divenire una pericolosa finzione per coprire violazioni delle capacità. Piuttosto, a prescindere da come intendiamo la natura, essa non può che manifestarsi in una forma culturale⁶⁶ e, quindi, aperta al cambiamento.

In particolare, poi, ci sembra che l'approccio delle capacità individui la necessaria garanzia di alcune condizioni di base che rendono possibile la scelta *interculturale*, ovvero un'auto rappresentazione discorsiva della propria cultura. Si pensi alla capacità relativa all'*integrità fisica*, che consente la possibilità della libera circolazione e di sottrarre il proprio corpo a qualsiasi violenza scegliendo la propria sessualità, oppure alla capacità di "*immaginare*" e "*pensare umanamente*" sulla base di un'istruzione adeguata e delle esperienze che si sarà *liberi di fare*. In questo senso, si consideri anche la capacità relativa alla *ragione pratica*, ovvero l'essere capace di formarsi un'idea di ciò che è giusto o sbagliato e riflettere criticamente sulla pianificazione della propria vita. È evidente che una tale capacità sarebbe monca ove non comportasse anche quella di conoscere e comprendere le regole giuridiche del Paese ospitante e riflettere su di esse, sicché, ad esempio, in un *test* sui reati culturalmente orientati può essere importante verificare se questa capacità sussista e fino a che punto.

Non meno importante è la capacità relativa al *controllo del proprio ambiente* sia *politico* che *materiale*. Nel primo caso si tratta di aver diritto e possibilità di partecipazione alla vita politica della propria comunità. Si pensi al giuramento richiesto dalla legge per perfezionare l'acquisto della cittadinanza italiana tramite naturalizzazione, che diviene un ostacolo per lo straniero con grave disabilità psichica, questione sulla quale è intervenuta la Corte costituzionale con la [sent. n. 258/2017](#), rimuovendo per quella categoria di persone un impedimento *disfunzionale*. Quanto al controllo sull'ambiente *materiale*, si fa riferimento al diritto al possesso e godimento di diritti di proprietà, ma si potrebbe pure parlare di un diritto a godere di beni nei quali includere prestazioni sociali garantite dagli enti territoriali a fini generali, sul quale v'è oramai una nutrita giurisprudenza costituzionale

⁶⁴ Sulla lista v. M. NUSSBAUM, *Giustizia sociale*, cit., 75.

⁶⁵ C. SARACENO, *Introduzione*, cit., 18.

⁶⁶ G. LIMONE, *Il pensiero costituente*, cit., 35.

anche con riferimento agli stranieri. Si tratta di elementi che possono anche aiutare le singole persone, specie quelle che soffrono di particolare debolezza in un certo gruppo sociale, a riacquistare un peso anche nella prospettiva di una loro eventuale scelta di indipendenza.

Infine, la capacità delle *emozioni* – di provare attaccamento verso le cose e le persone al di fuori di noi stessi – e di *vivere serenamente* nel rispetto degli altri e di sé stessi. La conseguenza è anche un nuovo concetto di territorio, inteso non solo come spazio normativo, teatro della sovranità statale e centro di interessi, ma anche come luogo di emozioni che creano legami e appartenenza. La stessa Nussbaum individua poi nel tempo libero, nel piacere ludico, nell'espressione di sé, nella libertà di associazione e nella libertà di culto elementi fondamentali di un essere umano concepito come dignitosamente libero, «che non agisce a un semplice livello animale»⁶⁷.

In definitiva, un tale approccio richiede alcune capacità che riteniamo essere altrettante precondizioni per l'interculturalismo e che possono risultare a rischio per quanti appartengono ad una minoranza all'interno di un gruppo culturale o religioso. Sicché, per un verso, l'approccio delle capacità mira ad emancipare le persone da tare oppressive che impediscono lo sviluppo delle loro abilità, compresa quella di ragionare e mettersi in dialogo. Per l'altro verso, l'approccio interculturale – specialmente attraverso la traduzione culturale e i c.d. accomodamenti – dovrebbe mirare a sollecitare tanto l'azione pubblica nel compito di agevolare la sussistenza di quelle precondizioni, quanto il singolo ad una scelta autoriflessiva sulle sue effettive capacità fondamentali, su ciò che è realmente libero di fare e di essere. Segnatamente, anche lo sviluppo di una nutrita giurisprudenza sul punto, soprattutto se correttamente riportata dai media, potrebbe aiutare i singoli nell'approfondimento del rapporto fra la propria cultura e l'ordinamento italiano.

6. *Le tre fasi del test di accomodamento.*

Il termine “accomodamento” è utilizzato da tempo in diversi settori del diritto. La sua origine si fa risalire alla pratica del *reasonable accomodation* che in Canada e negli Stati Uniti impegna i datori di lavoro a favorire le pratiche religiose dei dipendenti salvo che ciò comporti gravi disagi all'attività lavorativa. Il concetto è stato poi ripreso – oltre che per garantire la parità di trattamento dei disabili nel lavoro (v. ad es. art. 5, direttiva 2000/78/CE) – in relazione alle diverse e più ampie questioni legate alla presenza di società pluri-culturali⁶⁸.

Volgendo l'attenzione specifica al fenomeno dell'immigrazione, in prima battuta il concetto di accomodamento potrebbe essere inteso come una parziale riconformazione del modo di vivere e dei comportamenti dell'immigrato in base alle leggi e alla cultura del Paese ospitante e/o come una sorta di più o meno ampia capacità dell'ordinamento ospitante di rimodularsi per consentire singolari pratiche o spazi di autonomia normativa ai singoli gruppi culturali. Di certo, il tipo di *test* utilizzato potrebbe riflettere a grandi linee il *tipo* di approccio alle questioni della diversità culturale, etnica e religiosa, nonché far emergere le peculiarità storiche di uno Stato.

Inoltre, alcuni accomodamenti potrebbero essere realizzati direttamente a livello legislativo – specie quando risulta necessario addivenire ad una soluzione generale di mediazione – ma solitamente il *reasonable accomodation* viene individuato *in concreto* attraverso una pronuncia giurisdizionale, ma non mancano altre forme di accomodamento in concreto, come si vedrà più avanti in relazione all'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche.

Per accomodamento si potrebbe intendere tanto il *test* quanto il suo risultato. Se inteso come *test*, il classico bilanciamento ne costituisce una parte, una fase necessaria. Al contrario, se inteso come risultato, esso è il prodotto di tutte le fasi che consentono di dare rilievo a molteplici elementi: la natura culturale della pratica, la sua riferibilità ad un gruppo, l'appartenenza del singolo a quel gruppo e la sua sincerità, il rapporto con altri principi ed il tipo di danno prodotto, il tipo di contesto e di luogo in cui si tenuta la condotta, etc. Questo spiega perché, ove inteso come *soluzione* ragionevole,

⁶⁷ M. NUSSBAUM, *Giustizia sociale*, cit., 73.

⁶⁸ Per una disamina attenta dei diversi *test* culturali, v. I. RUGGIU, *Il giudice antropologo*, cit., spec. 53 ss.

l'accomodamento si avvicina al classico bilanciamento ma, rispetto a quello svolto dalla Corte costituzionale o in via generale dal legislatore, appare molto più "sensibile" – e diversificabile in base – alla diversità dei contesti, procedendo per problemi specifici⁶⁹. È dunque una forma avanzata del principio di ragionevolezza che si adatta particolarmente all'approccio interculturale e che, di fronte alle differenze, spinge l'interprete a offrire soluzioni tanto più persuasive quanto più calibrate a misura d'uomo.

Segnatamente, in prima battuta potrebbe sostenersi che nella prospettiva dell'interculturalismo prescrittivo l'accomodamento dovrebbe: 1) richiedere specifici compiti di traduzione culturale della condizione del singolo; 2) presupporre un concetto discorsivo di cultura prima ricordato, riferito, ovviamente, anche alla cultura maggioritaria; 3) fondarsi sul carattere adattivo dell'autorappresentazione culturale di ciascuno; 4) rendere necessario un approfondimento del rapporto fra singolo e contesti al fine di disinnescare il peso dei pregiudizi; 5) dal punto di vista dell'ordinamento ospitante, far emergere la ragionevole disponibilità a trovare soluzioni diverse da quelle puramente assimilazioniste o separatiste, distinguendo fra le forme necessarie di tenuta dei principi di fondo e i campi in cui il diritto deve esibire un'adeguata elasticità interculturale.

Alla luce di tali prime indicazioni, appare condivisibile la proposta, avanzata da attenta dottrina, di costruire il *test* di accomodamento attraverso tre *punti di vista*: *oggettivo*, *soggettivo* e *relazionale*⁷⁰.

Il primo riguarda l'accertamento sulla possibilità di qualificare un comportamento come una vera e propria pratica culturale e la connessione col relativo gruppo di riferimento, nonché sulla natura essenziale/obbligatoria o accessoria/facoltativa di quella pratica nel proprio contesto culturale. Questa verifica presuppone la consultazione di diversi soggetti: l'esperto culturale, gli esponenti della maggioranza e della minoranza del gruppo e consente, talvolta, di escludere la c.d. culturalizzazione di una pratica (ad esempio, in quanto semplicemente legata ad un retaggio patriarcale). È controverso se in questa prima fase debba accertarsi che la pratica sia legata ad una norma culturale o religiosa presente solo in quel determinato gruppo di riferimento e, dunque, *distinta* rispetto agli altri gruppi. Probabilmente, si tratta di un elemento che si presta ad una varietà di combinazioni tali da richiedere una valutazione *a trama aperta* ad opera del giudice. Ad esempio, può darsi che una certa pratica sia imposta da *più religioni* diverse da quella maggioritaria e che, dunque, debba comunque godere della qualificazione di pratica culturale in quanto trattasi di culture minoritarie. In altri casi, invece, la *distinzione* parrebbe un elemento necessario per evitare una discriminazione odiosa *a danno* della maggioranza dei credenti. Comunque sia, come già ricordato, l'interculturalismo dovrebbe indurre a rifiutare una visione cristallizzata nel tempo delle culture e, dunque, a considerare soprattutto le pratiche culturali nel modo in cui si sono "incarnate" in un determinato Paese nel rapporto fra il singolo e il suo gruppo⁷¹.

Il secondo (*soggettivo*) attiene al modo in cui il singolo intende quella pratica e alla sua "sincerità" circa l'appartenenza o il legame con la pratica. Con evidenza, l'approccio interculturale dovrebbe indurre a riconoscere un valore particolare a tale fase, nella quale può emergere l'atto di autoriflessione del singolo sulla propria cultura e sulle modalità particolari di appartenenza ad essa, unitamente ai suoi sforzi di comunicare razionalmente in modo orientato al raggiungimento di una *intesa* linguistica, come già ricordato, visto che «chiamiamo razionali non soltanto le azioni verbali valide, bensì tutte le azioni verbali comprensibili per le quali il parlante, nelle circostanze date, può assumere una garanzia credibile, data dal contenuto», una *credibilità* che possa fungere da elemento

⁶⁹ Sul carattere *topico* del test, v. ancora I. RUGGIU, *Il giudice antropologo*, cit., 120 s.

⁷⁰ Cfr. nuovamente I. RUGGIU, *Il giudice antropologo*, cit., 285 ss. Nella ricostruzione dell'A., all'interno di tali tre fasi si snodano ben dodici passaggi logico-argomentativi: 1) la categoria "cultura" è utilizzabile?; 2) la descrizione della pratica culturale e del gruppo; 3) inserire la singola pratica nel più ampio contesto culturale; 4) quanto la pratica è essenziale e obbligatoria?; 5) quanto la pratica è condivisa dal gruppo o è contestata?; 6) il gruppo è discriminato nella società?; 7) come si comporterebbe l'agente modello appartenente a quella cultura?; 8) Quanto è sincero, onesto, coerente il soggetto concreto che rivendica la pratica?; 9) "Esiste un equivalente culturale" della maggioranza?; 10) la pratica arreca un danno?; 11) che impatto ha l'altrui pratica sulla cultura ospite?; 12) che ragioni adduce la minoranza per continuare la pratica?

⁷¹ Cfr. ancora I. RUGGIU, *Il giudice antropologo*, cit., 277.

giustificativo della sua pretesa di soddisfare le condizioni che rendono valevole un atto linguistico⁷². In breve, non si tratta certo di sindacare il foro interno della coscienza, ma di verificare se dai contesti e dalla narrazione emerge un sufficiente grado di credibilità della persona.

Se il punto di vista *soggettivo* è espresso da uno straniero immigrato, credo che gli accomodamenti dovrebbero tener particolarmente conto anche di alcuni aspetti del suo essere *homme situé*: ad esempio, se è presente sul territorio da molto o da poco tempo e, dunque, se ha avuto modo e possibilità di conoscere le leggi dell'ordinamento ospite e la diversa risposta che esse offrono a comportamenti che nel suo Paese di origine sono ammessi. Si pensi, come caso estremo, allo straniero che risulta trattenuto in un centro di permanenza e rimpatrio in cui neppure gli è stato dato modo di apprendere il regolamento del CPR.

Questa particolare attenzione non deve essere vista come un tentativo surrettizio di assimilazione e di aggiramento della necessità di mettersi nei panni dell'altro, per cui, ad esempio, alcune pratiche potrebbero essere considerate non punibili o punibili ma con attenuante solo laddove lo straniero fosse immigrato da poco tempo nel nostro Paese. Piuttosto, una valutazione sulla condizione in concreto dello straniero è una conseguenza del modo di intendere la cultura come una componente dinamica dell'identità personale e può portare ad escludere la responsabilità penale per ignoranza inevitabile quando lo straniero si trovi da breve tempo nel territorio nazionale. Infine, qualora tale *test* divenisse una componente *standard* della valutazione giurisdizionale dei conflitti interculturali, potrebbe spiegare un effetto utile, nel senso di accordare a ciascuno il tempo per una spontanea e consapevole riflessione sulle proprie scelte alla luce del modo in cui esse impattano sui diritti "degli altri". A maggior ragione, ciò dovrebbe dirsi quando si tratti di una pratica non imposta ma semplicemente raccomandata o facoltativa nel proprio gruppo culturale.

Infine, il terzo punto di vista (*relazionale*) attiene più da vicino alle dinamiche del bilanciamento, dovendosi verificare se e in che modo quella pratica comporti una limitazione o uno svantaggio sensibile alla cultura maggioritaria o produca un danno fisico o psichico ad un suo componente oppure, più in generale, una violazione di un principio o di un diritto fondamentale. Questa terza fase è chiaramente caratterizzata dalle diverse valutazioni attinenti il giudizio di ragionevolezza, come ad esempio, la ricerca di una eventuale soluzione conforme al principio di proporzionalità e, quindi, al c.d. *minimo mezzo*, anche sembra che in diversi ordinamenti la presenza di danni psichici o fisici a terzi (o alla stessa persona agente) costituisca un punto di non ritorno, un confine il cui superamento rende pressoché impossibile ammettere la pratica o comunque – nel caso in cui si accolga la prospettiva della c.d. *cultural defence* – considerarla non punibile o punibile con attenuante.

Volendo ripercorrere le tre fasi, si pensi alle questioni poste dal matrimonio poligamico e dai matrimoni combinati per le figlie minorenni. In base alla prima fase del *test* si dovrebbe verificare quale sia il motivo addotto a giustificazione. Ad esempio, se a sostegno del matrimonio poligamico si richiama unicamente il Corano, il fatto che quest'ultimo *consenta e non imponga* tale istituto indebolisce evidentemente la forza della domanda di riconoscimento. Ovviamente, la situazione è spesso più complessa, perché la religione non è fatta *solo* di libri sacri, ma *anche* di contesti. Questo significa, ad esempio, che esistono molti Islam (africano, asiatico, cittadino, tribale, etc.) visto che ogni religione si *incultura* in diversi modi.

Talvolta, il richiamo superiore interesse di un minore ha consentito di riconoscere il diritto al ricongiungimento familiare di una madre al figlio residente in Italia insieme al padre che vive di fatto in una condizione di poligamia. Ovviamente, senza indulgere nei rischi della c.d. "china scivolosa", accettare unicamente che la donna viva con il figlio in una condizione di poligamia o bigamia *de facto* la esporrebbe ad una situazione di incertezza. Sicché, per quanto sia da escludere che la poligamia possa rientrare nella fattispecie di matrimonio di cui all'art. 29 della Carta – incidendo peraltro in maniera discriminatoria sui rapporti di genere – alla luce di un tale *preminente interesse*, si potrebbero forse immaginare forme minori e condizionate di riconoscimento della formazione sociale che ne

⁷² Così, P. HÄBERLE, *Costituzione e identità culturale*, cit., 106.

deriva, una sorta di “unione civile” fondata sull’art. 2 Cost.⁷³, senza ovviamente che tale soluzione pretenda di ovviare ai diversi problemi connessi.

Quanto ai matrimoni forzati, il primo *step* del test dovrebbe verificare se esse appartengano diffusamente alla propria cultura, considerata in relazione al Paese di origine ma soprattutto nell’eventuale nuova conformazione che ha assunto nel Paese ospitante. Anche qui la *narrazione* sulla propria pratica può fare luce, specie in rapporto al punto di vista di un esperto culturale e dei rappresentanti anche minoritari del proprio gruppo culturale.

Di certo, i rischi connessi alla violazione dei diritti dei *minori* – specialmente delle donne – sembrano costituire una linea di confine il cui superamento rende quanto mai difficile ammettere tali pratiche, così come sembra inaccettabile la soluzione di *monetizzare* il danno, riducendo la tutela al solo risarcimento. Né sembra possibile lasciare che siano *le sole donne* a negoziare in autonomia pratiche alternative all’interno del proprio gruppo culturale, almeno laddove, come spesso accade, le stesse non abbiano un peso decisionale adeguato.

È vero che in questi gruppi culturali entra spesso in gioco una determinata concezione dell’onore legata a concezioni patriarcali, che peraltro pure il nostro Paese ha conosciuto fino ad alcuni decenni addietro. Ma proprio la storia italiana mostra come la crescita della sicurezza sociale delle donne – intesa come *mix* di diritti sociali, capacità economica ed istruzione – e la più ampia possibilità di un confronto sociale hanno giocato un ruolo importante nell’emancipazione da tali forme impositive nei confronti dei minori. I diritti dei minori sembrano essere davvero la linea non varcabile che impone al gruppo culturale un accomodamento a senso unico (per esempio, la necessità che le promesse di matrimonio siano intese come non vincolanti le persone interessate e, comunque, l’eventuale matrimonio sia celebrato sempre *fra maggiorenni*).

7. *Il caso del kirpan e la [sentenza n. 24084 del 2017](#) della Cassazione fra accomodamenti concreti e mediazioni generali.*

Gli sviluppi in seno all’ordinamento mostrano ampie possibilità di adattamenti interculturali. Si pensi, per il diritto di famiglia, al rilievo essenziale tributato, ai fini del ricongiungimento familiare, al *best interest* del minore, al punto da considerare simili al riguardo la vera e propria adozione e la *kefalah* islamica, istituti che pure presentano rilevanti differenze.

Quanto al diritto penale, esiste uno spazio problematico che incrocia i c.d. reati culturalmente orientati e la sfera costituzionalmente primaria della libertà religiosa. Uno dei casi più noti in Italia riguarda l’obbligo religioso per i sikh di indossare cinque simboli sacri, fra i quali il *kirpan* (un pugnale rituale), a fronte del divieto previsto dall’art. 4, comma 2, della l. n. 110/1975, secondo cui, *senza giustificato motivo*, non possono essere portati fuori dalla propria abitazione strumenti da punta o da taglio *atti ad offendere*.

Sulla questione non sono mancati in giurisprudenza tentativi di accomodamento ragionevole, ritenendosi di volta in volta che il *kirpan* non possa essere considerato un’arma impropria o che, comunque, la libertà religiosa integri in quel caso quel ragionevole motivo già contemplato come eccezione dalla norma o comunque giustifichi la condotta in quanto tenuta nell’esercizio di un diritto o nell’adempimento di un dovere (art. 51 c.p.)⁷⁴. Ma pesano di più le sentenze di condanna dei giudici

⁷³ Per tale limitata apertura, v. C. PINELLI, *Società multiculturale e Stato costituzionale*, in AA.VV., *Multiculturalismo*, cit., 108 s. Ma in senso contrario, v. A. RUGGERI, *Cittadini, immigrati e migranti al bivio tra distinzione e integrazione delle culture (note minime su una spinosa e ad oggi irrisolta questione)*, in [Dirittifondamentali.it](#), 3/2021, 397, nt. 15, secondo cui deve riconoscersi che, quanto ai matrimoni plurisoggettivi, non vi sia modo «di rinvenire un punto di incontro fra le culture», mentre risulterebbe “forzoso” il ricorso ad un artificioso adattamento della condizione coniugale nel senso di declassarla ad una sorta di “unione civile”.

⁷⁴ V., ad esempio Trib. Cremona, 19 febbraio 2009.

di merito⁷⁵, in quanto confermate dalle pronunzie con le quali la Cassazione ha escluso che una tale pratica, così conformata, sia compatibile con le esigenze di tutela della sicurezza pubblica⁷⁶.

La più recente – e dibattuta – di tali decisioni, la sentenza n. 24087 del 2017 (Cass. Pen., I sez.), offre l'occasione per svolgere alcune osservazioni⁷⁷.

Non mi intrattengo sulla frase del Collegio – giustamente criticata in dottrina⁷⁸ – secondo cui «l'immigrato deve conformare i propri valori a quelli del mondo occidentale» e sulla «unicità del tessuto culturale» oltre che giuridico del nostro Paese. A ben vedere, l'affermazione della Cassazione è un modo terminologicamente infelice di ribadire che, seppure l'etica pubblica costituzionale è pur sempre, come ricordato, un'etica tendenzialmente “parziale”, oltre che pluralista e di secondo livello, i principi di fondo dell'ordinamento vanno rispettati anche se costituiscono il preciso precipitato di una determinata *storia culturale*. Al più, si dovrebbe obiettare che, indossando il *kirpan*, i *sikh* non intendono affatto attentare alla sicurezza altrui ma esercitare una libertà che rientra a pieno titolo nell'etica costituzionale. In questo senso, semmai, l'interesse che viene in gioco è la *percezione* dell'assenza di pericoli per la propria incolumità.

La Corte sottolinea inoltre che in una società multietnica, di matrice pluralista, la convivenza richiede necessariamente un nucleo comune condiviso, sicché il «limite invalicabile è costituito dal rispetto dei diritti umani e della civiltà giuridica della società ospitante», senza il quale si avrebbe la formazione di «arcipelaghi culturali confliggenti». A tali affermazioni, in astratto condivisibili in quanto vicini all'orizzonte interculturalista, segue un andamento argomentativo molto limitato e non del tutto coerente con quanto richiesto da un vero e proprio un *test* di accomodamento ragionevole, considerato peraltro che la libertà religiosa è addirittura *fondativa* dello Stato moderno. Ad esempio, il Collegio rileva come non sussista alcuna violazione di tale libertà in quanto la legislazione prevede dei limiti a quest'ultima per la tutela dell'ordine pubblico. E richiamando la già citata sentenza cost. n. 63 del 2016, non sembra però trarne tutte le possibili conseguenze sul piano argomentativo. Difatti, in quella pronunzia la Consulta ha specificato che possono darsi limitazioni alla libertà di culto in nome di altri interessi costituzionalmente rilevanti, come la sicurezza, ma queste debbano mantenersi nell'ambito della *stretta proporzionalità*.

È vero che il Collegio si mostra almeno in parte attento a tale necessità, ad esempio ricordando come possa giustificatamente portare un coltello chi sta recandosi a lavoro e lo debba utilizzare come ferro del mestiere, mentre la medesima condotta in un contesto non lavorativo costituirebbe reato. La Corte sottolinea come l'imputato non abbia addotto motivi simili, ma non approfondisce la verifica suggerita dal riferimento normativo alla formula “ragionevoli motivi”, rispetto alla quale potrebbero

⁷⁵ Trib. Mantova, sent. 5 febbraio 2015.

⁷⁶ Cfr. Cass. pen., Sez. I, 1° marzo 2016, dep. il 14 giugno 2016, n. 24739 e 24 febbraio 2016, dep. il 16 giugno 2016, n. 25163, su cui v. A. LICASTRO, *Il motivo religioso non giustifica il porto fuori dell'abitazione del kirpan da parte del fedele sikh considerazioni in margine alle sentenze n. 24739 e n. 25163 del 2016 della Cassazione penale*», in [Stato, Chiese e pluralismo confessionale](#), 1/2017, 1 ss.; C.B. CEFFA, *Sensibilità costituzionale e salvaguardia dei valori giuridici interni nella giurisprudenza italiana in tema di diversità religiosa nel contesto della società multiculturale*, in [Rivista AIC](#), 4/2017, 1 ss.

⁷⁷ Sulla decisione, v. almeno A. RUGGERI, [La questione del kirpan quale banco di prova del possibile incontro \(e non dell'inevitabile scontro\) tra le culture, nella cornice del pluralismo costituzionale \(a margine di Cass., I sez. pen., n. 24084 del 2017\)](#), in questa [Rivista](#), 2017/II, 310 ss.; A. MORELLI, «Valori occidentali» e principi costituzionali. *Il tema identitario nella giurisprudenza in materia di simboli religiosi*, in *Dem. sic.*, 2/2017, 15 ss.; E. PALICI DI SUNI, *Simboli religiosi e laicità: una possibile composizione? Perplessità su alcune recenti pronunce*, in [DPCE on line](#), 2/2017, 1 ss.; A. LICASTRO, *La «sfida» del Kirpan ai «valori occidentali» nelle reazioni della dottrina alla pronunzia della Cassazione penale, Sez. I, 15 maggio 2017, n. 14084*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 3/2017, 983 ss.; C. RIGONI, “*Western Values and Cultural Archipelagos*”: *The Unfortunate Ruling of the Italian Supreme Court of Cassation no. 24084/2017 on the Kirpan*, in AA.VV., *Justice and Culture. Theory and practice concerning the use of culture in Courtrooms*, a cura di L.E. Ríos Vega, I. Ruggiu e I. Spigno, Napoli 2020, 233 ss.

⁷⁸ V. per tutti A. MORELLI, «Valori occidentali», cit., 17, secondo cui in tale motivazione si richiamerebbe un «modello assimilazionista non facilmente compatibile con i principi della Carta repubblicana». In questo senso, poi, evocare “valori” non desumibili dalla trama normativa anziché riferirsi ai “principi” «alimenta la decostruzione del testo costituzionale, con effetti deleteri per la tenuta dell'ordinamento» e soffia sul fuoco del conflitto identitario irrazionale, «condotto attraverso la contrapposizione di espressioni simboliche ed evocative» (p. 24).

rilevare diversi fattori, come le condizioni del portatore e i luoghi dell'accadimento, oltre che la normale funzione dell'oggetto. Ad esempio, potrebbe forse rilevare il fatto che la via pubblica percorsa dal sikh sia desolata o normalmente presidiata dalle forze di polizia, in modo da rendere assai improbabile l'uso improprio del *kirpan*.

Infine, non è chiaro perché l'interesse alla sicurezza dovrebbe prevalere così tanto sulla libertà religiosa da renderla completamente irrilevante nella decisione. Peraltro, trattandosi di una pratica religiosamente imposta e, dunque, destinata a ripetersi in modo diffuso, ci sono due tipi di risposte che una pronuncia giurisdizionale potrebbe fornire.

La prima riguarda il giudizio concreto. Poteva ritenersi sussistente un ragionevole motivo per escludere la punibilità o, quantomeno, l'esigenza di una parziale attenuazione della punibilità della condotta, come effetto della rilevanza costituzionale della libertà religiosa. In entrambi i casi non avremmo avuto una disapplicazione della legge penale⁷⁹. Al contrario, la scelta rigida della Cassazione significa trattare irragionevolmente il *sikh* che indossa il *kirpan* per motivi religiosi al pari di un soggetto che, senza un giustificato motivo, porta una pistola carica in una pubblica piazza. In questo quadro, peraltro, non si può neppure escludere – ed è stato prospettato in dottrina⁸⁰ – che il giudice sollevi una questione di legittimità costituzionale ove ritenga che la disposizione legislativa, insuscettibile di una interpretazione costituzionalmente orientata, risulti di dubbia costituzionalità in quanto affetta da una sorta di *deficit* di elasticità culturale.

La seconda, invece, attiene alla possibilità che, indirettamente, il modo in cui i giudici ricostruiscono il *test* di accomodamento *ragionevole* “concreto” suggerisca modalità di mediazione *generale* e, dunque, *a monte* – magari, previa intesa fra comunità dei sikh e Stato italiano – per evitare ai *sikh* di finire sotto giudizio.

In questo senso, percorrendo i diversi stadi del *test* è importante capire innanzitutto *che cosa davvero* la religione *sikh* imponga al suo credente. La pratica, di natura certamente religiosa e vincolante, consiste nell'indossare una sorta di pugnale, che viene plausibilmente percepito in pubblico come uno strumento di offesa. Senonché, proprio in quanto viene imposta la funzione *simbolico-rituale* e non quella *offensiva* dello strumento – considerazione confermata anche dal comprovato pacifismo e dalla nota capacità di integrazione sociale dei sikh (nonostante la loro origine guerriera) – si potrebbe anche verificare, consultando esperti culturali e la comunità *sikh*, se il *kirpan* possa conservare il medesimo valore simbolico anche se realizzato con materiale flessibile o mantenuto in una custodia che *non consenta in alcun modo di estrarlo* o, ancora, qualora sia addirittura “*saldato*” con una custodia che lo renda del tutto inoffensivo e offra magari al pubblico una “*forma*” percepita come inoffensiva. La verifica ulteriore sulla fattibilità di tali ipotesi mirerebbe, *direttamente*, a perimetrare la portata dell'obbligo di indossare tale simbolo rituale e, *indirettamente*, a fornire utili spunti per una soluzione *generale*.

Nella seconda verifica, *soggettiva*, riguardante il *modo* in cui il soggetto agente si rapporta alle regole della propria religione ed all'ordinamento ospitante, si potrà valutare certamente la sua “sincerità” e la coerenza della sua condotta, anche nel senso di verificare se egli davvero creda che indossare un *kirpan* di legno o di plastica non sarebbe stato conforme alle esigenze della sua religione⁸¹.

⁷⁹ Ma v. *contra* R. BIN, *Il problema non è il Kirpan, ma la stampa*, in [laCostituzione.info](#), 16 maggio 2017, secondo cui il problema centrale della vicenda rimane l'osservanza ineludibile del precetto penale da parte del giudice: «partita la denuncia può il giudice disapplicare la legge penale e ritenere che indossare armi sia comunque giustificabile in nome di “valori” religiosi?».

⁸⁰ Per A. RUGGERI, [La questione del kirpan](#), cit., 316, la stessa Cassazione «avrebbe dovuto sollecitare l'intervento della Consulta a finalità di temperamento del dettato legislativo, a mezzo di una pronunzia additiva, volta a fissare il principio secondo cui per motivi di credenza religiosa è consentito portare in pubblico armi o analoghi strumenti, a condizione che siano resi inoffensivi, ancorché ciò non risulti immediatamente palese». Sulla base di tale additiva di principio, i giudici potrebbero “produrre” le regole maggiormente congrue al caso concreto.

⁸¹ Una tale valutazione è presente, ad esempio, nella sentenza *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeois* della Corte Suprema del Canada (2 marzo 2006).

Infine, nella terza verifica – riguardante, come ricordato, l’aspetto *relazionale* – dovrebbe entrare in gioco non solo il bilanciamento fra la libertà religiosa e le esigenze di sicurezza, ma la verifica sulla possibilità di individuare soluzioni *in base ai diversi contesti*. Ad esempio, si potrebbe ritenere che il *kirpan* non sia da considerare strumento atto ad offendere se indossato nei propri luoghi di culto ma non in spazi *sensibili*, come, ad esempio, i tribunali e gli aeroporti (dove, del resto, a nessuno è consentito di salire su un aereo indossando un crocifisso lungo come un pugnale e lo stesso *kirpan* viene di solito lasciato nel bagaglio di imbarco al *check-in*).

In questo senso, per un verso, le esigenze di sicurezza possono presentare un’intensità diversa a seconda dei luoghi e delle aspettative di senso. Ma va ribadito che, in generale, in presenza di una *ordinaria* “percezione” dell’offensività dell’arma l’esercizio della libertà religiosa dovrebbe essere considerato *quantomeno* una circostanza attenuante. Questo doppio binario (verifica dei contesti e clausola residuale) consente di offrire una risposta articolata che rispecchia l’essenza dell’interculturalismo, ponendosi come via di mezzo fra la soluzione multiculturalista – che potrebbe più facilmente far prevalere *sempre* l’identità religiosa sulle esigenze di sicurezza, come, ad esempio, accade, rispetto al *kirpan*, in Canada e nel Regno Unito – e la rigida posizione di chiusura della Cassazione⁸².

Certo, l’esito non facilmente prevedibile dell’accomodamento potrebbe portare ad una situazione in cui ogni *sikh* risulti sottoposto a giudizio, sopportando il costo della sua difesa (salvo gratuito patrocinio). Senonché, la c.d. *cultural defence* mira proprio ad ottenere *in giudizio* la non punibilità – sulla base di argomenti latamente culturali – di una pratica altrimenti vietata. Inoltre, come ricordato, le decisioni giurisdizionali possono indirettamente suggerire forme *generali* di mediazione al fine di evitare lo stillicidio dei giudizi.

In questo senso, la stessa comunità italiana dei *sikh* aveva preso in considerazione – in sintonia con il Governo italiano – la creazione di un modello di *kirpan* realizzato in materiale flessibile che avrebbe precluso in assoluto qualsiasi potenziale effetto offensivo. Si potrebbe peraltro immaginare che tale soluzione, consentendo al *sikh* di indossare *sempre* il *kirpan*, paradossalmente sia una forma più compiuta di *riconoscimento* dell’alterità perché l’interessato non sarebbe “spogliato” della sua identità culturale, pur accettandone un accomodamento⁸³. Anche le altre proposte prima ricordate vanno in questo senso, ma rimane la questione a monte: siamo sicuri che un tale *switch* conserverebbe immutata, agli occhi della comunità religiosa, la funzione simbolico-rituale del sacro “pugnale”? La risposta dei *sikh* presenti in Italia sembra *positiva*, ma ha attirato l’ira della loro comunità mondiale. La questione, dunque, rimane aperta.

8. Concetto processuale-discorsivo di cultura e religione nella recente sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione sull’esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche. Dai principi di diritto...

In tema di diversità *lato sensu* culturale, una delle questioni più dibattute in Italia negli ultimi venti anni riguarda l’esposizione del crocifisso in un’aula scolastica, sulla quale insistono oramai diversi precedenti. Fra questi – oltre all’[ord. n. 389/2004](#), con cui la Consulta aveva sostanzialmente liquidato

⁸² Critica su tale rigidità anche E. PALICI DI SUNI, *Simboli religiosi e laicità*, cit., 7, che rileva anche come, in modo davvero singolare, la Cassazione abbia richiamato a sostegno della propria posizione di chiusura la sentenza *Eweida e altri c. Regno Unito*, del 2013, con cui la Corte EDU, applicando il principio di proporzionalità, ha riconosciuto il diritto di un’hostess di indossare una collanina con una croce visibile durante l’orario lavorativo, oltre a sottolineare come la compagnia aerea avesse ammesso la possibilità per i *sikh* di indossare i turbanti e i braccialetti di argento in deroga al codice di vestiario. Si può obiettare che tali oggetti rituali non presentino gli stessi problemi per la sicurezza posti dal *kirpan*, ma di certo la decisione della Corte europea fornisce argomenti in direzione contraria che la Cassazione sembra non considerare affatto.

⁸³ Riprendo nel testo il termine utilizzato da I. RUGGIU, “Spogliare” i migranti. I divieti contro Kirpan, burqa, hijab, come eredità culturale, in [laCostituzione.info](#), 8 febbraio 2018, secondo cui le sentenze “proibitive” sull’abbigliamento culturalmente connotato costituiscono il frutto di una eredità coloniale assimilatrice con cui l’Europa non ha ancora chiuso i conti.

il problema in punto di ammissibilità della questione per carenza di forza di legge della norma impugnata – giova ricordare due decisioni. Nella prima, n. 556 del 2006, il Consiglio di Stato ritenne – con una motivazione sostanzialmente «apologetica» del cristianesimo⁸⁴ – che il crocifisso dovesse rimanere nelle aule in quanto «simbolo idoneo ad esprimere l'elevato fondamento dei valori civili» che, pur avendo, per così dire, un'origine religiosa, costituiscono «i valori che delincono la laicità nell'attuale ordinamento dello Stato». Nella seconda, relativa al c.d. caso *Lautsi* e adottata il 18 marzo 2011, la Grande Camera della Corte Edu, ribaltando l'esito della precedente decisione adottata dalla dodicesima sezione il 3 novembre 2009, aveva riconosciuto l'esistenza in materia di un margine di apprezzamento dello Stato e il carattere “passivo” del simbolo religioso, come tale inidoneo a influenzare gli studenti, a differenza di simboli attivi come l'abbigliamento religioso di un docente.

Sulla questione, sensibile dottrina aveva proposto la soluzione dell'accomodamento ragionevole all'interno dei singoli istituti scolastici⁸⁵ prendendo in considerazione, sulla base di adeguati aggiustamenti, il modello bavarese, ovvero la soluzione introdotta a seguito della sentenza con cui il Tribunale costituzionale tedesco ritenne illegittima la norma che imponeva in maniera rigida la presenza del crocifisso nelle aule scolastiche⁸⁶. In tal senso, si auspicava una sentenza additiva della Corte costituzionale volta a dichiarare incostituzionali le norme regolamentari compenstrate con quelle legislative nella parte in cui non prevedono che, sulla base dell'autonomia scolastica, anche attraverso i regolamenti di istituto, i presidi o i direttori didattici, in raccordo con gli organi collegiali, possano, in seguito alla contestazione del crocifisso, ove percepito come simbolo religioso sulla base di convinzioni religiose o filosofiche, trovare soluzioni adeguate al caso singolo, dopo un dialogo con lo studente, se maggiorenne, o con i genitori se minorenni.

Tale proposta era condivisibile in relazione alla valorizzazione dell'autonomia scolastica, ma non riusciva fino in fondo a superare l'obiezione secondo cui lo stesso riferimento alla *contestazione* e non alla *richiesta* di affissione sembrava ancora costituire l'ombra lunga di un obbligo non del tutto abolito. In altri termini, prevedere l'esposizione del crocifisso come *regola*, salvo la specifica *eccezione* per il singolo istituto scolastico, era una soluzione *pratica* ma probabilmente non la più conforme al principio di laicità, strizzando in qualche modo l'occhio, forse inconsapevolmente, al peso della dimensione quantitativa⁸⁷. In breve, non eliminava del tutto l'impressione di una deriva “neo-confessionista” dello stesso principio di laicità⁸⁸.

Su tale questione si sono di recente pronunciate le Sezioni Unite della Cassazione con la sentenza n. 24414 del 2021, ma in relazione ad un caso parzialmente diverso, in cui non c'è stata una richiesta dei genitori di alcuni alunni volta a rimuovere il crocifisso quanto, piuttosto, la deliberazione di un'assemblea studentesca, avallata dalla circolare del dirigente scolastico, nel senso dell'esposizione

⁸⁴ A. GUAZZAROTTI, *Il pluralismo religioso*, in AA.VV., *Per una consapevole cultura costituzionale. Lezioni magistrali*, a cura di A. Pugiotto, Napoli 2013, 275 ss.

⁸⁵ S. CECCANTI, *E se la Corte andasse in Baviera?* in AA.VV., *La laicità crocifissa*, Torino 2004, 1 ss. (ma v. pure S. CECCANTI-S. MANCINI, *Come reagiscono gli ordinamenti giuridici alle culture altre?*, in AA.VV., *Multiculturalismo*, cit., 167 ss.); S. PRISCO, *Laicità. Un percorso di riflessione*², Torino 2009, spec. 34 ss.; A. SPADARO, *La sentenza “Lautsi”*, cit., 198 ss.

⁸⁶ La nuova normativa (art. 7, par. 3, della legge sull'educazione e l'istruzione pubblica, così come modificata dalla legge approvata il 23 dicembre 1995 ed entrata in vigore il 1° gennaio 1996) continua a contemplare l'obbligatoria affissione di un crocifisso in ogni aula della scuola elementare e media – per esprimere la volontà di realizzare i supremi scopi educativi della costituzione sulla base di valori cristiani e occidentali in armonia con la tutela della libertà religiosa – ma nel caso in cui vi siano contestazioni da parte di chi ha diritto all'istruzione per seri e comprensibili motivi religiosi o ideologici, il direttore didattico cerca un accordo amichevole. Se l'accordo non si raggiunge, egli deve adottare, dopo aver informato il provveditorato agli studi, una regola *ad hoc* (per il caso singolo) che rispetti la libertà di religione del dissenziente e operi un giusto accomodamento.

⁸⁷ Cfr. A. MORELLI, *Simboli religiosi e pluralismo democratico: brevi considerazioni sulla vicenda del crocifisso*, in AA.VV., *La libertà di manifestazione del pensiero*, cit., 229 (ma v. già ID., *Simboli e valori della democrazia costituzionale*, in AA.VV., *Symbolon/diabolon. Simboli, religioni, diritti nell'Europa multiculturale*, a cura di E. Dieni-A. Ferrari-V. Pacillo, Il Mulino, Bologna 2005, 167 ss.).

⁸⁸ Riprendo il termine nel testo da N. FIORITA, *Il crocifisso: da simbolo confessionale a simbolo neo-confessionista*, in AA.VV., *I simboli religiosi tra diritto e culture*, a cura di E. Dieni, A. Ferrari, V. Pacillo, Milano 2006, 179 ss.

del simbolo religioso, delibera avversata da un docente che aveva rimosso il crocifisso durante le sue ore di lezione.

Va rilevato come si erano pronunciati per un *concreto* accomodamento ragionevole il P.M. e la Sezione lavoro della Cassazione che avevo deferito la questione al Primo presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite, in quanto di particolare rilevanza, involgendo il bilanciamento fra la libertà di insegnamento e il rispetto della coscienza civile e morale degli alunni.

La pronuncia delle Sezioni Unite può essere, in un certo senso, divisa in due parti⁸⁹.

La prima riguarda l'enunciazione dei principi di diritto, da cui emerge la decisa scelta del Collegio di condividere l'assunto del P.M. secondo cui l'art. 118 del r.d. n. 965 del 1924 – che stabilisce l'obbligo di esposizione del crocifisso nelle scuole elementari e medie – debba intendersi applicabile anche agli istituti superiori e altresì illegittimo in quanto incompatibile col principio costituzionale di laicità. Un tale obbligo, infatti, sarebbe espressione di una scelta confessionale, incompatibile anche con il principio di imparzialità ed equidistanza e con il pluralismo religioso, potendo peraltro comprimere il profilo “negativo” della libertà religiosa di chi non desidera subirne l'esposizione. Ne deriva l'enunciazione del primo principio di diritto: «*non è consentita, nelle aule delle scuole pubbliche, l'affissione obbligatoria, per determinazione dei pubblici poteri del simbolo religioso del crocifisso*».

Nell'affrontare di petto la questione della compatibilità dell'obbligo con la Costituzione repubblicana, la Cassazione si smarca, dunque, all'opposta e già ricordata ricostruzione del Consiglio di Stato. Tuttavia, sul piano formale appare discutibile la scelta dell'organo di non accogliere la conseguente proposta del P.M. di disapplicare la disposizione regolamentare, ritenendo invece di poterne offrire un'interpretazione costituzionalmente orientata. Si tratta di un'opzione che probabilmente per le S.U. consente meglio di introdurre un'eccezione al primo principio in modo da consentire la ricerca nel singolo istituto scolastico di un accomodamento ragionevole. Di qui il secondo il principio di diritto: «*l'art. 118 del regolamento deve essere interpretato nel senso che la comunità scolastica può decidere di esporre il crocifisso in aula con valutazione che sia frutto del rispetto delle convinzioni di tutti i componenti della medesima comunità, ricercando un ragionevole accomodamento tra eventuali posizioni difformi*». Tale principio attesta l'adesione del Collegio ad un concetto di spazio pubblico *neutro* ma non del tutto *neutralizzato*, in cui, cioè, i simboli religiosi – non ostensibili se imposti dal potere pubblico come forme di commistione autoritativa tra confessionalismo e finalità di formazione plurale della scuola – possono costituire strumenti di un dialogo interculturale ed interreligioso.

L'obbligo positivo viene dunque ribaltato in un *divieto con eccezione incorporata*, sebbene spacciando per interpretazione conforme a Costituzione una vera e propria riscrittura della disposizione regolamentare. Probabilmente le S.U. hanno ritenuto che la differente soluzione della disapplicazione fosse più impegnativa per la *pars costruens*, visto che, una volta venuta meno la disposizione del regio decreto, avrebbero dovuto ricorrere all'applicazione diretta dei principi costituzionali per giustificare la regola positiva che rimette all'autonomia scolastica una decisione in deroga.

Nel merito, comunque, il combinato disposto dei due principi indicherebbe un percorso lineare: mentre l'esposizione del crocifisso *ex parte principis* risulterebbe illegittimo perché evidente espressione di un confessionalismo di Stato, incompatibile con il principio costituzionale di laicità,

⁸⁹ Sulla pronuncia, v. almeno C.B. CEFFA, *Il crocifisso nella scuola di Stato: atto IV*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 4/2021, 56 ss.; N. COLAIANNI, *Dal “crocifisso di Stato” al “crocifisso di classe” (nota a margine di Cass., SS. UU., 9 settembre 2021, n. 24414)*, in [Stato, Chiese e pluralismo confessionale](#), 17/2021, 17 ss.; M. TOSCANO, *Il crocifisso ‘accomodato’. Considerazioni a prima lettura di Corte cass., Sezioni Unite civili, n. 24414 del 2021*, [ivi](#), 18/2021, 45 ss.; P. CAVANA, *Le Sezioni Unite della Cassazione sul crocifisso a scuola: alla ricerca di un difficile equilibrio tra pulsioni laiciste e giurisprudenza europea*, [ivi](#), 19/2021, 2 ss.; A. LICASTRO, *Crocifisso “per scelta”. Dall'obbligatorietà alla facoltatività dell'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche (in margine a Cass. civ., sez. un., ord. 9 settembre 2021, n. 24414)* e S. PRISCO, *La laicità come apertura al dialogo critico nel rispetto delle identità culturali (riflessioni a partire da Corte di Cassazione, Sezioni Unite civili, n. 24414 del 2021)*, [ivi](#), 21/2021, rispettivamente: 17 ss. e 53 ss.

risulterebbe invece ammissibile l'ostensione del medesimo simbolo religioso (e/o di altri) *ex parte societatis* – sotto forma di esercizio dell'autonomia funzionale scolastica – purché nel rispetto delle convinzioni di *tutti* i componenti della comunità garantito da un ragionevole accomodamento fra eventuali posizioni difformi. Insomma, quella tracciata dalla Cassazione è molto più che una semplice «laicità per deprivazione»⁹⁰. In altri termini, non può esserci un “crocifisso obbligatorio”, ma, potrebbe dirsi, è ammesso il “crocifisso sussidiario”, *scelto* dalla comunità scolastica o di classe proprio perché lo Stato *non può imporlo*.

Il presupposto è che il crocifisso abbia un significato prevalentemente religioso. Senonché, a differenza del “modello bavarese” vero e proprio – che pure sembra ispirare la Cassazione quanto alla valorizzazione dell'autonomia scolastica – la premessa del ragionamento è l'incompatibilità con l'art. 8, comma 1., Cost., dell'esposizione obbligatoria del crocifisso (sia pure mediata dalla possibilità di un accomodamento ragionevole delle contestazioni)⁹¹. Non si dubita che il simbolo della *discordia* – un esito paradossale che per i credenti si addice non certo al Gesù del *σύμβολον*, ma al *διαβάλλω* del «principe di questo mondo» – abbia avuto un ruolo importante nella tradizione culturale italiana, senza tuttavia cadere nell'eccesso di *ridurlo ad una cultura* o di farne un simbolo nazionale⁹². Del resto, gli stessi cattolici dovrebbero comunque guardare con una certa diffidenza al fenomeno di “riduzione culturale o storico-nazionale” del crocifisso, non solo perché la sua presenza obbligatoria nelle aule scolastiche è il portato storico di una pericolosa idea di alleanza trono-altare che la Carta repubblicana ha escluso, ma soprattutto perché una riduzione culturale di questo simbolo tradirebbe la stessa natura *universale* (appunto, cattolica) della “buona novella” e, dunque, di quella stessa Chiesa che lo ha scelto come proprio simbolo⁹³.

Peraltro, per quanto suggestivo, non potrebbe essere decisivo per giustificare l'obbligo di esposizione il fatto che si tratti di un simbolo che raffigura una Verità che non crocifigge ma si è lasciata crocifiggere. Difatti, questo messaggio potrebbe valere per tutti solamente se tutti credessero nella realtà storica alla quale il simbolo rimanda.

Credo che il doppio binario indicato dalla Cassazione – della parete nuda e della contestuale possibilità di *richiesta in deroga*, condivisa, di esposizione dei simboli religiosi – possa spiegarsi unicamente nella prospettiva che rifiuta il concetto *essenzialista* e monolitico di cultura e di religione, che con una presunzione non sottoposta a verifica costante, dà per scontato che esse, insieme ai propri simboli, abbiano non solo il medesimo e perdurante *significato* ma anche la stessa *forza* per tutti i cattolici. In un certo senso, mentre l'esposizione *ex parte principis* è il segno di una laicità che non ammette “commistioni di Stato”, la *deroga* locale cambia la ragione sottesa all'ostensione del simbolo, la giustifica se ed in quanto essa diventa l'occasione per un dialogo interculturale in cui

⁹⁰ Prendo a prestito l'espressione utilizzata criticamente da S. PRISCO, *La laicità*, cit., 13, secondo cui l'eliminazione di ogni simbolo dalle pareti scolastiche – in luogo, invece, dell'arricchimento dei riferimenti simbolici (laicità *per addizione*) – costituirebbe «un impoverimento dello spazio pubblico, se si parte dall'idea che ognuno avrebbe il diritto di trovare e/o portare in esso le proprie icone culturali».

⁹¹ In questo senso, se la soluzione bavarese presenta indubbi profili di similitudine rispetto alla sentenza della Cassazione, nondimeno essa procede *in senso opposto* (in senso contrario, v. S. CECCANTI, *Come in Baviera: il crocifisso resta alla parete, se è la scelta della classe*, in *Quad. cost.*, 4/2021, 953, secondo cui la sentenza avrebbe confermato «i presupposti della linea interpretativa» distintivi della “soluzione bavarese”). Segnatamente, mentre nella prima – così come rielaborata dalla dottrina – l'obbligatoria esposizione del crocifisso, incostituzionale, viene sostituita dall'esposizione salvo *contestazioni* affrontate *in loco* e con ragionevole accomodamento, nella seconda l'illegittimità dell'obbligo comporta la possibilità di esposizione del simbolo solo su apposita *richiesta in loco*, e purché si raggiunga un ragionevole accomodamento. È proprio «il duplice no» (cfr. M. VENTURA, *Il crocifisso dallo Stato-istituzione allo Stato comunità*, in *Quad. cost.*, 4/2021, 955 – all'obbligo statale e al divieto *assoluto* di esposizione – a consentire la massima valorizzazione dell'autonomia scolastica.

⁹² Su ciò, opportunamente, A. SPADARO, *La sentenza “Lautsi”*, cit., 6.

⁹³ Cfr. A. SPADARO, *La sentenza “Lautsi”*, cit., 7, secondo cui, «Ad ogni modo, il crocifisso, segno per eccellenza della cristianità – in quanto simbolo autenticamente, squisitamente ed esclusivamente religioso – non può non essere che *trans-nazionale* e *meta-culturale*. La nota questione teologica dell'*inculturazione* del Vangelo si pone proprio in quanto il crocifisso, al pari del Vangelo stesso, non è “riducibile” a una cultura specifica (e, a maggior ragione, a un'identità nazionale), potendo, e dovendo, diventare lievito spirituale e fattore di promozione umana per *tutte* le culture e identità nazionali».

emerge il versante positivo e più contemporaneo della laicità, intesa come la ricerca degli strumenti per proiettare la propria identità all'esterno, nella sfera pubblica.

In altri termini, l'affissione del crocifisso non è l'*oggetto* di una deliberazione a maggioranza, ma diventa, se sussistono le condizioni, l'*occasione* per un più ampio confronto interculturale nel quale si tiene conto delle *ragioni* e delle appartenenze di ciascuno. Per questo stesso motivo, anche se sul punto rimane una certa dose di ambiguità nella decisione, il dirigente scolastico non dovrebbe poter disporre *d'autorità* l'affissione del simbolo, perché in tal caso muterebbe unicamente la tipologia del *potere pubblico* che la prescrive, permanendo il problema di una commistione trono-altare forse ancora più strisciante e meno controllabile perché fortemente "decentrata".

Questa soluzione articolata ha il merito di introdurre un adeguato grado di flessibilità e sensibilità, insomma: di ragionevolezza, che assicura la natura non rigida, astratta e automatica, ma modulabile, concreta e sottoposta a discussione, della scelta finale. Tale schema può consentire un personale atto autoriflessivo, un'interrogazione sul proprio modo di guardare alla propria cultura e religione, ed un confronto sull'*attualità* e il senso dei simboli, un momento importante di dialogo fra studenti e docenti (e con gli stessi genitori degli alunni, se minorenni) *sulle culture e le religioni*⁹⁴.

Del resto, non credo basti affermare che il crocifisso solitamente non dia fastidio a nessuno, visto che occorrerebbe dimostrare *perché* il principio di laicità potrebbe tollerare l'affissione automatica di *quel simbolo religioso* e non di un altro, fermo restando la regola della non decisività del dato quantitativo dei credenti di ciascuna fede e l'insufficienza, a tal fine, dell'esistenza di un Concordato con la Chiesa cattolica, che peraltro rimane un dato storico su cui riflettere con spirito critico. Inoltre, credo che il punto sia un altro: perché un simbolo sia affisso non basta che non dia fastidio, ma deve evidentemente essere legato all'esercizio di un convincimento religioso. Ecco, dunque, che la richiesta assolve a tale compito, ma per poter essere accolta, sarà di volta in volta necessario raggiungere un accomodamento ragionevole. Alla fine, non si può escludere che la parete resti bianca, ma in questo caso la soluzione non sarebbe né automatica, né astratta, né necessariamente permanente, potendosi eventualmente in futuro riuscire nel tentativo di trovare la soluzione condivisa.

Si tratta inoltre di una prospettiva che dovrebbe portare anche ad una rivisitazione della regola dell'insegnamento della religione cattolica salvo richiesta di esonero, la quale riproduce il concetto *essenzialista* di cultura, oltre a risultare di difficile compatibilità con il principio di laicità. Ben altro valore avrebbe invece la regola dell'assenza di *default* di tale insegnamento, salvo espressa richiesta del suo inserimento, con la quale emergerebbe il modo in cui studenti e genitori si rapportano ad un tale modalità di formazione: ancor più, in tal modo, questo tipo di insegnamento parrebbe una "manifestazione della laicità" (sent. n. 13/1991). Non ci nascondiamo ovviamente i possibili problemi organizzativi di tale soluzione ed il fatto che sarebbe comunque più ragionevole ed articolata la sostituzione con un insegnamento *sulle religioni e la loro storia*, unitamente a moduli aggiuntivi su proposta dei singoli genitori e aperti a tutti. Questo potrebbe agevolare gli studenti nel sentirsi cittadini nella diversità e si espone meno al rischio che la *religio* diventi uno strumento per erigere steccati e creare distanze⁹⁵.

9. ... alla procedura. Aspetti critici

Fermo restando la condivisibilità dei principi di diritto enunciati, il carattere monumentale della decisione ci sembra riveli non solo l'opportuna scelta di richiamare termini comparativi (come la giurisprudenza delle diverse Corti e la stessa esperienza canadese) ma anche la difficoltà del Collegio nel tracciare in modo lineare una strada argomentativa solida per un *concreto* accomodamento ragionevole. Veniamo dunque a quella che potremmo definire la seconda parte della sentenza, nella quale viene individuata e argomentata una sorta procedura di base per il *test* di accomodamento da effettuare nel singolo istituto scolastico (ed anche, eventualmente, per ciascuna classe). In particolare,

⁹⁴ Cfr. F. BERTOLINI, *Principio di laicità*, cit.

⁹⁵ S. RODOTÀ, *Perché laico*, Roma-Bari 2009, 152 ss.

1) posto il divieto generale di obbligo autoritativo di esposizione del crocifisso, 2) per la sua eventuale esposizione è necessaria una delibera in tal senso del consiglio di classe (nei suoi componenti docenti e discenti) che cerchi di tenere in conto le diverse e opposte esigenze valutando le possibili soluzioni di ragionevole accomodamento; 3) il dirigente scolastico adotta la determinazione che esprime il punto di arrivo spontaneo della discussione oppure, «in caso di fallimento di questa, quella che è più armonica con i principi» indicati. Alla luce di tale procedura, il Collegio rileva l'illegittimità della circolare adottata dal dirigente, in quanto non solo la delibera studentesca non era stata confermata con apposita discussione del Consiglio di classe, ma l'atto dirigenziale non aveva rispettato i principi di diritto, ovvero la ricerca di un accomodamento ragionevole.

Il tentativo di abbozzare le fasi della procedura è sicuramente apprezzabile, specialmente nella parte in cui grava il Consiglio di classe del compito di individuare soluzioni ragionevoli per poter esibire il crocifisso ed esemplifica i possibili accomodamenti che non sono stati presi in considerazione nel caso concreto, come l'affissione sulla parete della stessa aula di un simbolo o frase capace di testimoniare l'appartenenza anche della cultura laica al patrimonio della nostra società, la collocazione del crocifisso in una parete diversa da quella alle spalle del docente o ancora il momentaneo spostamento del crocifisso durante l'orario di lezione dell'insegnante dissenziente (soluzione praticata già dal docente di sua spontanea iniziativa). Analogamente, è significativo che il dirigente venga comunque investito del compito di cercare una soluzione di accomodamento che tenga delle richieste delle persone dissenzienti. E, chiaramente, il "modello" della Cassazione dovrà essere utilizzato anche nell'opposto caso in cui ci sia già stata la decisione di esporre il crocifisso e, in seguito, venga presentata una richiesta in senso contrario.

Tuttavia, rimangono diversi nodi sullo sfondo, a dimostrazione del fatto che in Italia la strada verso *test* di accomodamento ragionevole non è ancora adeguatamente battuta. Al di là dei dubbi sulla stessa competenza di un consiglio di classe a decidere su questioni di coscienza, emergono almeno due questioni particolarmente delicate: i rapporti, per un verso, fra i diritti della maggioranza e quelli dell'eventuale minoranza dissenziente e, per l'altro, fra delibera del Consiglio di classe e i provvedimenti del dirigente scolastico.

Il punto decisivo è, innanzitutto, cosa debba intendersi per "successo" e "fallimento" della discussione. Il Collegio sottolinea più volte, in armonia con la giurisprudenza costituzionale, che nelle questioni relative alla libertà religiosa possa avere un peso decisivo il dato quantitativo, pur ricordandosi come neppure le esigenze di uno solo possono vantare un illimitato potere di blocco⁹⁶.

Sul punto, si richiama il passaggio delle [sentt. 67/2017](#) e [254/2019](#), secondo cui il principio di laicità non è indifferenza dello Stato di fronte all'esperienza religiosa, ma «tutela del pluralismo a sostegno della massima espansione della libertà di tutti, secondo criteri di imparzialità». Il criterio individuato per realizzarla è quello del *più ampio consenso*, che, ad avviso di chi scrive, va ritenuto opportuno se inteso come direttiva di metodo, ma risulta discutibile se induce alla conclusione per cui, una volta cercato l'accomodamento, è sufficiente ch'esso riceva un'adesione diffusa anche se non unanime. Così inteso, difficilmente sarebbe conciliabile con la stessa affermazione delle S.U. per cui il «peso dei soggetti coinvolti non può essere decisivo criterio di bilanciamento delle libertà e nell'enunciazione del principio di diritto fa riferimento ad una valutazione che sia frutto del rispetto delle convinzioni di tutti i componenti della medesima comunità». In altri termini, laddove fosse intesa anche come giustificazione di un risultato sul quale permane un dissenso più o meno marcato,

⁹⁶ Valorizza, invece, il mero dato quantitativo – non in linea con la giurisprudenza costituzionale e con la stessa decisione delle Sezioni Unite – J.H.H. WEILER, *Verso il "Lautsi-bis"? Il crocifisso scolastico (di nuovo) a giudizio*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 2/2021,124, secondo cui, proprio in relazione alla vicenda qui analizzata, «se la maggioranza lo chiede, si espone il crocifisso; al contrario, se la maggioranza si esprime contro l'ostensione del simbolo, esso non va esposto». Peraltro, pur richiamando l'importanza dell'accomodamento ragionevole, l'A. ritiene che il docente dissenziente avrebbe dovuto essere addirittura licenziato anziché sospeso, visto che la sua condotta mostrerebbe un'incapacità a «comprendere le norme del pluralismo» e mirerebbe ad imporre a tutti una sorta di laicità... confessionale. Non si vede, tuttavia, dove sia in tale affermazione il tentativo di accomodamento ragionevole, di cui invece – e opportunamente – vengono forniti possibili applicazioni nella pronuncia della Cassazione, oltre che la procedura per addivenirvi.

la regola del più ampio consenso parrebbe incoerente tanto con le ragioni sottese all'incostituzionalità dell'obbligo di esposizione del crocifisso quanto con i primi due principi enunciati nella stessa decisione qui commentata.

Probabilmente nelle pieghe della motivazione rimane un equivoco di fondo. Il fatto che la sfera pubblica sia *neutra* ma non *neutralizzata* può certamente comportare un'ampia libertà di ciascuno, negli spazi della vita privata e di relazione (come le stesse strade e piazze), di indossare abiti e oggetti che costituiscano una professione di fede. E sono pure garantite simili professioni in forma collettiva, a testimonianza della rilevanza non solo privata del fenomeno religioso. Analogamente, potrebbero fare gli studenti durante le ore di lezione, seppur con qualche limite in più. Così, si ammette correttamente che essi possano, ad esempio, portare un crocifisso al collo o una studentessa musulmana lo *chador*, ma non essendo l'aula il luogo di una comunità fideistica, tale professione di fede non implica analogo *diritto* di avere il crocifisso appeso alla parete. Del resto, la *regola* dell'illegittimità di un obbligo autoritativo di affissione si spiega proprio per evitare che esso divenga il simbolo di una commistione fra la sfera civile e quella religiosa – le quali, pur mutuamente sensibili, devono conservare la propria autonomia – e che si ponga come questione divisiva in un luogo che ha compiti formativi.

Al contrario, l'esposizione su richiesta – che nella prospettiva della Corte costituisce l'*eccezione* giustificabile solo *ex parte societatis* – dovrebbe presupporre l'avvenuta individuazione di un accomodamento ragionevole che realizzi almeno in parte gli interessi di *tutto* il consiglio di classe, purché siano davvero ed autenticamente *legati a convinzioni ideologiche o religiose*. Ed il legittimo punto di partenza, a nostro avviso, è solo uno: nella ricerca dell'accomodamento ragionevole è proprio il principio di laicità – inteso anche come non confessionarismo dello Stato costituzionale – a conferire *in questa ipotesi* (e *in questo luogo*, così come in altri istituzionali) una posizione peculiare e rafforzata al versante *negativo* della libertà religiosa, intesa come libertà *di non essere costretto a subire l'esposizione del crocifisso*. Una libertà che, tuttavia, non può pretendere soluzioni sproporzionate, dovendole essere piuttosto garantito il c.d. minimo mezzo, ovvero la soluzione che ne consente la soddisfazione con un minore svantaggio per gli altri.

Non c'è dunque tirannia di una libertà sulle altre, anche se il bilanciamento si presenta in questo caso asimmetrico. Permane in capo a tutti l'onere di partecipare alla discussione e proporre soluzioni equilibrate. In questo senso, più che a un preteso voto su Dio, la discussione deve tendere alla ricerca di un accomodamento *amichevole* fra *tutti*. Se questo non si raggiunge, non può dirsi affatto, come afferma invece il Collegio, che ci sia stato un "fallimento" della *discussione*, quanto e piuttosto che proprio quest'ultima abbia lasciato emergere l'assenza dei presupposti per una *deroga condivisa* alla *regola generale* dell'assenza del simbolo religioso. In altri termini, se, com'è stato affermato, l'obbligo della "parete bianca" è la soluzione rigida della laicità *monista*⁹⁷, alla francese – soprattutto se applicata in via astratta e automatica – l'esposizione "accomodata" di un simbolo religioso (o di più simboli religiosi) è la tipica espressione flessibile di una laicità *interculturale* e *interreligiosa*, che affida alla mediazione dell'*homme situè* la ricerca di una soluzione condivisa che tenga conto delle appartenenze culturali e religiose di ciascuno. Una mediazione cui si dovrebbe ricorrere – in caso di esposizione del simboli – di fronte ad ogni eventuale richiesta di rimozione e che, comunque, non è detto possa sempre trovare una soluzione condivisa, ipotesi estrema ma astrattamente possibile. Del resto, ad esempio, l'esposizione di più simboli religiosi potrebbe non soddisfare l'obiezione avanzata da uno studente o docente ateo o agnostico.

A dispetto di quanto affermano le S.U., va ribadito che una discussione non è mai fallimentare (purché sia ovviamente svolta con toni civili), così come, al contrario, una delibera ad ampio consenso ma comunque divisiva non potrebbe essere meramente avallata dal dirigente. Direi, invece, che il concetto di *soluzione amichevole* consente di uscire fuori dagli stessi confini angusti dei concetti deliberativi di conta dei voti e di unanimità, dovendosi affermare che proprio l'accomodamento di

⁹⁷ N. COLAIANNI, *Il crocifisso di nuovo in Cassazione. Note da amicus curiae*, in [Stato, Chiese e pluralismo confessionale](#), 12/2021, 5, che considera emblematica dell'approccio francese alla laicità la legge n. 228 del 2004 sul «divieto di segni religiosi portati in maniera ostentatoria (*ostensiblement*) nelle scuole pubbliche».

tutte le diverse posizioni può spingere non solo verso soluzioni “miti” ma anche al mutuo rispetto – quale conseguenze del reciproco riconoscimento di soggetti di eguale dignità – perché estende agli stessi proponenti un eguale vincolo ad argomentare in modo persuasivo, con soluzioni ragionevoli, la propria richiesta di esposizione del crocifisso. In breve, la forza della ragionevolezza deve sostituire la ragione della forza numerica.

È in questo confronto che si apprezzano le virtù dell’approccio interculturale, perché ciascuno è chiamato a confrontarsi con i propri simboli e con quelli degli altri, attraverso innanzitutto una riflessione su sé stessi e sulla percezione delle proprie appartenenze. In altri termini, la cultura e la religione cessano di essere viste come *cose* che dividono ed entrano nel flusso dinamico delle *narrazioni* di sé stessi e delle *auto-rappresentazioni* dei propri universi simbolici, che possono per ciascuno mutare parzialmente nel tempo e come conseguenza di una procedura di confronto argomentativo. In breve: ciascuno è costretto ad aprire la “scatola del gatto” in cui è “conservata” la propria appartenenza per verificarne la consistenza ed i tratti salienti.

Sicché, se la discussione sui simboli riesce ad essere davvero un modo per riflettere sulle proprie ragioni e su quelle degli altri, per aprirsi all’alterità, allora essa non è mai fallimentare, anche se, in estremo, non si riesca a pervenire ad una soluzione condivisa. Altrimenti, dovrebbe affermarsi che una soluzione diversa dalla parete bianca sia *comunque* preferibile, anche quando la *comunità scolastica* l’abbia ritenuta divisiva. Fallimentare, piuttosto, sarebbe trasformare una discussione in un’occasione per rimarcare la distanza ed accendere divisioni fra gli studenti e per lasciare che la religione diventi una barriera divisoria nello stesso banco. In quest’orizzonte recupera senso l’intervento e la valutazione finale del dirigente scolastico, perché se è vero che rimane possibile *l’extrema ratio* della parete bianca – che, invero, il principio di laicità indica pure come punto di partenza – il vero obiettivo dovrebbe essere proprio la capacità degli studenti di confrontarsi *da cittadini*, ma anche di accogliersi *così come sono*, con il loro bagaglio di appartenenze culturali e religiose che rimane una parte importante del loro vissuto, del loro essere *persone* e non individui *astorici*.

Del resto, com’è stato affermato, «nessuno può sentirsi a proprio agio e avere stima e rispetto di sé, se viene accettato socialmente solo a dispetto del suo essere arabo, donna, nero o omosessuale, cioè negando componenti essenziali della propria identità personale»⁹⁸. Questa necessità non viene soddisfatta né dall’obbligo di esposizione del crocifisso, né dalla regola rigida della parete bianca che non consente una discussione sulle identità. In alcuni casi, poi, l’ulteriore ricerca di un accomodamento potrà verificare la serietà dei motivi addotti dai dissenzienti e magari consentire di trovare soluzioni plurali che aiutino gli studenti ad interrogarsi sulle ragioni e sui simboli degli altri, nonché sul contenuto delle rispettive fedi.

Appare dunque sbrigativa la motivazione delle S.U. volta ad escludere che ci sia stata discriminazione indiretta ai danni del docente dissenziente affermando che la sola affissione del crocifisso *non è in grado di intaccare la sfera delle sue convinzioni personali e delle sue opzioni in materia religiosa*. Se così fosse, perché cercare un accomodamento ragionevole e non riconoscere, specularmente, che il diritto dello studente di professare liberamente la credenza non è *impedito* – quanto, semmai, minimamente inciso – dall’assenza del simbolo?

La differenza di fondo, determinante per le S.U., è che il docente (più che lo studente) può con le sue spiegazioni esprimere i propri convincimenti ed anche criticare il crocifisso. Sarebbe, insomma, in una posizione “privilegiata”. Al riguardo, basti però osservare come gli studenti possono professare la propria fede e testimoniarla in altro modo, perfino indossando simboli e abiti religiosamente connotati, mentre il docente difficilmente potrebbe spingersi a tanto⁹⁹. In breve: l’effetto di

⁹⁸ Così, A.E. GALEOTTI, *Multiculturalismo. Filosofia politica e conflitto identitario*, Napoli 1999, 36.

⁹⁹ Sul solco della sentenza *Dahlab c. Svizzera*, dec., n. 42393/98, della Corte EDU (Seconda Sezione), del 15 Febbraio 2001, si è affermato che, nella misura in cui lo Stato pretende che il docente «non veicoli col suo abbigliamento religiosamente orientato il suo credo, a garanzia della neutralità dello spazio pubblico, così l’insegnante e gli studenti non possono pretendere unilateralmente che la scuola veicoli a sua volta con l’esposizione di simboli un determinato credo religioso»: così N. COLAIANNI, *Il crocifisso di nuovo in Cassazione*, cit., 12.

svantaggio per la libertà *negativa* del docente sarebbe di certo maggiore rispetto a quello vantaggioso per la libertà *positiva* degli studenti. La Cassazione sottolinea inoltre che il rispetto della coscienza morale degli studenti dovrebbe valere proprio a fronte di opinioni non condivise dal docente. Ma perché escludere necessariamente l'inverso se è vero che il metodo rimane quello del più ampio consenso possibile?

Nel complesso, la pronunzia è una tappa attesa ed importante perché non solo esclude espressamente la compatibilità con la Costituzione del *crocifisso di Stato*, ma declina la laicità *come metodo* volto a ricercare un concreto accomodamento ragionevole attraverso l'autonomia della comunità scolastica. Tuttavia, è auspicabile che nel tempo venga perfezionato lo schema procedurale che legittima il *test* di ricerca dell'accomodamento ragionevole e che si affronti anche la questione delle *conseguenze* del principio di diritto: rimuovere in automatico i crocifissi di tutte le aule scolastiche ed eventualmente rimetterli su richiesta condivisa oppure *preliminarmente* avviare una discussione. In teoria, la prima soluzione appare maggiormente rispettosa dei principi di diritto enunciati, ma anche troppo rigida, mentre la seconda mostra maggiore flessibilità e sensibilità sia per la posizione eventualmente dissenziente che per l'eventuale maggioranza che veda nel crocifisso un simbolo della propria religione o della propria tradizione culturale e che, se pure non può contare sulla forza decisiva del numero rispetto a questioni di coscienza, va comunque tenuta in conto nella ricerca di una procedura "mite", che non crei inutili danni quando ancora non si è verificato sul piano della discussione l'esistenza di persone contrarie¹⁰⁰.

In questo senso, la specifica laicità che emerge dalla nostra Costituzione – condizione e limite di ogni pluralismo, ma anche principio declinato nei termini di una spiccata *sensibilità* della Repubblica al fenomeno religioso – dovrebbe escludere soluzioni rigide non strettamente necessarie a dirimere i conflitti in materia di simboli religiosi. Anzi, la scuola "aperta" e "dialogante" – per certi versi, soprattutto sui temi religiosi e culturali – può essere il miglior antidoto alla chiusura identitaria di alcune famiglie e un allenamento al *vivre ensemble* da cittadini.

Neppure si può escludere che, nel confronto sul *sensu*, positivo o negativo, dei simboli di ciascuno, il carattere eterocentrico (e non il quieto vivere) di ogni genuina *religio* possa pure spingere a lasciare che anche gli altri fruiscano della presenza del loro simbolo religioso in aula, così come, specularmente, indurre il credente egualmente sincero ad accettare l'assenza del suo, con un atto di amore dei "vicini" (ma, in un certo senso, "lontani" dalla fede), facendosi paladino della libertà negativa di chi ha motivato di non volerlo. Nell'uno come nell'altro caso, la scuola avrà svolto adeguatamente il suo compito di educazione interculturale e interreligiosa.

10. Conclusioni: la meta-eguaglianza e l'interculturalismo... in cerca di autore

L'insieme di considerazioni fin qui svolte sembra confermare quanto anticipato in apertura del presente contributo: l'approccio politico al pluralismo culturale deve affrontare innanzitutto una essenziale questione di *meta-eguaglianza*, ovvero decidere un preciso modo di integrare il trattamento *eguale* della diversità con il trattamento *da eguali*. Il primo consente quelle capacità che rendono effettive le libertà, il secondo consente di declinare in modo culturalmente differenziato le scelte di capacità.

La seconda opzione essenziale riguarda l'impegno della Repubblica a favorire modalità concrete di confronto interculturale, da cui deriva pure la possibilità di comprendere la ragioni di una precisa scelta fra le due declinazioni dell'eguaglianza. In questo senso, ad esempio, se è vero che la pronunzia delle S.U. della Cassazione avrebbe dovuto esibire un'attenzione argomentativa maggiore sul piano della procedura suggerita per l'accomodamento, certamente l'effetto complessivo che ne deriva è

¹⁰⁰ In questo senso, per A. SPADARO, *La sentenza "Lautsi"*, cit., 9, a causa dell'intrinseca ambivalenza di ogni simbolo – «che insieme contestualmente unisce chi in esso si riconosce e divide chi, invece, in esso non si identifica» – «nella sfera pubblica occorre accostarsi ad essi con grande delicatezza e prudenza. Si badi: non solo nell'*uso*, ma anche nel *dis-uso* (rimozione)!».

positivo nella misura in cui il simbolo diventa lo strumento di una discussione che inevitabilmente abbraccia i modi diversi di concepire l'eguaglianza, fino a spingersi all'analisi dei fondamenti della convivenza repubblicana. Del resto, va ribadito, la sfida *educativa* dell'interculturalismo rimane intrecciata alla necessità che i principi di convivenza fissati dalla Costituzione si mantengano "effettivi" *attraverso* le differenze.

Le criticità rilevate – specialmente riguardo alla decisione sul *kirpan* – costituiscono comunque una cartina di tornasole di una condizione più generale in cui l'approccio interculturale cerca di farsi strada nonostante gli scarsi segni di sensibilità mostrati dal legislatore. In questo senso, l'interculturalismo all'italiana è ancora, per così dire, in cerca di autore e risente di un problema generale legato allo scarso investimento politico sui fattori di integrazione degli immigrati. Ci si potrebbe, ad esempio, chiedere se dopo la sentenza della Cassazione sul crocifisso non sia il caso che, al di là delle note questioni di competenza Stato/Regioni in materia di istruzione, il legislatore intervenga per chiarire meglio la posizione procedimentale del dirigente scolastico nelle questioni relative ai simboli religiosi, ma soprattutto per prevedere specifiche attività di dialogo, confronto e conoscenza delle culture, in modo che queste diventino la *regola* e non l'*eccezione* legata alla sola questione dei simboli religiosi. Dovrebbe trattarsi di un vero e proprio percorso curriculare – o, almeno, extracurriculare – che può aiutare a riscoprire le origini della propria identità plurale e in movimento¹⁰¹.

Un modo per risvegliare il gatto.

¹⁰¹ Cfr. in tal senso S. PRISCO, *La laicità*, cit., spec. 36, nt. 17.

Bruno Nascimbene
Un “Dizionario dei diritti degli stranieri”
(recensione e commento)*

ABSTRACT: The paper comments and reviews the volume "Dictionary of foreigners" edited by Claudio Panzera and Alessio Rauti published in Naples in 2020. It examines the dictionary entries and carries out remarks and suggestions.

SOMMARIO. 1. Premessa. Tema generale e singoli profili. – 2. La pluralità delle fonti. – 3. Le fonti di diritto internazionale ed europeo. – 4. Le voci del volume. Una trattazione sistematica. – 5. Rilievi e suggerimenti. *a)* La tutela dei diritti della persona. – 6. Segue. *b)* Le diverse categorie di stranieri. – 7. La titolarità e il godimento effettivo di diritti. L’evoluzione della disciplina nel tempo. – 8. Lo straniero “qualificato”. – 9. Indicazioni e suggerimenti. – 10. Rilievi conclusivi.

1. Premessa. Tema generale e singoli profili.

Il volume rappresenta una delle rare occasioni in cui si affronta il tema generale della condizione dello straniero nel nostro ordinamento. Molteplici sono state, e sono, le occasioni, anche recenti, in cui sono affrontati alcuni profili specifici, specialmente con riguardo alla disciplina di diritto internazionale e di diritto UE, alla creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, all’immigrazione, all’asilo, alla protezione internazionale.

Temi singoli, insomma, o specifici che sono stati affrontati in tempi più recenti, offrendo un sicuro contributo, ma con la conseguenza di favorire una visione complessiva e coordinata fra i vari profili.

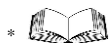
Il “Dizionario” offre l’opportunità di soffermarsi sui profili generali attraverso la lettura di una pluralità di voci o lemmi (trenta), il cui filo conduttore è quello dei “diritti”. Lo *status* dello straniero è esaminato alla luce del diritto interno, soprattutto costituzionale, avendo tuttavia presente i profili di diritto internazionale ed europeo, soprattutto di diritto dell’Unione europea e del sistema CEDU, così come interpretati ed applicati dalle rispettive Corti.

2. La pluralità delle fonti.

La lettura del “Dizionario” consente allo studioso di rivisitare il tema generale del trattamento dello straniero, sollecitando un aggiornamento che la pluralità delle fonti impone, con sempre maggior impegno per chi studia o scrive sul tema.

Si tratta di fonti internazionali ed europee, che riguardano non solo i cittadini UE che, pur appartenendo a Paesi membri dell’Unione, sono “stranieri” nel senso che non hanno la cittadinanza italiana, ma anche cittadini di Paesi terzi (o extracomunitari) che presentano vincoli o caratteristiche che li assimilano ai cittadini dell’Unione e ai cittadini italiani. Fonti di diritto interno, di derivazione europea o non, che dal 1989 (c.d. “legge Martelli”, d.l. 30.12.1989, n. 416, conv., con modif., nella l. 28.2.1990, n. 39) ad oggi (c.d. “decreto Lamorgese”, d.l. 21.10.2020, n. 130, conv., con modif., con modif., nella l. 18.12.2020, n. 173) hanno modificato la legislazione e la prassi italiane.

La necessità di fare riferimento a una pluralità di fonti è d’altra parte confermata da quelle norme della Costituzione che riguardano specificamente lo straniero (art. 10, commi 2 e 3) e che tutelano i diritti fondamentali della persona senza distinzioni fondate sulla cittadinanza (art. 2), sull’adeguamento e rispetto delle norme internazionali sia generali (art. 10, comma 1), sia particolari,



* I rilievi che seguono, con opportune integrazioni, rappresentano l’intervento svolto in occasione della presentazione del volume “Dizionario degli stranieri” a cura di Claudio Panzera e Alessio Rauti, Napoli, 2020. All’incontro del 28.1.2022, presieduto e concluso da Gaetano Silvestri, hanno svolto interventi Daria de Pretis, Massimo Luciani, Paolo Morozzo della Rocca.

che si tratti di limitazioni di sovranità per la partecipazione a organizzazioni internazionali o di obblighi di conformità al diritto dell'Unione europea (artt. 11, 117).

3. *Le fonti di diritto internazionale ed europeo.*

Il volume offre, dunque, l'opportunità, per lo studioso del diritto internazionale ed europeo, di riflettere *a)* su "quale e quanta" è stata l'ingerenza del diritto internazionale ed europeo nella materia; *b)* su come si è formata la materia stessa del diritto degli stranieri e come si è evoluta nel corso del tempo; *c)* di tenere conto, in questa evoluzione, dell'esperienza di ordinamenti giuridici diversi dal nostro che hanno conosciuto, affrontato, regolamentato il fenomeno migratorio.

L'esame dell'evoluzione storica delle norme in materia è importante. La stessa Unione europea si è dotata di norme sull'immigrazione e sulla protezione internazionale soltanto a partire dal 1997, quando fu sottoscritto il Trattato di Amsterdam (2.10.1997, in vigore dal 1.5.1999; il titolo IV del Trattato CE era dedicato ai visti, all'asilo, immigrazione ed altre politiche connesse con la libera circolazione delle persone, divenuto poi, a seguito del Trattato di Lisbona del 13.12.2007, in vigore dal 1.12.2009, il titolo V del Trattato FUE, dedicato allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia): Trattato che, grazie ad un Protocollo *ad hoc* (n. 19) sull'*acquis* di Schengen, integrò ovvero comunitarizzò quegli atti internazionali che riguardavano le frontiere e l'immigrazione, ma che non facevano parte del diritto comunitario (Accordo di Schengen del 14.6.1985, Convenzione di applicazione del 19.6.1990).

La fonte "diritto dell'Unione" diventa dunque rilevante dalla fine degli anni Novanta (Amsterdam, 1997) per perfezionarsi dieci anni dopo (Lisbona, 2009) con la creazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

4. *Le voci del volume. Una trattazione sistematica.*

Il volume è frutto della collaborazione di vari autori, anche non giuristi, che forniscono un utile contributo sia alla lettura trasversale delle varie voci, sia alla riflessione sul più ampio contesto, sociologico ed economico in cui si colloca l'immigrazione. L'immigrazione, d'altra parte, è uno degli aspetti che compongono la materia del trattamento dello straniero, non diversamente dalla libertà delle persone, dei limiti che essa incontra a causa dell'esercizio della sovranità dello Stato sui propri confini.

Il volume si pone, inoltre, in continuità con altri volumi o raccolte di scritti curati dai due principali autori (e curatori) del "Dizionario", Claudio Panzera e Alessio Rauti, quali "Le quattro lezioni sugli stranieri" (2016), le monografie sulla cittadinanza ("La decisione sulla cittadinanza", 2020) e quella sull'asilo ("Il diritto all'asilo", 2020), la raccolta di scritti "Metamorfosi della cittadinanza e diritti degli stranieri" (2016) e la più recente "Attualità di diritto pubblico. I" (2021).

In questo quadro ricco e composito il risultato positivo è senz'altro raggiunto, con il limite rappresentato dal trascorrere del tempo e dalle modifiche e aggiornamenti che si impongono, rendendo comunque stimolante l'aggiornamento, sempre trasversale, fra fonti interne ed esterne. Alcuni rilievi, compresi alcuni suggerimenti (anche in vista di una possibile seconda edizione), vengono qui esposti.

5. *Rilievi e suggerimenti. a) La tutela dei diritti della persona.*

In tutte le voci, o almeno nella maggior parte di esse vi sono riferimenti espressi alle diverse fonti che regolano la materia: nazionali-interne e internazionali, ovvero europee-esterne. Vi è un "intreccio" (questa la parola usata nella prefazione, ma che ricorre anche nella giurisprudenza della

Corte costituzionale) fra fonti esterne ed interne, non sempre facile da rendere coerenti e armonizzate, ma vi è un valore comune da tenere presente nella materia: la tutela dei diritti fondamentali.

Lo straniero è una persona, gode dei diritti che prescindono dal possesso della cittadinanza, quale che essa sia. Gode di tali diritti anche se privo della cittadinanza o apolide.

Vi sono diritti irretrattabili, appartenenti al nocciolo duro dei diritti fondamentali, quali il diritto alla vita, all'integrità fisica, alla dignità della persona che assumono rilievo autonomo. Non dipendono dallo *status civitatis*, dalla previsione di un trattato internazionale. La condizione dello straniero, grazie allo sviluppo del diritto dei diritti dell'uomo, si è arricchita di una dimensione nuova. Questo profilo umanitario meriterebbe una speciale attenzione, creando, in una prossima edizione del volume, una "voce" *ad hoc*.

6. *Segue. b) Le diverse categorie di stranieri.*

La diversità delle fonti consente di distinguere varie categorie di stranieri. La definizione più comune di "straniero" consiste nel suo *status* di non cittadino.

Ad una definizione, positiva, di cittadino (e la voce "cittadino" è forse la più ampia del "Dizionario", oltre cinquanta pagine), si contrappone quella di non-cittadino, straniero dunque (perché possiede cittadinanza diversa da quella del Paese dal cui punto di vista ci si pone) o apolide (perché privo di cittadinanza).

Non esiste, tuttavia, una sola categoria di stranieri, ma una pluralità che varia a seconda della disciplina cui sono sottoposti. Il volume (e questo è un sicuro pregio) ne tiene conto. Vi sono stranieri "comuni", stranieri "privilegiati" da trattati bilaterali o multilaterali, stranieri "comunitari" o cittadini dell'Unione europea. E', questo, un contesto in cui assume rilievo l'immagine speculare della cittadinanza, perché si è creata una cittadinanza europea, propria del diritto dell'Unione europea, che si contrappone a quella extraeuropea. È variata, insomma, la nozione di cittadinanza, quale vincolo di appartenenza non solo ad uno Stato, ma ad uno Stato membro dell'Unione; è variata la nozione stessa di straniero. Il cittadino dell'Unione è pur sempre uno straniero, ma privilegiato nel godimento dei diritti. Per molti profili, disciplinati dal diritto UE, gode della parità di trattamento rispetto al cittadino.

7. *La titolarità e il godimento effettivo di diritti. L'evoluzione della disciplina nel tempo.*

Il volume, nell'esame dei "diritti", distingue fra titolarità astratta e godimento effettivo. È lo schema adottato per ognuna delle voci, consentendo il raffronto fra norma e sua applicazione. Si tratta di un raffronto indispensabile per chi voglia comprendere la diversa estensione dei diritti nel corso del tempo. La legislazione italiana, dal primo intervento in materia rappresentato dalla "legge Martelli" all'ultimo rappresentato dal "decreto Lamorgese" attraverso la riforma organica introdotta dalla legge Turco-Napolitano (l. 6.3.1998, n. 40 e il t.u. sull'immigrazione, d.lgs. 25.7.1998, n. 286) e ai numerosi interventi di modifica, quali il "pacchetto sicurezza" del 2008 (d.l. 25.6.2008, n. 112, conv., con modif., nella l. 6.8.2008, n. 133) e i "decreti sicurezza" del 2018 e 2019 (d.l. 4.10.2018, n. 113, conv., con modif., nella l. 1.12.2018, n. 132; d.l. 14.6.2019, n. 53, conv., con modif., nella l. 8.8.2019, n. 77; modifiche successive sono state introdotte dal c.d. "decreto Lamorgese" prima ricordato; in precedenza era intervenuto anche il d.l. 17.2.2017, n. 13, conv., con modif., nella l. 13.4.2017, n. 46), la legislazione italiana ne è una dimostrazione.

Non vi è una "voce" del "Dizionario" che non sia riguardata dai mutamenti legislativi più o meno favorevoli allo straniero, a seconda del Governo in carica. Il riconoscimento di diritti economici e sociali (mi riferisco, ad esempio, alle "voci" "abitazione", "assistenza", "previdenza", "salute") assume una propria fisionomia, seppur con limiti. Anche i diritti politici (la "voce" è "partecipazione

politica”), tradizionalmente negati, possono venire riconosciuti a determinate condizioni (in particolare, l’inserimento nella comunità nazionale).

8. *Lo straniero “qualificato”.*

Il “Dizionario” correttamente distingue gli stranieri a seconda delle qualifiche.

Alle qualifiche corrispondono *status* differenziati: mi riferisco allo straniero lavoratore subordinato, a quello autonomo (due sono le “voci”, distinte), al familiare (voce “unità familiare”), al minore non accompagnato (“voce” *ad hoc*).

Il trattamento differenziato è giustificato, appunto, dalla qualifica. Questa attenzione verso la specialità dello *status* è tipica del diritto internazionale ed europeo, ove esistono convenzioni internazionali in materia di lavoro e di tutela della famiglia, e norme di diritto dell’Unione europea che equiparano i cittadini degli Stati membri. Le “voci” del volume ben tengono conto di questi criteri distintivi.

9. *Indicazioni e suggerimenti.*

Prima di formulare rilievi su singole “voci”, qualche indicazione e suggerimento, anche in vista di una nuova edizione (la prima è del settembre 2020), sembrano opportuni.

a) Un richiamo più frequente fra voce e voce, al fine di un miglior coordinamento non solo fra voci, ma fra profili diversi, sarebbe utile.

b) Utile sarebbe anche un indice bibliografico essenziale alla fine di ogni voce e una bibliografia (essenziale) complessiva.

c) Considerata l’importanza che assume la giurisprudenza secondo lo schema adottato, ove – come si è detto – il godimento effettivo dei diritti ha ruolo dominante (accanto alla titolarità astratta), un elenco o indice della giurisprudenza sarebbe opportuno. Le Corti, nazionali e sovranazionali, rendono effettivi quei diritti nella loro dimensione plurilivello: una dimensione, invero, già di per sé complessa, considerata la pluralità delle fonti.

d) L’aggiunta di qualche “voce”, pur comprendendo la necessità di porre limiti alla dimensione del “Dizionario”, potrebbe essere positivamente valutata. Come già accennato, meriterebbe attenzione la tutela dei diritti fondamentali in quanto tale, quale aspetto più recente del tema generale sul trattamento dello straniero. Anche la reciprocità, che nella sua evoluzione storica mantiene ancora rilievo (almeno nel nostro ordinamento, art. 16 disp. prel. cod. civ.; art. 2, comma 2. d.lgs. 286/98), malgrado l’affermazione sia del principio della parità di trattamento (per via di accordi internazionali, del diritto dell’Unione europea in specie), sia della tutela dei diritti fondamentali (ove assume rilievo la persona in quanto tale, a prescindere dalla cittadinanza (art. 2 Cost., art. 2, comma 1, d.lgs. 286/98).

10. *Rilievi conclusivi.*

Alcuni rilievi conclusivi meritano due “voci”, assai estese, frutto di studio e approfondimento da parte dei due curatori: la “cittadinanza” e l’“asilo”.

a) La prima offre l’occasione per una ricostruzione storica dell’istituto, per una riflessione sulla diversità di definizioni, giuridiche e non giuridiche, e quindi sulla difficoltà di darne una definizione univoca (afferitava Rolando Quadri, voce “cittadinanza” del *Novissimo Digesto*, 1959, che l’essenza della cittadinanza è inafferrabile). La voce “cittadinanza” è anche l’occasione sia per definire chi, al contrario, non è cittadino, cioè straniero e apolide; sia per individuare i criteri previsti dal diritto interno o internazionale, per l’acquisto della cittadinanza (mi riferisco allo *ius sanguinis* e allo *ius soli* o *loci*, e in epoca più recente allo *ius culturae* e allo *ius pecuniae*, con la “cultura” intendendosi

gli studi compiuti nel Paese di residenza o l'istruzione qui ricevuta; con la "pecunia" intendendosi il contributo economico di una persona al benessere economico del Paese di residenza). Ma è anche l'occasione per individuare forme diverse dalla cittadinanza tradizionale, in cui la persona, pur rimanendo formalmente straniero, grazie al vincolo creatosi con la comunità nazionale di residenza gode di uno statuto speciale, simile (per vari profili) a quello del cittadino.

Non mancano nella "voce" le condivisibili critiche alla disciplina italiana in materia, che risale ormai a trent'anni or sono, l. 5.2.1992, n. 91, ma che era nata già vecchia, dopo ottant'anni di vigenza della c.d. disciplina organica rappresentata dalla l. 13.6.1912, n. 555 più volte censurata dalla Corte costituzionale (principalmente con le sentenze n. 87/1975 e n. 30/1983), senza tener conto del fenomeno immigratorio nel nostro Paese e del processo di integrazione comunitario. Una disciplina vecchia che, tuttora, resiste con pochissime modifiche (avvenute con il ricordato "decreto Lamorgese") determinate, invero, da un regime restrittivo introdotto da uno dei "decreti sicurezza" ("decreto Salvini", d.l. 113/2018 già ricordato).

b) Quanto alla voce "asilo", una lettura attuale dell'art. 10, comma 3, può prescindere dal diritto internazionale e dal diritto UE, esistendo oggi una pluralità di situazioni soggettive riconducibili all'asilo ovvero al diritto alla protezione internazionale.

Fonti internazionali come la Convenzione di Ginevra del 1951 e il Protocollo del 1967 garantiscono diritti fondamentali di protezione a chi chiede asilo; in primo luogo garantiscono il *non refoulement* (art. 33, e a questo istituto il "Dizionario" dedica una "voce" apposita). Fonti europee come la CEDU garantiscono seppur indirettamente (o *par ricochet*) tale diritto, poiché la persona non può essere respinta se rischia di subire un trattamento inumano o degradante (in questi termini è la giurisprudenza della Corte EDU, che interpreta l'art. 3 CEDU, per esempio con le sentenze 21.1.2011, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, 4.11.2014, GC, *Tarackel c. Svizzera*). Il diritto dell'Unione europea garantisce sia il diritto alla protezione internazionale (art. 78 TFUE e art. 18 Carta dei diritti fondamentali), sia il diritto al *non refoulement* (Carta, art. 19, comma 2, nonché art. 4 che è l'omologo dell'art. 3 CEDU; direttiva 2011/95, art. 21 sulla "protezione dal respingimento", ma anche regolamento Dublino III, n. 604/2013, art. 3, che si conforma alla Carta - l'art. 3 richiamando l'art. 4 Carta- e considerando n. 39; è previsto l'obbligo del primo Paese di ingresso ad esaminare la domanda di asilo, anche se non sussiste la competenza, ma il Paese di destinazione, che sarebbe legittimamente competente, non offre al richiedente uno *standard* di trattamento adeguato alla tutela dei diritti fondamentali).

La disamina compiuta nella voce "asilo" conferma che le diverse situazioni giuridiche soggettive riconducibili a tale nozione e, dunque, alla necessità di protezione, non possono essere ben intese e comprese se non attraverso una considerazione congiunta del diritto internazionale ed europeo, della giurisprudenza della Corte EDU e della Corte di giustizia. Le finalità umanitarie, che il legislatore "securitario" del 2018 voleva fortemente limitare, sono prevalenti e anche in tal caso, preme sottolineare, la disciplina sul diritto degli stranieri è positivamente integrata da quella di diritto dell'Unione europea.

Fiammetta Salmoni

La funzionalizzazione della tutela dello Stato di diritto alla sana gestione finanziaria e alla tutela del bilancio dell'UE

(a prima lettura delle sentt. C-156 e C157 Ungheria e Polonia v. Parlamento e Consiglio)*

ABSTRACT: *With its two judgments, cases C-156 and C-157, the Court of Justice has rejected the requests of Hungary and Poland for the annulment of the Rule of Law Regulation 2020/2092. This paper analyzes the reasoning of the Court of Luxembourg which, among many important statements, underlines that the protection of the rule of law is functional to the sound financial management and protection of the EU budget, through which the European Union would apply the principle of solidarity, to be implemented in order to promote the free market. It is clear from these statements that the EU considers the rule of law a "budgetary objective" and that the principle of solidarity is applied for the proper functioning of the market. In short, the fundamental principle on which the supranational construction continues to be based is, as always, that of the market and free competition, which is an economic dogma that is difficult to reconcile with the very different fundamental principles at the basis of our Constitution.*

SOMMARIO: 1. Il ricorso di Ungheria e Polonia per l'annullamento del Regolamento 2020/2092 sullo Stato di diritto. – 2. Stato di diritto come condizionalità per i finanziamenti del *Recovery fund*. – 3. Le sentenze della Corte di giustizia: *funzionalizzazione* della tutela dello Stato di diritto alla sana gestione finanziaria e alla tutela del bilancio UE. – 4. Lo Stato di diritto come "obiettivo di bilancio" e la solidarietà per il mercato. Il dogma economico sovranazionale e la sua incompatibilità con i principi costituzionali

1. Il ricorso di Ungheria e Polonia per l'annullamento del Regolamento 2020/2092 sullo Stato di diritto

Con le due sentenze del 16 febbraio 2022, la prima in [causa C-156/21](#), resa sul Ricorso proposto l'11 marzo 2021 dall'Ungheria contro il Parlamento europeo ed il Consiglio dell'Unione europea e la seconda, in [causa C-157/21](#), resa sul ricorso proposto l'11 marzo 2021 dalla Repubblica di Polonia contro il Parlamento europeo ed il Consiglio dell'Unione europea, la Corte di giustizia in seduta plenaria ha respinto entrambi i ricorsi volti all'annullamento del reg. 2020/2092 sullo Stato di diritto¹, in quanto mirante a subordinare il beneficio dei finanziamenti provenienti dal bilancio dell'Unione al rispetto da parte degli Stati membri dei principi dello Stato di diritto².

In entrambi i ricorsi le ricorrenti propongono l'annullamento del reg. 2020/2092 adducendo:

- a) l'assenza di competenza dell'Unione europea ad adottare il regolamento *de quo*, perché mancante di una base giuridica o comunque essendo quest'ultima inadeguata;
- b) la violazione del protocollo n. 2 sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità;
- c) la violazione dell'art. 296, par. 2, TFUE per non aver sufficientemente motivato la proposta di regolamento 2020/2092;
- d) la violazione dell'art. 7 TUE;
- e) la violazione dell'art. 269, par. 1, TFUE, per aver definito lo Stato di diritto come concetto di diritto primario ai sensi dell'art. 2 del TUE attraverso uno strumento di diritto secondario, ossia il regolamento 2020/2092;
- f) la violazione dell'art. 4, parr. 1 e 2, seconda frase, e dell'art. 5, par. 2, TUE;
- g) la violazione dell'art. 4, parr. 2, prima frase TUE, recante il principio della parità di trattamento



¹ Regolamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2020 relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione.

² Cfr. Corte giust., sentt. 16 febbraio 2022, Ungheria c. Parlamento e Consiglio, [causa C-156](#), e Polonia c. Parlamento e Consiglio, [causa C-157](#).

tra Stati membri;

h) la violazione del principio della certezza del diritto e di chiarezza normativa sanciti dal diritto dell'Unione;

i) la violazione del principio di proporzionalità *ex art. 5, par. 4, TUE*;

j) lo sviamento di potere in ragione della creazione di un meccanismo il cui scopo effettivo non è quello di proteggere il bilancio dell'Unione europea, ma di eludere i requisiti formali per l'avvio della procedura di cui all'art. 7 TUE e i requisiti sostanziali per l'avvio della procedura di cui all'art. 258 TFUE³.

2. Stato di diritto come condizionalità per i finanziamenti del Recovery fund

Il rispetto dello Stato di diritto, come noto, fa parte delle moltissime condizionalità alle quali l'UE ha sottoposto l'erogazione dei fondi del *Next Generation European Union* (NGEU)⁴, il piano la cui parte più consistente è destinata al c.d. *Recovery and Resilience Facility* (d'ora in avanti anche RRF), cioè il Dispositivo europeo per la ripresa e la resilienza⁵, destinato a sostenere la ripresa dell'economia degli Stati membri dovuta alla crisi derivante dalla pandemia da Covid-19.

In realtà, già prima dell'adozione di questo strumento la Commissione aveva proposto di legare le erogazioni dei fondi strutturali e di investimento a condizionalità consistenti in "riforme strutturali in linea con le priorità economiche comuni definite a livello di UE (...) evidenziate nelle raccomandazioni specifiche per Paese, anche attraverso misure che colleghino l'efficacia di questi Fondi a una sana *governance* economica" nell'ambito "di un'azione più ampia volta a garantire che i Fondi strutturali e di investimento europei siano utilizzati per sostenere riforme considerate fondamentali per le *performance* sociali ed economiche degli Stati membri" e per evitare che l'efficacia dei predetti fondi fosse "compromessa da politiche macroeconomiche non sane"⁶.

In particolare, il numero e la portata delle condizionalità cui è soggetta l'assistenza finanziaria prevista dal *Recovery Fund* sono davvero imponenti, una pratica assai diffusa a livello internazionale e sovranazionale, considerata "consuetudinaria" da una parte della dottrina⁷.

L'UE, in effetti, ha disposto che per avere accesso ai fondi del *NGEU*, oltre all'obbligo di spenderne i denari per effettuare riforme e investimenti nell'ambito delle aree politiche di rilevanza europea strutturate nei sei pilastri previsti dal regolamento sul RRF e al rispetto di tutte le altre

³ Nel testo ho cercato di sintetizzare i [motivi dei ricorsi](#) promossi dall'Ungheria ([causa C-156/21](#)) e dalla Polonia ([causa C-157/21](#)) entrambi dell'11 marzo 2021.

⁴ Cfr. Regolamento (UE) 2020/2094 del Consiglio del 14 dicembre 2020 che istituisce uno strumento dell'Unione europea per la ripresa, a sostegno alla ripresa dell'economia dopo la crisi COVID-19.

⁵ Cfr. Regolamento (UE) 2021/241 del 12 febbraio 2021 che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza (d'ora in avanti anche reg. RRF).

⁶ Cfr. Commissione europea, *Comunicazione sulle tappe verso il completamento dell'Unione economica e monetaria*, COM(2015) 600 *final*, Bruxelles, 21 ottobre 2015, punto 2.4. Insomma, nelle corde dell'Unione la questione delle condizionalità da prevedere per qualunque forma di assistenza finanziaria non è affatto nuova: la sua erogazione è strettamente collegata a vere e proprie misure sanzionatorie nel caso dell'adozione di politiche macroeconomiche scorrette da parte dei Paesi beneficiari. In dottrina, sia consentito il rinvio a F. SALMONI, *Recovery Fund, condizionalità e debito pubblico. La grande illusione*, Milano, 2021, 25 ss.; nonché A. SOMMA, *Il bilancio dell'Unione europea tra riforma del sistema delle risorse proprie e regime delle condizionalità*, in [DPCE online](#), 2018, 884.

⁷ Cfr. P. DE SENA, S. D'ACUNTO, *Il doppio mito: sulla (pretesa) neutralità della politica monetaria della BCE e la (pretesa) non-vincolatività degli indirizzi di politica economica dell'Unione*, in [Costituzionalismo.it](#), 2020, 135, che ne sottolineano l'uso assiduo e spregiudicato soprattutto negli anni della presidenza della BCE di Mario Draghi. Sulle condizionalità, in dottrina, *ex plurimis*, M. IOANNIDIS, *EU Financial Assistance Conditionality after "Two Pack"*, in *ZaoRV* 74, 2014, 61 ss.; V. VIȚĂ, *Conditionalities in Cohesion Policy*, Research for REGI Committee, European Parliament, Policy Department for Structural and Cohesion Policies, Bruxelles, 2018, 15 ss.; A. SOMMA, *Come il Mes. Anche il Recovery fund ha le condizionalità*, in [MicroMega Online](#), 24 luglio 2020; A. DREHER *IMF conditionality: theory and evidence*, in *Public Choice*, 2009, 233; G. BIRD, *Relationships, resource uses and the conditionality debate*, in T. KILLICK (a cura di), *The quest for economic stabilisation: The IMF and the Third World*, Aldershot, 1986, 145 ss.

numerossissime condizionalità cui devono sottostare, di cui ho più diffusamente scritto altrove⁸, gli Stati membri devono anche rispettare il Regolamento sullo Stato di diritto⁹

Al riguardo, va rammentato che la subordinazione dell'assistenza finanziaria agli Stati membri in difficoltà al rispetto dello Stato di diritto era stata posta dal Parlamento europeo come condizione preliminare per l'approvazione del QFP e del *NGEU* sin dalla sua risoluzione del 23 luglio 2020¹⁰ (insieme all'altra condizione di introdurre ulteriori risorse proprie mediante le quali finanziare il bilancio unionale)¹¹.

In tale contesto, l'adozione del regolamento sullo Stato di diritto è stata oggetto di una vivace polemica tra Polonia e Ungheria da una parte e gli altri Stati membri dall'altra. Entrambi i Paesi, infatti, irritati dalla possibilità di essere esclusi dalle erogazioni del *Recovery Fund* a causa del loro mancato rispetto di alcuni dei principi fondanti dello Stato di diritto, nel corso della riunione del *Coreper* del 16 novembre 2020, avevano posto il veto sia sull'approvazione della nuova Decisione sulle risorse proprie, sia sul QFP 2021-2027¹².

Ciononostante, dopo frenetiche trattative con l'allora Presidente della Commissione europea, Angela Merkel, la situazione si sbloccò nel corso del Consiglio europeo tenutosi il 10 e 11 dicembre 2020¹³, alla fine del quale il Consiglio dichiarò che “l'*obiettivo* del regolamento relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione è *proteggere il bilancio dell'Unione, compreso Next Generation EU, la sua sana gestione finanziaria e gli interessi finanziari dell'Unione*”, che devono essere protetti contro le frodi, la corruzione e i conflitti di interesse¹⁴.

Dunque, la *semplice* constatazione di *una qualsiasi violazione dello Stato di diritto* non sembrerebbe essere sufficiente per attivare le sanzioni previste dal regolamento che lo disciplina, quasi a voler ammettere che il rispetto dello Stato di diritto non sia una condizione indefettibile per entrare a far parte dell'Unione e rimanervi (il corsivo è di chi scrive)¹⁵.

Questo perché, come noto, l'Unione si fonda su alcuni “valori”¹⁶, di cui all'art. 2 TUE, e ha alcuni obiettivi, di cui all'art. 3 TUE e si impegna a promuoverli “sulla scena internazionale” e “nel resto del mondo (art. 21.1 TUE), con la conseguenza che chi vuole entrare a farne parte deve accettare di rispettare e promuovere gli uni e gli altri (art. 49 TUE)¹⁷.

Ora, invece, il collegamento tra il bilancio unionale e lo Stato di diritto rischia di stravolgere completamente il senso di quelle norme.

In altri termini, la violazione dello Stato di diritto e dei valori sui quali si fonda l'UE *ex art. 2 TUE* avrebbe potuto essere condannata, in quanto tale, semplicemente applicando le sanzioni previste dal successivo art. 7 TUE (o, al limite, dall'art. 258 TFUE). Invece, nella formulazione accolta dal reg.

⁸ In questo paragrafo riporto quanto sostenuto in F. SALMONI, *Recovery fund*, cit., 25 ss., cui rinvio per un esame più approfondito.

⁹ Cfr. Regolamento (UE, Euratom) 2020/2092 del 16 dicembre 2020 relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione.

¹⁰ Cfr. Risoluzione sulle conclusioni della riunione straordinaria del Consiglio europeo del 17-21 luglio 2020 (2020/2732 (RSP)), P9_TA(2020)0206, 23 luglio 2020, punto 9.

¹¹ Cfr. Risoluzione P9_TA(2020)0206, cit., punto 10.

¹² Si veda anche la *Joint Declaration* del 26 novembre 2020 dei Primi ministri polacco e ungherese, nella quale affermano “Our objective is to revert a mechanism which would not strengthen, but undermine the Rule of Law within the Union by degrading it to a political instrument”.

¹³ Cfr. *Conclusioni della Riunione del Consiglio europeo (10 e 11 dicembre 2020)*, EUCO 22/20, Bruxelles, 11 dicembre 2020.

¹⁴ Cfr. EUCO 22/20, cit., 1, punto 2.a.

¹⁵ Cfr. J. ECHEBARRIA FERNANDEZ, *A Critical Analysis on the European Union's Measures to Overcome the Economic Impact of the COVID-19 Pandemic*, in *European Papers*, Vol. 5, 2020, No 3 (European Forum, 16 January 2021), 1399 ss.; J. DE ZWAAN, *The European Union and the Rule of Law: A new instrument*, in [Netherlands Helsinki Committee](#), 22 December 2020.

¹⁶ Sull'uso del termine “valori” e non “principi” c'è un acceso dibattito in dottrina, pertanto rinvio alla copiosissima letteratura che se n'è occupata.

¹⁷ Il rispetto dello Stato di diritto è richiamato anche nel Preambolo del TUE e nel Preambolo della Carta dei diritti fondamentali. Sul punto si veda Corte giust., sent. 21 dicembre 2021, *Euro Box Promotion e a.*, cause C-357/19, C-379/19, C-547/19, C-811/19 e C-840/19, punti 160 e 161 e giurisprudenza ivi citata.

2020/2092, la tutela dello Stato di diritto è stata *funzionalizzata* alla sana gestione finanziaria e alla tutela del bilancio dell'Unione.

3. *Le sentenze della Corte di giustizia: funzionalizzazione della tutela dello Stato di diritto alla sana gestione finanziaria e alla tutela del bilancio UE*

Nel giudicare su entrambi i ricorsi la Corte di Lussemburgo sembra confermare proprio quanto astrattamente ipotizzato da chi scrive sulla *funzionalizzazione della tutela dello Stato di diritto alla sana gestione finanziaria e alla tutela del bilancio dell'Unione*.

Quanto affermato emerge limpidamente dalle argomentazioni con le quali la CGUE respinge i ricorsi di Polonia e Ungheria con l'argomentazione che "la finalità del regolamento impugnato consiste" proprio "nel proteggere il bilancio dell'Unione da pregiudizi derivanti per quest'ultimo in modo sufficientemente diretto da violazioni dei principi dello Stato di diritto in uno Stato membro, e non già nel sanzionare, di per sé, simili violazioni"¹⁸.

Secondo la Corte, infatti, si tratterebbe di una *condizionalità orizzontale* "nel senso che la condizione in questione può essere connessa al valore dello Stato di diritto contenuto nell'art. 2 TUE, che deve essere rispettato in tutti i settori di azione dell'Unione"¹⁹, perché il rispetto da parte di uno Stato membro dei valori contenuti in detto articolo "costituisce una condizione per il godimento di tutti i diritti derivanti dall'applicazione dei trattati a tale Stato membro"²⁰, dal momento che "sono stati identificati e sono condivisi" da tutti i membri dell'UE e "definiscono l'identità stessa dell'Unione quale ordinamento giuridico comune", con la conseguenza che "l'Unione deve essere in grado, nei limiti delle sue attribuzioni previste dai trattati, di difendere detti valori"²¹.

Per questo motivo, il rispetto dello Stato di diritto è idoneo a fondare un meccanismo di condizionalità "rientrante nella nozione di «regole finanziarie» ai sensi dell'art. 322, paragrafo 1, lett. a), TFUE", che ne rappresenta il legittimo fondamento giuridico e da cui si evince che anch'esso rientra nelle competenze sovranazionali²².

A ciò si aggiunga che "oltre alla procedura prevista all'articolo 7 TUE, numerose disposizioni dei trattati, frequentemente concretizzate da diversi atti di diritto derivato, conferiscono alle istituzioni dell'Unione la competenza a esaminare, constatare e, se del caso, sanzionare violazioni dei valori enunciati all'articolo 2 TUE commesse in uno Stato membro"²³, con la conseguenza che lo Stato di diritto può essere tutelato anche attraverso *altre* procedure che si aggiungono a quella dell'art. 7 TUE²⁴.

Si tratterebbe, ad avviso di chi scrive, di una vera e propria procedura parallela, che, di fatto, ha *aggirato* il problema dell'unanimità richiesto dall'art. 7 TUE, giacché il reg. 2020/2092 è stato adottato mediante una procedura legislativa ordinaria.

Tale conclusione, tuttavia, è stata energicamente negata dal giudice sovranazionale, secondo il quale "il legislatore dell'Unione, quando dispone di una base giuridica a tal fine, è legittimato a istituire, in un atto di diritto derivato, altre procedure riguardanti i valori contenuti nell'art. 2 TUE, tra i quali figura lo Stato di diritto, sempreché tali procedure si distinguano sia per il loro scopo sia per il loro oggetto dalla procedura prevista all'art. 7 TUE"²⁵. In altri termini, questa procedura ulteriore e diversa da quella *ex art. 7 TUE* sarebbe legittima in quanto il reg. 2020/2092 perseguirebbe la finalità di *garantire, conformemente al principio di sana gestione finanziaria, la protezione del bilancio dell'Unione* in caso di violazione dei principi dello Stato di diritto e *non* quella di sanzionare,

¹⁸ Cfr. Corte giust., sent. 16 febbraio 2022, *Polonia*, cit., punto 137; sent. 16 febbraio 2022, *Ungheria*, cit., punto 110.

¹⁹ Cfr. Corte giust., sent. 16 febbraio 2022, *Polonia*, cit., punto 141; sent. 16 febbraio 2022, *Ungheria*, cit., punto 123.

²⁰ Cfr. Corte giust., sent. 16 febbraio 2022, *Polonia*, cit., punto 144; sent. 16 febbraio 2022, *Ungheria*, cit., punto 126.

²¹ Cfr. Corte giust., sent. 16 febbraio 2022, *Polonia*, cit., punto 145; sent. 16 febbraio 2022, *Ungheria*, cit., punto 127.

²² Cfr. Corte giust., sent. 16 febbraio 2022, *Polonia*, cit., punto 146; sent. 16 febbraio 2022, *Ungheria*, cit., punto 128.

²³ Cfr. Corte giust., sent. 16 febbraio 2022, *Polonia*, cit., punto 195; sent. 16 febbraio 2022, *Ungheria*, cit., punto 155.

²⁴ Cfr. Corte giust., sent. 16 febbraio 2022, *Polonia*, cit., punto 199.

²⁵ Cfr. Corte giust., sent. 16 febbraio 2022, *Polonia*, cit., punto 207; sent. 16 febbraio 2022, *Ungheria*, cit., punto 168.

mediante il bilancio dell'Unione, violazioni dei principi dello Stato di diritto²⁶.

Insomma, mentre l'ambito di applicazione della procedura prevista dall'art. 7 TUE verte sull'insieme dei valori contenuti nell'art. 2 TUE, quello della procedura istituita dal reg. 2020/2092 verterebbe soltanto su *uno* di tali valori, ossia lo Stato di diritto e per questo motivo sarebbe legittima²⁷.

Né vale, a inficiare la legittimità del regolamento in questione, invocare l'art. 4.2 TUE come sembrava aver suggerito proprio il Consiglio nelle summenzionate *Conclusioni* dell'11 dicembre 2020 quando affermò che “al fine di trovare una soluzione reciprocamente soddisfacente e di rispondere alle preoccupazioni espresse in merito al progetto di regolamento relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione, più in particolare per quanto riguarda le modalità con cui tale regolamento sarà applicato, il Consiglio europeo sottolinea che il regolamento dovrà essere applicato nel pieno rispetto dell'art. 4, paragrafo 2, del TUE (...), del principio di attribuzione, nonché dei principi di obiettività, non discriminazione e parità di trattamento degli Stati membri”²⁸.

Per il giudice sovranazionale, infatti, nonostante il Trattato disponga che l'Unione rispetta l'identità nazionale degli Stati membri, insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, cosicché essi disporrebbero “di una certa discrezionalità per garantire l'attuazione dei principi dello Stato di diritto”, ciò non comporterebbe “in alcun modo che tale obbligo di risultato possa variare da uno Stato membro all'altro”²⁹, con la conseguenza che la nozione Stato di diritto cui gli Stati membri aderiscono deve essere considerata una nozione condivisa e un “valore comune alle loro stesse *tradizioni costituzionali* (...) che si sono impegnati a rispettare in modo continuativo”³⁰.

Si ha qui un richiamo alle tradizioni costituzionali comuni in funzione *omogenizzante* e *oppositiva* rispetto alla nozione di identità nazionale³¹, quasi a voler sottolineare la natura *divisiva* di quest'ultimo concetto il cui rispetto, invece, andrebbe letto come rispetto della diversità, quella tipica di ogni Stato membro, caratterizzata dalla sua struttura fondamentale, politica e costituzionale che, non a caso, era stato ricostruito dalla migliore dottrina come un principio attento a garantire *l'unità nella diversità*³².

L'affermazione della Corte di giustizia, dunque, lascia alquanto perplessi in quanto da essa emergerebbe che lo Stato di diritto (che a livello unionale ha una definizione alquanto vaga)³³ deve essere tutelato allo stesso modo da tutti gli Stati membri *indipendentemente dalle loro differenti identità nazionali*, con uno svuotamento, di fatto, proprio di quest'ultimo concetto. Svuotamento avvertito dalla nostra stessa Corte costituzionale quando, nella nota [ord. n. 24 del 2017](#), affermò che l'ordinamento europeo deve avere la capacità di includere quel “tasso di diversità minimo, ma necessario per preservare la identità nazionale insita nella struttura fondamentale dello Stato membro”³⁴. Infatti, poiché i rapporti tra Unione e Stati membri “sono definiti in forza del principio di leale cooperazione, che implica reciproco rispetto e assistenza”, non vi sarebbe alcun rispetto da parte dell'Unione europea “se le ragioni dell'unità pretendessero di cancellare il nucleo stesso dei

²⁶ Cfr. Corte giust., sent. 16 febbraio 2022, *Polonia*, cit., punti 210 e 262.

²⁷ Cfr. Corte giust., sent. 16 febbraio 2022, *Polonia*, cit., punto 212.

²⁸ Cfr. EUCO 22/20, cit., 1, punto 2.

²⁹ Cfr. Corte giust., sent. 16 febbraio 2022, *Polonia*, cit., punto 265; sent. 16 febbraio 2022, *Ungheria*, cit., punto 233.

³⁰ Cfr. Corte giust., sent. 16 febbraio 2022, *Polonia*, cit., punto 266; sent. 16 febbraio 2022, *Ungheria*, cit., punto 234.

³¹ Sulla natura omogenizzante delle tradizioni costituzionali comuni, R. MICCÙ, *Il principio di omogeneità nel processo di costituzionalizzazione dell'Unione europea*, in V. ATRIPALDI, R. MICCÙ (a cura di), *L'omogeneità costituzionale nell'Unione europea*, Padova, 2003, 122 ss.

³² Così, M. CARTABIA, “Unità nella diversità”: *il rapporto tra la Costituzione europea e le costituzioni nazionali*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2005, 582 ss., in part., 587 ss., ora in F. Donati, G. Morbidelli (a cura di), *Una costituzione per l'Unione europea*, Torino, 2006, 185 ss.

³³ La letteratura sullo Stato di diritto è sterminata. Si vedano pertanto, sul punto, almeno P. Costa, D. Zolo, E. Santoro (a cura di), *Lo stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, 2002, 17 ss. e *passim*; R. BIN, *Lo Stato di diritto*, Bologna, 2017, *passim*.

³⁴ Così, [Corte cost., ord. 26 gennaio 2017](#), n. 24, punto 6.

valori su cui si regge lo Stato membro”³⁵. Altrimenti, aggiunge la Consulta, i “Trattati europei mirerebbero contraddittoriamente a dissolvere il fondamento costituzionale stesso dal quale hanno tratto origine per volontà degli Stati membri”³⁶, mirerebbero, cioè, a ledere sino ad eliminare la sovranità stessa degli Stati medesimi, per cui “il diritto dell’Unione, e le sentenze della Corte di giustizia che ne specificano il significato ai fini di un’uniforme applicazione, non possono interpretarsi nel senso di imporre allo Stato membro la rinuncia ai principi supremi del suo ordine costituzionale”³⁷.

Con riferimento poi alla mancanza di precisione del concetto di Stato di diritto, che comporterebbe una violazione del principio della certezza del diritto, il giudice sovranazionale ha risposto che l’art. 2, lett. a), reg. 2020/2092 “non mira a definire in modo esaustivo tale nozione, ma si limita a specificare, ai soli fini di tale regolamento, vari principi che essa ricomprende e che sono, secondo il legislatore dell’Unione, i più rilevanti alla luce dell’oggetto del regolamento in questione, che consiste nel garantire la protezione del bilancio dell’Unione”³⁸. Insomma, una volta assodato che l’art. 322 del TFUE costituisce la base giuridica del reg. 2020/2092, non si può che ribadire che esso “consente al legislatore dell’Unione di adottare disposizioni vertenti sulla constatazione di violazioni del valore dello Stato di diritto e sulle conseguenze giuridiche di tali violazioni, al fine di proteggere il bilancio dell’Unione e i suoi interessi finanziari qualora simili violazioni compromettano o rischino seriamente di compromettere tale bilancio e tali interessi”³⁹. Egualmente, non vi è violazione del principio di proporzionalità in quanto garantita “in maniera determinante, dal criterio dell’«impatto» delle violazioni dei principi dello Stato di diritto sulla sana gestione finanziaria del bilancio dell’Unione o sui suoi interessi finanziari”⁴⁰.

La Corte, quindi, si accontenta di fare riferimento a una definizione vaga (eludendo le doglianze delle ricorrenti) che, tuttavia, proprio in quanto tale, può essere “riempita” di qualunque significato rischiando di essere manipolata a fini populistici e propagandistici. In altri termini, quanto più a concetti importanti quale quello di Stato di diritto si forniscono definizioni *aperte* tanto più ci si presta a mistificazioni che confondono e offuscano la linea di separazione tra le istanze emancipatorie degli ordinamenti che si fondano sul principio di eguaglianza sostanziale e quelli che si fondano sugli opposti principi del mercato e della libera concorrenza. Così, l’unico modo per cercare di trasformare l’UE in un qualcosa di più accettabile per la nostra cultura giuridica è quello di dare sostanza ai concetti che in quella sede vengono utilizzati.

Infine, la Corte di giustizia afferma la legittimità della funzionalizzazione dello Stato di diritto alla sana gestione finanziaria e al rispetto del bilancio sovranazionale perché “il bilancio dell’Unione è uno dei principali strumenti che consentono di concretizzare, nelle politiche e nelle azioni dell’Unione, il principio di solidarietà, di cui all’art. 2 TUE, il quale costituisce a sua volta uno dei principi fondamentali del diritto dell’Unione”⁴¹.

4. *Lo Stato di diritto come “obiettivo di bilancio” e la solidarietà per il mercato. Il dogma economico sovranazionale e la sua incompatibilità con i principi costituzionali*

Una sentenza importante, dunque, che alcuni commentatori hanno già definito storica⁴².

³⁵ [Corte cost., ord. n. 24 del 2017](#), punto 6.

³⁶ [Corte cost., ord. n. 24 del 2017](#), punto 6.

³⁷ [Corte cost., ord. n. 24 del 2017](#), punto 6.

³⁸ Cfr. Corte giust., sent. 16 febbraio 2022, *Polonia*, cit., punto 323; sent. 16 febbraio 2022, *Ungheria*, cit., punto 227.

³⁹ Cfr. Corte giust., sent. 16 febbraio 2022, *Polonia*, cit., punto 328; sent. 16 febbraio 2022, *Ungheria*, cit., punto 244.

⁴⁰ Cfr. Corte giust., sent. 16 febbraio 2022, *Polonia*, cit., punto 361.

⁴¹ Cfr. Corte giust., sent. 16 febbraio 2022, *Polonia*, cit., punto 147; sent. 16 febbraio 2022, *Ungheria*, cit., punto 129.

⁴² Cfr. L. PECH, *No More Excuses. The Court of Justice greenlights the rule of law conditionality mechanism*, in [Verfassungsblog](#) 16 febbraio 2022; K.L. SCHEPPELE, *European Union’s Top Court Rules Against Hungary and Poland in Rule of Law Showdown*, in [World Justice Project](#), February 16, 2022; P. MORI, *La Corte di giustizia conferma la legittimità del regolamento sulla condizionalità finanziaria. L’Italia, unico tra gli Stati fondatori, non interviene*, sul sito

Eppure, pur condividendo le rilevanti perplessità relative al rispetto dello Stato di diritto in Polonia e in Ungheria, caratterizzate da identità nazionali inclini all'autoritarismo e alla *democrazia illiberale*⁴³, non è possibile ignorare l'ennesimo, inquietante, collegamento tra “valori” fondamentali e bilancio: solo le violazioni dello Stato di diritto che dovessero pregiudicare la sana gestione finanziaria dell'UE potranno fungere da fondamento per le sanzioni previste dal reg. 2020/2092 e dalla normativa sul *NGEU*. In altri termini, è solo il nesso di causalità tra tali violazioni e le conseguenze negative per gli interessi finanziari dell'Unione che comporterà l'attivazione del meccanismo sanzionatorio, non essendo sufficiente la mera constatazione di una violazione dello Stato di diritto.

Ancora una volta ci troviamo di fronte ad una netta prevalenza dei principi caratterizzanti le economie iper-liberistiche e ad un'esaltazione del *super principio* delle finanze sane a discapito dei principi e valori fondamentali degli ordinamenti democratici fondati sull'eguaglianza sostanziale.

L'aver dichiarato sanzionabili le violazioni che incidono sul bilancio UE, infatti, significa anche che (stante l'impossibilità di raggiungere l'unanimità richiesta dall'art 7 TUE) le uniche violazioni concretamente rilevanti ai fini dell'erogazione dei finanziamenti dell'UE, in quanto sanzionabili, saranno quelle che rilevano per la sana gestione finanziaria e la tutela del bilancio sovranazionale, con la conseguenza di trasformare lo Stato di diritto in un “obiettivo di bilancio”, cosicché tutto ciò che non è contabilizzabile perderà irrimediabilmente valore⁴⁴.

A ciò si aggiunga che “il rispetto dello Stato di diritto è essenziale non solo per i cittadini dell'Unione. ma anche per le iniziative imprenditoriali, l'innovazione, gli investimenti, la coesione economica, sociale e territoriale e il corretto funzionamento del mercato interno, i quali prosperano al massimo se è in vigore un quadro giuridico e istituzionale solido”⁴⁵.

Praticamente una ovvietà, stante la necessità di garantire che le Istituzioni e le politiche dell'ordinamento sovranazionale, come di qualunque altro ordinamento asseritamente democratico, debbano comunque rispettare le regole dello Stato di diritto⁴⁶ se non fosse che viene utilizzata per ribadire il consueto *Leitmotiv*: l'obiettivo unico e fondante dell'Unione, il mercato, che deve sempre e comunque funzionare al meglio e tutto ciò che potrebbe impedirne o rallentarne il funzionamento deve essere sanzionato.

Un'equazione diabolica, insomma, sintetizzabile nella formula: stato di diritto uguale esecuzione efficiente del bilancio dell'Unione, diretta alla costruzione e al buon funzionamento del mercato

[AISDUE](#), 17 febbraio 2022, che giustamente denuncia l'assenza dell'Italia tra gli Stati intervenuti in causa a sostegno del Parlamento e del Consiglio (*ivi*, 2).

⁴³ Che la democrazia illiberale sia elemento caratterizzante l'identità nazionale dell'Ungheria lo proclamò lo stesso primo ministro ungherese e *leader* del partito *Fidesz*, Viktor Orbán, in un celebre discorso tenuto il 26 luglio 2014 all'Università di Băile Tușnad, dove affermò che “il nuovo Stato che noi stiamo edificando in Ungheria è uno Stato illiberale, uno Stato non liberale, il quale non respinge i principi fondamentali del liberalismo come la libertà e i pochi altri che potrei elencare, ma non fa di questa ideologia l'elemento centrale dell'organizzazione statale, ma applica al suo posto un approccio specifico, nazionale, particolare”. Cfr. *Prime Minister Viktor Orbán's Speech at the 25th Bálványos Summer Free University and Student Camp*, 26 luglio 2014, in [Hungarian Spectrum](#), 31/07/2014. Il primo a parlare di democrazia illiberale su F. ZAKARIA, *The Rise of Illiberal Democracy*, in [Foreign Affairs](#), 1997, 22 ss. Sul punto, A. D'ATENA, *Democrazia illiberale e democrazia diretta nell'era digitale*, in [Rivista AIC](#), 2019, 583 ss.; G. D'IGNAZIO, *Le democrazie illiberali in prospettiva comparata: verso una nuova forma di Stato? Alcune considerazioni introduttive*, in [DPCE Online](#), 2020, 3863 ss.; F. DELFINO, *La democrazia “illiberale”: il modello di democrazia “sovrana” in Russia e di democrazia “cristiana” in Ungheria. Origini, similitudini e divergenze*, in [Nuovi Autoritarismi e Democrazie: Diritto, Istituzioni, Società](#), 2019, 46 ss.; A. SPADARO, *Dalla “democrazia costituzionale” alla “democrazia illiberale” (populismo sovranista), fino alla... “democrazia”*, in [DPCE online](#), 2020, 3885 ss.

⁴⁴ Cfr. V. ZAGREBELSKY, *Stato di diritto. I soldi contano più dei valori?*, in [La Stampa](#), 14 dicembre 2020; S. FABBRINI, *Polonia, Ungheria e la fragilità dell'Europa*, in [Il Sole 24 ORE](#), 13 dicembre 2020. Colgo l'occasione di ringraziare Michela Arricale e Giuseppe Bronzini che, in un interessante e fruttuoso scambio di idee, hanno stimolato alcune delle considerazioni esposte nel testo.

⁴⁵ Cfr. reg. 2020/2092, cit., cons. 11.

⁴⁶ Per quanto questa nozione risenta ancora, a mio avviso, di un che di Ottocentesco ormai superato da concetti ben più articolati quale quello di Stato costituzionale.

interno⁴⁷. Il che ci conduce anche ad osservare come il dogma economico alteri a cascata ogni aspetto della vita sociale e istituzionale dell'UE e quanto esso sia incompatibile con il nostro disegno costituzionale: i diritti dei lavoratori, la programmazione economica, l'emancipazione dai bisogni di ogni essere umano, l'universalità dei diritti sociali, tutte cose che al capitale non piacciono perché incidono negativamente sulla produttività.

Né, ad attenuare tali asserzioni può valere la considerazione che attraverso il proprio bilancio l'UE dà concretezza al principio di solidarietà di cui all'art. 2 TUE perché "il bilancio è lo strumento del diritto dell'Unione che traduce ogni anno il principio di solidarietà in termini finanziari e riveste importanza costituzionale"⁴⁸.

Si tratta di un'affermazione fuorviante e a tratti insoddisfacente in primo luogo perché lascia intendere che il bilancio UE abbia come suo scopo essenziale quello di garantire il principio solidaristico, il che è tutto da verificare⁴⁹, ma soprattutto perché detto principio non può sostituire quello ben più strutturato e giuridicamente avanzato racchiuso nella nozione di *Stato sociale* e nel principio fondamentale dell'eguaglianza sostanziale su cui esso si fonda⁵⁰.

La lettura fornita dalla Corte di giustizia risulta insoddisfacente proprio in virtù di quanto precedentemente affermato. Quando nella costruzione dell'Europa unita si fa appello al principio solidaristico (e non a quello di eguaglianza sostanziale) non si pensa ad uno strumento di trasformazione della società, ma ad un *mezzo per cristallizzare la struttura del corpo sociale senza incidere sulla distribuzione del reddito*. L'intervento pubblico a sostegno dei più bisognosi nella forma del solidarismo (o dell'assistenzialismo), infatti, *non ha per nulla l'effetto di eliminare le cause dei bisogni*, né, tanto meno, quello di rimuovere le distorsioni provocate dall'economia di mercato, né deve sorprendere che chi lo propugna sia anche, contemporaneamente, un fervente sostenitore del liberismo⁵¹, perché, anzi, *il solidarismo serve al liberismo*, ed è quindi da quest'ultimo difeso, nella misura in cui lo aiuta ad assumere tratti più umani ed accettabili, compensandone le conseguenze⁵².

⁴⁷ Indicative di una possibile violazione dello Stato di diritto sono, a mero titolo esemplificativo: le minacce all'indipendenza della magistratura; l'omessa prevenzione, rettifica o sanzione delle decisioni arbitrarie o illegittime assunte da autorità pubbliche, incluse le autorità di contrasto, la mancata assegnazione di risorse finanziarie e umane a scapito del loro corretto funzionamento o il fatto di non garantire l'assenza di conflitti di interesse; la limitazione della disponibilità e dell'efficacia dei mezzi di ricorso, per esempio attraverso norme procedurali restrittive e la mancata esecuzione delle sentenze o la limitazione dell'efficacia delle indagini, delle azioni penali o delle sanzioni per violazioni del diritto (così reg. 2020/2092, cit., art. 1).

⁴⁸ Cfr. *Conclusioni* dell'Avvocato generale M. CAMPOS SÀNCHEZ-BORDONA, causa C-156, Ungheria c. Parlamento e Consiglio, 2 dicembre 2021, punto 96.

⁴⁹ Cfr. V. LENAERTS, S. ADAM, *La solidarité, valeur commune aux États membres et principe fédératif de l'Union européenne*, in *Cahiers de droit européen*, 2021, 307 ss.

⁵⁰ Cfr. G. AZZARITI, *Uguaglianza e solidarietà nella Carta dei diritti di Nizza*, in M. Siclari (a cura di), *Contributi allo studio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Torino, 2003, 61 ss.; A. RUGGERI, *Crisi economica, dialogo tra le Corti e salvaguardia dei diritti fondamentali (con specifico riguardo alla materia pensionistica)*, in Dirittifondamentali.it, 2017, 3, secondo il quale "il principio di eguaglianza, specie nella sua declinazione sostanziale" deve essere "considerato congiuntamente al principio di solidarietà, al quale si salda al punto di rendersi da esso inseparabile". Sul solidarismo, si veda R. ZOLL, *Soldarietà*, in *Enc. sc. soc.*, Roma, 1998, 245, che afferma "il solidarismo venne e viene tuttora definito da molti autori come un movimento che si proponeva di trovare una terza via tra l'individualismo (liberale) e il socialismo (o collettivismo)".

⁵¹ Si vedano, sul punto, le considerazioni di A. SEN, *Etica ed economia*, Bari, 2002, 30 ss., secondo il quale «l'analisi smithiana è stata ampiamente male interpretata con gravi conseguenze», sottolineando come Smith, nonostante fosse «contrario a sopprimere o limitare il commercio», non era affatto contrario «alle leggi sull'assistenza ai poveri» (*ivi*, 34-35).

⁵² Si veda, nello stesso senso, M. BENVENUTI, *Democrazia e potere economico*, in Rivista AIC, 2018, 284; A. LUCARELLI, *Il modello sociale ed economico europeo*, in ID., *Scritti di diritto pubblico europeo dell'economia*, Napoli, 2016, 119 ss., in part. 134; M. GIAMPIERETTI, *Dis-eguaglianza e mercato*, in M. Della Morte (a cura di), *La dis-eguaglianza nello Stato costituzionale*, Napoli, 2016, 75 ss.

Massimiliano Mezzanotte

La proporzionalità “contesa”: Corte di giustizia e giudici nazionali a confronto*

ABSTRACT: *Proportionality is a principle which, in addition to being present in national legal systems, is provided in art. 5 TEU as a limit to the exercise of the competences of the European Union. The study analyzes specifically the jurisprudence that, applying this criterion, has been formed on the subject of limits to the powers of the European Central Bank, from which it emerges that while the German Constitutional Court uses a strict scrutiny, the Court of Justice balances in a flexible way costs and benefits, according to the objectives of economic policy pursued by the Union. The result is a different way of understanding this principle, which is also influenced by the specific interests pursued, and which leads to questions about the need to increase the dialogue between the Courts and between the ECB and national representative bodies.*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il sindacato costituzionale sul controllo della Corte di giustizia. – 3. Principio di proporzionalità: diversi ambiti, diversi significati. – 4. La regola del minimo mezzo. – 5. Il “principio utilitaristico” secondo le Corti costituzionali: logiche interne e interessi nazionali. – 6. La proporzionalità come strumento per superare la distinzione tra politica monetaria ed economica. – 7. Verso un test di proporzionalità di respiro europeo?

1. Introduzione

L’Unione europea nasce come un’organizzazione di Stati con il fine di condividere finalità e obiettivi. Ma la struttura che si realizza si fonda su regole organizzative e poteri limitati; ciò significa che l’UE può agire solo nell’ambito delle competenze e nel rispetto delle regole funzionali indicate nei Trattati.

L’art. 5 TUE risponde a questa *ratio*, ossia alla necessità di introdurre dei principi, quello di sussidiarietà e proporzionalità, che si pongono come limite al potere dell’Unione, disciplinandone l’esercizio delle competenze; mentre il primo prevede che l’intervento dell’UE è necessario solo dove il fine non possa essere perseguito a livello statale, il secondo permette di circoscrivere l’azione europea, che non può andare oltre ciò che è necessario per raggiungere tali finalità. Questi principi, di rango costituzionale, considerati insieme a quello di attribuzione, mirano a garantire il «*federal order of competences*», per mezzo della limitazione della titolarità e dell’esercizio del potere dell’UE¹.

Sotto il profilo applicativo, però, non mancano contrasti, in ragione della necessità di garantire il conferimento all’Unione di poteri necessari per il raggiungimento di obiettivi definiti e, nel contempo, di rispettare la divisione delle competenze tra Unione e Stati membri.

Ma in quest’ottica, allora, è da chiedersi come viene articolato il controllo negli ambiti di intervento, in particolare, se il differente livello di applicazione possa comportare anche delle tensioni in merito ai limiti di azione, soprattutto nel settore economico, dove l’ago della bilancia è rappresentato proprio dall’angolo di visuale, ossia se la prospettiva è assunta in chiave comunitaria o statale. Ciò potrebbe portare a sindacare l’operato di tutti gli organi dell’UE, proprio in ragione dell’attività messa in campo, rapportata agli obiettivi da raggiungere e al relativo sacrificio imposto agli Stati o ai cittadini europei.



* Contributo inserito nel progetto “PRIN” (2017) “Garanzia dei diritti e qualità dei servizi nella prospettiva dello sviluppo territoriale integrato. Buon andamento, multilevel governance e cooperazione territoriale per una nuova strategia di acquisizione di risorse e razionalizzazione della spesa pubblica” dell’Unità di ricerca dell’Università di Teramo (Responsabile scientifico Prof. Salvatore Cimini).

¹ A. VON BOGDANDY, J. BAST, *The Federal Order of Competences*, in *Principles of European Constitutional Law*, a cura di A. von Bogdandy, J. Bast, Oxford, 2009, 275.

2. Il sindacato costituzionale sul controllo della Corte di giustizia

Un esempio di quanto detto si è avuto di recente. I poteri della BCE sono stati infatti posti al centro del dibattito politico europeo a seguito della decisione del Secondo Senato del Tribunale costituzionale federale tedesco che ha criticato le scelte della Banca europea in merito alla procedura di acquisto dei titoli di debito pubblico. In sostanza, la contestazione investiva, tra l'altro, il *Public Sector Purchase Programme* (PSPP), che costituiva un profilo di primo rilievo del *Quantitative Easing*.

In questa nuova tappa dello scontro tra Corte UE e *Bundesverfassungsgericht*², la materia del contendere investiva non direttamente i limiti dei poteri della BCE, che erano stati oggetto di verifica nella sentenza *Weiss* dell'11.12.2018, bensì l'attività della Corte di giustizia, che avrebbe adottato una decisione sul PSPP non rispettosa del principio di proporzionalità e dei Trattati. Un sindacato, cioè, troppo morbido sulle motivazioni espresse nella sentenza del 2018 dalla CGUE, che avrebbe ommesso di valutare se la BCE avesse dato un'interpretazione non corretta dei Trattati, andando così *ultra vires*³.

Per tale ragione, si invitava il Governo federale tedesco e il *Bundestag* a richiedere alla BCE di fornire chiarimenti circa il rispetto del principio di proporzionalità entro tre mesi; nel frattempo, la *Bundesbank* non avrebbe potuto procedere all'acquisto dei titoli.

La decisione è stata ampiamente commentata e criticata sotto molteplici profili; è stato evidenziato che l'attuazione della decisione avrebbe provocato l'immediata sospensione di acquisto di titoli da parte della Banca centrale tedesca e l'obbligo di immettere nel mercato le obbligazioni in suo possesso, con conseguenze sicuramente negative per l'economia tedesca (aumento del costo del debito tedesco e riduzione dello *spread*)⁴. Per altri invece, la decisione ha sollevato diverse problematiche soprattutto in relazione al dialogo giudiziario tra Corti all'interno dell'UE, alla posizione istituzionale della Corte di giustizia europea, all'autorità del diritto europeo e al relativo primato ed al necessario rispetto dei principi cardini dell'Unione; in particolare, essa è andata a scuotere gli stessi cardini delle scelte economiche, attività che si ripercuote sulla capacità preservare in modo efficiente i valori fondanti l'Unione all'interno degli Stati membri. Sotto altro profilo, ad essere messe in discussione sono proprio gli ambiti fondamentali dell'azione comunitaria, ossia l'Unione economica e monetaria, la cui traiettoria futura non potrà non risentire di tale presa di posizione⁵.

Ma non è questo il campo su cui ci si vuole focalizzare né i successivi sviluppi della vicenda. Quello che interessa è sia l'utilizzo che viene fatto del principio di proporzionalità (e in particolare, della sua applicazione in campo di politica economica), sia la possibilità che lo stesso diventi uno strumento tale da fungere da cardine, secondo una logica utilitaristica, nel campo dei controlli dal basso della politica economica della BCE.

3. Principio di proporzionalità: diversi ambiti, differenti significati.

Resta da comprendere se il differente livello in cui è chiamato ad operare il principio di proporzionalità influisce sulle tecniche di giudizio. Ci troviamo sempre in presenza di un sindacato deformalizzato, che si manifesta in modelli di controllo sviluppati in ordinamenti tendenzialmente complessi legati all'applicazione di alcuni principi ispiratori, come quello di sussidiarietà. In

² Ricostruisce attentamente questo "braccio di ferro", HILPOLD, *So Long Solange? The PSPP Judgment of the German Constitutional Court and the Conflict between the German and the European 'Popular Spirit'*, in [Cambridge Yearbook of European Legal Studies](#) (2021).

³ G. SCACCIA, *Nazionalismo giudiziario e diritto dell'Unione europea: prime note alla sentenza del BVerfG sui programmi di acquisto dei titoli del debito della BCE*, in [DPCE online](#), 1/2020.

⁴ In tal senso, G. SCACCIA, *Nazionalismo giudiziario*, cit., che sottolinea però l'improbabilità di tale prospettiva.

⁵ P. DERMINE, *The Ruling of the Bundesverfassungsgericht in PSPP – An Inquiry into its Repercussions on the Economic and Monetary Union*, in [European Constitutional Law Review](#), 16 (2020), 525 ss.

quest'ottica, però, i diversi livelli in cui agisce non possono che influire sulle tecniche di bilanciamento e di proporzionalità attuate. Per dirla in altri termini, la proporzionalità, essendo una tecnica attuata in un sistema *multilevel*, necessariamente si attegga in modo diverso a seconda del piano in cui agisce, seguendo una logica degli interessi dell'ambito di riferimento. A livello statale, com'è emerso nella decisione del Tribunale costituzionale tedesco, opera come forma di difesa dei principi interni contro forme eccessivamente invasive da parte dell'UE. Se la teoria dei controlimiti opera sotto il profilo sostanziale, il principio di proporzionalità agisce a livello di esercizio delle competenze.

Tale ricostruzione porta a ritenere che le relative coordinate mutano in relazione all'ampiezza territoriale di riferimento. A livello interno, sarà un controllo ispirato a logiche più stringenti e aderenti a istanze statali, a livello dell'Unione mirerà ad un contemperamento delle necessità di tutti gli Stati. Nel primo caso, sarà una verifica tendente a un bilanciamento tra interessi riconducibili a differenti centri di riferimento; nel secondo, sarà invece uno strumento volto alla ricerca di un minimo comun denominatore secondo una logica che vede l'Unione europea assimilabile a una funzione di variabili indipendenti. Come principio condiviso "endogeno" all'interno dell'ordine giuridico europeo⁶, esso ha il fine, insieme al principio di sussidiarietà, di evitare una suddivisione piramidale del potere, mirando piuttosto a perseguire una distribuzione dello stesso in modo adeguato e flessibile in relazione ai centri di interesse, in modo da garantire che la collaborazione di tutte le istanze (nazionali, intergovernative e comunitarie) sia il più efficiente possibile⁷.

Tale differente logica promana sia dall'origine del principio stesso, sia dalla circostanza da ultimo ricordata in merito al campo di azione che lo vede coinvolto.

Sotto il primo profilo, infatti, esso deriva dalle differenti tradizioni degli Stati membri (dal concetto tedesco di *Verhältnismäßigkeit*, da quello francese di *théorie du bilan*, da quello inglese di *reasonableness* e da quello italiano di ragionevolezza), anche se il controllo a livello europeo si articola, sotto il profilo funzionale, secondo il modello elaborato dalla giurisprudenza tedesca, in tre passaggi (il riesame di necessità delle misure in relazione al fine stabilito, quello sull'adeguatezza o delle misure meno restrittive e infine il controllo di proporzionalità *stricto sensu*, che analizza la proporzione tra limiti e obiettivi desiderati⁸).

Sotto il secondo, invece, esso agisce su tre livelli, ossia sul controllo degli atti dell'Unione europea, su analoghe attività svolta nei confronti degli Stati membri (in caso di mancato rispetto delle libertà economiche o degli atti dell'Unione); infine, come limite alla discrezionalità del legislatore europeo, in base a quanto disposto dall'art. 5.4 del TUE⁹.

Tale dato emerge in particolare dall'utilizzo fatto dalla Corte; a livello statale, esso si fonda nella prima fase del giudizio sulla tutela dei diritti del cittadino nei confronti di interventi statali inutili o inadeguati o, comunque, sotto il profilo assiologico, tali da garantirne il rispetto del contenuto essenziale¹⁰ o del principio della ragionevolezza del trattamento in relazione al diritto che in concreto viene coinvolto¹¹. A livello europeo, esso invece si basa sulla ricerca di un giusto equilibrio, a seconda degli interessi che di volta in volta entrano in gioco, tra visioni individualistiche e rispetto del

⁶ D. SIMON, *Y a-t-il des principes généraux du droit communautaire?* in *Droit: revue française de théorie juridique*, 1991, 14, 78.

⁷ Così si esprime, J. M. FERRY, *Europe la voie kantienne*, Parigi, 2005, 151-152.

⁸ Sul tema, D. U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità fra diritto nazionale e diritto europeo (e con uno sguardo anche al di là dei confini dell'Unione Europea)*, in *Riv. it. diritto pubbl. com.*, 2019, n. 6, 907 ss.

⁹ In tal senso, A. PORTUESE, *Principle of Proportionality as Principle of Economic Efficiency*, in *European Law Journal*, vol. 19, n. 5, settembre 2013, 613. Secondo l'art. 5.4. TUE, «in virtù del principio di proporzionalità, il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati. Le istituzioni dell'Unione applicano il principio di proporzionalità conformemente al protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità».

¹⁰ G. SCACCIA, *Il controllo di proporzionalità della legge in Germania*, in *Annuario di diritto tedesco*, 2002, 379 ss.

¹¹ M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, sul [sito](#) della Corte costituzionale, 15-16, che sottolinea come il canone di ragionevolezza (insieme a quello di proporzionalità) non si riduce ad un mero sillogismo deduttivo di tipo matematico o a una valutazione astratta, bensì è espressione di una valutazione concreta, concatenata all'esperienza giuridica fattuale.

principio degli interessi federalisti sottesi all'attività dell'Unione, su quello cioè che è stato definito *the integration context*, ossia quella dimensione che fa cambiare radicalmente il significato, disancorandolo da una dimensione puramente nazionale¹² e trasformandolo in un controllo multilivello di rispetto del diritto europeo.

4. *La regola del minimo mezzo.*

Anche nella fase del controllo sull'idoneità, però, il distacco tra la concezione statale e quella dell'Unione è palpabile. Il principio che ha trovato applicazione nel caso della sentenza di maggio fa pensare a quella regola del minimo mezzo che nel campo dell'economia appare di grande rilievo e si concretizza in un sindacato sulla necessità dello strumento per la realizzazione di un fine pubblico, sulla base di una logica comparativa tra il mezzo utilizzato e il perseguimento dell'obiettivo. Esso quindi si struttura come una regola fattuale di valutazione di interessi concreti secondo una logica di efficienza dell'azione in ragione del fine da perseguire.

Il fondamento appena evidenziato è stato peraltro criticato in quanto il principio di proporzionalità, in ragione degli interessi contemperati, non si presta ad un giudizio fondato su criteri di natura economicistica. Infatti, la scelta del mezzo in grado di valutare non l'idoneità dello strumento volto a perseguire fini di giustizia bensì la migliore allocazione dei beni si scontra con la natura stessa del diritto, non ispirato a un mercato dei valori bensì a un equo temperamento degli stessi. In sostanza, appare dubbio poter applicare un modello liberale fondato sulla regola dell'efficienza a uno che invece persegue la giustizia sociale¹³ e la tutela dei diritti dell'individuo. In quest'ottica, infatti, allorché viene utilizzato nell'ambito della salvaguardia dei diritti, in particolare di quelli sociali, esso si caratterizza per avere o una natura difensiva o una creativa, ossia per tutelare i diritti o per ampliarne la portata¹⁴.

Nel caso di valutazioni su questioni di politica economica, sembra però che il principio di proporzionalità venga condizionato proprio da tali interessi. Il temperamento effettuato non si ispira a un criterio fondato su una equa ponderazione di contrapposte esigenze, al di fuori di schemi di natura matematica, ma su un'attività valutativa che necessariamente coinvolge scelte di natura finanziaria fondate sul parametro dell'utilità. Così effettuato, il bilanciamento diventa la ricerca di un punto di equilibrio tra ambiti confliggenti individuato sulla base del canone dell'efficienza. Il *balancing test* effettuato, detto in altri termini, non si fonda sulla logica di principi confliggenti, bensì sulla ponderazione dell'utilizzo dei mezzi in relazione ai fini. Un rapporto, cioè, che si basa sull'analisi costi/benefici sottesi al perseguimento degli obiettivi.

Secondo questa chiave di lettura, lo strumento utilizzato come parametro nelle mani della Corte di giustizia dell'Unione europea serve a porre un argine alla discrezionalità sia del legislatore europeo che dei Parlamenti nazionali, secondo una logica valoriale del tutto autonoma da quella degli Stati¹⁵, sebbene tragga da questi l'idea di fondo¹⁶.

L'applicazione giurisprudenziale¹⁷ evidenzia una serie di caratteristiche che contraddistinguono il giudizio della Corte, ispirato alla ricerca del rapporto mezzo/fine, all'analisi dell'onerosità dei mezzi

¹² Così si esprime W. SAUTER, *Proportionality in EU Law: A Balancing Act?* in [Cambridge Yearbook of European Legal Studies](#), 2013, 15, 445.

¹³ G. SCACCIA, *Il controllo di proporzionalità della legge in Germania*, cit.

¹⁴ In tal senso, X. CONTIADES e A. FOTIADOU, *Social rights in the age of proportionality: Global economic crisis and constitutional litigation*, in *I-Con* (10) 2012, 665.

¹⁵ A. PORTUESE, *Principle of Proportionality as Principle of Economic Efficiency*, cit., 618.

¹⁶ C-108/63, *Officine Elettromeccaniche A. Merlini v. High Authority ECSV* (1963) 1, § 3. Sulla derivazione statale di questo principio, B. DE WITTE, *The Role of Institutional Principles in the Judicial Development of the European Union Legal Order*, in *The Europeanisation of Law: The Legal Effects of European Integration*, a cura di F. Snyder, Oxford, 2000, 90.

¹⁷ Un'analisi giurisprudenziale in tal senso, in A. PORTUESE, *Principle of Proportionality as Principle of Economic Efficiency*, cit., 623 ss.

utilizzati o, nella proporzionalità *stricto sensu*, alla valutazione degli svantaggi causati in relazione al fine perseguito. Il principio dell'efficienza rappresenta quindi il *leit motiv* ispiratore del principio di proporzionalità, da cui trae sia la *ratio* che il *modus operandi* concreto.

Resta sullo sfondo la diversità degli orizzonti utilitaristici di riferimento in cui esso opera; la logica valoriale ispirata alla ricerca del miglior compromesso tra costi e benefici per il perseguimento di un fine porta, necessariamente, alla relativizzazione di questo bilanciamento in ragione degli interessi coinvolti. Il territorio di riferimento, collegato ad interessi localizzati, influisce necessariamente sul principio in esame e sulle tecniche di giudizio che ad esso si ispirano.

5. Il “principio utilitaristico”: logiche interne e interessi nazionali.

Infine, anche il bilanciamento vero e proprio di interessi, come ultima fase del giudizio basato sul principio di proporzionalità, assume una sembianza differente, quando entrano in gioco logiche e scelte di natura politico-economica. Ma se a livello statale si è sottolineata la necessità di elaborare un *test* di giudizio che permetta anche di arginare l'eventuale discrezionalità decisionale delle Corti¹⁸, chiamate comunque a motivare le decisioni basandosi su un'interpretazione volta a garantire il raccordo tra principi costituzionali e attività ermeneutica di loro attualizzazione, a livello europeo si evidenzia la maggior severità «quando viene in esame la conformità al principio di proporzionalità di misure nazionali compressive di libertà mercantili rispetto a casi in cui il controllo giurisdizionale riguarda atti delle istituzioni comunitarie»¹⁹.

Il caso prospettato non è però l'unico che può essere ricondotto a un uso parametrato a valori interni del principio di proporzionalità. Tale forma di utilizzo porta in sostanza a capovolgere la sua essenza, relativizzandola all'utilità concreta perseguita. In quest'ottica, esso può essere naturalmente piegato a una logica di tutela degli interessi nazionali, sulla base del rapporto costi/benefici in ragione del sacrificio imposto. Sebbene ispirato ad un senso astratto di giustizia²⁰, è innegabile che esso si leghi in modo stretto con aspetti concreti dei destinatari dei provvedimenti. Ed ecco che il sistema matematico, soprattutto allorché gli interessi coinvolti riguardano organizzazioni e attività di natura preminentemente economiche, caratterizza l'applicazione del principio di proporzionalità. Com'è ovvio, in queste dimensioni, che ovviamente prescindono dalla giustizia sociale, l'utilizzo di un criterio ispirato all'efficienza muove proprio dalla particolare scelta che si trova a fare l'organo decidente di fronte alla ricerca di un equilibrio nell'allocazione di beni e risorse tale da perseguire un adeguato livello di soddisfazione.

Sembra emergere quindi questa doppia anima del principio di proporzionalità; se per i diritti vi sarebbe un uso forte²¹, per le questioni di ordine economico traspare un utilizzo per c.d. debole. In questo secondo caso, ciò che rileva non è la ricerca di una tecnica di bilanciamento volta a dare massima tutela e garanzia ai diritti e quindi di una sua applicazione volta a graduare le forme di limitazione²², bensì di un mezzo per ottenere il maggior risultato con il minimo sacrificio possibile,

¹⁸ G. SCACCIA, *Il controllo di proporzionalità della legge in Germania*, cit., 379 ss.

¹⁹ G. SCACCIA, *Proporzionalità e bilanciamento tra diritti nella giurisprudenza delle Corti europee*, in [Rivista AIC](#), n. 3/2017, del 26 settembre 2017, 11.

²⁰ F. PARSONS, *Legal Doctrine and Social Progress*, New York, 1911, 165, secondo il quale il principio di proporzionalità «is the core of equity, the heart of justice».

²¹ G. SCACCIA, *Proporzionalità e bilanciamento tra diritti nella giurisprudenza delle Corti europee*, cit., 10, precisa che dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, con riferimento alla materia trattata, «sono prevalenti le pronunce in cui, attraverso il controllo di proporzionalità, diritti fondamentali non mercantili sono connessi, rafforzandole, a libertà fondamentali garantite agli individui contro i rispettivi Stati membri rispetto a quelle in cui, al contrario, l'esigenza di tutela di detti diritti autorizza gli Stati a imporre – sempre nel rispetto della proporzionalità – misure limitative della libertà economica». In sostanza, emerge una graduazione nell'utilizzo del principio di proporzionalità in relazione alla natura della situazione giuridica controversa.

²² In tal senso, G. SCACCIA, *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto costituzionale*, in *Dialoghi su ragionevolezza e proporzionalità*, a cura di A. Fachechhi, Napoli, 2019, 177 ss.

in un'analisi costi/benefici tendenzialmente volta a valutare la giustificazione delle scelte economiche adottate.

Questo elemento emerge ad esempio nel c.d. *Regulatory Impact Assessment*, ossia l'analisi di impatto elaborata dalla Commissione europea²³, che è stata utilizzata in sede giurisdizionale dalla Corte di giustizia proprio in relazione allo studio dell'impiego di oneri che non devono essere sproporzionati in rapporto agli scopi perseguiti²⁴. L'indagine conduce a valutare se le finalità stabilite siano idonee a giustificare conseguenze economiche negative, ad effettuare cioè un'analisi se i costi (diretti e indiretti) possano garantire «*optimal, proportional an justifiable regulatory choices*»²⁵.

Ma tale orientamento si riverbera anche sulle decisioni assunte dalla Corte di giustizia in sede di sindacato sull'osservanza di tale principio. Nella sentenza dell'8 giugno 2010, essa ha ribadito che al legislatore dell'UE debba essere riconosciuto un ampio potere discrezionale in quegli ambiti che richiedono l'adozione di scelte sia di natura politica che economica e sociale e in cui devono essere effettuati apprezzamenti e valutazioni complesse²⁶; nella sentenza 13 marzo 2019 ha precisato che «non si tratta, quindi, di stabilire se una misura emanata in un settore siffatto fosse l'unica o la migliore possibile, in quanto solo la manifesta inidoneità della misura rispetto all'obiettivo che le istituzioni competenti intendono perseguire può inficiare la legittimità della misura medesima»²⁷. Un orientamento, questo, sul livello di sindacato dell'osservanza del principio di proporzionalità, da ritenersi ormai costante nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, che lascia intendere l'onere per lo Stato membro di evidenziare l'errore manifesto in cui sarebbe incorso il legislatore dell'UE²⁸. Questo profilo permette allora di interrogarsi sulla necessaria distinzione tra politica monetaria e economica all'interno dell'azione comunitaria e su come i due ambiti vengano intesi dalla Corte di giustizia.

6. La proporzionalità come strumento per superare la distinzione tra politica monetaria ed economica.

Com'è stato osservato, il vero obiettivo della decisione della Corte tedesca sono i futuri interventi in materia di acquisti, che l'Unione potrebbe intraprendere per fronteggiare le conseguenze economiche della pandemia²⁹. Questo meccanismo ricorda tanto quelle rimostranze che ogni Stato può intraprendere allorquando risulta violato il principio di sussidiarietà. Ma soprattutto evidenzia come sia in atto quel fenomeno complesso che vede da un lato attribuire alle Corti quella funzione unificante un tempo di spettanza degli organi rappresentativi, dall'altro il ricorso a parametri spesso volatili che portano a giustificare la presa di decisioni ispirate a criteri di giustizia sostanziale, più che di natura formale.

In questa logica che vede il progressivo distanziamento da un'interpretazione tendenzialmente letterale dei testi fondamentali (e una progressiva concretizzazione dei principi in essa contenuti), lo strumento della proporzionalità rappresenta forse quel criterio ermeneutico che più degli altri permette di creare un giudizio strutturato sulla razionalità interna dei provvedimenti adottati,

²³ Sul tema, C. KIRKPATRICK e D. PARKER, *Regulatory Impact Assessment: An Overview*, in *Regulatory Impact Assessment: An Overview?* a cura di C. Kirkpatrick e D. Parker, Cheltenham, 2007, 2 ss.

²⁴ In tal senso, SENATO DELLA REPUBBLICA, Servizio per la qualità degli atti normativi, *L'analisi d'impatto della regolamentazione nel processo decisionale europeo*, a cura di L. Di Giambattista, Roma, aprile 2016, 17.

²⁵ W. MARNEFF e L. VEREECK, *The meaning of regulatory cost*, in *European Journal of Law and Economics*, n. 32, 2011, 355.

²⁶ Sentenza dell'8 giugno 2010, *Vodafone e a./ Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform*, causa C-58/08, EU:C:2010:321, § 52.

²⁷ Sentenza 13 marzo 2019, *Polonia/Parlamento europeo e Consiglio*, causa C-128/17, EU:C:2019:1035, § 77.

²⁸ In tal senso, la ricostruzione effettuata nella *Relazione della Commissione. Relazione Annuale 2019 sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità e sui rapporti con i Parlamenti nazionali*, COMM (2020) 272 final, del 30 giugno 2020, 9-10.

²⁹ G. SCACCIA, *Ragionevolezza*, cit.,

scandagliando il metodo utilizzato per raggiungere determinati obiettivi³⁰. Nel contempo, l'analisi non sfocia nella mera discrezionalità, ma viene caratterizzata da un controllo sul rapporto fini/mezzi, come ottimizzazione, secondo una prospettiva più ampia, di possibilità fattuali e legali³¹. La differenza che annida nei diversi livelli di controllo sulla base della proporzionalità comporta che le scelte europee possano essere valutate in entrambi i livelli, secondo una logica discendente di applicazione del principio richiamato.

In questa prospettiva, il controllo da parte della Corte di giustizia, attuato a maglie più larghe, potrebbe apparire non sufficiente a soddisfare i parametri interni, ispirati da interessi differenti. La logica posta a fondamento del sindacato si caratterizza, quindi, per ampiezza e presupposti diversi, che necessariamente portano a un allontanamento tra le giurisdizioni poste a livelli differenti.

Il principio di proporzionalità, considerato come uno strumento di salvaguardia del sistema federale delle competenze, attraverso la limitazione dell'esistenza e dell'esercizio del potere normativo dell'UE, conduce però ad interrogarsi anche sulla tipologia di diritti e interessi che vengono, di volta in volta, individuati, specificati e che, infine, formano oggetto di bilanciamento. Ma dietro il paravento della tutela dei diritti individuali, si cela il contrasto tra Stati membri e UE basato sulla salvaguardia dei propri ambiti di autonomia decisionale³². Una sorta di barriera a tutela di logiche interne, che permette di arginare forme di attivismo della Corte di giustizia in ambiti ritenuti di esclusiva spettanza statale. Le Corti statali si ergono quindi a baluardo di quelle che sono le scelte di natura economica che lo Stato può intraprendere e della loro relativa armonizzazione con quelle dell'Unione.

Attraverso questo mezzo, allora, si può alleggerire il divario esistente tra politica economica e monetaria che, allo stato, sussiste. Le scelte effettuate a partire dal Trattato di Maastricht sono state influenzate dalla teoria c.d. della macroeconomia neoclassica, che si fonda sulla distinzione di competenze nel campo monetario ed economico, con relativa differenziazione nell'attribuzione delle relative funzioni³³. Alla luce di tali considerazioni, quindi, mentre la politica economica è rimasta una materia di spettanza nazionale – sebbene coordinata con le politiche comunitarie (art. 5 TFUE) – quella monetaria è di spettanza dell'Eurosistema.

Ma tale distinzione, in realtà, ha presentato sin dall'origine una serie di problemi. Sotto il profilo normativo, la delimitazione effettuata dai Trattati non è particolarmente chiara; sotto il profilo pratico, non sembra possibile mantenere una tale diversificazione tra i due ambiti – politica economica e monetaria – senza che di fatto venga a realizzarsi una reciproca interferenza³⁴. Detto altrimenti, appare innegabile che esista un'area in cui le varie competenze dell'Unione, sebbene tenute distinte sotto il profilo normativo, si accavallano, formando una zona in cui le stesse non sono facilmente distinguibili.

Ciò peraltro non è stato, nel corso degli anni, del tutto indifferente per l'ordinamento europeo, ma ha creato tensioni tra Unione e Stati membri, che reclamavano la propria sfera di competenza e consideravano tale estensione una lesione delle proprie attribuzioni. Per tale ragione è stata chiamata in causa varie volte la Corte di giustizia, che ha dovuto tentare di far chiarezza sull'esatta individuazione degli ambiti di spettanza.

Basti a riguardo ricordare, ad esempio, i casi *Pringle*, *Gauweiler* e *Weiss*, in cui la CGUE ha superato una visione rigida, approdando a un approccio funzionale, in base al quale l'oggetto perseguito da una misura determina la natura economica o monetaria dell'intervento, basandosi sulla

³⁰ Secondo J. SCHWARZE, *European Administrative Law*, Londra, 2006, 664-665, il principio in esame risulta essere fondamentale nel campo del diritto dell'economia dell'Unione europea, perché in assenza di un sistema di diritto amministrativo europeo, permette di sindacare la relazione tra fini perseguiti e metodi utilizzati.

³¹ R. ALEXY, *Constitutional Rights and Proportionality*, in *Revue*, 2014, 22, 52.

³² Su tali problematiche, D. HARVEY, *Federal Proportionality Review in UE Law: Whose Rights are they Anyway?* in *Nordic Journal of International Law*, 2020, n. 89, 303 ss.

³³ Sul tema, O. ISSING, *On Macroeconomic Policy Co-Ordination in EMU*, in *JCMS*, 2002, volume 40, numero 2, 345 ss.

³⁴ Spunti nel senso di un approccio integrato nell'ambito delle politiche dell'Unione, P. FORESTI, *Monetary and Fiscal Policies Interaction in Monetary Unions*, in *Journal of Economic Surveys*, 2018, volume 32, Issue 1, 226 ss.

dottrina del c.d. centro di gravità, ossia sulla considerazione dell'elemento preponderante dell'atto, analizzando il relativo contenuto e lo scopo³⁵.

Sulla base di questa concezione, però, la Corte ha favorito quello che è stato definito un «*light-touch approach*», un atteggiamento deferente nei confronti delle scelte discrezionali della Banca centrale europea nell'interpretazione del proprio mandato istituzionale³⁶.

Questa incertezza nell'operare una netta demarcazione tra ambiti di intervento ha creato un'interdipendenza tra i due settori, senza possibilità, sul piano concettuale, di operare una netta distinzione. Questo è il dato che si ricava dalla sentenza *Weiss*, in cui la Corte giunge a rilevare che «nell'ambito dell'equilibrio istituzionale stabilito dalle disposizioni contenute nel titolo VIII del Trattato FUE, nel quale si inserisce l'indipendenza garantita al SEBC dall'articolo 130 e dall'articolo 282, paragrafo 3, TFUE, gli autori dei Trattati non hanno inteso operare una separazione assoluta tra la politica economica e quella monetaria»³⁷. Le misure di natura monetaria giungono quindi a provocare degli effetti indiretti sulle scelte statali di politica economica.

I principi e le regole che animano un ambito vengono quindi estese anche all'altro. La logica europea che caratterizza la politica monetaria diviene assorbente anche nei confronti delle scelte statali di politica economica. Ma se gli effetti sono prevedibili, in chiave europea, nell'ottica statale, come sottolineato dalla Corte di giustizia tedesca, diventano imprevedibili.

Logiche opposte, secondo la Corte, si giustificano e permettono una sorta di principio di vasi comunicanti tra differenti competenze; per il Tribunale costituzionale tedesco tale commistione, si potrebbe dire per capillarità, non è accettabile.

Resta sullo sfondo, allora, la necessità di individuare un minimo comun denominatore, in grado di evitare di dare lo stesso *nomen iuris* ad uno strumento che però ha delle coordinate e degli ambiti applicativi completamente diversi.

7. Verso un test di proporzionalità di respiro europeo?

Il punto nodale risulta essere il *test* di proporzionalità utilizzato, ossia se esso viene ancorato, come dalla Corte costituzionale tedesca, ad un modello fondato su di un sistema rigido di competenze, oppure se, in virtù di una visione dinamica, si giunge a considerare non le sole attribuzioni senza invece tenere a mente anche gli obiettivi da raggiungere.

Si appalesa quindi un distacco tra la proporzionalità utilizzato tra le due Corti. Il *Bundesverfassungsgericht* ne fa un utilizzo rigido, ispirato alle tecniche decisorie in materia di diritti fondamentali, in cui lo scrutinio è particolarmente stretto. La Corte di giustizia, invece, effettua un bilanciamento costi/benefici, tenendo come punto di riferimento lo scopo da raggiungere, ossia la realizzazione degli obiettivi da perseguire, in particolare quelli di politica monetaria, non curandosi di eventuali sconfinamenti dell'attività posta in essere dagli organi comunitari.

Per dirla in altri termini, la Corte UE pondera costi e benefici, secondo una logica di estrema flessibilità³⁸, la Corte tedesca ragiona solo in termini di costi e di competenze.

Risulta quindi evidente il differente *habitus* mentale, fondato su profili oggettivi e sul *modus* di sindacare tali aspetti. Per il giudice tedesco, infatti, il principio di attribuzione diviene un momento che precede il *test* di proporzionalità, mentre per quello europeo quest'ultimo è diretto a sindacare, ai

³⁵ In tal senso, *Parlamento Europeo v. Consiglio dell'Unione europea*, causa C-187-93, sentenza del 28 giugno 1994, § 17, che richiama la sentenza 17 marzo 1993, causa C-155/91, *Commissione v. Consiglio*.

³⁶ P. DERMINE, *The Ruling of the Bundesverfassungsgericht in PSPP – An Inquiry into its Repercussions on the Economic and Monetary Union*, cit., 536.

³⁷ Sentenza della Corte (Grande Sezione) dell'11 dicembre 2018, *Heinrich Weiss e a.*, causa C-493/17, § 60.

³⁸ Sottolinea tale profilo, W. SAUTER, *Proportionality in EU Law: A Balancing Act?* cit., 464, il quale rileva però le difficoltà, evidenziate da parte della dottrina (Harbo) che potrebbero sorgere da una estrema flessibilità tale da rendere il principio «*virtually meaningless*», svuotandolo di contenuto.

sensi dell'art. 5.4 TUE, solo l'esercizio delle funzioni³⁹, trascurando l'aspetto del rispetto delle competenze.

In chiave europea, la proporzionalità trova applicazione a valle del principio di conferimento, permettendo di controllare solo l'utilizzo dei poteri e l'esercizio delle funzioni, senza interessare le competenze vere e proprie⁴⁰. Per tale ragione, l'estensione di tale principio anche alla politica monetaria appare inevitabile nell'ambito oggetto di analisi. Insieme agli altri principi che disciplinano l'attività dell'Unione europea, come quello di conferimento o di tutela giudiziale effettiva, esso non poteva che essere applicato e sviluppato anche in tale ambito, dal momento che regola tutta l'attività posta in essere all'interno delle istituzioni e degli Stati presenti nell'Unione europea⁴¹.

Si tratta a questo punto di trovare una sintesi tra i diversi modi di intendere la proporzionalità, che fanno riferimento entrambi al medesimo criterio, ma che nascondono una forma di interpretazione rigida, quasi letterale, l'altro una di tipo teleologica, che giunge a diventare un criterio sfuggente e privo di contenuto⁴². È peraltro noto che la Corte di giustizia faccia riferimento a quest'ultimo criterio, di cui il principio dell'effetto utile «ne costituisce un corollario»⁴³, non fondato su un approccio letterale, ma diretto alla realizzazione degli scopi dell'Unione europea. D'altronde, questo utilizzo conferma quello che è stato sostenuto in merito al principio in esame, ossia al fatto che esso sia versatile, giungendo a coprire uno spettro di invasività del controllo molto peculiare, che va da un atteggiamento molto deferente a un esame rigoroso e approfondito⁴⁴, garantendo quindi alla Corte uno strumento molto flessibile di verifica dell'agire di tutti gli attori⁴⁵.

Ne emerge quindi un quadro molto complesso, in cui il *test* di proporzionalità nel diritto dell'Unione europea agisce in contesti e livelli differenti. Ma soprattutto si tratta di *standard* di bilanciamento tra differenti livelli che opera in modo diverso, ossia in termini meno rigorosi a livello UE e più stringenti per gli Stati⁴⁶. Questo richiede ovviamente la necessità di individuare uno *standard* unico, con declinazione differente a seconda del campo di intervento, in modo da avere un paradigma chiaro cui riferirsi.

Ma soprattutto, l'uniformità deve interessare i diversi livelli di governo. Si tratta allora – quello operato a livello dell'Unione e quello a livello statale – di due metodi di interpretazione che necessitano di una sintesi; ma forse una via da percorrere potrebbe essere proprio quella del dialogo tra le istituzioni e tra le Corti.

³⁹ Su tale tematica, T. MARZAL, *Is the BVerfG PSPP decision "simply not comprehensible"? A critique of the judgment's reasoning on proportionality*, in [Verfassungsblog](#) 9 maggio 2020.

⁴⁰ Di rilievo, a riguardo, è l'opinione dell'Avvocato generale Hogan, del 5 dicembre 2018, nel caso *Landeskreditbank Baden-Württemberg - Förderbank v. European Central Bank*, causa C-450/17 P, "In my view, the principle of proportionality cannot alter the division of competences of the Member States and the Union which is governed by the principle of conferral pursuant to Article 5(1) and (2) TEU. In accordance with Article 5(1) TEU, 'the limits of Union competences are governed by the principle of conferral'. Article 5(2) TEU provides that, 'under the principle of conferral, the Union shall act only within the limits of the competences conferred upon it by the Member States in the Treaties to attain the objectives set out therein. Competences not conferred on the Union in the Treaties remain with the Member States'. The principle of proportionality cannot accordingly be invoked to devolve a Union competence on the Member States or vice versa. The 'use of Union competences is [however] governed by the principles of subsidiarity and proportionality'".

⁴¹ M. CHITI, M. MACCHIA, A. MAGLIARI, *The Principle of Proportionality and the European Central Bank*, in *European Public Law*, vol. 26, Issue 3, 2020, 654, con riferimento all'applicazione di tali principi alla Banca centrale europea.

⁴² Su tale vaghezza, T-I HARBO, *The Function of the Proportionality Principle in EU Law*, in *European Law Journal*, 16, 2010, 160 ss., che

⁴³ In tal senso G. D'AGNONE, *L'interpretazione soggettiva nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*, Torino, 2020, 16; su tale problematica anche R. SENIGAGLIA, *Riflessioni intorno al rapporto tra diritto statale e diritto dell'Unione europea nell'orizzonte della teoria dell'interpretazione*, su *Riv. dir. privato*, 2012, 581 ss.

⁴⁴ G. DE BÚRCA, *The Principle of Proportionality and its Application in EC Law*, in *Yearbook of European Law*, Volume 13, Issue 1, 1993, 464.

⁴⁵ N. EMILIOU, *The Principle of Proportionality in European Law: A Comparative Study*, Londra, 1996, 273, che sottolinea che tale flessibilità sul controllo della discrezionalità amministrativa viene esercitato all'interno di limiti accettabili.

⁴⁶ W. SAUTER, *Proportionality in EU Law: A Balancing Act?* cit., 465.

Sotto il primo profilo, andrebbero sicuramente rafforzati i meccanismi di dialogo della BCE con il Parlamento europeo e con quelli nazionali⁴⁷; nel primo caso, implementando gli strumenti già presenti, nel secondo, attraverso un incremento dei canali attuati oggi solo su base volontaria⁴⁸.

Un tale confronto potrebbe attenuare le preoccupazioni evidenziati negli Stati membri (e di cui la decisione del Secondo Senato del Tribunale costituzionale federale tedesco ne è espressione), dal momento che garantirebbe un raccordo, in termini di *accountability* e senza intaccarne l'indipendenza⁴⁹, della BCE con gli organi democraticamente eletti.

Ma più in generale, andrebbe forse valorizzato un dialogo più intenso tra le Corti, in cui il giudice interno, nell'ambito di un sistema di tutela dei diritti composito⁵⁰, acquisti definitivamente la consapevolezza di essere anche giudice dell'Unione, al fine di utilizzare il diritto interno non "contro" quello comunitario, ma "per" lo sviluppo di regole condivise e chiare e, soprattutto, idonee a contribuire a fare chiarezza sul contenuto e sul metodo di applicazione del principio di proporzionalità.

⁴⁷ Questa potrebbe allora essere una delle strade percorribili per giungere alla condivisione delle scelte politiche in tema di politica monetarie ed economica; la risoluzione tramite una via politica delle controversie insorte con le istituzioni tedesche è segnalata da HILPOLD, *So Long Solange? The PSPP Judgment of the German Constitutional Court and the Conflict between the German and the European 'Popular Spirit'*, cit.

⁴⁸ In tal senso, S. EGIDY, *Proportionality and procedure of monetary policy-making*, in *I-CON*, 2021, Vol. 19 No. 1, 305 ss., la quale evidenzia che mentre il presidente della BCE periodicamente compare davanti la Commissione europea per i problemi economici e monetari, i membri del Consiglio direttivo della Banca centrale possono comparire, senza alcun obbligo, avanti i Parlamenti nazionali al fine di discutere della politica monetaria.

⁴⁹ Su tale problematica, anche in relazione alla decisione del Tribunale costituzionale tedesco, L. FELD e V. WIELAND, *The German Federal Constitutional Court Ruling and the European Central Bank's Strategy*, in *Journal of Financial Regulation*, 2021, 7, in particolare 224 ss.

⁵⁰ Utilizza tale espressione, F. BIONDI, *Quale dialogo tra le Corti?* in [Federalismi.it](https://www.federalismi.it), n 18/2019,

Mario Bertolissi
L'udienza pubblica dinanzi alla Corte costituzionale*

ABSTRACT: *The judge must be third and impartial. The judgment must take place in compliance with the cross-examination between the parties. The outcome must be a fair decision. That requires the public hearing to be enhanced through the positive action of the judge and the reasoning of the lawyer. Coram populo, to avoid any compromise. It applies to every judge. Even more so for the Constitutional Court.*

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Un caso esemplare. - 3. Interrogativi. - 4. Oltre i luoghi comuni: (a) questione di libertà. - 5. *Segue*: (b) intermezzo. - 6. *Segue*: (c) l'avvocato. - 7. *Segue*: (d) il giudice. - 8. *Segue*: (e) in teoria e in pratica. - 9. *Segue*: (f) istituzioni e politica. - 10. *Segue*: (g) l'udienza pubblica. - 11. *Segue*: (h) il fu magistrato. - 12. Ricapitolando.

1. Premessa

È risaputo – nel senso che è opinione diffusa, anche perché è un punto di vista reso esplicito da chi è stato componente del collegio – che l'udienza pubblica, che si svolge dinanzi alla Corte costituzionale, è poco più di una formalità. Nulla di più di un rito, destinato a produrre, inevitabilmente, perdite di tempo. Del resto, *quod nullum est nullum producit effectum*. Il brocardo latino fa riferimento, di per sé, alla nullità in diritto civile. Riguarda ben altro. Tuttavia, è il *nulla* che dovrebbe suscitare qualche perplessità, dal momento che, il solito vocabolario, chiarisce che nulla è “ciò che non esiste”, è “il non essere”¹. Insomma, è qualcosa di radicale, che, se riferito all'esordio dell'art. 15 della legge n. 87/1953 – stando al quale «Le udienze della Corte costituzionale sono pubbliche (...)» – disorienta non poco. Se non, addirittura, sconcerta.

Quel medesimo articolo prosegue così: «(...) ma il Presidente può disporre che si svolgano a porte chiuse quando la pubblicità può nuocere alla sicurezza dello Stato o all'ordine pubblico o alla morale, ovvero quando avvengono, da parte del pubblico, manifestazioni che possono turbare la serenità». È una proposizione, che va letta unitamente all'altra, che la precede. Infatti, la rilevanza – dal punto di vista costituzionale – della prima non la si può intendere in sé e per sé, ma nell'ambito della comparazione con la seconda: comparazione, la quale «vuole solo acuire la criticità dello sguardo»². La quale – criticità dello sguardo – è destinata a venir meno, perché impedita, nel momento in cui le porte sono chiuse, non si intende la voce né dei giudici, né – soprattutto – degli avvocati. Oppure, se aperte, essa è avvilita dal disinteresse di chi ascolta.

La storia e la cronaca³ ci avvertono, però, che, quando l'udienza non è pubblica, vi è in atto un'involuzione autoritaria. Ciò non dovrebbe accadere, di per sé, quando l'udienza è pubblica. Ma non vanno trascurati gli effetti di una sua acclarata e sperimentata inutilità, che agisce con i ritmi e gli effetti di un progressivo avvelenamento. A poco a poco, ci si convince che parlare a porte aperte è inutile. L'avvocato accoglie l'invito del presidente di essere conciso: i giudici hanno letto tutto, si sono documentati. Perché non cedere, dunque, all'idea – condividendo l'«opinione di un giudice sulla eloquenza forense» –, secondo cui «La forma di eloquenza in cui meglio si fondono le due qualità più pregevoli dell'oratore, la brevità e la chiarezza, è il silenzio?»⁴. Giungere a questa conclusione è



¹ *Il piccolo Rizzoli Larousse*, Rizzoli Larousse, Milano, 2004, *ad vocem*.

² P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano, 2005, 9.

³ Di quel che è accaduto a taluni avvocati, ad es., in Turchia. Altri episodi riguardano direttamente l'Unione europea, visto che Polonia e Ungheria paiono restie ad adeguarsi alla comune nozione di Stato di diritto: v. F. BASSO, *Ultimatum della Ue a Varsavia*, in *Corriere della Sera*, 21 luglio 2021, 12. C'è in gioco l'indipendenza della magistratura.

⁴ P. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, con introduzione di P. Barile, Ponte alle Grazie, Milano, 2001, 80.

Quel che mi sono prefisso di scrivere in queste pagine dipende da alcuni fattori, che si combinano insieme, dando

– stando ai luoghi comuni – scontato. L’opzione è per lo scritto, piuttosto che per l’oralità. Ma è l’oralità, che svela la radice misteriosa del processo: di qualunque processo. E «il principio della pubblicità del dibattimento» – che qualifica ogni specie di confronto dialettico in luogo aperto e accessibile – «si spiega soltanto in quanto si riconosca al pubblico che ha diritto di assistere al processo la qualità di parte»⁵. Parte non in senso formale, ma sostanziale, a maggior ragione quando giudice è la Corte costituzionale⁶.

2. Un caso esemplare

Del resto, l’obiettivo, strutturale ed immanente, di ogni processo è la giustizia: da intendersi nel significato esattamente contrario, rispetto a quello sottinteso dall’espressione «andiamo a far giustizia, e a dare il sacco»⁷. La relativa percezione ed aspirazione sono del tutto assenti quando l’atteggiamento in udienza si può descrivere con alcune puntuali considerazioni, dalle quali intendo prendere lo spunto per richiamare l’attenzione su questioni non marginali, relative all’udienza pubblica dinanzi al Giudice delle leggi. Sarà bene rivitalizzarla, piuttosto che no: a mio parere.

Fino ad ora, «Uno dei punti deboli della Corte è l’udienza pubblica. Il relatore legge i cenni del fatto dalla ricerca. Gli avvocati non tentano di argomentare o convincere. È un rito in cui nessuno crede. L’Avvocatura dello Stato si mostra in condizioni deplorabili. I suoi avvocati sono per lo più impreparati, anche per il breve tempo loro concesso per la difesa. Se va bene, trascrivono gli appunti inviati dalle amministrazioni. Uno Stato mediocre difeso male». Come rimediare? «Alla mia prima relazione, cambio registro. La mia relazione espone “le questioni della causa” (così dicono le Norme integrative). Vedo gli avvocati di Bossi molto imbarazzati. Un avvocato presente mi dirà poi che ho fatto una lezione alla Corte e gli esami agli avvocati»⁸.

forma ad un unico materiale. L’occasione – vale a dire, utilizzando gli insegnamenti di Polibio, la causa prossima – va ricercata nella recente modifica, deliberata dalla Corte costituzionale, la quale ha inserito, tra le Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, l’art. 4-ter, relativo agli *Amici curiae*, e nell’ampio dibattito che ne è seguito. La causa remota risiede, invece, nell’attività di avvocato, sperimentata di fronte a vari giudici (amministrativo, contabile, civile, penale e tributario) e, in particolare, da oltre un trentennio, dinanzi al Giudice delle leggi (qui, pure, in differenti circostanze: nei giudizi in via di azione, incidentali, per conflitto di attribuzione, sull’ammissibilità dei *referendum*). Causa remota, alla quale vanno ricondotti due motivi ulteriori, che nascono da uno stato d’animo: da un profondo senso delle istituzioni, ereditate libere e da consegnare nelle mani di chi verrà, libere e caratterizzate dall’aspirazione alla giustizia.

Quanto a Piero Calamandrei, egli rappresenta un esempio, cui ho creduto di ispirarmi sempre, perché «Io sono uno di quelli che continuano a credere che per farsi dar ragione dal giudice non ci sia altro da fare che rispettare le regole della procedura: indossare la toga e rivolgersi a lui a voce alta, in udienza, in modo che tutti sentano; e non andare a trovarlo a casa per parlargli a quattr’occhi, o attenderlo nel corridoio per bisbigliargli quattro parole nell’orecchio». L’espressione da non dimenticare è: *in udienza, in modo che tutti sentano!*

⁵ S. SATTA, *Il mistero del processo*, Adelphi, Milano, 1994, 34, nell’aderire a un’opinione di Francesco Carnelutti.

⁶ Sempre attuali le acute notazioni di M. CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Giuffrè, Milano, 1971.

⁷ A. MANZONI, *I Promessi Sposi*, con introduzione e note di G. Bezzola, RCS, Milano, 2006, XII, 216, del quale v., soprattutto, *Storia della colonna infame*, con introduzione di F. Cordero e premessa al testo, bibliografia e note di G. Gaspari, *ivi*, 671 ss. Di particolare rilievo l’introduzione dovuta alla penna di Leonardo Sciascia, il quale osserva – utile, anche ai nostri fini – che Manzoni «Conosceva benissimo gli italiani, perché ne conosceva la storia». Di rara efficacia e di singolare acume, quel che ha scritto L. SCIASCIA, *Una visione pessimistica della storia*, ora in R. Martinoni (a cura di), *Troppo poco pazzi. Leonardo Sciascia nella libera e laica Svizzera*, Leo S. Olschki Editore, Firenze, 2011, 114-115.

Questo genere di considerazioni appartiene, molto probabilmente, all’indole dell’avvocato, il quale non giudica, ma è giudicato. Dunque, altri, preoccupati pensieri, perché è, comunque, termine negativo di un comando, che interiorizza, ben consapevole del fatto che l’espressione *La legge è eguale per tutti* la si può intendere gioiosamente, e compiacersi di essa, soltanto se si vive nell’iperuranio.

⁸ S. CASSESE, *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2015, 35.

Tra un istante e nel prosieguo dirò qualcosa di specifico sul punto. Ora, desidero indicare una prima ragione di quello che reputo un naufragio: l’inutilità dell’udienza pubblica, appunto. Infatti, l’illustre giurista – allora giudice costituzionale – ricorda, quanto alla sua nomina, che «Ciampi me ne ha parlato almeno due mesi prima. Il suo argomento più forte riguarda le “animelle” che popolano la Corte. È chiaro che cerca di lasciare nei posti che contano persone che abbiano non solo padronanza del loro mestiere, ma anche tenuta, e cioè forza morale e decisione». Questo è il profilo del giudice

Quale la vicenda? Ricordarne i tratti essenziali può essere istruttivo. Istruttivo, perché la testimonianza di chi scrive è diretta e non *de relato*: ero uno degli avvocati dell'on. Umberto Bossi⁹; l'avvocato che ha risposto alle domande del giudice e ha concluso così: «Mi auguro di aver risposto ai quesiti e di aver preso un diciotto». Ovviamente, con il garbo del caso, tanto è vero che, in momenti diversi, mi parlarono dell'episodio due giudici costituzionali. Episodio privo di precedenti e di preannunci¹⁰.

Del caso – sorto in occasione e con riferimento alle elezioni al Parlamento europeo svoltesi il 12 e il 13 giugno 2004 –, si era occupato il T.a.r. per il Lazio, Sezione I, il quale, con sentenza n. 9928/2004, aveva rigettato il ricorso, sul presupposto che l'eccezione di illegittimità costituzionale¹¹ fosse manifestamente infondata. Di diverso avviso fu il Consiglio di Stato, Sezione V, che rimise la questione alla Corte costituzionale con ordinanza n. 3921/2005, questione accolta con [sentenza n. 104/2006](#), giudice redattore Sabino Cassese¹².

La pronuncia fu pienamente soddisfacente¹³, all'esito di un giudizio, la cui udienza pubblica registrò un mutamento di stile, in quanto – come si è visto – il giudice non fece alcuna relazione, ma *ex abrupto* formulò domande ai difensori dell'on. Umberto Bossi. Quel che accadde allora è scritto in un appunto, che il 13 novembre 2006 – la [sentenza n. 104/2006](#) è del mese di marzo – ebbi ad inviare ad Alessandro Pace, interessato alla vicenda, nella sua veste di costituzionalista e di attento studioso della giurisprudenza e della giustizia costituzionale.

«All'udienza pubblica del 21 febbraio 2006, avuta dal Presidente Annibale Marini la parola, il giudice relatore Sabino Cassese si è espresso così, omessa ogni relazione: “Avrei cinque domande da rivolgere agli avvocati, che sono le seguenti: 1) vi sono modalità previste dalle norme vigenti che assicurino la conoscibilità legale della proclamazione dell'eletto?; 2) in che senso può dirsi violato l'art. 51 Cost., visto che il ricorrente-appellante (dinanzi a TAR e Consiglio di Stato) è comunque risultato eletto?; 3) in che senso è stato invocato l'art. 51 Cost., dal momento che si tratta non di elezioni al Parlamento nazionale, ma al Parlamento europeo?; 4) perché è stato invocato in giudizio, come parametro, l'art. 97 Cost., visto che il discorso concerne la legge e non l'amministrazione?; 5)

costituzionale ideale: il parametro di riferimento. Tuttavia, di assoluto rilievo quel che segue: è «Un mestiere che mi manca (ho fatto lo studioso, l'insegnante, il conferenziere, l'amministratore pubblico e quello privato, il consigliere; non sono mai stato attirato dalla funzione di avvocato). Qualche delusione, di vario genere, datami proprio dai più giovani» (in *Dentro la Corte*, cit., 19).

Le considerazioni critiche poc'anzi richiamate nel testo, da prendere sul serio, sono state formulate da chi non ha mai svolto l'attività di avvocato. La gran parte dei giudici costituzionali (la quasi totalità dei componenti le altre magistrature) si è trovato e si trova in questa stessa condizione. E, pure, i presidenti. È un dato di fatto, che pone in luce, tuttavia, una carenza di basilare importanza: non si ha alcuna dimestichezza – che vada oltre il profilo meramente intellettuale – con il contraddittorio. Del resto, una cosa è predisporre un atto di citazione o un ricorso e le memorie, nonché preparare e partecipare all'udienza pubblica; altra cosa è scrivere una sentenza o qualsiasi atto del giudice, monocratico o collegiale che sia. Altro è essere giudicati; altro giudicare, come chiarirò – in compagnia di Piero Calamandrei – tra breve.

⁹ Unitamente ai colleghi Sandro De Nardi e Luigi Manzi. L'on. Bossi si trovava ricoverato, per gravi motivi di salute, presso un ospedale svizzero.

¹⁰ La prima fu Fernanda Contri, la quale mi riferì che il “cambio di registro” – per dirla con S. CASSESE, *Dentro la Corte*, cit., 35 – avrebbe dovuto essere preceduto da adeguate informazioni in tal senso, con destinatari gli avvocati. Il secondo fu Piero Alberto Capotosti, che si soffermò – divertito – sull'esito dell'“interrogazione” e del “voto”.

¹¹ Questo era il *thema decidendum*, non essendovi spazio né per un'interpretazione adeguatrice, né per un'interpretazione conforme a Costituzione.

¹² Il collegio era formato dal presidente Annibale Marini e dai giudici Franco Bile, Giovanni Maria Flick, Francesco Amirante, Ugo De Siervo, Romano Vaccarella, Paolo Maddalena, Alfio Finocchiaro, Alfonso Quaranta, Franco Gallo, Gaetano Silvestri, Sabino Cassese, Maria Rita Saulle e Giuseppe Tesaro.

¹³ Fu richiesta da un'ordinanza di rimessione, ben articolata e argomentata, della Sezione V, presieduta da Sergio Santoro, dalle cui conclusioni non si discostò il Giudice delle leggi, sollecitato dal redattore, come ha avuto occasione di ricordare, opportunamente. V., infatti, S. CASSESE, *Dentro la Corte*, cit., 35: «Bossi, eletto in due circoscrizioni al parlamento europeo, non ha avuto tempo di optare, per un difetto grave di scrittura della legge. Questa fa decorrere un tempo brevissimo per l'opzione, dalla proclamazione e non dalla comunicazione della stessa. Ne approfitto per stabilire che il cittadino ha diritto di essere informato, secondo un parametro non espresso nella Costituzione, ma implicito in essa e ormai affermato nelle Costituzioni recenti, oltre che parte del patrimonio costituzionale comune. Con mio stupore, nessuno obietta – in Camera di consiglio – all'uso di questo termine, che fa diventare diritto costituzionale nazionale un diritto ultrastatale».

il principio di comunicazione è principio di carattere generale o costituzionale?”¹⁴. Ho aggiunto, quindi: “Come ti ho anticipato, ho salvato la pelle perché tengo sempre la penna in mano e perché mi ero ben preparato (comunque, ho avuto fortuna). Le domande sono state di stretto diritto e mi sono state rivolte dal relatore”¹⁵.

È interessante osservare che, nell'appunto da me redatto, sono presenti alcune espressioni, rivelatrici di quello che è, in ogni occasione, lo stato d'animo di chi si sottopone a giudizio. È così, se si ritiene di essersela cavata; se può dire di aver salvato la pelle; se crede di essere stato, comunque, fortunato, per aver potuto appuntarsi le domande (senza dover chiedere al giudice di rammentargliele: il che non avvenne) ed essersi preparato adeguatamente. Insomma – come si dice –, scampato pericolo. Assente ogni presunzione. Chi non ha sperimentato tutto questo non può capire. Non può comprendere, tra l'altro, che l'avvocato rappresenta in giudizio qualcuno; che costui ha il diritto di sapere come è stato difeso; che il processo va pianificato, fin dall'inizio, in ogni sua parte ed aspetto; che gli argomenti debbono essere connessi e prospettati in momenti diversi, in ragione della loro naturale ed oggettiva rilevanza; che le questioni di rito si debbono distinguere dalle questioni di merito e che, tuttavia, sono da correlare le une alle altre, per evitare che le prime si traducano in deprecabili bizantinismi; che è indispensabile realizzare un contraddittorio esaustivo, possibile – nell'ambito dei giudizi dinanzi alla Corte costituzionale – soltanto se l'udienza pubblica non si riduce a un rito, in cui nessuno crede, dal momento che le memorie illustrative hanno, per tutte le parti, il medesimo termine di deposito: «fino al ventesimo giorno libero prima dell'udienza o della riunione in camera di consiglio» (art. 10, comma 1, delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale)¹⁶; che le repliche possono aiutare a meglio comprendere il caso e a rettificare affermazioni destituite di fondamento. Personalmente, sono favorevole a che non solo il giudice relatore, ma qualunque altro giudice ponga domande; sia introdotta l'opinione dissenziente¹⁷; siano – come erano – consentite repliche; si stabiliscano regole precise, relativamente allo svolgimento dell'udienza, anche con riferimento al tempo accordato al difensore per illustrare quel che è rimasto in ombra. Da chi dipende tutto questo e perché si continua a svalutare l'oralità, facendo credere che dipenda dall'avvocato? L'udienza è nelle mani del giudice ed è ad esso che compete intervenire, definendo uno schema, che potrebbe non discostarsi granché, rispetto a quel che accade dinanzi alla Corte suprema federale degli Stati Uniti d'America. Oltretutto¹⁸, sono le stesse nomine dei giudici ad essere vagliate dal Senato, il cui apprezzamento avviene *coram populo*, nel corso di sedute, le più aperte alla trasparenza e al contraddittorio: la verifica del possesso dei requisiti è implacabile¹⁹.

3. Interrogativi

È un episodio soltanto. Ma ha generato un principio di reazione da parte di un giudice. Da allora, nulla è mutato e la mia personale impressione è che se, da un lato, l'udienza è andata perdendo quel

¹⁴ E-mail, indirizzata ad Alessandro Pace, in data 13 novembre 2006, a seguito di un colloquio telefonico del giorno precedente.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Qui, ci si limita a qualche richiamo essenziale ed alla regola generale.

¹⁷ S. CASSESE, *Dentro la Corte*, cit., 16, dichiara di essere “a favore”.

¹⁸ Forse, non a caso.

¹⁹ Ho assistito all'“esame”, cui sono sottoposti i giudici *in pectore* e sono sincero se dichiaro la preferenza per un simile metodo. Il che spiega perché quella Corte gode – certo, non mancano le critiche – di un enorme prestigio e taluni suoi giudici, in particolare. Un nome, per tutti: Ruth Bader Ginsburg.

Quanto alla disamina senatoriale (le sedute sono pubbliche e trasmesse dalle televisioni), essa si svolge così: il presidente della commissione dirige i lavori e dà la parola ai commissari; ciascuno di essi espone il suo punto di vista e formula domande al “predestinato” all'ufficio di giudice della Corte suprema; a sua volta, l'interrogato – dalla sua posizione di esaminato – risponde; tutto avviene nel silenzio più assoluto, senza interferenze, interruzioni ed intemperanze; e se uno dei presenti tra il pubblico alza la voce, l'attività della commissione si interrompe automaticamente: nel senso che, chi parla tace, mentre i poliziotti di turno accompagnano costui fuori dall'aula; e tutto prosegue, come se nulla fosse accaduto. V., comunque, *sub* 12.

poco di mordente che aveva; d'altro lato, la Corte ha finito per preoccuparsi ed occuparsi d'altro, con finalità apprezzabili, ma non sempre condivisibili, perché eccessivamente condizionate dal contingente. Perché essa è e deve rimanere giudice e soltanto giudice, pur in un contesto sociale ed istituzionale mutati²⁰.

In ogni caso, sul piano delle concezioni più generali, c'è chi ritiene che «Tra i molti punti sui quali gioverebbe fermare l'attenzione, uno su tutti merita di essere messo in particolare evidenza, e riguarda proprio il principio del rispetto della discrezionalità del legislatore, dalla cui presa in esame risalta palese – a me pare – l'intrinseca contraddizione che affligge la nuova tecnica decisoria: un principio (...) dapprima fatto salvo e di poi disinvoltamente messo da conto. Non basta, infatti, dare la precedenza all'intervento da parte del legislatore per mettere la Corte al riparo della critica di averne preso per intero e senza riserve il posto»²¹.

Altri è dell'opinione, invece, «che il controllo di costituzionalità, come garanzia della superiorità supremazia della Costituzione, non si debba risolvere in una secca approvazione o disapprovazione della legge che ne forma oggetto. Se è vero che in tali termini il giudizio di costituzionalità sembra essere stato immaginato dal Costituente, nel concreto esercizio esso ha però manifestato la sua più autentica “natura”, che trascende il puro e semplice raffronto semantico tra enunciati (rispettivamente costituzionale e legislativo), al fine di rilevare la mera disformità-non disformità dell'uno rispetto all'altro, per assorgere a valutare *il grado di conformità* della normativa legislativa al parametro costituzionale»²².

Ora, nel definire – magari aggiornandoli – i compiti del Giudice delle leggi, è indispensabile porsi almeno due domande: se la prospettiva accolta rimane, comunque, confinata nel regno del fallibile; se si è consapevoli di quali potranno essere le conseguenze in un futuro prossimo o remoto. Non v'è dubbio, infatti, che i titolari del potere di nominare ed eleggere i giudici costituzionali potrebbero²³ operare scelte, tali da incidere sull'orientamento della Corte, quale reazione nei confronti del suo attivismo e di una sovraesposizione mal sopportata.

Ebbene, quanto al primo aspetto, ho l'impressione che, quando si parla della Corte, i più la ritengano infallibile e, per definizione, di essere in grado di rispondere alle attese dei *cives* e delle istituzioni. Ma così non è e non può essere. Una soluzione, condivisibile oppure no già nel momento in cui è deliberata, può rivelarsi del tutto inappropriata, se non addirittura fallace. È già accaduto in non rare circostanze²⁴ e potrà, di nuovo, accadere. Questo è il secondo aspetto, che si combina con il primo e solleva non pochi dubbi circa soluzioni ordinamentali non assistite da un rigoroso *self restraint*.

È a questo proposito che riemerge il problema dell'udienza pubblica, liquidato con una superficialità sorprendente. La noia con cui i giudici ascoltano è il riflesso di pericolose sottovalutazioni. Il giudice in generale – ivi compresa la Corte – agisce su impulso di parte: il tramite

²⁰ Di tutto questo, con ampia argomentazione, dà atto G. BERGONZINI, *Una Corte costituzionale aperta? comunicazione partecipazione contraddittorio*, Jovene, Napoli, 2021. Ivi, ovviamente, una bibliografia completa e ragionata, priva di inutili citazioni *ad pompam*.

²¹ A. RUGGERI, *La metamorfosi della giustizia costituzionale in Italia*, in *Lo Stato*, 15, 2020, 161.

²² F. MODUGNO, *Le novità della giurisprudenza costituzionale*, in *Lo Stato*, 14, 2020, 120, il quale aggiunge – poco oltre, richiamando il pensiero di Gustavo Zagrebelsky – che «D'altro canto, astenersi dall'operare in un'area sicuramente rientrando nell'ambito della discrezionalità del legislatore, pur quando egli resti sordo agli avvertimenti formulati in precedenza dalla Corte, rischia di condurre ad “un grave sovvertimento dei valori costituzionali, a una iperprotezione non della discrezionalità del legislatore ma della sua inerzia, a un'abdicazione della stessa funzione della Corte costituzionale come giudice delle leggi”» (*ivi*, 121).

²³ Questo pericolo è stato denunciato nel corso del dibattito, che ha avuto ad oggetto la riforma costituzionale Boschi-Renzi. È questione di maggioranze parlamentari e di scadenze dalle cariche: del Presidente della Repubblica e dei giudici costituzionali, ad esempio. È questione, tra l'altro, di legge elettorale e di premi di maggioranza.

²⁴ Si pensi alle manovre finanziarie di fine anno, che dal 2004 hanno provveduto a ridurre sistematicamente le risorse destinate alla tutela della salute. Per non dire della drammatica carenza di personale sanitario (di medici e infermieri), che ha concorso ad elevare il numero dei morti a causa di Covid-19 e di omessi controlli per malati cronici: riflesso di competenze statali male esercitate, ritenute sempre conformi a Costituzione. E il discorso potrebbe allargarsi alla sfera dei diritti civili. Tutto questo per sottolineare un dato di fatto incontestabile: l'errore è sempre in agguato, anche se non se ne parla volentieri.

è l'avvocato²⁵. Gli atti del processo, resi pubblici, sono soltanto quelli introduttivi del giudizio: il ricorso e l'ordinanza di rimessione del giudice *a quo*. Gli atti di costituzione in giudizio e le eventuali memorie, nonché i documenti rimangono depositati in cancelleria, coperti dalla segretezza. O, se si preferisce, semplicemente non pubblici. La tipologia delle decisioni si è andata via via arricchendo²⁶ e parlarne espressamente in udienza, su impulso della Corte, sarebbe quanto mai opportuno, poiché, proprio nell'occasione, si potrebbero affrontare *ex professo* gli eventuali dubbi, relativi ai profili concernenti l'inammissibilità. Infatti, vi sono decisioni, così risolte, smentite *per tabulas* da ordinanze di rimessione millimetricamente motivate²⁷ oppure da una diffusa esposizione del fatto, in grado di porre in dubbio il fondamento di una tale, grave preclusione in un ben determinato caso di specie²⁸.

Del resto, si è scritto che «si decide per l'inammissibilità quando le soluzioni in merito non hanno raccolto consensi sufficienti o non hanno convinto a sufficienza, o hanno spaventato. Insomma, l'atteggiamento è solitamente riduttivo. Viene spesso invocata la “discrezionalità del legislatore”, sulla quale regolarmente obietto, perché è troppo e troppo poco»²⁹. A ragione³⁰. Ma non si deve dimenticare che, attraverso l'inammissibilità, si può realizzare uno specifico, ulteriore obiettivo, che consiste nel dare ragione – allo Stato – anche quando ha torto nel merito, di cui non si deve, ovviamente, parlare. Se ne dovrebbe discutere, invece, nel corso dell'udienza pubblica, su sollecitazione del relatore o di qualunque altro giudice.

Qualche sottolineatura e null'altro, senza pretese di sorta. Tuttavia, i problemi, molto spesso, sono meno complicati di quel che si vorrebbe o si intende far apparire. Aiutano la conoscenza concreta e sperimentata di come vanno le cose in questo mondo³¹ e una preliminare considerazione, che suggerisce di industriarsi per far emergere i retropensieri: ad esempio, quelli che intendono la leale collaborazione delle Regioni – nei confronti dello Stato – come puro e semplice sinonimo di obbedienza³². Questo era uno degli obiettivi perseguiti da un illustre magistrato del Consiglio di Stato

²⁵ Mi riferisco all'*id quod plerumque accidit*. Ciò accade anche quando il giudice *a quo* dispone d'ufficio, perché lo fa “nel corso di un giudizio”, *ex art. 23, comma 1, della legge n. 87/1953*.

²⁶ V., per tutti, A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2019, 165 ss., nonché E. MALFATTI-S. PANIZZA-R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2018, 125 ss.

²⁷ V., ad es., ordinanza n. 495/2014 del T.a.r. per il Friuli-Venezia Giulia, Sezione I, sanzionata con la surreale [ordinanza n. 39/2015](#) dalla Corte costituzionale. Ma v., pure, la [sentenza n. 50/2015](#), riguardante, al pari degli atti precedenti, l'istituto delle Province, deformato da una legislazione paranoica, giudicata sempre conforme a Costituzione. Per non dire della [sentenza n. 168/2018](#), nella quale sta scritto che «I previsti meccanismi di elezione indiretta (...) sono (...) funzionali al perseguito obiettivo di semplificazione dell'ordinamento degli enti territoriali, nel quadro della ridisegnata geografia istituzionale, e contestualmente rispondono ad un fisiologico fine di risparmio dei costi connessi all'elezione diretta». È vero esattamente il contrario e, in ogni caso, se c'è da risparmiare, lo si deve fare a carico della democrazia? V. M. BERTOLISSI-G. BERGONZINI, *Province. Decapitate e risorte*, Giappichelli, Torino, 2017. Inutile dire che, allora, la Corte aveva scommesso sull'esito positivo del *referendum* confermativo, avente ad oggetto la citata riforma Boschi-Renzi; ed aveva deciso – vedi mai cosa può accadere! – sulla base di un parametro inesistente, che non ha visto la luce. Come pare ammettere con la [sentenza n. 240/2021](#), Considerato in diritto, punto 8.

²⁸ V., di recente, Corte cost., [sentenza n. 108/2021](#), nella quale si legge – è certificato – che «Questa Corte, tuttavia, non può non rilevare le conseguenze che possono aversi sul sistema delle fonti ove non venga rispettato il confine tra le correzioni di errori materiali e le modifiche normative vere e proprie, le quali devono essere operate, ovviamente, seguendo in modo rigoroso le forme che l'ordinamento costituzionale prescrive». Nel caso scrutinato, un avviso di rettifica ha modificato il testo di un decreto-legge, con conseguenze valutabili alla luce dell'art. 3 Cost. La Regione si attiva per conto degli enti locali, ma la Corte esclude che la medesima abbia dimostrato che vi sia una “ridondanza” sulle proprie attribuzioni (si guarda bene dal precisare che cosa avrebbe dovuto indicare, oltre a ciò che ha prospettato anche in concreto). Dietro l'assenza di ridondanza, l'inammissibilità; dietro quest'ultima, la più evidente violazione delle regole, che disciplinano la funzione legislativa; infine, la più plateale lesione del principio costituzionale d'eguaglianza: senza conseguenze. È bene che il contraddittorio continui, perché le sentenze si rispettano e si eseguono, ma rimane fermo il diritto di critica. V., in proposito, G. MENEGATTO, *Una “giurisprudenza per tutte le stagioni”? Una lettura critica della sentenza n. 108/2021 della Corte costituzionale*, in [Federalismi.it](#), n. 3/2022, 140 ss.

²⁹ S. CASSESE, *Dentro la Corte*, cit., 34 e *passim*.

³⁰ V., ad es., L. CARLASSARE, *Un inquietante esempio di “inammissibilità” a proposito dell'imputato infermo di mente*, in *Giur. cost.*, 1981, 1314 ss., e S. BARTOLE, *Ancora un caso di “inquietante inammissibilità”*, *ivi*, 1994, 424 ss.

³¹ Ne è un esempio il recente saggio di G.M. FLICK, *Giustizia in crisi (salvo intese)*. *Leggi, giudici, processi e carceri di fronte alla pandemia*, Baldini-Castoldi, Milano, 2020.

³² Salvo ricorrere al collaudato sistema dello scaricabarile, come è accaduto durante la pandemia sanitaria (ancora in

– Giovanni Paleologo –, il quale mi confidò come il collegio da lui presieduto avesse l'accortezza di chiedere agli avvocati, nel corso dell'udienza pubblica, chiarimenti relativi al fatto, decisivi nell'orientare il giudice verso una soluzione corretta: conforme a giustizia³³.

4. Oltre i luoghi comuni: (a) questione di libertà

Percepire ciò che è sottotraccia, implicito o inespresso, ma comunque evidente, non è sempre agevole. Non sempre è chiaro il carattere sostanziale delle norme di procedura, se considerate dal punto di vista dei diritti e delle libertà³⁴. È necessario il confronto tra le parti in giudizio, soprattutto attraverso l'oralità, che non dovrebbe tradursi in una pura e semplice ripetizione del già scritto. Se alcuni si limitano a ciò, altri intervengono all'unico scopo di integrare le proprie deduzioni di fronte a un collegio silente. La Corte dovrebbe – almeno per un istante – mettersi nei panni dell'avvocato: inerte, non sollecitato, all'oscuro di quali sono le perplessità del giudice, avvertito del fatto che non potrà replicare. Convinto, pure, della circostanza che, nel corso della precamera di consiglio, tutto, probabilmente, è già stato deciso.

Non è esaltante. Siamo sinceri: è avvilente. Si dirà che questo è il risultato scontato di prassi pietrificate. Di un "così fan tutti". Tuttavia, è l'abitudine che preoccupa, perché rende sordi ed incapaci di reagire. E, allora, si possono preferire altre strade, che rappresentano, a ben vedere, alternative non sempre compatibili con la missione istituzionale di un giudice: che è quella di rendere giustizia, nel rispetto più rigoroso della separazione-distinzione dei poteri³⁵.

Certo, la *routine* quotidiana ha un effetto anestetizzante. Non si può pretendere che ogni, anche la più minuta, questione debba mobilitare le coscienze dei giudici. Tuttavia, una sorta di promemoria va tenuto sempre dinanzi a sé – è l'insegnamento dei veri maestri³⁶ –, perché ricorda a ciascuno come sia costantemente in agguato il rischio di non cogliere, all'atto in cui si verifica, ciò che vi è di più prezioso nella vita e nelle istituzioni. «C'era, in quegli anni, un'atmosfera da grandi colloqui, e nei colloqui si rifletteva una terra sconvolta dalle più dure esperienze, la paura di queste esperienze, il coraggio di volerle comprendere, anche a costo di ricominciare da capo. Dove sono le male parole che Carnelutti scagliava contro ogni mio libro, a cominciare da questo; dove le mie irriverenti risposte? Non ho mai capito il principio del contraddittorio come quando il grande uomo non c'è più»³⁷.

corso e destinata a durare), allorché lo Stato, invece di impartire ordini, sollecitava e raccomandava. La sua preminenza è stata sempre affermata e ribadita dalla Corte costituzionale: quantomeno, a partire dalla [sentenza n. 245/1984](#). V., al riguardo, C. BOTTARI, *La tutela della salute: lavori in corso*, Giappichelli, Torino, 2020, spec. 46 ss.

³³ Il profilo scientifico e la sua caratura di giurista sono documentati, tra l'altro, in una esemplare monografia: v., infatti, G. PALEOLOGO, *L'appello al Consiglio di Stato*, Giuffrè, Milano, 1989, XIII-840.

³⁴ Per quanto mi riguarda, ho appreso molto dalla lettura di M. CAPPELLETTI, *Processo e ideologie*, il Mulino, Bologna, 1969. Mi piace qui ricordare, tra l'altro, una sua indicazione di metodo, che consiste nel suggerire «di concepire il diritto come fenomeno sociale e conseguentemente la scienza giuridica come scienza sociologico-valutativa, e non formale, scienza di problemi pratici e non di astratte sistemazioni concettuali, scienza di risultati concreti e non di aprioristiche deduzioni, scienza – infine – di scelte creative e quindi responsabili, e non di automatiche conclusioni» (*ivi*, VII).

Molti – forse, sono ancora la gran parte, come ha sottolineato un autorevole ed attento studioso delle istituzioni: P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2017, X, accenna alla «stragrande maggioranza dei giuristi, tutti (o quasi) portatori di un intatto verbo normativistico, sempre meno intatto ma tuttavia perdurante, cioè duro a morire» – prediligono i perimetri normativi e passano sotto silenzio la realtà, sul presupposto che «ciò che è razionale è reale». In tal modo, finiscono per dare una copertura "scientifica" a un collaudato *modus operandi*, che è quello tipico di ogni pubblica amministrazione: impregnata «di una cultura giuridica che prevede il primato della forma sul contenuto. Il risultato non conta. È una cultura impastata di garanzie e di tranquillità, di non decisioni e di scarsa responsabilità, di molta burocrazia e poca efficienza, di continuità e mai di rottura» (G. DE RITA-A. GALDO, *L'eclissi della borghesia*, Laterza, Roma-Bari, 2011, 28).

³⁵ M. BERTOLISSI-R. MENEGHELLI, *Lezioni di diritto pubblico generale*, Giappichelli, Torino, 1996, 332 ss.

³⁶ V. *infra*.

³⁷ S. SATTA, *Diritto processuale civile*, Cedam, Padova, 1967, VII, del quale v., inoltre, *Il mistero del processo*, cit., che può aver scritto soltanto chi ha frequentato le aule giudiziarie e subito il giudizio.

C'è dell'altro, da cui non vale la pena di prescindere: riguarda il nostro contesto culturale e – per dirla con le parole del preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – le nostre “tradizioni costituzionali”, da annoverare tra le «democrazie “di ragione”», allergiche a «una *forma mentis* empirica e pragmatica»³⁸. È un carattere temibile, dal momento che – ce lo insegna la storia³⁹ – «Solo i popoli che avevano gettato le basi della loro libertà prima della rivoluzione francese, solo i popoli che hanno una struttura di libertà storiche e non una struttura di libertà razionali, si sono mostrati refrattari alla dittatura»⁴⁰.

Preferisco essere preoccupato, piuttosto che ingenuamente sereno, se non altro perché – a questo mondo – non c'è nulla di irreversibile ed è facile perdere quel che si è ereditato – le libertà – e non si è guadagnato⁴¹. Per questo, non credo sia opportuno ignorare insegnamenti e consigli ricevuti da chi sulle libertà ha riflettuto profondamente. Ad esempio, alcuni colleghi ed amici di Concetto Marchesi⁴², al quale suggerirono di conseguire una laurea in giurisprudenza, lui già professore ordinario di letteratura latina all'Università di Messina. Così, «Nel 1922, incerto del domani per l'avvento del fascismo, decise di ultimare gli studi in giurisprudenza interrotti ad Urbino nel 1910»⁴³. Dello stesso tenore, il consiglio di Giorgio Berti⁴⁴: «Sostenete l'esame di abilitazione all'esercizio della professione forense perché potrete sempre dire: “mi chiami avvocato”».

Questo è il contesto – per non dire: il clima –, in cui trovano la loro naturale collocazione gli avvocati. Ma anche i giudici, se hanno saputo cogliere i tratti essenziali di ciò che denominiamo, con formule collaudate, processo e giudizio⁴⁵.

³⁸ G. SARTORI, *Democrazia e definizioni*, il Mulino, Bologna, 1957, 42.

³⁹ È il caso di soffermarsi, ad es., su quanto è documentato in *Puritanesimo e libertà. Dibattiti e libelli*, Einaudi, Torino, 1956, cui è anteposto un magistrale saggio introduttivo di Vittorio Gabrieli; nonché su M. VIROLI, *Il Dio di Machiavelli e il problema morale dell'Italia*, Laterza, Roma-Bari, 2005.

⁴⁰ G. MARANINI, *Classe e Stato nella rivoluzione francese*, Vallecchi, Firenze, 1964, X.

⁴¹ Per cogliere il significato di questo rilievo, è sufficiente leggere la parte conclusiva del discorso – davvero memorabile – che Piero Calamandrei ha tenuto in Assemblea costituente il 4 marzo 1947: v. M. BERTOLISSI, *L'Italia s'è desta. 7 proposte per riformare il Paese*, libreriauniversitaria.it edizioni, Padova, 2017, 117 ss.

⁴² Il quale – come riferisce E. FRANCESCHINI, *Concetto Marchesi. Linee per l'interpretazione di un uomo inquieto*, Editrice Antenore, Padova, 1978, 14 – «Il 21 gennaio 1921 si iscrisse al partito comunista italiano, dopo aver partecipato al Congresso di Livorno».

⁴³ E. FRANCESCHINI, *Concetto Marchesi*, cit., 14. Gustoso il racconto di Manara Valgimigli, suo collega, che fu presente, e così ne scrisse in data 17 gennaio 1958: «(...) fu uno dei più giocosi spassi, quella laurea (...). Lo spasso mio più grosso fu con Betti, autore di un volume di *Istituzioni di diritto romano (Padova 1929)*, di circa 800 pagine, e voleva l'esame su tutto il volume: io, senza che Marchesi sapesse niente, andai da Betti: “Ma tu sei matto: dimmi due capitoli, 30 pagine al massimo, e tu lo interrogherai su quelle trenta e non più”. E così fu» (*ivi*, 15). La tesi di laurea ebbe ad oggetto *Il pensiero giuridico e politico di Cornelio Tacito*, destinato a materializzarsi in una mirabile monografia.

Si rimane saldamente ancorati alla prospettiva qui assunta, se si ricorda che «Quanto Marchesi viene scrivendo – come studioso del mondo romano – dopo la marcia su Roma e l'affermazione politica del fascismo denota la sua acuta percezione della portata epocale della sconfitta dell'ipotesi rivoluzionaria: ipotesi in forza della quale egli aveva sin da subito aderito alla corrente comunista del PSI e poi alla scissione di Livorno. Il *Tacito* parve subito, ai recensori, un libro di trasparente attualità»: L. CANFORA, *Il sovversivo. Concetto Marchesi e il comunismo italiano*, Laterza, Roma-Bari, 2019, 165. Poco oltre, riprende quello che ritiene un «ritratto fulminante» di Tacito: «Egli è raccolto in una *taciturnità pensosa* e minacciosa. Egli è un occhio che vede, un labbro che tace, forse un volto che dissimula» (*ivi*, 168). È un invito a guardare con distacco le soluzioni prossime più al comunicare che al pensare.

⁴⁴ Dato nel 1974 a Vittorio Domenichelli, a Giovanni Sala e a chi scrive.

⁴⁵ Mi permetto di richiamare due opere, che rappresentano l'inespresso di questa sorta di mio personale racconto: D. TROISI, *Diario di un giudice*, a cura di T. Iermano, Mephite, Atripalda, 2004, e S. SOTOMAYOR, *Il mio mondo amatissimo. Storia di un giudice dal Bronx alla Corte Suprema*, il Mulino, Bologna, 2017.

Processo e giudizio debbono essere sperimentati, per parlarne a proposito, non a sproposito. Oppure per evitare tanti luoghi comuni, che appartengono a narrazioni diffuse, tutte eguali, che non approdano a nulla. Uno degli stereotipi è Azzecagarbugli: *I Promessi Sposi*, cit., III, 59 ss. Il fatto è che ci si dimentica – troppo spesso – di alcune straordinariamente sapienti annotazioni di Alessandro Manzoni, che contribuiscono a rettificare pensieri approssimativi, i quali inducono a fraintendere il ruolo sia dell'avvocato, sia del giudice. Egli ricorda, infatti, che «la ragione e il torto non si dividon mai con un taglio così netto, che ogni parte abbia soltanto dell'una o dell'altro» (*ivi*, I, 40). Ed aggiunge – nella *Storia della colonna infame*, cit., 673 – che «que' giudici condannaron degl'innocenti (...) e che anzi, per trovarli colpevoli, per respingere il vero che ricompariva ogni momento, in mille forme, e da mille parti, con caratteri chiari allora com'ora, come sempre, dovettero fare continui sforzi d'ingegno, e ricorrere a espedienti, de' quali non potevano ignorar

5. Segue: (b) intermezzo

Di avvocati ve ne sono molti, quanto alle specie e allo stile. L'avvocato – cui mi riferisco in queste pagine, avendo ben presente il giudizio che si svolge dinanzi alla Corte costituzionale – è l'avvocato della più classica delle tradizioni: il patrocinatore. Non ha alcun rilievo l'essere parte di un'organizzazione complessa oppure no. Conta *uti singulus*. Per essere ancor più chiaro, prendo a prestito un'osservazione esemplare, che tronca ogni dubbio in proposito⁴⁶.

«Di una cosa ero certa: volevo continuare a occuparmi di processi, perché avevo imparato ad amare il tempo che trascorrevi in aula. Sapevo anche benissimo cosa non volevo: una vita da ingranaggio nel mastodontico meccanismo di un grande studio legale, chiusa tutto il giorno in un cubicolo. La pratica che costringeva gli associati più giovani a starsene relegati in biblioteca per anni, col compito di passare documenti ai vari livelli dell'organizzazione, solitamente a un socio in posizione apicale, mi attirava quanto lavorare in una miniera di carbone»⁴⁷.

In questa prospettiva e per quanto mi riguarda, è avvocato chi intrattiene rapporti con il cliente, predispose gli atti, va in udienza e condivide – come professionista, accanto al cliente – l'esito del giudizio. Ciò spiega quel che si è andati finora dicendo e quel che segue, concepito alla luce di insegnamenti destinati a durare nel tempo e a suggerire soluzioni, utili per non disperdere patrimoni di civiltà⁴⁸. Spiega, inoltre, il senso di una specifica, forte affermazione, secondo la quale «il giudice e l'avvocato» sono «due forze, nell'equilibrio delle quali si riassumono tutti i problemi, giuridici e morali, della amministrazione della giustizia»⁴⁹. Che possono infrangersi contro un ostacolo oggettivo, talora insuperabile: quello di «farsi ascoltare da un collegio che ha già sentito suonare mezzogiorno»⁵⁰.

l'ingiustizia». Tutto ciò, a causa di «passioni perverse» (*ivi*), di «passioni pervertitrici della volontà» (*ivi*, 674), trascurando le quali è impossibile percepire l'intrinseca drammaticità del giudizio e cogliere l'essenza – vale a dire: la forza determinante, in funzione della giustizia – dell'udienza pubblica. Perché è in questo luogo e suo tramite che si può rendere palese «che, se non seppero quello che facevano; fu per non volerlo sapere, fu per quell'ignoranza che l'uomo assume e perde a suo piacere, e non è una scusa, ma una colpa» (*ivi*, 675). Una conferma da parte di T. MORO, *Utopia*, Newton Compton Editori, Roma, 1994, spec. 36: v. la nota 54.

Di recente, si è occupato dell'argomento G. ZAGREBELSKY, *La giustizia come professione. Un'indagine sulla natura, i simboli, i cliché di chi esercita le professioni del diritto*, Einaudi, Torino, 2021, la cui lettura va integrata con quella di M. RECALCATI, *Il grido di Giobbe*, Einaudi, Torino, 2021. Di più, riflettendo sulle illuminanti ed istruttive considerazioni di F. CALASSO, voce *Equità (storia)*, in *Enc. dir.*, vol. XV, Giuffrè, Milano, 1966, 65 ss.; S. SATTA, voce *Giurisdizione (nozioni generali)*, *ivi*, vol. XIX, 1970, 218 ss. ed E. OPOCHER, voce *Giustizia (filosofia del diritto)*, *ivi*, 557 ss.: per evitare di attribuire eccessiva importanza a ciò che gli avvocati dicono di sé sul proprio sito *web*.

⁴⁶ V., invece, per una ricognizione del variopinto mondo delle professioni legali, G. ZAGREBELSKY, *La giustizia come professione*, cit., 101 ss.

⁴⁷ S. SOTOMAYOR, *Il mio mondo amatissimo*, cit., 354: «A spiccare come eccezione era Pavia&Harcourt, un piccolo studio per gli standard newyorkesi, meno di trenta avvocati quando vi sostenni un colloquio io nel 1984».

⁴⁸ Inutile dire che tutto ciò corrisponde alla *mia esperienza*, la quale non può essere smentita dalle più addottorate delle ricerche. Queste potranno rappresentare soltanto il riflesso di altre esperienze, come tali non discutibili e non sindacabili.

⁴⁹ P. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici*, cit., XXIII, in compagnia del quale saranno individuate le criticità e le soluzioni della vicenda umana, denominata processo e giudizio. Né è da trascurare «che qualsiasi perfezionamento delle leggi processuali rimarrebbe lettera morta, là dove, tra i giudici e gli avvocati, non fosse sentita, come legge fondamentale della fisiologia giudiziaria, la inesorabile complementarità, ritmica come il doppio battito del cuore, delle loro funzioni: solo se i giudici e gli avvocati saranno disposti ad accorgersi della stretta comunanza delle loro sorti, che li costringe, uniti ad uno stesso dovere, ad innalzarsi o ad avvilitarsi insieme, potranno collaborare tra loro con quello spirito di comprensione e di estimazione che attutisce gli urti del dibattito, e snoda, sotto il calore della indulgenza umana, gli incagli dei peggiori formalismi» (*ivi*, XXIII-XXIV). Di più: «Le virtù e i difetti dei giudici non possono dunque essere serenamente apprezzati se non quando si pensi che essi sono in realtà la riproduzione su un diverso piano, e quasi si potrebbe dire l'ombra deformata dalle distanze, delle corrispondenti virtù e manchevolezze degli avvocati» (*ivi*, XXIV). Invece, è dominante la prospettiva dei compartimenti stagni e dell'incomunicabilità, secondo la logica – destinata a causare danni gravissimi –, per cui *rex in regno suo est imperator*.

⁵⁰ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, XXVI. Per cui, può rivelarsi decisivo anche l'ordine di chiamata delle cause iscritte a ruolo. Gli ultimi, appunto, potranno deliziarsi dell'«atteggiamento di quel giudice che attentamente esamina il proprio

Sicché – poste una di fronte all'altra –, queste due antitetiche affermazioni: l'una, manifestazione di una insopprimibile esigenza delle istituzioni di realizzare la giustizia; l'altra, espressione di una quotidianità, nella quale ciascuno di noi è costretto a riconoscersi; queste affermazioni rappresentano il materiale, con cui avvocati e giudici debbono misurarsi, non per competere, ma per collaborare. Ciò che si impone non è tanto il preconstituito e l'astratto, ma l'umano: un insieme di pregi e difetti, di lungimiranza e di miopia, di sapienza ed ignoranza, di umiltà e di superbia. Entrambi sono il precipitato di esperienze: di usi, costumi e modi di pensare, resi espliciti, in particolare, nell'udienza pubblica, *coram populo*⁵¹. Del resto – ci si dimentica troppo spesso –, «solo là dove gli avvocati sono indipendenti, i giudici possono essere imparziali; solo là dove gli avvocati sono rispettati, sono onorati i giudici; e dove si scredita l'avvocatura, colpita per prima è la dignità dei magistrati, e resa assai più difficile ed angosciosa la loro missione di giustizia»⁵².

6. Segue: (c) *l'avvocato*

Che cosa, dunque, spetta all'avvocato e che cosa al giudice? «Quando si parla di avvicinare la giustizia al popolo non si vuol dunque far discendere i giudici dal loro seggio e mandarli in giro tra la gente, come pellegrini annunziatori del diritto. Questa funzione è invece essenzialmente riservata agli avvocati: il popolo può non conoscere il suo giudice, ma deve conoscere il suo avvocato e aver fede in lui come in un amico liberamente scelto»⁵³. E l'«avvocato (...) porta nelle impassibili aule della giustizia l'irrequieto fervore della carità»⁵⁴.

A una condizione: bisogna aver fede nella giustizia e ritenere quindi – è, al tempo stesso, premessa e conclusione – che il giudice sia “terzo e imparziale” (*ex art. 111, comma 2, Cost.*)⁵⁵. L'imparzialità – e, quindi, la fiducia che ne deriva – rappresenta l'epilogo di un riscontro, documentato dai fatti,

orologio e lo rigira e lo scruta dalla parte della mostra e da quella della calotta, quasi sperando che quel luccichio di vetro e di metallo abbacini e riduca al silenzio l'oratore». Poi, ci sono anche le raffinate teorie, che ci svelano ciò che non esiste.

⁵¹ In realtà, l'approccio del giurista è asettico: uno vale uno e la persona è Tizio. È il riflesso di eccessi categoriali, che allontanano dalla realtà, cui ha inteso riferirsi, invece, A. DI MARTINO, *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali. Uno studio comparativo*, Jovene, Napoli, 2016, 520, là dove osserva che le opinioni, favorevoli o contrarie all'istituto, dipendono da «diverse concezioni dell'uomo, ed anche del giudice e della società, concezioni che si sono fronteggiate già nei classici del pensiero politico: la prima moderatamente ottimista, fa leva su un'immagine del giudice indipendente e responsabile, che si relaziona con una cittadinanza attiva e partecipe; la seconda più pessimistica, vede collegi giudicanti fragili, che devono fare corpo contro le pressioni e i tentativi di occupazione da parte di forze politiche e sociali rissose». Al mondo, c'è di tutto!

⁵² P. CALAMANDREI, *op. cit.*, XXVIII-XXIX.

⁵³ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, XXX.

Ora – ed anche in seguito non si renderanno –, non si sono rese evidenti eventuali divergenze di opinioni tra quel che sostiene Piero Calamandrei e quel che si compie, con l'intento di realizzare il migliore tra i possibili rapporti tra Giudice delle leggi e società. In linea di massima, *tot capita, tot sententiae*, perché l'obiettivo non è di convincere, ma di sollecitare qualche ulteriore riflessione critica: che fa sempre bene.

⁵⁴ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, XXXI: «Al giudice è vietato esser caritatevole; ma l'avvocato deve essere per il suo cliente, in certi momenti in cui ogni calcolo di mestiere si scioglie e si purifica nella commozione, il fratello e il confessore, che può dargli, più che la sua dottrina e la sua eloquenza, il conforto di tenergli compagnia nel dolore».

Qualcuno – non pratico delle aule giudiziarie – potrà ritenere, questo atteggiamento, inusuale, se non romantico. Ma non è affatto così, perché molti di coloro che si rivolgono al giudice e, suo tramite, alla Corte costituzionale sono dei *quavis de populo*, alla ricerca – come è noto – di un giudice a Berlino. I potenti hanno altri mezzi e, per costoro, vale un millimetrico appunto di T. MORO, *Utopia*, cit., spec. 36, là dove osserva che «ci sarà certamente un magistrato disposto a escogitare un espediente – non importa se per puro spirito di contraddizione, per il gusto del cavillo giuridico, o per guadagnarsi il favore reale – che consenta di aggirare l'ostacolo». Tommaso Moro fu anche giudice: v. P. ACKROYD, *Thomas More. Una sfida alla modernità*, Frassinelli, Milano, 2001, 259 ss. Il che contribuisce ad accrescere l'ingiustizia e a rendere ancora attuale questa significativa annotazione: «Se ci sono ancora innocenti da difendere, se ci sono ancora soprusi da denunciare, se ci sono ancora dolori prodotti dall'ingiustizia e leggi dettate per guarirli, l'avvocatura è ancor giovine: e la gioventù non è mai malinconica, perché ha dinanzi a sé l'avvenire» (P. CALAMANDREI, *op. cit.*, XXXV).

⁵⁵ La modifica del testo originario – dovuta alla legge costituzionale n. 2/1999 – è coerente con il principio dell'equo processo, di cui all'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo. Non sono mai riuscito a comprenderne la ragione, pensando al Costituente, se non fosse per le pratiche perverse in cui è caduta la Repubblica.

soprattutto quando «dalla decisione dipende la vita di un uomo, la felicità di una famiglia»⁵⁶. Allora, l'avvocato si rivolge ai giudici, «guardandoli negli occhi da pari a pari, con quelle parole semplici con cui la coscienza dell'uomo si rivolge fraternamente alla coscienza del suo simile per convincerlo della verità»⁵⁷. Allora, l'avvocato è convinto che «La giustizia c'è, bisogna che ci sia, voglio che ci sia. Voi, giudici, dovete ascoltarvi»⁵⁸: «sia bandita la universale ingiustizia, che è regola eterna di tutta la vita»⁵⁹.

Giustizia è «parola disadorna»⁶⁰, il cui «senso» è – per così dire – generato da «una misteriosa e chiaroveggente virtù di intuizione»⁶¹, esclusa quando il giudice è attratto dall'idea di «fare una bella motivazione»⁶². È una parola, che interroga la coscienza sia del giudice, sia dell'avvocato. Ed è un tormento⁶³, rimosso da chi crede nelle «inesorabili esigenze della logica giuridica e delle ragioni di ordine generale, che consigliano il mantenimento, per quanto è possibile, della uniformità della giurisprudenza, garanzia della certezza del diritto e della uguaglianza di tutti i cittadini dinanzi alla legge»⁶⁴.

⁵⁶ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 4: «Sei convinto che il tuo cliente ha ragione: non solo secondo la legge, ma anche secondo la coscienza morale, che val più della legge». Molte accurate, ineccepibili disamine perdono di ogni rilevanza scientifica e di ogni interesse, se poste a confronto con la sostanza – umana e non solo – del giudizio, la cui conclusione può sorprendere: «E invece ecco che, quando esce la sentenza, hai l'inaspettata notizia che la vittoria è tua: nonostante la tua inferiorità e l'eloquenza dell'avversario, e le temute amicizie e le vantate protezioni. Questi sono i giorni di festa dell'avvocato: quando si accorge che, contro ogni espediente dell'arte o dell'intrigo, più vale, modestamente e oscuramente, l'aver ragione» (*ivi*, 5).

⁵⁷ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 9. «In questi momenti la parola “giustizia” torna ad essere fresca e nuova, come se si dicesse allora per la prima volta: e chi la pronuncia si sente passar nella voce un tremito discreto e supplichevole, come quello che passa nelle parole del credente che prega. – Bastano questi momenti di umile e solenne sincerità umana a riscattare l'avvocatura da tutte le sue miserie». Chi non la esercita così non può comprendere. Tanto meno può capire chi, piuttosto che essere giudicato, giudica. E quando disserta circa l'inutilità dell'udienza pubblica, *non causa cognita*, si dimostra sprovveduto e superficiale, al tempo stesso. *Amicus Plato, sed magis amica veritas*.

⁵⁸ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 16. Poco prima, aveva osservato che «Per questo lo Stato sente come essenziale il problema della scelta dei giudici: perché sa di affidare ad essi un potere micidiale, che, male adoprato, può far diventare giusta l'ingiustizia, costringer la maestà della legge a farsi paladina del torto, e imprimere indelebilmente sulla candida innocenza il marchio sanguigno che la renderà per sempre irricognoscibile dal delitto» (*ivi*, 10-11). V. peraltro – purtroppo – *sub* 7 ss.

⁵⁹ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 15. Si dirà che questo è un eccesso. Tuttavia – per limitarsi all'essenziale, che ognuno è libero di intendere come vuole –, ecco una notizia che invita a riflettere: *Negli Usa l'1% ha il 53% dei capitali*, in *Il Sole 24 Ore*, 14 luglio 2021, 1. Quanto all'Italia, v. – per un solo caso esemplare, che vede costantemente divisi e contrapposti, nella più sistematica e crudele violazione del principio costituzionale d'uguaglianza, evasori e tartassati – F. VECCHI, *Gli scrocconi. Per ogni italiano che lavora, dieci vivono alle sue spalle*, Piemme, Milano, 2021.

⁶⁰ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 166. D'ora in poi, sarà pressoché l'unico autore citato, perché le sue affermazioni rappresentano il riflesso di un'attività costante di avvocato – oltre che di studioso del processo –, maturata nelle aule giudiziarie.

⁶¹ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 172.

⁶² P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 174. «Si può ritenere per certo che non intenderebbe la santa serietà della giustizia quel giudice il quale, più che offrire alle sofferenze delle parti una giusta soluzione, si studiasse di offrire allo svago dei lettori un saggio di bella letteratura: ne potrebbe venir fuori una specie di padre Zappata giudiziario, il giudice che motiva bene e decide male».

⁶³ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 180. «Era un caso pietoso; ma la legge è legge e l'avevano dovuto condannare a due anni di reclusione». Incontrando «l'avvocato che aveva difeso quel poveretto», il «vecchio presidente» esclama: «Avvocato, avvocato: un grande dolore (...). Dovrei averci fatto l'abitudine: e invece ai rimproveri degli umili non ci resisto...». Questo è il terreno comune, in cui si incontrano l'avvocato e il giudice. Perché contano le persone in carne ed ossa, le persone fisiche, non le persone giuridiche.

⁶⁴ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 181. «Ma come può riuscire a spiegare in certi casi al suo cliente, specialmente se questi è persona umile e ignara di cose giuridiche, che la uniformità della giurisprudenza può servire talvolta a giustificare le più spietate ingiustizie? (...). (La gente crede che gli avvocati si abituino cogli anni all'ingiustizia: io quella notte, dopo quarant'anni di esercizio professionale, dalla disperazione non riuscii a dormire)» (*ivi*, 184). Di questo caso – qui sottinteso –, ne ha discusso in *La funzione della giurisprudenza nel tempo presente*, ora in *Studi sul processo civile*, vol. VI, Cedam, Padova, 1957, 101 ss., ove ricorda le conclusioni del procuratore generale presso la Corte di cassazione: «Qui la logica giuridica porterebbe a conseguenze assurde, alle quali la mia coscienza si ribella». Ma la Corte fu di diverso avviso e Calamandrei nota «che pur senza uscire dai limiti della legge, casi come questi non dovrebbero verificarsi, se il giudice non fosse tratto talvolta, per eccessivo ossequio alle massime, a dare parvenza di legge alle costruzioni logiche

Tuttavia, è ben altro che conta. Infatti, «Affinché non vacilli la fede nella giustizia, non deve neanche esser possibile il sospetto che la libertà personale degli umili valga meno di quella dei potenti»⁶⁵. Può accadere, però, che il tribunale ragioni altrimenti e rimproveri l'avvocato «per quella frase “volta a turbare la serenità del giudice, che è chiamato ad applicare la legge senza lasciarsi commuovere dalle conseguenze della sua giustizia”»⁶⁶. Se così fosse – ma, se talvolta accade, è un'eccezione –, «tutta la cattedrale della giustizia, che mi sono costruita nel cuore, crollerebbe d'un tratto»⁶⁷.

Certo, non va mai persa di vista la cruda realtà. Essa ci svela che «È bene che [il giudice] non si accorga che la funzione che la nostra società assegna alla giustizia è spesso quella di conservare le ingiustizie consacrate nei codici»⁶⁸. Tutto, però, può essere temperato proprio dalla giustizia, quando la medesima diviene «un fluido vivo, che circola nelle formule vuote delle leggi come il sangue nelle vene»⁶⁹: perché «Il linguaggio della burocrazia è un gergo di pigri e sfiduciati automi: quello della giustizia è l'umana parlata della gente semplice»⁷⁰. Perché «Giustizia vuol dire comprensione: ma la via più diretta per comprendere gli uomini è quella di avvicinarsi ad essi col sentimento»⁷¹.

È un punto di osservazione e di sperimentazione del diritto – che si fa esperienza –, il quale consente di percepire il significato ultimo del “ricorrere ai tribunali”. Può essere sintomo di litigiosità. Può essere «prova di ferma risolutezza nel difendere l'ordine sociale contro i sopraffattori, e di sana fiducia nella amministrazione della giustizia»⁷². Allora, lo «Stato (...) trova nella difesa del diritto la sua più alta espressione (...), la sua ragion d'essere più essenziale»⁷³. È per questo che «in ogni processo, anche in quelli civili, si esplica non un giuoco atletico, ma la più gelosa ed alta funzione dello Stato»⁷⁴. Dunque, «il processo non è un palcoscenico per gli istrioni; né una vetrina per mettervi

inventate dai suoi predecessori; le quali, create una prima volta per servir l'equità, possono diventare, quando sono riportate sui massimi separate dai fatti su cui si fondarono, idoli spietati di cui l'equità diventa la vittima» (ivi, 102). Quanto, poi, alla certezza del diritto e ai non pochi equivoci che la riguardano, v. P. GROSSI, *Sulla odierna “incertezza” del diritto*, in *Giust. civ.*, n. 4/2014, 921 ss., nonché L. TORCHIA, *Lontano dal giuspositivismo: incertezza, sicurezza, fiducia*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 2/2017, 171 ss.

⁶⁵ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 235. V., purtroppo, E. PAZÉ, *Giustizia, roba da ricchi*, Laterza, Roma-Bari, 2017. Del resto, v. A. MANZONI, *I Promessi Sposi*, cit., II, 50, e quel suo: «Mala cosa nascer povero, il mio caro Renzo».

⁶⁶ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 254: «l'asprezza con cui il tribunale aveva sentito il bisogno di dichiarare che non si lasciava commuovere da essa, dimostrava che in realtà ne era stato commosso» (ivi, 254-255). La tensione tra *lex* e *ius* è una costante. Si può considerare una sorta di *damnatio vitae*. *Iustum quia ius* oppure *Ius quia iustum*? Quanto all'avvocato, egli «dev'esser disposto a prendere dal giudice anche gli schiaffi: purché alla fine riesca ad ottenere per i suoi poveri l'obolo della giustizia» (ivi, 255).

⁶⁷ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 256. Da qui, la convinzione che «I giudici son come gli appartenenti a un ordine religioso: bisogna che ognuno di essi sia un esemplare di virtù, se non vuole che i credenti perdano la fede». Se ne riparerà *sub 7*.

⁶⁸ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 273.

⁶⁹ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 260.

⁷⁰ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 263. Con l'occasione, osservo che non mi sembra, affatto, apprezzabile la scelta, che la Corte costituzionale ha fatto, di standardizzare il linguaggio delle sentenze. Rappresenta una *capitis deminutio* dell'apporto del redattore e consiste in un eguagliare al basso ciò che dovrebbe essere vivificato dagli umori positivi di chi scrive (da ciò si potrebbe dedurre quale è la quantità di energie profuse dal singolo giudice nell'elaborare il testo della sentenza). Invece, deve rimanere ben ferma l'impronta personale del singolo giudice: il quale, nel redigere la sentenza, deve sentirsi responsabile di fronte non all'opinione pubblica (versione demagogica del molteplice), ma dei *cives*.

⁷¹ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 351. Ne sono coinvolti anche i concetti – per quanto si stenti a credere –, dal momento che – come ha sottolineato M. CAMBULA, *Dall'uso scientifico all'uso filosofico della ragione. Un itinerario di ricerca tra fisica e filosofia oggi*, in AA.VV., *Studi in onore di Pietro Meloni*, Gallizzi, Sassari, 1988, 65 – «I concetti sono intessuti nei fatti dell'esperienza e i fatti si intessono nei valori non solo etici, ma anche religiosi. Come i termini e i concetti empirici sono “carichi” di teoria, così i concetti teorici sono “carichi” di esperienza; anzi sono configurabili come punti di condensazione dell'esperienza stessa, ad alto contenuto semantico e concettuale». V., altresì, V. ITALIA, *I concetti giuridici*, Giuffrè, Milano, 2010.

⁷² P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 145.

⁷³ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 145. Da meditare – per evitare tanti luoghi comuni, tipici dello sprovvaduto comunicatore – quel che segue: «Il giorno in cui vedessi chiudere i tribunali per mancanza di liti, non saprei se rallegrarmi o rattristarmi: rallegrarmi, se, in un mondo in cui più non si trovasse alcuno disposto a far torto al suo simile, questo significasse l'avvento dell'amore universale; o rattristarmi, se, in un mondo in cui più non si trovasse alcuno disposto a ribellarsi contro la prepotenza altrui, questo volesse dire il trionfo della universale viltà» (ivi, 146).

⁷⁴ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 31.

in mostra le mercanzie; né un'accademia di conferenzieri; né un salotto di sfaccendati che si scambiano motti di spirito; né un circolo di giuocatori di scacchi; né una sala di scherma... – ...né un dormitorio... – continuò timidamente il professore» di procedura, chiosando il giudice⁷⁵. Ciò che fa «funzionare il processo» è un «giuoco di forze psichiche»⁷⁶, che rappresentano la sostanza di due parzialità contrapposte, nel cui «giusto mezzo» si colloca «la decisione imparziale, sintesi chimica di due contrapposte parzialità»: vale a dire, la pronuncia del giudice⁷⁷.

È «il dibattito» – che consiste in una «discussione»⁷⁸ – «di due avvocati contrapposti, destinati ad assorbir dall'aria tutte le intemperanze polemiche per lasciare il giudice isolato in un'atmosfera di serenità», che dispiega una «azione purificatrice (...) sulla coscienza del giudice»⁷⁹. Dibattito scandito dall'oralità, «che vorrebbe dire semplicità, celerità e lealtà nelle relazioni tra avvocati e giudici», perché «l'oralità è l'espressione della fiducia (...), mentre la scrittura è l'espressione della diffidente cautela»⁸⁰. Infatti, «l'oralità (...) vuol dire espressione schietta e semplice del proprio pensiero» ed essa non va confusa con «l'oratoria, intesa come arte retorica di ricoprire il proprio pensiero sotto le parole»⁸¹. Indispensabili «Gli studi giuridici», che «devon servire a sciogliere il pensiero: quando questo sia agile e pronto, l'eloquio si scioglie da sé»⁸². D'altra parte, *rem tene, verba sequuntur*. Il che serve ad evitare – se non sempre, almeno in numerose circostanze – che «L'arringa degli avvocati» sia «considerata da molti giudici come un periodo di vacanza mentale: il giudice torna ad essere spiritualmente presente nell'aula, quando l'avvocato si siede»⁸³.

Soprattutto quando in gioco sono vantaggi economici – di lavoratori, di preferenza pubblici, o di pensionati⁸⁴ –, gli interessati accedono a Palazzo della Consulta oppure si aggirano nei suoi dintorni, ansiosi di assistere – in qualche modo – all'udienza e di udire i loro avvocati: suggestionati – i clienti – dal fatto che «l'ascoltare gli argomenti altrui provoca l'irreprimibile bisogno di confutarli»⁸⁵. Così,

⁷⁵ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 111.

⁷⁶ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 118.

⁷⁷ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 122.

⁷⁸ *Il piccolo Rizzoli Larousse*, cit., *ad vocem*.

⁷⁹ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 122 e 123.

⁸⁰ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 205.

⁸¹ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 84. «Confidenza di un giudice alla fine dell'udienza: – Chi ha detto che nelle cause civili la discussione orale non serve a nulla? Prima delle arringhe degli avvocati, ero in dubbio. Ha parlato il difensore dell'attore, e ho capito che l'attore aveva torto; ma poi, per fortuna dell'attore, ha parlato il difensore del convenuto: e allora ho dovuto convincermi che l'attore aveva veramente ragione» (*ivi*, 87).

⁸² P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 76.

⁸³ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 78. Nota, ancora, Calamandrei che «la brevità e la chiarezza sono le due doti che il giudice più ama nel discorso dell'avvocato» (*ivi*, 80). Ed aggiunge – umoristicamente, ma non troppo – che è «Inutile la chiarezza, se il giudice, vinto dalla prolissità, si addormenta. Più accetta la brevità, anche se oscura: quando un avvocato parla poco, il giudice, anche se non capisce quello che dice, capisce che ha ragione» (*ivi*, 81). Difficile da far comprendere – e da far digerire – ai professori! Ed inoltre: «Quel giorno, all'udienza, fui eloquentissimo (...). Ciò accadde, se ben ricordo, quel giorno che mi alzai per dire: – Rinuncio alla parola» (*ivi*, 82-83); «La brevità e la chiarezza, quando riescono a stare insieme, sono i mezzi sicuri per corrompere onestamente il giudice» (*ivi*, 89).

Questo genere di rilievi non ha nulla a che fare con il gioco: sono una cosa seria, perché seria è la psicologia forense, che il positivismo giuridico si ostina ad ignorare: v., infatti, AA.VV., *Psicologia del giudizio e della decisione*, a cura di N. Bonini, F. Del Missier, R. Rumiati, il Mulino, Bologna, 2008; A. FORZA-G. MENEGON-R. RUMIATI, *Il giudice emotivo. La decisione tra ragione ed emozione*, il Mulino, Bologna, 2017; R. RUMIATI-C. BONA, *Dalla testimonianza alla sentenza. Il giudizio tra mente e cervello*, con presentazione di G. Canzio, il Mulino, Bologna, 2019, nonché G. TIEGLI, *Educare, non solo decidere. Nuovi scenari dalle recenti opere dei giudici costituzionali Grossi e Sotomayor*, in [Rivista AIC](#), n. 1/2020. Piero Calamandrei è stato un precursore: v. *Elogio dei giudici*, cit., 35, 163, 171, 262. Ed è in un simile contesto che colloca le eccezioni processuali: «e l'avvocato esperto, per coltivare questa allettatrice tendenza all'inerzia mentale, usa seminare le sue difese di scorciatoie laterali, che invogliano il giudice a non incamminarsi sulla via maestra. – Le «eccezioni di procedura», anziché un maligno ritrovato degli avvocati per render più ardua e faticosa l'opera del giudice, sono assai spesso un rispettoso omaggio che essi dedicano alla salute del giudice, per aiutarlo a faticar meno» (*ivi*, 53 ed anche 175 e 193).

⁸⁴ Si pensi ai vari prelievi, operati a titolo di contributo di solidarietà, che hanno colpito anche le retribuzioni dei magistrati in attività e a riposo.

⁸⁵ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 87.

l'avvocato finisce per trovarsi tra l'incudine e il martello⁸⁶: perché «I giudici amano gli avvocati discreti e laconici, i clienti li vogliono verbosi e prepotenti». Salva la circostanza «che anche il giudice, quando per qualche sua controversia personale diventa giudicabile e ha bisogno di un difensore, cade nella stessa aberrazione dei clienti profani»⁸⁷. È una conseguenza, naturale e scontata, che è dell'uomo e delle sue angustie⁸⁸. Di fronte a chiunque, allora, «sento che gli schemi astratti non servono più: bisogna uscir dalla generica indifferenza professionale che vorrebbe appagarsi delle approssimazioni, e avvicinarsi con rispettoso desiderio di comprensione al caso individuale, che non è comparabile con alcun altro, perché ogni creatura umana è unica, ed ogni dolore è nuovo»⁸⁹. La disponibilità a capire, però, non deve mai prevalere sul rigore, professionale e morale, ad un tempo⁹⁰.

Chi è, allora, l'avvocato? È colui che rivolge «un garbato inchino (al) presidente burbanzoso che (gli) toglie la parola»⁹¹. Non è «colui che, parlando ai giudici come se fosse in cattedra, li indispettisce colla ostentazione della sua sapienza e li affatica con desuete astruserie dottrinali»⁹². È colui che indossa «la toga, uguale per tutti»⁹³ e che «deve cercare unicamente di proiettare la sua virtù chiarificatrice sui fatti e sugli argomenti della causa, e di mantenere nell'ombra la propria persona»⁹⁴. È «il momento dinamico della giustizia»⁹⁵; colui che deve «trovar gli argomenti»⁹⁶; ma qualche giudice lo considera uno dei «mali necessari del processo»⁹⁷. È «come un bersagliere»⁹⁸ e, nel loro insieme, gli avvocati sono «sensibilissime antenne della giustizia»⁹⁹, che hanno «Il dovere di farsi

⁸⁶ È la norma e riguarda qualunque giudizio.

⁸⁷ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 127. Da leggere, pure, le pagine seguenti, caratterizzate da un onesto realismo, che mette in luce i tratti essenziali della più banale umanità, alla quale non si sottraggono – c'è da credere – neppure i giudici costituzionali. Questo è il tratto, forse, più significativo dell'esperienza istituzionale, riflesso non di ciò che è un collegio in astratto, ma di ciò che è un collegio in concreto, con le sue luci e le sue ombre. Per questo, il più delle volte, si preferiscono le dissertazioni di principio, impersonali, astratte: quindi, inesistenti. Con questo, non si intende affermare – ne parla S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, ora in *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1969, 10 – che non esiste «altra realtà all'infuori degli uomini»; ma che avviene «che il giurista anche esperto, che si propone di descrivere soltanto il diritto positivo qualunque esso sia, veda le istituzioni, attraverso il prisma che le deforma, del fermento di idee e di energie che premono su di esse».

⁸⁸ Ognuno ha le sue. E solo Dio sa da che cosa dipendono. C'è stato chi – A. MANZONI, *I Promessi Sposi*, cit., X, 179 – ha parlato di «guazzabuglio del cuore umano». Anche per questo, lo stato d'animo delle parti del processo, degli avvocati e degli stessi giudici lo si può immaginare così: «I suoi pensieri erano, come ognuno può immaginarsi, un guazzabuglio di pentimenti, d'inquietudini, di rabbie, di tenerezze; era uno studio faticoso di raccapezzare le cose dette e fatte la sera avanti, di scoprire la parte segreta della sua dolorosa storia, e sopra tutto come avevan potuto risapere il suo nome» (*ivi*, XVI, 261). Pensieri di Renzo, pensieri di tutti!

⁸⁹ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 371. Anche a questo proposito, osservo che stabilire che cosa è dolore è operazione assai complicata, che non si presta ad essere definita alla luce dei propri personali convincimenti. Varrebbe la pena di leggere R. MENEGHELLI, *Frammenti di filosofia minima*, Giappichelli, Torino, 1993, per convincersene.

⁹⁰ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 36, si sofferma anche sui pareri “per la Verità”, a proposito dei quali rileva che «Questo modo di fare mi sembra indiscreto per due motivi: primo, perché se il *consilium sapientis* era in uso quando i giudicanti erano analfabeti, offrire oggi al magistrato che ha la sua laurea una cosiffatta lezione a domicilio, non è fargli un complimento; secondo, perché non si riesce a comprendere come avvenga che, in questi pareri inseriti in un fascicolo di parte, la Verità, col V maiuscolo, coincida sempre con l'interesse della parte che allega il parere». Più chiaro di così!

⁹¹ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 34.

⁹² P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 35. Infatti, «L'avvocato che nel difendere una causa entra in aperta polemica col giudice, commette la stessa imperdonabile imprudenza dell'esaminando che durante la prova si prende a parole coll'esaminatore» (*ivi*, 37).

⁹³ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 39, il quale ricorda che «Anche la parrucca degli avvocati inglesi, che può parere un ridicolo anacronismo, ha questo stesso scopo di affermare l'ufficio sull'uomo: nascondere il professionista che può anche essere calvo e canuto, sotto la professione, che ha sempre la stessa età e lo stesso decoro».

⁹⁴ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 40.

⁹⁵ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 48, mentre il giudice è «il momento statico».

⁹⁶ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 49.

⁹⁷ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 52.

⁹⁸ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 54, mentre il giudice è come un «alpino».

⁹⁹ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 55.

capire»¹⁰⁰, con «umiltà»¹⁰¹: tant'è che «il carattere di un avvocato» lo si percepisce da «come sa stare in udienza al banco della difesa»¹⁰². È *vir bonus, tacendi peritus*¹⁰³, votato a un «duro ed austero ufficio»¹⁰⁴. «Avvocato sommo è colui che riesce a parlare in udienza con la stessa semplicità e la stessa schiettezza con cui parlerebbe al giudice incontrato per via»¹⁰⁵.

Di avvocati, comunque, ve ne sono di vario genere: non c'è che l'imbarazzo della scelta «nella zoologia forense»¹⁰⁶. Ecco, dunque, l'*advocatus merus* (il semplice avvocato), l'*advocatus explorator seu commendator* (l'avvocato “di corridoio” o “di cerimonia”), l'*advocatus ad pompam, seu luminar fori* (cui «è riservata la funzione, finale e meramente decorativa, di ripetere oralmente in udienza gli argomenti scritti nelle comparse dal semplice avvocato, suo collega di difesa») ¹⁰⁷. Per tutti, vale un consiglio: «Difendi le cause con zelo; ma non esagerare. La troppa dottrina, l'eccezionale sfoggio di citazioni di autori, il raffinato virtuosismo dialettico stancano il giudice. Se scrivi troppo, non legge; se parli troppo, non ascolta; se sei oscuro, non ha tempo di cercar di capirti»¹⁰⁸.

7. Segue: (d) il giudice

Comunque si voglia intendere la funzione dell'avvocato, è certo che essa deve misurarsi – costantemente – con l'umiltà. Inevitabile, dal momento che egli si sottopone al giudizio altrui, avendo a disposizione la parola e lo scritto. Inevitabile, altresì, perché non è inusuale sentirsi dire che «la legge è legge», anche «se questa scusa dell'ossequio alla legge non sia molte volte una ipocrisia per far passare l'ingiustizia sotto il mantello della legalità»¹⁰⁹. È a questo punto che avvocati e giudici finiscono per camminare su un terreno comune e per essere avvinti da una sorta di necessità fatale: che è quella di «cercar di introdurre nelle formule spietate delle leggi la comprensione umana della ragione illuminata dalla pietà»¹¹⁰. Chi – gli uni e gli altri – si sottrae a questo imperativo categorico

¹⁰⁰ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 55.

¹⁰¹ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 56. «La professione dell'avvocato è invece [rispetto a quella del giudice: v. *sub* 7] maestra di modestia: non c'è causa in cui il difensore non si trovi di fronte l'avversario che lo rimbecca: qualunque cosa dica, deve essere preparato a sentirsi ribattere che è un errore, o magari una scempiaggine o addirittura una menzogna. Anche ad ammettere che l'avvocato vinca il cinquanta per cento delle cause che difende, basta l'altro cinquanta per cento a dimostrargli che non è infallibile: e a consigliargli di stimar l'avversario che è stato più bravo di lui» (*ivi*, 59).

¹⁰² P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 58: «da come si muove, da come gesticola, da come sventola la toga, dalla cura con cui si mette a posto la facciola, dalla prontezza con cui si alza quando entra la corte, dal suo volgersi indietro per farsi ammirare dal pubblico, dal tono dimesso o squillante della sua voce, dal suo uscire fuori dal banco mentre parla, – da tutto questo si capisce che razza di avvocato è: la sua educazione, la sua civiltà, la sua sincerità, – oppure la sua prepotenza, il suo artificio, la sua grossolana vanità».

A conferma del fatto che, per capire, è necessario calarsi *in medias res*, piuttosto che limitarsi (l'uno e l'altro) a declamare dal pulpito, «Bisognerebbe che ogni avvocato per due mesi all'anno facesse il giudice; e che ogni giudice, per due mesi all'anno, facesse l'avvocato. Imparerebbero così a comprendersi e a compatirsi: e reciprocamente si stimerebbero di più» (*ivi*, 63).

¹⁰³ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 76.

¹⁰⁴ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 81.

¹⁰⁵ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 85. V., altresì, 117 ss., nonché 381 ss.

¹⁰⁶ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 99.

¹⁰⁷ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 99-100. «Si può aggiungere che ciascuna di queste specie si suddivide in diverse varietà. Per esempio: gli avvocati di cerimonia possono appartenere a tre diversi sottotipi: “insigni giuristi”, “grandi oratori”, “autorevoli parlamentari”; ma alcuni zoologi preferiscono classificare questi ultimi, gli autorevoli parlamentari, tra gli avvocati di corridoio, insieme cogli amici di famiglia (dei magistrati) e cogli ex magistrati in pensione, iscritti di diritto nell'albo degli avvocati». Si dirà che vi sono gli avvocati d'affari ed altri ancora, ignoti a questa classificazione. Tuttavia, tolte le etichette, rimane, immutata, la sostanza.

¹⁰⁸ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 102. Si potrebbe concludere così: «Disse, sospirando, quell'avvocato, quando ebbe la notizia di aver perduto una causa alla quale aveva dedicato sei mesi di zelantissime fatiche: – Non l'ho difesa abbastanza male per meritare di vincerla».

¹⁰⁹ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 299.

¹¹⁰ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, XI-XII.

non è né avvocato né giudice: è un faccendiere, vale a dire uno che «si occupa di affari o traffici spesso poco chiari»¹¹¹.

D'altra parte, se vale per l'avvocato quel che si è andati dicendo¹¹², vale, a maggior ragione, per il giudice, la spiegazione data – da Piero Calamandrei –, quando ha concluso che «Il titolo resta immutato: e con più convinzione di prima»¹¹³. Infatti, egli ha considerato figure irreprensibili di magistrato: «Egli era tutto preso dai problemi della ricerca della verità nel processo penale: l'errore giudiziario era la sua ossessione»¹¹⁴; «(...) era la pietà umana dalla quale egli non sapeva concepire separata la sua funzione di giudice. Per lui ogni giudicabile era un problema umano, non un caso giuridico: un uomo vivo, non una formula»¹¹⁵; «Dacché servo lo Stato nell'amministrazione della giustizia non ho mai fatto nulla di contrario alla mia coscienza»¹¹⁶. Forse, è pensando a tutto questo che la Corte costituzionale ha affermato che «l'indipendenza della magistratura trova la prima e fondamentale garanzia nel senso del dovere dei magistrati e nella loro obbedienza alla legge morale»¹¹⁷.

Certo, il dissenso è ammesso. Tuttavia, «Mi convinco sempre più che tra il rito giudiziario e il rito religioso esistono parentele storiche più strette di quanto non indichi la uguaglianza della parola. Chi conducesse uno studio comparativo del cerimoniale liturgico e delle forme processuali, rileverebbe nella storia un certo parallelismo di evoluzione: quasi si direbbe che con egual curva, nelle aule giudiziarie e nelle chiese, la religione sia degenerata in conformismo»¹¹⁸. Soprattutto, in indifferenza, che rappresenta una fase ulteriore dello sviluppo – una evoluzione ancor più negativa – del conformismo stesso¹¹⁹. Mentre – nell'ottica di una nobile ed elevata concezione dell'una e dell'altra

¹¹¹ *Il piccolo Rizzoli Larousse*, cit., ad vocem.

¹¹² In specie, sub 6.

¹¹³ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, X. Il riferimento è, naturalmente, a “elogio dei giudici”.

¹¹⁴ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, XII.

¹¹⁵ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, XIV. «Accadeva talvolta che quando il presidente Sansoni, ammantato dalla sua toga, usciva penseroso dal dibattimento, trovasse Gervasio che gli apriva la porta della camera di consiglio: e gli venisse fatto di fermarsi, lui giurista, per domandargli: – Che ne pensi, Gervasio? Credi proprio che meriti d'esser condannato? – Gervasio sorrideva umilmente sotto i bianchi baffi spioventi: – Che vuol che ne capisca io, signor presidente? Io sono un povero ignorante ... – Ma quei due uomini, il presidente e l'usciera, così distanti per cultura e per grado, si guardavano negli occhi con una stessa luce di bontà: che è linguaggio uguale per tutti gli uomini, qualunque sia la istruzione e l'ufficio» (*ivi*, XIV-XV).

¹¹⁶ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, XVI.

¹¹⁷ Corte cost., [sentenza 12-13 dicembre 1963, n. 168](#), V. la nota 136.

¹¹⁸ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 249.

¹¹⁹ Aiuta a capire quanto grande è l'attuale degrado delle istituzioni la lettura, ad es., di N. BOBBIO, *Politica e cultura*, Einaudi, Torino, 1974, e di L. CANFORA, *Intervista sul potere*, a cura di A. Carioti, Laterza, Roma-Bari, 2017. In fondo, allontanarsi dal processo e dal giudizio, alla ricerca di una legittimazione strettamente connessa con la comunicazione (la comparazione con quanto accade in altri ordinamenti non sempre è appagante, perché vi possono essere, tra l'uno e l'altro, distanze siderali: v. sub 12), potrebbe essere – al di là delle buone intenzioni – controproducente, dal momento che si sottovaluta la cruda realtà. Ad es., ciò che segnala Luciano Canfora: «Gli studenti condannati a una preparazione scarsa o apparente, o addirittura all'ignoranza, diventano più facilmente vittime del potere. Sono cittadini debolissimi, indifesi, aperti a ogni influenza improvvisata e chiassosa. Chi ha rovinato la scuola, ha ferito gravemente anche la Repubblica, il sistema democratico, la libertà individuale e la consapevolezza dei diritti. Spero che qualcuno prima o poi se ne accorga. Purtroppo le riforme che si sono via via susseguite nel tempo non sono andate nella direzione di *prendere atto della modernità* e farla fruttare in maniera seria. Si sono mosse invece nel senso della semplificazione banalizzante, che alla fine risulta corruttrice. I futuri cittadini vengono resi così più fragili e manipolabili. È un grande problema storico-politico, di cui, temo, prima o poi vedremo conseguenze lancinanti» (*ivi*, 167). Per parte sua, A. PANEBIANCO, *L'incuria educativa ignorata*, in *Corriere della Sera*, 20 luglio 2021, 1, pone – beffardamente – questo problema: «Tema: la classe dirigente italiana e i processi educativi. Svolgimento: spiegare come mai per la suddetta classe dirigente sia irrilevante l'impo-
verimento in corso del capitale umano a disposizione del Paese. Collegare tale implicito giudizio di irrilevanza al disinteresse, ampiamente comprovato, di politici di primo piano, imprenditori, banchieri, leader sindacali, grandi professionisti, alti prelati, intellettuali di rango eccetera, per ciò che riguarda la condizione delle scuole e delle università. Chiedersi se, per questa ragione, si possa ipotizzare che in Italia una classe dirigente non esista più. In caso di risposta affermativa, fare qualche considerazione sulle cause di tale scomparsa».

Nessuna sorpresa, se rito giudiziario e rito religioso sono stati sopraffatti dalla logica – degna di Procuste – dell'algoritmo e se ciò abbia provocato una violenta spersonalizzazione, che banalizza. Nessuna sorpresa se A. PROTO PISANI, *La riforma della giustizia*, *ivi*, 17 maggio 2021, 31, ha scritto che «Il testo approvato per l'Europa, relativo alla

– è parso doveroso notare che l'«ordine giudiziario (...) non è un ramo della burocrazia ma un ordine religioso»¹²⁰, che «si onora non con l'adularl(o), ma con l'aiutarl(o) sinceramente ad essere all'altezza della sua missione»¹²¹. Del resto, era ammirata – il predicato verbale al passato è un atto dovuto – «l'austera intimità di questo ufficio, in cui il giudicare implica in ogni istante il dovere di fare i conti con la propria coscienza»¹²².

Coscienza è una parola ricorrente, impegnativa; che non lascia scampo ed impone al giudice di essere fedele a sé stesso. Consapevole che «la difficoltà del giudicare non consiste tanto nel trovar la conclusione, che può essere affare da sbrigarsi in giornata, quanto nel trovar poi con più lunga meditazione le premesse di cui quella conclusione dovrebbe, secondo il volgo, esser la conseguenza». Con ciò, «si vuol dire soltanto che, nel giudicare, l'intuizione e il sentimento hanno assai spesso più larga parte di quello che dall'esterno non sembri: non per niente, direbbe qualcuno, sentenza deriva da sentire»¹²³. Dunque, il giudice – nel decidere – è condizionato dal suo stato d'animo, dimodoché «Non sempre sentenza ben motivata vuol dire sentenza giusta; né viceversa»¹²⁴, perché «giudice ottimo è quello in cui, sulla cauta cerebralità, prevale la pronta intuizione umana»¹²⁵. Intuizione, che può essere sopraffatta da altri fattori: infatti, «molte volte i motivi dichiarati sono molto diversi da quelli veri» e «la motivazione ufficiale non è che uno schermo dialettico per nascondere i veri moventi, di carattere sentimentale o politico, che hanno portato il giudice a giudicare così»¹²⁶.

Chi è, allora, il giudice? «Il giudice è un avvocato rallentato e purificato dall'età (...) è ciò che resta, quando si son tolte all'avvocato tutte quelle virtù esteriori per cui il volgo lo ammira (...). Il sistema inglese, nel quale i più alti magistrati sono scelti tra gli avvocati anziani, è la conferma pratica di questo trapasso psicologico»¹²⁷. L'"inerzia", piuttosto che l'"agire", è una qualità del giudice, perché «agire vorrebbe dire prendere partito»¹²⁸, mentre egli «deve avere il coraggio di esercitare la funzione del giudicare, che è quasi divina, nonostante che senta dentro di sé tutte le debolezze, e forse le bassezze, dell'uomo»¹²⁹. E, tuttavia, «Nel giudice non conta l'intelligenza, la quale basta che sia normale per poter arrivare a capire, come incarnazione dell'uomo medio, *quod omnes intellegunt*: conta soprattutto la superiorità morale, la quale dev'esser tanta da far sì che il giudice possa perdonare all'avvocato di esser più intelligente di lui»¹³⁰. In ogni caso, l'avvocato deve praticare l'umiltà: così, «quando egli veste la toga, mi inchino a lui con sincero senso di ossequio, perché vedo in lui l'idea della sua funzione: rispetto il giudice non per quello che è, ma per quello che dovrebbe essere»¹³¹.

riforma della giustizia, è vergognoso e destinato solo a far fare all'Italia una pessima figura. Il suo contenuto è pressoché inesistente e pieno di contraddizioni al suo interno. Di certo, non è in grado di costituire alcuna base per un lavoro futuro, volto a tentare di porre rimedio alla grave situazione della giustizia in Italia. Mi rifiuto, come ottantenne, formato alla severa Scuola di Virgilio Andrioli, di anche solo immaginare che il testo sia stato licenziato da persone che abbiano anche solo il mero ricordo di studi sul processo e sull'ordinamento giudiziario o, addirittura, che stiano vivendo tali esperienze». In via Arenula, a Roma, ha sede il Ministero di Giustizia: lì dimora una moltitudine di magistrati. È la conseguenza di un doppio fallimento: morale e culturale, estraneo a Piero Calamandrei.

¹²⁰ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, ca XIII. Da concepire laicamente: ad es., secondo la prospettiva delineata da A. GUERRIERO, *Quaesivi et non inveni*, Mondadori, Milano, 1974.

¹²¹ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 251.

¹²² P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 251.

¹²³ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 170 e 171.

¹²⁴ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 174.

¹²⁵ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 175.

¹²⁶ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 185. Possono influire, in talune circostanze, anche i «Beati coloro che hanno fame e sete di giustizia»: *ivi*, 8; ma v. anche XIV, 50 e 180, nonché – quanto alla fonte – MATTEO, 5, 6.

¹²⁷ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 47. Ma non siamo in Inghilterra. Inoltre, è mortificante l'attuazione, che è stata data finora, dell'art. 106, comma 3, Cost.: la traduzione in pratica dell'inciso "per meriti insigni".

¹²⁸ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 48.

¹²⁹ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 49.

¹³⁰ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 55.

¹³¹ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 57. «Ma anche al giudice non sarebbe disdicevole (ma è assai più rara) l'umiltà di fronte all'avvocato: perché questi, anche se come difensore vale poco, rappresenta dinanzi al giudice l'idea altrettanto augusta della difesa».

Peraltro, «Grave peccato per il giudice è la superbia; ma forse è una malattia professionale»¹³². Come grave è «addormentarsi» in udienza, anche quando «il sonno dei giudici sia premeditato»¹³³.

In controluce, un pericolo, che consiste in «un lento esaurimento interno delle coscienze, che le rende acquiescenti e rassegnate: una crescente pigrizia morale, che sempre più preferisce alla soluzione giusta quella accomodante, perché non turba il quieto vivere e perché la intransigenza costa troppa fatica»¹³⁴. Realisticamente, «Difficile è per il giudice trovare il giusto punto di equilibrio tra lo spirito di indipendenza verso gli altri e lo spirito di umiltà verso sé stesso»¹³⁵. Stella polare è un «forte senso di virile dignità: quel senso che impone di ricercar nella propria coscienza, più che nei comandi altrui, la giustificazione del proprio agire, e di assumere in pieno, a viso aperto, la responsabilità»¹³⁶. Quando accade, «Il dramma del giudice è la solitudine»¹³⁷, cui potrebbe ovviare a caro prezzo: riducendo «il decidere» a «una pratica di ordinaria amministrazione». Ma «Il giudice che si abitua a render giustizia è come il sacerdote che si abitua a dir messa»¹³⁸.

Il processo ed il giudizio sono la traduzione in pratica di questi modi di essere e di agire, tra loro alternativi, secondo la logica dell'*aut aut*. Si concentrano, in modo particolare, nell'udienza pubblica¹³⁹ e nel suo essere utile oppure no¹⁴⁰. Molto spesso – a ragione o a torto –, chi giudica ama il silenzio e può rivolgersi all'avvocato con queste parole: «Ho bell'e capito: lei è uno di quegli avvocati che quando cominciano a parlare, vuol farci sapere anche le virgole ...»; ripagato con un: «Signor presidente, non ho altro da dire»¹⁴¹. È accaduto che «Parlavo da cinque minuti in udienza (...) vedo che il presidente (che evidentemente non voleva darsi la pena di seguire il mio discorso) mi faceva colla destra, riunendo insieme le punte delle cinque dita come le foglie di un carciofo, raccomandazioni mimiche di brevità (...). Mi fermai e dissi: – Veda, signor presidente, se io stessi leggendo una pagina scritta, potrei accontentarla, mettendomi a leggere un rigo sì e uno no. Ma, dovendo improvvisare, è inevitabile che nel mio discorso un minimo di filo logico ci sia. Mi voglia perdonare»¹⁴². Esistono modi ulteriori e diversi per scoraggiare l'oratore quando non si vuol ascoltare, non si intende interrogare, ci si ostina a sopportare. Un peso, che non dovrebbe essere un peso; e, se lo è, non è, certo, un bene.

Non lo è, perché il giudice può determinarsi diversamente, se si convince che il «dialogo vivo e spezzato» non deve essere «sostituito dal monologo»; che «lo stimolo vivificante delle obiezioni» non deve essere «abolito o differito»; che non deve ridursi a questo l'«oratoria forense»¹⁴³. Se così fosse, non paradossalmente, anche l'avvocato riuscirebbe a «trovar nel silenzio la conciliazione del

¹³² P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 59.

¹³³ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 107. Di seguito, frammenti e squarci spassosi: ad es., sugli «occhiali da sonno» (*ivi*, 114).

¹³⁴ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 269-270.

¹³⁵ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 281-282: «essere fiero senza arrivare ad essere orgoglioso, e insieme umile senza esser servile: aver tanta stima di sé da saper difendere la propria opinione contro l'autorità dei potenti o contro le insidie dialettiche dei causidici, e insieme aver tanta consapevolezza della fallibilità umana, da esser sempre disposto a valutare attentamente le opinioni altrui fino al punto di riconoscere apertamente il proprio errore, senza domandarsi se il riconoscerlo possa apparire una menomazione del suo prestigio. Per il giudice la verità deve contare più dell'altrui prepotenza, ma anche più del suo amor proprio».

¹³⁶ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 343, che prosegue con queste limpide parole: «La indipendenza dei giudici, cioè quel principio istituzionale per cui essi al momento in cui giudicano debbono sentirsi svincolati da ogni subordinazione gerarchica, è un duro privilegio, che impone, a chi ne gode, il coraggio di restar solo con sé stesso, a tu per tu, senza nascondersi dietro il comodo schermo dell'ordine del superiore». Dunque, l'indipendenza è uno stato d'animo interiore e non va ricercato – come si usa fare ora – in garanzie formali esterne, che accontentano riscontri di facciata. V. il testo, cui è riferita la nota 117.

¹³⁷ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 347.

¹³⁸ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 348.

¹³⁹ V. *sub* 10.

¹⁴⁰ V. *sub* 1 e 2.

¹⁴¹ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 42-43.

¹⁴² P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 95. Accenna al «celebre episodio, realmente accaduto in Cassazione (ne sono testimone)», P. BARILE, *Introduzione*, cit., V, il quale riferisce che il detto di Calamandrei fu: «Presidente, se leggessi potrei leggere un rigo sì e un rigo no, ma *gli è* che parlo».

¹⁴³ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 72.

dovere di lealtà verso il giudice col dovere di patrocinio verso il cliente»¹⁴⁴. Ne è offerto un esempio, che tronca sul nascere ogni obiezione, tratto da un'udienza svoltasi dinanzi alle Sezioni Unite della Corte di cassazione.

«Questo presidente (...), uomo di altissimo valore intellettuale e morale [è un aspetto non insignificante], ma di modi un po' bruschi ed irruenti, non veniva mai in udienza senza aver profondamente studiato sui fascicoli i ricorsi portati in discussione [ed anche questo conta non poco]: di ogni causa egli conosceva a perfezione tutti i particolari di fatto e di diritto; in modo che quando si accorgeva che un difensore divagava o tentava di scivolare sui punti scabrosi, l'interrompeva dopo due minuti per richiamarlo alle questioni essenziali»¹⁴⁵. Ed ecco il seguito: «Gli avvocati che lo conoscevano si erano abituati a questa discussione dialogata (...). Ma chi, non conoscendolo, veniva in udienza col suo discorso filato bell'e pronto, rimaneva senza fiato sotto quella grandinata di interrogazioni». In questa scomoda situazione venne a trovarsi «un avvocato di provincia», accintosi a «discutere un ricorso», dopo aver iniziato «solennemente la recitazione di una sua arringa preparata da mesi, e imparata a memoria»¹⁴⁶. Infatti, «Il presidente lo fermò subito a metà dell'esordio, invitandolo a concentrare il suo discorso sul punto essenziale della causa». Invito frainteso, perché l'avvocato equivocò: «Mi si impedisce di fare il mio dovere. Protesto e rinuncio alla parola!»¹⁴⁷. Risolutiva – della questione di allora e delle sorti di ogni udienza pubblica, ivi compresa quella che si svolge dinanzi alla Corte costituzionale – è la risposta del presidente, con la quale spiegò all'avvocato la differenza che passa tra parlare e capire¹⁴⁸.

Sarà anche una apprezzabile singolarità del nostro ordinamento, ma la camera di consiglio può rivelarsi un ordigno micidiale. È un dato, di fatto e di diritto, acquisito, pietrificato. Eppure, quante perplessità! «La solennità dell'udienza, le toghe con le nappe dorate, il segreto mistico della camera di consiglio, la unanimità istituzionale della sentenza»¹⁴⁹. «La camera di consiglio prima della discussione? Speriamo che non sia vero: sarebbe una beffa per gli avvocati»¹⁵⁰. Ed ancora: «la

¹⁴⁴ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 75.

¹⁴⁵ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 65.

¹⁴⁶ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 66.

¹⁴⁷ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 66.

¹⁴⁸ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 66-67. Il presidente si espresse così: «Avvocato, non si abbia a male delle mie interruzioni. Avrebbe ragione di lamentarsi se ella fosse un conferenziere, dinanzi al quale il pubblico ha il dovere di soffrire in silenzio, anche se non capisce un bel nulla di quello che dice. Ma ella è qualcosa di meglio di un conferenziere: è un avvocato, cioè uno che parla per persuadere noi giudici a ben giudicare. Come si può esser persuasi senza aver capito? Ella adempia dunque liberamente al suo dovere, che è quello di parlare; ma lo faccia in modo da aiutarci nell'adempire il nostro, che è quello di capire».

Sotto questo profilo, l'iniziativa – non preannunciata, ma salutare – di Sabino Cassese, di cui si è detto (v. *sub* 2), la si sarebbe dovuta non già abbandonare, ma discutere e perfezionare, accompagnandola con un seguito di ulteriori innovazioni, a cominciare dall'introduzione della *dissenting opinion*. Quello della Corte costituzionale rimane – nonostante tutto – un mondo chiuso, perché è un monolite, cui è ignota la funzione catartica e salvifica della dialettica: che non può soffrire eccezioni.

Sono del tutto condivisibili, pertanto, le considerazioni svolte da M. LUCIANI, *Corte e avvocatura*, in AA.VV., *La Corte costituzionale compie cinquant'anni*, in *Foro it.*, 2006, V, 335 (là dove suggerisce di mettere a disposizione degli avvocati i risultati delle ricerche effettuate dalla Corte, a beneficio dell'udienza e della decisione); ID., *Intervento*, in AA.VV., *Interventi di terzi e "Amici Curiae" nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi, anche alla luce dell'esperienza di altre Corti nazionali e sovranazionali*, Giuffrè, Milano, 2020, spec. 136 («Ritengo che il difensore debba essere ben lieto che il collegio gli ponga dei quesiti, ma sarebbe opportuno... che la loro formulazione fosse preventiva»). Quanto alle più recenti aperture della Corte, egli parla di «circo mediatico».

Del resto, la indispensabile trasparenza di ciò che avviene nel processo, in vista del giudizio, non può essere surrogata da un altro genere di attività, quali le lezioni nelle scuole e le visite in carcere. Ciò che inquina sono i riflettori accesi e la pubblicità che ne segue. Il bene lo si compie in silenzio, nella quiete dell'ombra e del colloquio con tanti sfortunati – finanche ergastolani –, che possono avere molto da dire a chi li accosta, ad es., per esami di profitto (universitari) nella casa di reclusione. Ed aggiungo un ulteriore appunto. Concluso il mandato di giudice e presidente della Corte costituzionale, Livio Paladin mi confidò di essere felice di «finalmente» poter tornare a studiare: M. BERTOLISSI, *Livio Paladin. Appunti riflessioni ricordi di un allievo*, Jovene, Napoli, 2015, 41 ss.; non già di aspirare a cariche di vario genere ed utilità.

¹⁴⁹ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 59.

¹⁵⁰ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 94.

segretezza della camera di consiglio, l'anonimo della collegialità»¹⁵¹. Eppure – nota Calamandrei –, «In altri paesi la sentenza si vede nascere sotto gli occhi del pubblico: chiuso il dibattimento, i giudici non si ritirano in camera di consiglio, ma rimangono a discutere in pubblica udienza, liberamente manifestando ciascuno, prima di venire al voto, la propria opinione e le ragioni che la sostengono»¹⁵². «Nel nostro sistema giudiziario, invece, la sentenza figura sempre deliberata all'unanimità»¹⁵³.

Tutto ciò, non senza conseguenze: «La segretezza della camera di consiglio è la consacrazione istituzionale del conformismo: il giudice può pensare colla propria testa in segreto, purché di fuori non lo sappia nessuno»¹⁵⁴. Ogni medaglia, però, ha il suo rovescio, che può essere positivo: «in certi casi la collegialità (...) può essere anche un corroborante. Per avere il coraggio di andare controcorrente, la collegialità può servire da sostegno»¹⁵⁵: ovviamente, quando difetta il nerbo. In ogni caso, «la camera di consiglio (...) dovrebbe essere un incontro dialogato di persone desiderose di aiutarsi a trovar la giustizia»¹⁵⁶, che è la parola iniziale e conclusiva di ogni discorso sul processo ed il giudizio.

I giudici – tutti – debbono ricordare che *nemo iudex sine actore*¹⁵⁷.

8. Segue: (e) in teoria e in pratica

Gli orizzonti si disvelano, aprendosi a una più adeguata percezione delle vicende umane ed istituzionali, se l'oggetto dell'indagine non rimane circoscritto al dettato normativo. Se il diritto non lo si concepisce – con sguardo miope – come un sistema di norme. Giustamente, dunque, «Non basta che i magistrati conoscano a perfezione le leggi come sono scritte; sarebbe necessario che altrettanto conoscessero la società in cui queste leggi devono vivere»¹⁵⁸. Se si assume questo punto di vista – che è anche quello pragmatico del mondo anglosassone –, pure il discorso sull'avvocato e sul giudice si colora diversamente: si sfumano le contrarietà; alla contrapposizione si sostituisce la collaborazione; al dualismo manicheo giusto-ingiusto subentra la pacata ricerca della verità. È, sempre, un'operazione sofferta, che deve misurarsi con i fatti, i quali «si adeguano alla misura intellettuale e morale del difensore»¹⁵⁹. «Fatti messi in rilievo perché favorevoli, fatti lasciati nell'ombra perché contrari alla tesi difensionale»¹⁶⁰, perché «L'avvocato opera sulla realtà come lo storico, che raccoglie i fatti secondo un criterio di scelta da lui prestabilito»¹⁶¹. Per questo, le espressioni “questioni di fatto”-“fattista” non devono avere, in nessun caso, “un significato dispregiativo”: «Il fattista, magistrato o avvocato, è un valentuomo, modesto ma onesto, al quale il trovar la soluzione giusta che meglio aderisca alla concreta realtà sta più a cuore che il far bella figura come collaboratore di riviste giuridiche»¹⁶². Consente, poi, di non invertire i termini della relazione fatto-diritto¹⁶³. Cade nell'equivoco chi considera «la questione di diritto come un teorema da

¹⁵¹ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 252.

¹⁵² P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 273.

¹⁵³ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 274. «Sussurrano i bene informati che in camera di consiglio vi siano stati contrasti, e magari diverbi; ma di fuori nessuno deve saperlo, perché la camera di consiglio è segreta».

¹⁵⁴ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 274.

¹⁵⁵ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 277.

¹⁵⁶ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 331.

¹⁵⁷ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 48.

¹⁵⁸ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 177.

¹⁵⁹ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 120.

¹⁶⁰ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 123.

¹⁶¹ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 124: «e trascura quelli, che, al lume di tale criterio, gli appaiono irrilevanti. Anche l'avvocato, come lo storico, tradirebbe il suo ufficio se alterasse la verità col raccontare fatti inventati: non lo tradisce, finché si limita a cogliere e a coordinare della grezza realtà quei soli aspetti che giovano alla sua tesi».

¹⁶² P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 159.

¹⁶³ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 161, osserva – l'appunto riguarda sia gli avvocati, sia i giudici – che «*Ex facto oritur ius* è una vecchia massima, cauta ed onesta, che impone, a chi vuole ben giudicare, di accertare prima di tutto, con fedeltà pedantesca, i fatti di cui si discute. Ma certi avvocati la intendono a rovescio: quando hanno escogitato una loro brillante teoria giuridica che si presta ai virtuosismi del facile ingegno, i fatti se li aggiustano alla lesta, secondo le esigenze della

dimostrarsi con formule astratte, in cui gli uomini sono rappresentati da lettere e gli interessi da cifre» e si regola come un «giurista in un trattato o in una lezione; ma l'avvocato pratico deve vedere, dietro le formule, gli uomini vivi»¹⁶⁴.

Certo, i fatti, la realtà! Tuttavia, agli uni e all'altra è indispensabile attribuire un significato: debbono essere interpretati. «Mettete due pittori dinanzi allo stesso paesaggio, l'uno accanto all'altro, ognuno col suo cavalletto (...). Vedrete due paesaggi assolutamente diversi»¹⁶⁵. D'altra parte, «le interpretazioni che si possono dare di una legge sono cento: e non si può mai prevedere con sicurezza quale di esse sceglierà il giudice»¹⁶⁶, in forza del più ampio contraddittorio tra le parti, e tra queste e il giudice stesso¹⁶⁷. «Soltanto il giurista puro (...) può permettersi il lusso di avere opinioni rigide intorno a certe questioni di diritto e di dar battaglia aperta alla giurisprudenza dominante quando la ritiene sbagliata; ma il patrocinatore deve sempre mantenere intorno alla interpretazione da darsi alle leggi una certa elasticità di opinione»¹⁶⁸.

Il che impone di concepire processo e giudizio in termini rigorosi, poiché l'irrompere di elementi esterni ad essi, se, da un lato, possono ampliare le conoscenze, d'altro lato, possono alterarne i caratteri e la funzione essenziale, che è sempre una ed una sola: quella di rendere giustizia alle parti. Possono disturbare anche «Eleganti questioni di diritto: inutili parentesi di bravura e di agilità, buone soltanto a guastare la umana chiarezza del tema, simili a quelle acrobatiche variazioni con cui certi virtuosi di violino amano imbrogliare a metà il filo della sonata»¹⁶⁹. È irrilevante che il giudizio in via incidentale sia senza parti necessarie.

Di più: «le leggi son formule vuote, che il giudice volta per volta riempie non solo colla sua logica ma anche col suo sentimento. Prima di applicare una legge, il giudice come uomo è portato a giudicarla (...). L'interpretazione delle leggi lascia al giudice un certo margine di scelta: entro questo margine chi comanda non è la legge inesorabile, ma il mutevole cuore del giudice»¹⁷⁰. È una notazione, che ha racchiuse in sé non poche e non trascurabili implicazioni, tanto più rilevanti se in causa è chiamata la Corte costituzionale, dal momento che «è difficile che il giudice nell'interpretare la legge (che vuol dire ripensarla e farla rivivere in sé), riesca a distaccarsi da sé, fino al punto di non far entrare nel giudizio, anche senza accorgersene, le proprie opinioni politiche, la sua fede religiosa, la sua condizione economica, il suo ceto sociale, le sue tradizioni regionali o familiari, e magari i suoi pregiudizi e le sue fobie»¹⁷¹. Il luogo per eccellenza, in cui possono affiorare – emergere, anche in modo eclatante – è l'udienza pubblica, sulla scorta di una inesorabile narrazione dei fatti, la cui rilevanza giuridica non può essere pregiudicata dalle più avvalorate teorie¹⁷².

9. Segue: (f) istituzioni e politica

Questi ultimi rilievi – tra i quali si segnala il cenno alle opinioni politiche – meritano qualche puntualizzazione, che può anche sorprendere¹⁷³. Infatti, Calamandrei ha preso, quale termine di

teoria; e così *ex iure oritur factum*».

¹⁶⁴ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 143, il quale continua così: «Lasciamo che i professori insegnino in scuola che la legge è eguale per tutti: sarà poi ufficio dell'avvocato spiegare ai clienti che la legge civile è fatta sopra tutto per i galantuomini, e che per gli altri c'è quella penale».

¹⁶⁵ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 121.

¹⁶⁶ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 154.

¹⁶⁷ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 155.

¹⁶⁸ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 161.

¹⁶⁹ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 162.

¹⁷⁰ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 214.

¹⁷¹ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 237.

¹⁷² Ne ho parlato in *Libro Paladin costituzionalista della Res publica*, Mucchi Editore, Modena, 2021.

¹⁷³ Getta, sicuramente, un fascio di luce sui fatti – più recenti e meno recenti – riguardanti l'ordine giudiziario, il cui prestigio pare, davvero, compromesso. V. – per limitarsi ad un cenno per memoria –, ad es., G. NEGRI, *Fiducia sul processo penale se non ci sarà l'accordo*, in *Il Sole 24 Ore*, 23 luglio 2021, 8. V., peraltro, già C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, tomo II, Cedam, Padova, 1976, 1275 ss., spec. 1283, nonché P. BARILE, *Introduzione*, cit., XI.

riferimento, la monarchia costituzionale, la dittatura fascista e la repubblica democratica¹⁷⁴. Ed ha ricordato – con grande senso pratico – che «I giudici nel sistema della legalità, devono per forza essere legalitari: una volta assuefatti a un sistema di legalità, rimangono affezionati a questo anche quando esso è caduto; e ci vogliono molti anni prima che si accorgano che quel sistema è stato rovesciato e che la illegalità di allora è diventata la legalità di oggi»¹⁷⁵.

«Durante il fascismo», il cliente sentiva l'esigenza, talvolta, «di associare al patrocinio, “per rinforzo”, un luminare fascista»: molto spesso, un mediocre servitore del regime¹⁷⁶. «Durante il fascismo vi sono stati, più che non si pensi, magistrati eroici, disposti a perdere il posto e magari ad affrontare il confino, pur di difendere la loro indipendenza»¹⁷⁷. «Al dibattimento il presidente faceva di tutto per salvarla: e le domandava bonariamente...»¹⁷⁸. Altri episodi sono narrati, tutti esemplari¹⁷⁹.

Riferite alla vigenza della Costituzione del 1947-1948 sono, invece, queste differenti affermazioni, sulla cui portata – innanzi tutto, istituzionale – è opportuno riflettere. «Ma, in verità, il magistrato che si serve della motivazione della sua sentenza per questi sfoghi politici, scambiando il seggio di giudice con un palco da comizio, cessa di esser magistrato»¹⁸⁰; «Nel sistema della legalità, fondato sulla divisione dei poteri, la giustizia deve essere rigorosamente separata dalla politica. La politica viene prima della legge: è il travaglio da cui nasce la legge. Ma quando la legge è nata, il giudice non deve vedere che questa»¹⁸¹; «il magistrato che è salito sulla tribuna di un comizio elettorale a sostenere le idee di un partito, non potrà sperare mai più, come giudice, di aver la fiducia degli appartenenti al partito avverso. L'opinione pubblica è convinta (e forse non a torto) che prender parte nella politica voglia dire, per i giudici, rinunciare alla imparzialità nella giustizia»¹⁸²; «Verrebbe voglia di dire che per un magistrato mantenere la sua indipendenza sia più difficile in tempi di libertà che in tempi di tirannia»¹⁸³. Campane a morto e un *De profundis* per l'ordine giudiziario della Repubblica¹⁸⁴.

Quindi, prima di divergere dal processo e dal giudizio, alla ricerca di una sospirata legittimazione dal basso¹⁸⁵, relegando l'udienza pubblica a poco più che un rito, è opportuno che i Giudici delle

¹⁷⁴ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 213.

¹⁷⁵ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 215.

¹⁷⁶ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 216. Appunto di un avvocato: «Io, se il cliente vuole associare alla sua difesa un gerarca, e pagarlo fior di quattrini perché faccia ai giudici il saluto romano, non mi ci oppongo: mi basta che la difesa della causa la lasci fare a me, che ne so più di lui» (*ivi*, 218). Un altro suo collega: «Quando il principe del foro ebbe finito la sua arringa spropositata ma autorevole, l'altro avvocato cercò di rimediare alla meglio le sue bestialità: e cominciò così: – Avrete ammirato, signori del tribunale, il sottile sarcasmo del mio insigne collega di difesa, che ha spiritosamente bollato il convenuto coll'epiteto, tolto dal processo penale, di “imputato”...» (*ivi*, 219). Possibile in udienza e soltanto se pubblica, non camerale! Per questo, se l'udienza pubblica è ritenuta inutile, non si fa un buon servizio alla democrazia riducendone gli spazi. Al contrario, va ripensata, disciplinata e valorizzata, quale presidio delle libertà. V. *sub* 4, (a).

¹⁷⁷ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 220.

¹⁷⁸ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 228.

¹⁷⁹ Sono inclusi nel ca XII, che è così intitolato: “Delle relazioni (buone o cattive) tra la giustizia e la politica, come furono ieri e come sono oggi”, al tempo della Repubblica.

¹⁸⁰ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 236. «Fino a che egli resta nei limiti della causa, la sua opinione, che ha per legge il solenne accento della giustizia, *facit de albo nigrum*; ma quando si mette a discuter di politica, il bianco resta bianco, anche se nella sentenza egli si ostina a proclamare che è nero. L'autorità del giudicato rende sacra e indiscutibile la decisione del magistrato, non le opinioni del politicante; il quale non può servirsi del sigillo giudiziario, che lo Stato gli affida, per dar forma di sentenze alle chiacchiere da caffè».

¹⁸¹ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 236-237.

¹⁸² P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 239.

¹⁸³ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 240.

¹⁸⁴ P. BARILE, *Introduzione*, cit., XI.

Degno di nota anche quest'ultimo rilievo di P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 243: «Io so, per esperienza personale, che durante il fascismo gli avvocati non tesserati erano guardati con rispetto dalla maggior parte dei giudici, e ascoltati con maggior attenzione. Cambiato il regime, la situazione si è rovesciata: quasi si direbbe che i magistrati provino, per gli stessi avvocati, una specie di istintiva repugnanza, e siano spinti senza volere a considerare l'avvocato che milita nella politica come un avventuriero». In ogni caso, tutto provoca suggestioni, contaminazioni, condizionamenti a carico di chi è giudice.

¹⁸⁵ Come si usa dire. Richiamo, in proposito, per tutti, G. BERGONZINI, *Una Corte costituzionale aperta?*, cit.

leggi rispondano a un “Questionario per un esame di coscienza”¹⁸⁶, di carattere preventivo, perché il giudice – al pari dell’avvocato e di ogni persona umana – è un essere finito, suggestionabile, emotivo, fallibile. Le cui debolezze non debbono essere nascoste o ridimensionate¹⁸⁷, ma rese palesi nell’udienza pubblica¹⁸⁸.

10. Segue: (g) l’udienza pubblica

Letta con la dovuta attenzione, questa accurata disamina dell’esperienza giuridica e della vita giudiziaria, colta osservando attentamente i suoi protagonisti – figure umane, non manichini inespressivi ed inanimati –, ci si accorge che essa ha un suo argomento centrale, che tutto attrae verso di sé: è l’udienza pubblica. Per questo, tutto ciò che allontana e distrae contrasta con le più elementari ragioni di giustizia, che non hanno nulla a che fare con la legittimazione del giudice, accordatagli *motu proprio* dal Costituente e dalla Costituzione. Per non dire – quanto alla Corte costituzionale – dalla pura e semplice esistenza di una norma di rango superiore, il cui primato deve essere, necessariamente, assicurato dal giudice *tout court* oppure da un giudice *ad hoc*¹⁸⁹.

Dunque, «Nel saper ascoltare le buone ragioni altrui è la prima virtù del giudice: l’udito è il senso più prezioso e più necessario (il senso professionale, si potrebbe dire) di chi è destinato dal suo ufficio a star seduto e silenzioso per tutta la vita, ad ascoltare chi parla stando in piedi. – Per questo al centro del processo sta l’udienza. Senza udito non c’è udienza: sarebbe inutile annunciare che l’udienza è aperta, se gli orecchi dei giudici rimanessero chiusi. E invece, purtroppo, succede che i magistrati, quanto più salgono in dignità, tanto più perdono in finezza d’udito. Così mi confessò uno di essi: – La nostra carriera (e la nostra tragedia) è tutta qui: si comincia uditori e si finisce sordi»¹⁹⁰.

Nelle pagine che precedono sono stati assai frequenti i richiami a questo momento essenziale e fondativo. Quel che segue offre alcune spicciole integrazioni a un discorso, che è già sufficientemente chiaro: *intelligenti pauca*. Si può ricordare, allora, che non giovano all’oralità l’architettura degli edifici e gli arredi¹⁹¹; «che certe cause, discusse alla vigilia delle ferie, rischiano di esser decise da magistrati che hanno già fatto le valigie per andare in vacanza»¹⁹²; che va combattuto «il sonno dei giudici»¹⁹³; che – se rigorosi sul piano professionale – non si affronta «in udienza (...) una discussione senza esser(sì) preparat(i), scrivendo una traccia sommaria (...), abbastanza elastica per modificarla all’occorrenza, ma abbastanza compiuta per mantenere al discorso ordine e chiarezza». «E ogni volta che devo discutere [nota Calamandrei, perché chi giudica rifletta, prima di screditare l’udienza pubblica], ringiovanisco: perché prima di cominciare provo allo stomaco quello struggimento che provavo da studente prima di entrare nella stanza dell’esame, e poi, appena ho

¹⁸⁶ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 299.

¹⁸⁷ Negli scritti e dagli scritti; e in camera di consiglio.

¹⁸⁸ Poiché dubito che ci sia un volenteroso, che intende soddisfare la curiosità di prendere diretta visione del “Questionario per un esame di coscienza di un magistrato alla fine della sua carriera”: in P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 299-300, eccone il testo: «– Mi è mai accaduto, mentre mi pareva di esser convinto della colpevolezza dell’imputato, di accorgermi a un tratto che cominciavo a ritenerlo innocente dopo aver saputo di chi era figlio? – Mi è mai accaduto, nel decidere una lite, di non potermi levar di mente le opinioni politiche o la fede religiosa o le parentele o le amicizie della parte che poi ha avuto ragione? – Mi è mai accaduto nella stessa udienza, per invitare due testimoni a sedersi dinanzi a me, di adoprare per ciascuno di essi una formula diversa: per uno “si accomodi” e per l’altro “sedetevi”? – Mi è mai accaduto, nel fare una sentenza, di pensare senza volere alle conseguenze che dal farla in un modo o in un altro potevano derivare alla mia promozione o al mio trasferimento? – Dolce e tranquilla è la vecchiaia del magistrato a riposo che a tutte queste domande può rispondere: – Mai». *Mutatis mutandis...*

¹⁸⁹ M. CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, cit., VII e *passim*.

¹⁹⁰ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 314.

¹⁹¹ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 51 e 319 ss. «Avvocato, la prego, esca dal banco e si avvicini: in quest’aula, di quassù, non si sente assolutamente nulla di quello che ella dice (...). Uscii da quell’udienza penale in preda a torturanti problemi» (*ivi*, 321).

¹⁹² P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 283. V. anche 309.

¹⁹³ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 107.

cominciato, quella specie di eccitazione inebriante che anche allora provavo dinanzi agli esaminatori»¹⁹⁴.

L'esaminatore – il giudice – che interviene è bene accetto. Ravviva il confronto. Trasforma in colloquio un soliloquio¹⁹⁵. «L'arringa defensionale, per esser veramente utile, dovrebbe essere non un monologo filato, ma un vivace dialogo col giudice, che è il vero interlocutore: e che dovrebbe rispondere, cogli occhi, coi gesti, colle interruzioni»¹⁹⁶. L'udienza dovrebbe essere conforme a questo modello: «un'aria di raccoglimento e di rispettosa familiarità; il presidente autorevole ma cortese, i magistrati attenti alle arringhe dei difensori, anzi desiderosi di ascoltarle fino in fondo; gli avvocati, ben composti nella toga, pacati e discreti nel discutere, aderenti ai temi essenziali, senza inutili divagazioni e senza modulazioni oratorie: convinti, l'uno e l'altro, della bontà delle proprie ragioni, ma rispettosi l'uno dell'altro, senza mai darsi l'aria di voler sopraffare l'avversario con la propria autorità o con la propria destrezza»¹⁹⁷.

Esemplare, «una corte inglese, dove tutta l'udienza consiste in un dialogo a voce discreta tra il magistrato che siede sulla cattedra e gli avvocati che stanno alla sbarra dinanzi a lui: sbrigativo e amichevole il dialogo, nel quale il magistrato non si perita di interrompere l'avvocato a metà di un discorso che non lo persuade, e di confutarlo apertamente, portando ragioni alla tesi dell'avversario; e alla fine, quando attraverso questo leale colloquio è arrivato a convincersi della verità, detta immediatamente alla stenografa, senza ritirarsi in camera di consiglio, i motivi e il dispositivo della sua sentenza»¹⁹⁸. Se in Italia non è così, le ragioni – di carattere culturale e morale¹⁹⁹ – rappresentano l'ostacolo principale di un rinnovamento, che attiene ai costumi²⁰⁰.

11. Segue: (h) il fu magistrato

Il contrappasso – come criterio risolutivo di enigmi – è in grado di chiarire non pochi interrogativi, che possono sembrare indecifrabili ed insolubili. Perché questa evidente, non rimediata, miseria istituzionale? Innanzi tutto, perché la logica della “superbia”²⁰¹ non si combina, in alcun modo, con la logica dell’“umiltà”²⁰². Per comandare bisogna avere obbedito: dunque, subito il giudizio. E, se un tempo subito, conservarne memoria, non dimenticando mai che l'accertamento della verità – in senso relativo; in un contesto problematico; tormentati dalle passioni, che l'anestesia prodotta dai

¹⁹⁴ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 43.

¹⁹⁵ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 65 ss. V. sub 7.

¹⁹⁶ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 77. «L'avvocato deve amare le interruzioni del giudice, perché gli attestano che questi non rimane inerte ed estraneo alla sua arringa. Interrompere vuol dire reagire: e la reazione è il miglior riconoscimento della azione stimolatrice».

¹⁹⁷ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 90 e 91, che prosegue così: «Alla fine, si salutano tranquilli e sereni, amici come prima, tra loro e coi giudici. La sentenza sarà quel che sarà: i giudici mediteranno, ci ripenseranno, sceglieranno; ma ciascun difensore sa di aver fatto quel che ha potuto: senza mancar di rispetto né ai giudici, né all'avversario, né a sé stesso; fidando solo nella forza della ragione, in questa virtù di persuasione che, tra uomini civili, si dice abbiano le buone ragioni onestamente esposte da chi ci crede. – Quanti millenni ci sono voluti per arrivare a questo miracolo? Credo che anche l'abitante di Marte ne rimarrebbe ammirato (ma bisogna che egli capiti qui sulla Terra proprio quella volta: una su cento, come ho già detto)».

¹⁹⁸ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 308.

¹⁹⁹ Basta leggere, per convincersi, M. VIROLI, *Il Dio di Machiavelli e il problema morale dell'Italia*, cit., nonché U. VINCENTI, *La repubblica virtuosa. Una proposta per l'Italia*, Bruno Mondadori, Milano-Torino, 2011.

²⁰⁰ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 308, chiarisce, quindi, con parole che avviliscono: «Ma nello stile italiano, non è indispensabile (specialmente nelle cause civili) che i magistrati ascoltino. L'arringa è come un rito che l'avvocato celebra per conto suo: i magistrati si limitano ad assistervi senza prendervi parte, come a una mimica teatrale, spesso ammirabile, ma sempre inutile (...) l'arringa è (...) un lontano ronzio senza senso». Senza senso, l'udienza pubblica. *Idem*, dinanzi al Giudice delle leggi.

²⁰¹ V. il testo, cui è riferita la nota 132.

²⁰² V. il testo, cui è riferita la nota 91. È evidente che, qui, entra in gioco il metodo di reclutamento dei magistrati e di formazione del loro abito mentale. Non è di tutti, ma è di molti; e, talvolta, dei più.

formalismi giuridici pretenderebbe di rimuovere²⁰³ – è affidato al “mistero del processo”²⁰⁴ e – proseguendo su questo medesimo sentiero – al mistero dell’uomo. Il quale – chiunque esso sia: avvocato o giudice – va, per così dire, misurato *ceteris paribus*: a parità di condizioni.

Che dire, allora, del giudice, quando non è più giudice? La premessa è che «I giudici sono nati per giudicare, non per essere giudicati»²⁰⁵. Scontato, ma non privo di conseguenze, anche per quel che riguarda i compiti dell’avvocato, nell’espletamento del mandato e in pubblica udienza.

«La più grave sciagura che può capitare a un avvocato è quella di aver come cliente un magistrato, che si rivolga a lui per esser difeso in una causa propria»²⁰⁶. Lapidario ed incontestabile!²⁰⁷ «Ma il magistrato è, per l’avvocato, un cliente anche più sconcertante», perché non sa rinunciare «al privilegio inebriante (anche se a lungo andare pericoloso) di aver sempre ragione»²⁰⁸. E, per aver ragione, sceglie un avvocato che, come giudice, non aveva stimato. Infatti – lo si è già ricordato – «I giudici amano gli avvocati discreti e laconici, i clienti li vogliono verbosi e prepotenti (...). Ma il più strano è questo: che anche il giudice, quando per qualche sua controversia personale diventa giudicabile e ha bisogno di un difensore, cade nella stessa aberrazione dei clienti profani»²⁰⁹. Il fatto è che il giudice «si crede un consumato giurista»²¹⁰, ma ignora totalmente la logica del contraddittorio, del confronto, dell’opinabile e via dicendo. Ignora, soprattutto, ciò che il *quivis de populo* – da intendere alla lettera – conosce per un’idea innata: vale a dire che «nelle cause ci vogliono tre cose: aver ragione, poterla dire e trovar chi te la dia»²¹¹.

²⁰³ Ricorda agli smemorati A. MANZONI, *I Promessi Sposi*, cit., XXV, 389-390, che, «Per fare il bene, bisogna conoscerlo; e, al pari d’ogni altra cosa, non possiamo conoscerlo che in mezzo alle nostre passioni, per mezzo de’ nostri giudizi, con le nostre idee; le quali bene spesso stanno come possono». V., inoltre, *Storia della colonna infame*, cit., 673, 674, 675 e *passim*. Quanto a quest’ultima – poiché le aperture della Corte alla società rappresentano un’innovazione –, è di un certo interesse quel che si legge a proposito delle «riforme umane che si fanno per gradi (parlo delle vere e giuste riforme; non di tutte le cose che ne hanno preso il nome): ai primi che le intraprendono, par molto di modificare la cosa, di correggerla in varie parti, di levare, d’aggiungere: quelli che vengono dopo, e alle volte molto tempo dopo, trovandola, e con ragione, ancora cattiva, si fermano facilmente alla cagion più prossima, maledicono come autori della cosa quelli di cui porta il nome, perché le hanno data la forma con la quale continua a vivere e a dominare» (*ivi*, 689). Ed è bene non dimenticare il finale: «Così è avvenuto più volte, che anche le buone ragioni abbian dato aiuto alle cattive, e che, per la forza dell’une e dell’altre, una verità, dopo aver tardato un bel pezzo a nascere, abbia dovuto rimanere per un altro pezzo nascosta» (*ivi*, 775). Evita il pericolo di essere sbrigativi e superficiali.

²⁰⁴ Per dirla con S. SATTA, *Il mistero del processo*, cit.

²⁰⁵ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 287.

²⁰⁶ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 60.

²⁰⁷ In forza di una personale esperienza.

²⁰⁸ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 61. Ecco il frammento ripreso, nella sua interezza, che spiega: «L’avvocato, in udienza, è abituato a inchinarsi sempre all’opinione del giudice: nel dissenso tra l’avvocato e il giudice, alla fine l’opinione che passa in giudicato è quella del giudice, non quella dell’avvocato. Per questo è raro che il magistrato, quando diventa litigante in causa propria, pensi al vecchio aforisma *nemo iudex in re sua intelligitur* e, accettando di esser contraddetto o consigliato, rinunci al privilegio inebriante (anche se a lungo andare pericoloso) di aver sempre ragione».

²⁰⁹ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 127. V., pure, 130. «Disgraziato te, se tratterai la tua causa a modo tuo, senza mettere in bella luce quei tuoi geniali argomenti: se la perderai, non ti sto a dire quali impropri ti ricopriranno; ma anche se la vincerai, costui non mancherà di serbar contro di te un sordo rancore. Il cliente farà presto a dimenticarsi che la causa, in fin dei conti, gliel’hai vinta; ma per tutta la vita il giurista incompreso ricorderà che gli hai inflitto lo smacco di vincergliela con argomenti non suoi» (*ivi*, 136).

²¹⁰ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 135.

²¹¹ T. MANIACCO, *Storia del Friuli*, Newton Compton Editori, Roma, 1999, 184.

Quando la pandemia sanitaria sarà debellata, si potrà avere la percezione esatta dei suoi costi: a cominciare dalle, già note, enormi diseguaglianze create. La Corte costituzionale sarà chiamata in causa ed essa avrà il compito di rimediare, come potrà, almeno alle ingiustizie più gravi. Dovrà fare il mestiere di giudice e la sua legittimazione dipenderà esclusivamente dalle decisioni che sarà in grado e saprà assumere. Autorevolezza e credibilità dipenderanno dalle soluzioni date, che vanno ben oltre la declamazione dei principi. Perché – come hanno avuto credito in passato – varranno «i proverbi, forse più antichi, ma sempre attuali: (...) l’uomo senza soldi è un morto che cammina, oppure: la roba non è di chi la produce, ma di chi la gode, o ancora: l’ora di mangiare per i ricchi è quando hanno fame, per i pitocchi quando han qualcosa. Da questa generale condizione d’infelicità pare che si rafforzi il fatalismo. Il realismo dell’osservazione sottintende una profonda sfiducia nel mondo, in chi governa, chiunque esso sia, e da ciò ne consegue una passività che sembra escludere ogni cambiamento in meglio. Così si viene assestando una filosofia dell’esistenza: (...) il povero è sempre povero, Gesù Cristo stesso non ha potuto cambiare il mondo; c’è stato un solo galantuomo al mondo, e anche

Ma c'è dell'altro di ancor maggiormente istruttivo: accade quando un magistrato – per raggiunti limiti di età oppure per dimissioni volontarie – dismette la toga di giudice e indossa la toga di avvocato. Allora, essi «portano con sé, anche sotto la toga del difensore, l'abito mentale di chi fino a ieri ha considerato come irriverenza ogni confutazione», a tal punto da doversi sentire in obbligo di ricordare – a un nuovo collega, avvocato – che: «Si ricordi che io sono stato presidente della corte!»²¹². Eccessivo – come prova di una inclinazione generale –, mi si obietterà.

Tuttavia, esistono talune spontanee ammissioni, da non trascurare: «Curioso: quand'ero giudice mi pareva che tutti gli avvocati, anche i più bravi, fossero una genia di insopportabili chiacchieroni: ora che sono avvocato, mi pare insopportabile che il presidente si distraiga mentre io parlo, e che dopo cinque minuti appena, mi dimostri coi gesti che non ne può più»²¹³. Disturba vedere «quei signori annoiati e distratti che siedono lassù in alto, colla testa fra le mani, al banco dei giudici»²¹⁴. Quanto, poi, al rinvio dell'udienza, «Provo un senso di sottile malessere quando incontro in udienza a chiedere i rinvii colla busta di cuoio sotto il braccio qualche magistrato a riposo che, raggiunti i limiti di età, si è messo a far l'avvocato»²¹⁵. D'altra parte – degli avvocati –, «ricordano solo i vizi e li imitano: la furberia, la indiscrezione, la invadenza, la prepotenza, la verbosità, tutti aggravati da una certa presunzione di autorità, che l'ex magistrato non ha più, ma che ostenta come se l'avesse ancora. *Imitatio in peius*»²¹⁶.

12. Ricapitolando

Cammin facendo, ciascuno si è fatta un'idea personale, alla quale ha il diritto di rimanere affezionato. Per quanto mi riguarda, ho desiderato recuperare – da un passato relativamente remoto – la voce di una personalità, che ha saputo combinare insieme competenze, esperienze e valori ideali non comuni, messi a disposizione della nascente Repubblica, come costituente. Nel giorno in cui fu approvato il testo della Legge fondamentale – il 22 dicembre 1947 – confessò ai colleghi che avrebbe auspicato di poterla dedicare “ai nostri Morti”²¹⁷. Infatti, condivideva – con Giorgio La Pira – l'idea che nella Costituzione vi fosse «un richiamo allo Spirito. Perché, colleghi, alla fine dei nostri lavori, talvolta difficili e perfino incresciosi, talvolta immiseriti, diciamo, in questioni grettamente politiche, alla fine dei nostri lavori vi è però nella nostra coscienza la sensazione di aver partecipato in questa nostra opera a una ispirazione solenne e sacra. E sarebbe stato opportuno e confortante esprimere anche in una sola frase questa nostra coscienza, che nella nostra Costituzione c'è qualcosa che va al di là delle nostre persone, un'idea che ci ricollega al passato e all'avvenire, un'idea religiosa, perché tutto è religione quello che dimostra la transitorietà dell'uomo ma la perpetuità dei suoi ideali». Per questo, aveva pensato a «un'invocazione allo Spirito e all'eternità (...) un richiamo cioè ai nostri Morti»²¹⁸.

quello l'hanno impiccato; e una lunga consuetudine con la giustizia delle classi dirigenti mette il contadino nella condizione di osservare: nelle cause ci vogliono tre cose: aver ragione, poterla dire e trovare chi te la dia» (T. MANIACCO, *Storia del Friuli*, cit., 184). La Corte dovrà spiegare alle nuove generazioni – gravate di un enorme debito pubblico – la ragionevolezza di una folle traslazione di responsabilità, addebitabile, tra l'altro, a sperpero di pubblico denaro; a una “finanziarizzazione” dell'economia, che si è materializzata – per dirla con L. GALLINO, *Il denaro, il debito e la doppia crisi spiegata ai nostri nipoti*, Einaudi, Torino, 2015, 35 – in «un gigantesco progetto per generare denaro mediante denaro». Compito non agevole, che avrà il suo nucleo essenziale nel processo e nel giudizio.

²¹² P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 60.

²¹³ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 64.

²¹⁴ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 79.

²¹⁵ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 345. Quanto al rinvio, «simbolo della vita italiana: non fare mai oggi quel che potresti fare domani», v. 150, 207, 286-287, 345, 374.

²¹⁶ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 350: «quel presidente che fino a ieri digrignava i denti se il difensore dinanzi a lui osava parlare più di dieci minuti, oggi, che è avvocato, parla due ore senza stancarsi, e se gli altri sbadigliano si indigna».

²¹⁷ Lo impedirono preclusioni procedurali, peraltro, accolte dall'Assemblea: A.C., 22 dicembre 1947, 3579.

²¹⁸ A.C., 22 dicembre 1947, 3579: «a coloro che si sono sacrificati, affinché la grande idea per la quale hanno dato la vita si potesse praticamente trasfondere in quella nostra Costituzione che assicura la libertà e la Repubblica. Forse, questa nostra Costituzione in pratica, per taluni aspetti, è inferiore alla grandezza della loro idea; ma tuttavia ad essa ha voluto

È un ideale perenne la giustizia, la quale è estranea al consenso, alla legittimazione e, di massima, a tutto ciò che concerne le istituzioni come sistema di potere. La giustizia deve essere desiderata, auspicata, perseguita, testimoniata, attraverso azioni dall'evidenza pubblica, perché è qui che avviene il confronto delle idee, il più spregiudicato e leale. È qui che trova la sua più puntuale ed esatta collocazione la massima *nemo iudex sine actore*²¹⁹. Ed è in questo contesto, che è destinata a produrre i suoi effetti più benefici – propri di una ormai indifferibile catarsi – la tecnica del *questioning*, che rafforza e ravviva la discussione, attraverso il contraddittorio, cui dovrebbero partecipare, oltre alle parti, il giudice: più precisamente, i giudici componenti il collegio. All'orizzonte, la sentenza, concepita come esito conclusivo del cosiddetto dialogo deliberativo²²⁰.

Inutile riprendere – e riorganizzare, in vista di una più convincente conclusione – quel che si è andati via via annotando, in compagnia di Piero Calamandrei. I suoi rilievi sono – per quanto riguarda la mia personale e collaudata esperienza – ineccepibili. L'udienza pubblica rappresenta il nucleo essenziale, costitutivo del processo, in vista del giudizio²²¹. È su questo “momento” – che si situa nella fase terminale e di chiusura del procedimento, destinato a sciogliersi nella camera di consiglio – che deve concentrarsi l'attenzione più vigile della Corte, la cui unica preoccupazione dovrebbe essere quella di non turbare e non limitare il contraddittorio.

Che ne sa il giudice di quel che dirà l'avvocato? Certo, gli è noto l'*id quod plerumque accidit*; ma vi sono eccezioni, sorprese sempre possibili. Del resto, non sempre vi è convergenza nell'intendere e definire quale è il *thema decidendum*: con la conseguenza, scontata, che ognuno va dalla sua parte. E la Corte rimane immobile, statuaria, ingessata dalla relazione del giudice, che ha introdotto l'udienza. Udienda, che finisce per rivelarsi una somma di soliloqui (del relatore, del ricorrente, del resistente). Tutto certificato, tutto subito, tutto cristallizzato²²². Nulla di nuovo, dopo che il giudice costituzionale Sabino Cassese aveva, pionieristicamente, tentato di aprire – per percorrere – strade diverse²²³, non prive di incognite, se non preventivamente discusse e ragionevolmente disciplinate. Tuttavia, a me pare che da quel principio di esperienza varrebbe la pena di ripartire, prendendo a prestito il modello di udienza, di cui si è detto poc'anzi²²⁴, che ha molto da spartire con quel che si svolge di fronte alle corti inglesi²²⁵ e, in particolare, alla Corte suprema federale degli Stati Uniti. Tuttavia – come qualcuno ha opportunamente notato²²⁶ –, la nostra storia è una storia diversa e quella Corte possiede tratti caratteristici singolari, che segnano distanze incolmabili: quanto alla nomina dei giudici e alla

ispirarsi. Per questo io avevo in animo di proporre che la nostra Costituzione incominciasse con queste parole: “Il popolo italiano consacra alla memoria dei fratelli caduti per restituire all'Italia libertà e onore la presente Costituzione”. Ha scritto, in proposito, M. VIROLI, *Teo-dem di ieri: quando La Pira voleva Dio nella Costituzione*, in *La Stampa*, 1 marzo 2008, 1, che «Quel lontano dibattito, in questo sessantesimo anniversario, merita di essere riletto per l'alto livello morale e culturale degli interventi e perché ci invita a meditare se sia stato saggio non accogliere il preambolo con l'invocazione a Dio, e avere invece approvato l'articolo 7 con il riconoscimento dei Patti Lateranensi: essersi piegati al potere temporale della Chiesa e aver rigettato un principio spirituale».

²¹⁹ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 48.

²²⁰ G. TIEGHI, *Diritto, esperienze comunicative, Questioning: nuovi itinerari di Giustizia costituzionale*, in Federalismi.it, 14, 2020, 401 ss., spec. 417 ss., della quale v., inoltre, *Costituzionalismo giacobino o liberale: direttrici per la “comparazione critica di idee”*, in AA.VV., *Libertà Giovani Responsabilità. Scritti in onore di Mario Bertolissi*, a cura di G. Bergonzini, F. Pizzolato, G. Rivosecchi, G. Tieghi, Jovene, Napoli, 2020, 369 ss.

²²¹ V., ancora, S. SATTA, *Il mistero del processo*, cit., spec. 24, là dove precisa che «Se uno scopo al processo si vuole assegnare questo non può essere che il giudizio».

²²² S. CASSESE, *Dentro la Corte*, cit., 35.

²²³ V. *sub* 2.

²²⁴ V. il testo, cui è riferita la nota 197.

²²⁵ V. il testo, cui è riferita la nota 198.

²²⁶ M. LUCIANI, *Intervento*, cit., 133, rileva, a proposito di uno specifico istituto, ora vigente, che «L'indiscriminata apertura agli *amici curiae*, se fatta in Italia, non ha il medesimo significato dell'apertura fatta nella Corte Suprema degli Stati Uniti, perché in quel Paese i “mine men and women” che la compongono, nominati a vita, sono considerati dalla pubblica opinione dei semidei. Non è questa (non me ne vorranno i giudici costituzionali presenti) la condizione dei componenti della nostra Corte. Aprire indiscriminatamente agli *amici curiae*, a mio avviso, precipita la Corte non nel *circuito* mediatico, ma nel *circo* mediatico, costringendola a immergersi in una discussione pubblica imbarbarita, dalla quale, in questi anni, risulta davvero difficile uscire vivi».

loro durata in carica; quanto ai poteri di selezione e al numero di cause trattate; quanto alle modalità di svolgimento dell'udienza e quanto, infine, alla appartenenza ad un sistema di *common law*.

A nostro sfavore, milita un corredo di concetti di diritto pubblico di stampo sicuramente poco liberale²²⁷. Essi portano dentro sé stessi un'impronta autoritaria dura a morire, eredità di tempi passati, non ancora integralmente dismessi²²⁸. Il principio di trasparenza – sulla carta caratterizzato da tratti vigorosi – è sistematicamente umiliato da pubbliche amministrazioni gelose dei propri segreti. L'ennesima conferma la si è avuta nel corso della fase più acuta della pandemia sanitaria, come dimostra, appunto, il contenzioso risolto dal giudice amministrativo²²⁹. Imperversano espressioni apodittiche, quali: interesse pubblico, non meglio specificato; interesse fiscale; pronta esazione del tributo ..., che consentono di superare, *a priori*, ogni e qualunque obiezione. È – a ben guardare – una forma di negazione, in radice, del contraddittorio, la cui valorizzazione potrebbe consentire una meno inadeguata ed insoddisfacente ricognizione e lettura dei fatti. In udienza pubblica – *coram populo*, come si è precisato –, s'intende.

Potrebbe favorire l'avvio di un auspicato ed auspicabile dialogo deliberativo l'introduzione dell'istituto dell'opinione dissenziente, di cui molti hanno scritto in modo esemplare. Tuttavia – anche per ragioni di sintesi –, mi limito a ricordare una annotazione di qualche tempo fa, che mi sono trovato – per così dire – prima nei pensieri e, poi, tra le mani. Mi è parso di dover rilevare che, piuttosto di intaccare, per ora, il dogma della collegialità, l'opinione dissenziente ne potrebbe correggere il significato, che oggi mi pare coincida con la fissità e la non-responsabilità; responsabilità, che deve essere sempre, invece, per acquisire un valore etico, personale. Si dovrebbe parlare – invertendo il moto delle istituzioni – non di Corte costituzionale, ma di giudice costituzionale; non di opinione, ma di opinioni; non di argomento, ma di argomenti; non di soluzione, ma di soluzioni. E tutto questo concorrerebbe a dare, non a sottrarre, prestigio al giudice, colto nella sua funzione di regolatore di conflitti, che possono concernere, a seconda dei casi, valori essenziali piuttosto che interessi finanche inconfessabili²³⁰.

²²⁷ V., ad es., AA.VV., *Il diritto pubblico nella seconda metà del XX secolo*, a cura di S. Cassese, Giuffrè, Milano, 2002.

²²⁸ P. UNGARI, *Alfredo Rocco e l'ideologia giuridica del fascismo*, Morcelliana, Brescia, 1974. Non ci si deve sorprendere più di tanto: il codice penale è quello di cui al r.d. 19 ottobre 1930, n. 1398, mentre il codice di procedura penale, di cui al d.P.R. 22 settembre 1988, n. 447, non è riuscito ad imporre il modello accusatorio, a danno di quello inquisitorio. Residuano i delitti di vilipendio, tipici dell'*Ancien Régime*.

²²⁹ E. CATELANI, *I poteri del governo nell'emergenza: temporaneità o effetti stabili?*, in *Quad. cost.*, 4, 2020, 727 ss., spec. 731.

²³⁰ M. BERTOLISSI, *Contribuenti e parassiti in una società civile*, Jovene, Napoli, 2012, 67, nota 23. Facile a dirsi, meno a farsi, in un Paese dominato – come ha sottolineato Piero Calamandrei – dal conformismo. Chi si dissocerà? Come articolerà e presenterà il proprio punto di vista? Quali le conseguenze per il *dictum* della sentenza? Vi saranno dissapori tra i giudici e finanche risentimenti? Quali le ripercussioni sulle attese, post mandato, del giudice che dissente? E potrei continuare, perché un conto sono le dissertazioni avulse dalla realtà; un conto le riflessioni, che operano *in corpore vili* e tolgono gran parte dello spazio a tante pie illusioni. *Sed redeamus ad rem*: invitava Marco Tullio Cicerone, dopo tante, non indispensabili divagazioni. Torniamo alle provocazioni del pensiero critico, disallineato, non conformista, ad es., di AA.VV., *Noi e lo Stato. Siamo ancora sudditi?*, a cura di S. Sileoni, IBLLibri, Torino, 2019, magari dopo aver sfogliato *Montesquieu*, a cura di A. Peratoner, RCS, Milano, 2021, che reca, in copertina, questo non equivoco pensiero: «Un'ingiustizia fatta all'individuo è una minaccia fatta a tutta la società». L'individuo è difeso dall'avvocato!

Andrea Cardone

**Pena detentiva per la diffamazione e funzione democratica della libertà di espressione:
quid iuris oltre il caso della professione giornalistica?***

ABSTRACT: *The mandatory application of the punishment of imprisonment for the crime of aggravated defamation is unlawful because the provision of the imprisonment determines an intimidating effect on the function of democratic control which is proper to the journalistic profession. On the other hand, the question of the constitutionality of the rule which provides for the penalty of imprisonment as an alternative to the pecuniary sanction is unfounded because the rule is susceptible of a consistent interpretation. In relation to both of these provisions, the reasoning revolves around the need to protect the democratic role of the journalistic profession and the pluralism of information sources. Particularly in the context of the Internet, however, defamation is often carried out by persons who do not exercise the journalistic profession and against persons without any power. These cases should be considered by the legislator for a more effective protection of reputation and a more reasonable balance with freedom of expression.*


SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L’incostituzionalità dell’indefettibilità della pena detentiva. – 3. La legittimità della pena detentiva alternativa in “casi eccezionali”. – 4. La “giustificazione democratica” imperniata sulla professione giornalistica e i suoi limiti. – 5. Quale spazio residua per il legislatore e quale ruolo per il diritto penale?

1. *Premessa.*

La [sent. n. 150 del 2021](#) ha definito la questione di costituzionalità attraverso cui i giudici rimettenti avevano chiesto alla Corte costituzionale di chiarire se fosse compatibile con la Costituzione, anche alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo in tema di “Libertà di espressione” (art. 10 Conv. eur. dir. umani), la previsione di pene detentive per il delitto di diffamazione commesso a mezzo della stampa. Il quesito veniva posto con riguardo all’art. 13, L. 8 febbraio 1948, n. 47, come noto recante le “Disposizioni sulla stampa”, che commina la reclusione in via cumulativa rispetto alla pena pecuniaria, allorché la diffamazione a mezzo stampa consista nell’attribuzione di un fatto determinato, e in relazione all’art. 595, comma 3, c.p., che prevede la reclusione in via meramente alternativa rispetto alla pena pecuniaria per il caso di diffamazione realizzata col mezzo della stampa o con qualsiasi altro mezzo di pubblicità, ovvero in atto pubblico.

Più in particolare, dei due rimettenti, mentre il Tribunale ordinario di Salerno sollevava dubbi di legittimità costituzionale - in riferimento agli artt. 3, 21, 25, 27 e 117, comma 1, Cost., quest’ultimo in relazione all’art. 10 Conv. eur. dir. umani - sia dell’art. 595, comma 3, c.p. che dell’art. 13, l. n. 47 del 1948, il Tribunale ordinario di Bari prospettava esclusivamente la violazione dell’art. 117, comma 1, Cost., e della interposta disciplina e giurisprudenza convenzionale, in relazione al solo art. 13 cit., essendo la disciplina codicistica richiamata “in combinato disposto” al mero fine di individuare la fattispecie incriminatrice su cui si innesta la speciale circostanza aggravante prevista dalla c.d. “legge sulla stampa”, unica effettiva destinataria delle censure del giudice *a quo*.

In via del tutto preliminare, giova anche sottolineare che il *thema decidendum* definito dalla sentenza derivava dalla riunione dei due giudizi instaurati dalle appena ricordate ordinanze di remissione; riunione disposta con l’ordinanza [Corte cost. 26 giugno 2020, n. 132](#), con cui la Corte, sul modello di quanto recentemente già fatto nel c.d. “caso Cappato”, aveva anche rinviato - invano, come il tempo avrebbe dimostrato - l’udienza pubblica di discussione di circa un anno per consentire al legislatore di esercitare la necessaria discrezionalità per procedere ad “una rimodulazione del bilanciamento sotteso alla disciplina in questa sede censurata, in modo da coniugare le esigenze di garanzia della libertà giornalistica [...] con le altrettanto pressanti ragioni di tutela effettiva della reputazione individuale delle vittime di

*  *Online First [Diritto penale e processo] Contributo pubblicato ai sensi dell’art. 3, comma 13, del regolamento della Rivista.*

eventuali abusi di quella libertà da parte dei giornalisti; vittime che sono oggi esposte a rischi ancora maggiori che nel passato”¹.

La decisione in commento contiene cinque distinte statuizioni.

Con la prima, secondo l’ordine con cui vengono motivate, la Corte dichiara fondata la questione di costituzionalità dell’art. 13, l. n. 47 del 1948 - sollevata dal Tribunale di Salerno - per violazione degli artt. 21 e 117, comma 1, Cost., in relazione all’art. 10 Conv. eur. dir. umani, considerando conseguentemente assorbite sia le censure prospettate dallo stesso giudice *a quo* in relazione agli altri parametri invocati, sia la questione sollevata avverso la stessa norma dal Tribunale di Bari, atteso che la dichiarazione di illegittimità costituzionale della disciplina speciale ne rendeva superfluo l’esame in quanto mirante a sostituire il vigente regime di cumulatività di reclusione e multa con quello diverso di alternatività tra le due sanzioni.

Proprio tale regime di alternatività delle sanzioni pecuniarie e detentive è oggetto della seconda statuizione, con cui la Corte chiarisce che la questione sollevata - sempre dal Tribunale di Salerno - avverso la circostanza aggravante del delitto di diffamazione prevista dall’art. 595, comma 3, c.p. per il caso in cui l’offesa sia recata col mezzo della stampa o con qualsiasi altro mezzo di pubblicità, ovvero in atto pubblico - la quale prevede, appunto, la pena della reclusione da sei mesi a tre anni *ovvero* della multa non inferiore a 516 euro - è infondata perché la disciplina codicistica è suscettibile di essere interpretata in maniera conforme alla disciplina costituzionale e convenzionale della libertà di manifestazione del pensiero “nei sensi di cui in motivazione” (di cui si dirà appresso).

La terza statuizione dichiara manifestamente infondata la questione - sollevata dallo stesso Tribunale di Salerno - dell’aggravante codicistica in relazione all’art. 25 Cost., chiarendo la Corte che la lesività della diffamazione, che attenta ad un diritto fondamentale, quale la reputazione della persona, “di primario rilievo nell’ordinamento costituzionale”, può giustificare la previsione di una sanzione detentiva, il cui carattere proporzionato e ragionevole va valutato in base al bilanciamento che il legislatore discrezionalmente effettua tra tale diritto e la libertà di manifestazione del pensiero e non in relazione al principio di offensività ricavabile, appunto, dall’art. 25 Cost.

Parimenti infondata viene, poi, considerata la questione sollevata - sempre, come detto in apertura, dal Tribunale di Salerno avverso l’art. 595, comma 3, c.p. - in relazione all’art. 27, comma 3, Cost. Al riguardo la Corte disattende l’argomento speso dal remittente, secondo cui l’inapplicabilità in concreto della sanzione detentiva, derivante dall’ordinamento convenzionale, la renderebbe inutile dal punto di vista della sua funzione rieducativa, nonché di quella general/special preventiva, osservando che il parametro in questione può essere invocato nel quadro di censure miranti a denunciare il carattere manifestamente sproporzionato della pena rispetto alla gravità del fatto di reato, ma non “a sostegno di dichiarazioni di illegittimità costituzionale miranti a censurare l’ineffettività di comminatorie edittali rispetto agli stessi scopi preventivi della pena, in considerazione della inapplicabilità della pena in essa prevista”².

Da ultimo, infine, la sentenza colpisce con la declaratoria di incostituzionalità consequenziale l’art. 30, comma 4, l. 6 agosto 1990, n. 223, recante la “Disciplina del sistema radiotelevisivo pubblico e privato”, nella parte in cui prevede che “[n]el caso di reati di diffamazione commessi attraverso trasmissioni consistenti nell’attribuzione di un fatto determinato, si applicano ai soggetti di cui al comma 1 le sanzioni previste dall’art. 13 della legge 8 febbraio 1948, n. 47”, dichiarato, appunto, costituzionalmente illegittimo dalla pronuncia in commento.

¹ [Corte cost. ord. 26 giugno 2020, n. 132](#), punto 7.3. del *Considerato in diritto*. Tra i numerosi commenti cfr. *ex multis*, R. PINARDI, *La Corte ricorre nuovamente alla discussa tecnica decisionale inaugurata col caso Cappato*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3, 2020; A. RUGGERI, *Replicato, seppur in modo più cauto e accorto, alla Consulta lo schema della doppia pronuncia inaugurato in Cappato*, in questa *Rivista* 2020/II, 406; M. CASTELLANETA, *La revisione della normativa italiana sulla sanzione del carcere nei casi di diffamazione a mezzo stampa dopo l’ordinanza n. 132/2020 della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. int.*, 2020, 1043 ss.

² [Corte cost. 12 luglio 2021, n. 150](#), punto 8 del *Considerato in diritto*.

La motivazione spesa dalla sentenza a sostegno delle prime due statuizioni merita una considerazione più specifica, anche in considerazione della centralità che assume il tema - fondamentale dal punto di vista del diritto costituzionale - del bilanciamento tra libertà d'espressione e reputazione della persona.

2. L'incostituzionalità dell'indefettibilità della pena detentiva

Come detto, la declaratoria d'incostituzionalità principale colpisce la previsione della "legge sulla stampa" (art. 13, l. n. 47 del 1948) che considera le due pene - detentiva e pecuniaria - come cumulative, obbligando così il giudice ad applicarle indefettibilmente entrambe, a meno che, nel caso concreto, non sussistano circostanze attenuanti prevalenti o, almeno, equivalenti rispetto all'aggravante rappresentata dall'attribuzione di un fatto determinato attraverso la stampa.

Secondo la sentenza, infatti, detta obbligatorietà della pena detentiva si pone in contrasto con l'art. 10 Conv. eur. dir. umani e, quindi, per effetto della sua funzione di parametro interposto nel controllo di costituzionalità, con l'art. 117, comma 1, Cost. perché essa - indipendentemente dall'eventuale sospensione condizionale della carcerazione e dalla possibile sostituzione con misure alternative alla detenzione - è divenuta, in forza della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, incompatibile con l'esigenza di evitare che il timore della privazione della libertà personale dissuada la generalità dei giornalisti dall'esercitare "la propria cruciale funzione di controllo sull'operato dei pubblici poteri".

Sul punto, la sentenza richiama la già ricordata [ordinanza della Corte cost. n. 132 del 2020](#), nella quale la Corte aveva, in effetti, anche al fine di "sostanziare" il monito rivolto al legislatore affinché intervenisse nel novellare il bilanciamento tra diritto di critica/cronaca giornalistica e diritto alla reputazione personale, "anticipato" la propria ricostruzione della giurisprudenza convenzionale, giungendo alla conclusione che la funzione di controllo democratico della stampa non può essere messa a repentaglio dalla previsione di una afflizione necessariamente detentiva per i giornalisti che eccedano nell'esercizio del diritto di cronaca e/o di critica.

In particolare, la Corte, nell'ordinanza che ha disposto la riunione dei giudizi e il differimento della trattazione, aveva fatto risalire la genesi della giurisprudenza convenzionale in materia alla sentenza della Grande camera 17 dicembre 2004, *Cumpănă e Mazăre contro Romania*, con cui la Corte di Strasburgo aveva considerato una interferenza sproporzionata con la libertà d'espressione e, pertanto, "non necessaria in una società democratica", ai sensi dell'art. 10, par. 2, Conv. eur. dir. umani, l'imposizione - nei confronti di due giornalisti, legittimamente condannati per diffamazione per aver accusato un giudice di essere coinvolto in fatti di corruzione - di una pena di sette mesi di reclusione non sospesa, ancorché in concreto non eseguita per effetto di un provvedimento di grazia presidenziale. In detta pronuncia, in particolare, la Corte europea aveva rilevato che "se è vero che gli Stati parte hanno la facoltà, o addirittura il dovere, in forza dei loro obblighi positivi di tutela dell'art. 8 CEDU, di disciplinare l'esercizio della libertà di espressione in modo da assicurare per legge un'adeguata tutela della reputazione delle persone, non devono però farlo in una maniera che indebitamente dissuada i media dallo svolgimento del loro ruolo di segnalare all'opinione pubblica casi apparenti o supposti di abuso dei pubblici poteri (par. 113)"³.

E proprio da tale passaggio, l'[ord. n. 132 del 2020](#) aveva ricavato dal precedente di Strasburgo la conclusione che "il timore di sanzioni detentive produce, secondo la Corte di Strasburgo, un evidente effetto dissuasivo ('*chilling effect*') rispetto all'esercizio della libertà di espressione dei giornalisti - in particolare nello svolgimento della loro attività di inchiesta e di pubblicazione dei risultati delle loro indagini - tale da riverberarsi sul giudizio di proporzionalità, e dunque di legittimità alla luce della Convenzione, di tali sanzioni (par. 114)"⁴.

Giova sottolineare, per le dirette ricadute sulla fattispecie oggetto della pronuncia in commento, che secondo l'[ordinanza n. 132](#), sempre in base alla sentenza europea citata, vi è un solo caso in cui l'imposizione di una pena detentiva per un reato a mezzo stampa è compatibile con la libertà di espressione dei

³ [Corte cost. 26 giugno 2020, n. 132](#), punto 6.1. del *Considerato in diritto*.

⁴ *Ibidem*.

giornalisti, ovvero quando ricorrano “circostanze eccezionali, segnatamente quando altri diritti fondamentali siano stati seriamente offesi, come ad esempio nel caso di diffusione di discorsi d’odio (*hate speech*) o di istigazione alla violenza (par. 115)”⁵.

A tale *leading case* erano, poi, seguite altre pronunce della Corte europea, che avevano ribadito i principi espressi dalla sentenza *Cumpănă* e che l’ordinanza aveva richiamato per argomentare come sia ormai consolidato l’arresto giurisprudenziale per cui, anche a fronte della legittima affermazione di responsabilità penale in capo ai ricorrenti da parte dei giudici degli Stati membri della Convenzione (basata sulla non veridicità e sulla gravità degli addebiti rivolti alle persone offese in assenza dei necessari controlli sull’attendibilità delle fonti da parte del giornalista o del direttore responsabile), è comunque contraria alla tutela convenzionale della libertà d’espressione l’inflizione di una pena detentiva ritenuta sproporzionata, ancorché condizionalmente sospesa ovvero cancellata da un provvedimento di grazia del Presidente della Repubblica⁶.

Alla base dell’accoglimento della questione è, dunque, la giurisprudenza convenzionale⁷ che si origina dalla qualificazione della stampa e, più in generale, della professione giornalistica come *Watchdog of Democracy*⁸, che la sentenza in epigrafe mette in relazione con il diritto vivente italiano, alla stregua del quale, a partire dalla celeberrima sentenza “Decalogo” delle Sezioni Unite della Cassazione⁹, l’operatività della causa putativa di giustificazione dell’esercizio del diritto di cronaca di cui all’art. 59, comma 4, c.p. è subordinata all’assenza di colpa nel controllo delle fonti e, quindi, non preclude l’affermazione di responsabilità penale del giornalista che abbia falsamente confidato - “seppur per un errore evitabile”, come si legge nella sentenza - nella verità del fatto attribuito alla persona offesa.

3. La legittimità della pena detentiva alternativa in “casi eccezionali”

Sul medesimo tema della legittimità della pena detentiva per i reati di diffamazione a mezzo stampa interviene anche la statuizione relativa alla questione di costituzionalità dell’art. 595, comma 3, c.p., il

⁵ *Ibidem*.

⁶ In proposito l’ordinanza richiama la sentenza Corte eur. dir. umani 6 dicembre 2007, *Katrami c. Grecia*, oltre a due sentenze pronunciate nei confronti dell’Italia che erano state citate dagli stessi giudici remittenti, ovvero Corte eur. dir. umani 24 settembre 2013, *Belpietro c. Italia* e Corte eur. dir. umani 7 marzo 2019, *Sallusti c. Italia*.

⁷ Si tenga, però, presente che l’[ordinanza Corte cost. n. 132 del 2020](#) non aveva trascurato di sottolineare che i ricordati principi affermati dalla Corte di Strasburgo trovavano piena corrispondenza nei numerosi documenti con cui gli organi politici del Consiglio d’Europa raccomandavano agli Stati membri di non prevedere - o abolire, ove esistenti - le sanzioni detentive per il delitto di diffamazione e ciò proprio allo scopo di tutelare più efficacemente la libertà di espressione dei giornalisti e, correlativamente, il diritto dei cittadini a essere informati.

Segnatamente, il riferimento cade sulla “Dichiarazione sulla libertà dei dibattiti politici nei media”, adottata il 12 febbraio 2004 dal Comitato dei ministri, nella quale si chiarisce che la pena detentiva non dovrebbe essere applicata se non nei rari casi di grave violazione di altri diritti fondamentali che la rendano strettamente necessaria e proporzionata.

Analogamente, con la risoluzione 4 ottobre 2007, n. 1577, l’Assemblea parlamentare del Consiglio d’Europa ha esortato gli Stati contraenti ad abolire la pena detentiva per la diffamazione e a garantire che non sia praticato un uso strumentale dei procedimenti penali per diffamazione. La medesima critica all’uso distorto dei procedimenti penali per fatti di diffamazione si trova anche nella successiva risoluzione 24 gennaio 2013, n. 1920, sullo stato della libertà dei media in Europa, sempre dell’Assemblea parlamentare del Consiglio d’Europa.

Infine, per quanto riguarda più da vicino il nostro ordinamento, è da tenere presente che, come l’[ordinanza n. 132 del 2020](#) non omette di considerare, la c.d. “Commissione di Venezia”, ovvero la “Commissione europea per la democrazia attraverso il diritto” - su esplicita richiesta dell’Assemblea parlamentare, intervenuta a seguito della condanna di un giornalista italiano a una pena detentiva confermata dalla Corte di cassazione (condanna che ha, poi, dato origine alla già citata sentenza Sallusti contro Italia) - ha espresso un parere sulla conformità della normativa italiana all’art. 10 Conv. eur. dir. umani (parere n. 715 del 6-7 dicembre 2013), il quale reca tra le conclusioni il rilievo che la vigente legislazione italiana non è pienamente in linea con gli *standards* del Consiglio d’Europa in materia di libertà di espressione, individuando proprio nella previsione della pena detentiva in relazione alla diffamazione a mezzo stampa la principale problematica emersa nell’indagine.

⁸ Corte eur. dir. umani, sent., 27 marzo 1996, *Goodwin c. Regno Unito*, par. 39.

⁹ Cass. Civ., Sez. I, 18 ottobre 1984, n. 5259.

quale, come ricordato in apertura, prevede la possibile irrogazione di pena privativa della libertà personale - la reclusione da sei mesi a tre anni - per il caso in cui la diffamazione risulti aggravata dall'uso della stampa o di qualsiasi altro mezzo di pubblicità, ovvero sia compiuta in atto pubblico.

Come anticipato, la questione viene giudicata infondata perché è possibile una interpretazione conforme a Costituzione, e alla Convenzione europea, della norma scrutinata. Tale interpretazione viene ricostruita dalla sentenza intorno al carattere alternativo della sanzione detentiva, che viene considerato compatibile sia con l'art. 21 Cost., sia con l'art. 10 Conv. eur. dir. umani come interpretato dalla Corte di Strasburgo.

Anche sul punto la sentenza riprende la motivazione anticipata nell'[ordinanza della Corte cost. n. 132 del 2020](#) per chiarire che, se, da un lato, la libertà di espressione - in particolare, come visto, il diritto di critica e di cronaca esercitato dai giornalisti - rappresenta la "pietra angolare dell'ordine democratico", secondo la felice espressione utilizzata già in passato dalla stessa giurisprudenza costituzionale¹⁰, dall'altro, la reputazione personale è un diritto inviolabile di non inferiore primarietà costituzionale, essendo connaturato alla dignità della persona di cui agli artt. 2 e 3 Cost. ed essendo tutelato dalla stessa Convenzione europea attraverso la garanzia del "Diritto al rispetto della vita privata e familiare" di cui all'art. 8 Conv. eur. dir. umani, da cui la Corte europea ricava, appunto, per orientamento consolidato, la tutela dell'onore e della reputazione dell'individuo¹¹.

In forza di tale premessa, la necessità che possibili attentati all'immagine, e al connesso equilibrio, della persona debbano essere prevenuti dall'ordinamento per mezzo di strumenti idonei e proporzionati comporta, secondo la sentenza, che l'individuazione delle misure opportune avvenga attraverso il bilanciamento con le contrapposte esigenze di tutela della libertà di espressione e, in particolare, del diritto di cronaca e di critica. In tale bilanciamento, ed è questo il passaggio fondamentale della motivazione, non può aprioristicamente "escludersi la sanzione detentiva, sempre che la sua applicazione sia circondata da cautele idonee a schermare il rischio di indebita intimidazione esercitato su chi svolga la professione giornalistica"¹².

Il discrimine in grado di distinguere quali fattispecie possono dar luogo all'applicazione di una pena detentiva viene individuato, ancora una volta, con riferimento alla giurisprudenza convenzionale, secondo la quale - pur nel quadro del ricostruito principio per cui la disciplina penalistica non deve consentire al giudice di comminare privazioni della libertà personale che possano avere una funzione inibitoria rispetto al controllo democratico assicurato dall'attività giornalistica - la repressione della diffamazione compiuta a mezzo della stampa, o di altro mezzo di pubblicità, compiuta attraverso la pena detentiva non è di per sé incompatibile con la tutela della libertà di espressione nei casi in cui la diffamazione si caratterizzi per la sua "eccezionale gravità"¹³.

Come si è già avuto modo di dire, la Corte di Strasburgo, nella propria giurisprudenza, considera eccezionalmente gravi le diffamazioni che contengono discorsi d'odio e di istigazione alla violenza. A tali fattispecie, la pronuncia in commento somma la considerazione che possono giustificare l'infliczione di sanzioni detentive anche le "campagne di disinformazione condotte attraverso la stampa, internet o i social media, caratterizzate dalla diffusione di addebiti gravemente lesivi della reputazione della vittima,

¹⁰ [Corte cost. 17 aprile 1969, n. 84.](#)

¹¹ [Corte cost. 26 giugno 2020, n. 132](#), punto 7.2. del *Considerato in diritto*, in cui vengono citate le sentenze Corte eur. dir. umani 6 novembre 2018, *Vicent del Campo c. Spagna*, e Corte eur. dir. umani, Grande camera, 17 dicembre 2004, *Cumpănă e Mazăre c. Romania*, cui *adde*, volendo, la giurisprudenza ricostruita in A. CARDONE - M. OETHEIMER, *sub* Art. 10 Cedu, in AA.VV., *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di S. Bartole - P. De Sena - V. Zagrebelsky, Padova, 2012, 411 ss., laddove si evidenzia che la giurisprudenza convenzionale è giunta ad individuare la reputazione personale come limite alla libertà d'espressione in base all'art. 10 prima di confermare che tale diritto "rientrasse pienamente nell'ambito di applicazione dell'art. 8 CEDU".

¹² [Corte cost. 12 luglio 2021, n. 150](#), punto 6.2. del *Considerato in diritto*.

¹³ *Ibidem*, laddove vengono citate le sentenze Corte eur. dir. umani, Grande camera, 17 dicembre 2004, *Cumpănă e Mazăre c. Romania*, par. 115; Corte eur. dir. umani 5 novembre 2020, *Balaskas c. Grecia*, par. 61; 11 febbraio 2020, *Atamanchuk c. Russia*, par. 67; Corte eur. dir. umani 7 marzo 2019, *Sallusti c. Italia*, par. 59; Corte eur. dir. umani 24 settembre 2013, *Belpietro c. Italia*, par. 53; Corte eur. dir. umani 6 dicembre 2007, *Katrami c. Grecia*, par. 39.

e compiute nella consapevolezza da parte dei loro autori della - oggettiva e dimostrabile - falsità degli addebiti stessi”¹⁴.

Ancora una volta la motivazione appare tutta giocata sulle implicazioni democratiche della libertà d’espressione, tanto che la sentenza ha cura di precisare che “chi ponga in essere simili condotte - *eserciti o meno la professione giornalistica (corsivo nostro)* - certo non svolge la funzione di ‘cane da guardia’ della democrazia, che si attua paradigmaticamente tramite la ricerca e la pubblicazione di verità ‘scomode’; ma, all’opposto, crea un pericolo per la democrazia, combattendo l’avversario mediante la menzogna, utilizzata come strumento per screditare la sua persona agli occhi della pubblica opinione. Con prevedibili conseguenze distorsive anche rispetto agli esiti delle stesse libere competizioni elettorali”¹⁵.

La via per l’interpretazione conforme a Costituzione e a Convenzione della disciplina codicistica della pena detentiva per la diffamazione a mezzo stampa è, dunque, quella di ritenere che la previsione astratta e l’applicazione concreta di sanzioni privative della libertà personale siano ammissibili solo ed esclusivamente quando non possono, ragionevolmente, produrre effetti di indebita intimidazione nei confronti dell’esercizio della professione giornalistica, deprimendone la sua essenziale funzione di controllo democratico, tipico delle società pluraliste contemporanee. Secondo la sentenza, infatti, se si limita la previsione della pena detentiva ai citati casi di “eccezionale gravità” - che la Corte precisa essere “assai lontani dall’ethos della professione giornalistica” - il bilanciamento effettuato risulta ragionevole perché, in via generale, “la prospettiva del carcere resterà esclusa per il giornalista, *così come per chiunque altro (corsivo nostro)* che abbia manifestato attraverso la stampa o altri mezzi di pubblicità la propria opinione”¹⁶.

4. La “giustificazione democratica” imperniata sulla professione giornalistica e i suoi limiti

A questo punto della trattazione, dovrebbe risultare chiaro come tutta l’argomentazione spesa dalla Corte per motivare l’incostituzionalità della pena detentiva indefettibile e, all’opposto, la legittimità della sanzione carceraria alternativa e limitata ai casi di “eccezionale gravità”, sembri essere incentrata sulla tutela costituzionale di quella particolare forma di libertà di manifestazione del pensiero che si estrinseca nell’esercizio professionale del diritto di critica e del diritto di cronaca da parte dei giornalisti. Così come appare chiaro che essa riposa, in definitiva, su una concezione “funzionalistica” della libertà di espressione, tipica della formulazione dell’art. 10 Conv. eur. dir. umani¹⁷ ma lontana dall’impostazione originaria dei Costituenti¹⁸ - incentrata prevalentemente sulla strumentalità della libertà d’espressione rispetto alla manifestazione del pensiero come predicato intangibile della persona umana¹⁹ - per quanto ad essa la giurisprudenza costituzionale si fosse negli anni progressivamente avvicinata²⁰.

Quanto detto si comprende bene non solo dai riferimenti giurisprudenziali alle decisioni della Corte di Strasburgo, che - non a caso - riguardano tutti casi di giornalisti professionisti condannati dagli Stati membri della Convenzione con pene detentive considerate sproporzionate o irragionevoli anche a fronte della legittimità dell’accertamento della loro responsabilità penale, ma anche, forse soprattutto, dalla

¹⁴ *Ibidem.*

¹⁵ *Ibidem.*

¹⁶ *Ibidem.*

¹⁷ Cfr., per tutti, M. OETHEIMER, *L’harmonisation de la liberté d’expression en Europe*, Paris, 2001, 65 ss.

¹⁸ Secondo la celebre impostazione di C. Esposito, *La libertà di manifestazione del pensiero nell’ordinamento italiano*, Milano, 1958, ripresa da Alessandro Pace, in A. PACE - M. MANETTI, *Commentario della Costituzione. Art. 21. Rapporti civili. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, Bologna, 2006, 37 ss.

¹⁹ E per questo criticata, negli eccessi dell’impostazione “individualistica”, da P. BARILE, *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 227 ss. e A. DI GIOVINE, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1988, 96 ss.

²⁰ Come già rilevato in A. CARDONE, *L’incidenza della libertà d’espressione garantita dall’art. 10 C.e.d.u. nell’ordinamento costituzionale italiano*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3, 2012, 12 ss.

motivazione che la stessa Corte costituzionale aveva “anticipato” nella più volte richiamata [ordinanza Corte cost. n. 132 del 2020](#).

L’ordinanza al riguardo aveva, infatti, lungamente argomentato la centralità della libertà di manifestazione del pensiero nell’ordinamento costituzionale, ricordando la significativa circostanza storica che la prima sentenza della Corte costituzionale (come noto, la [Corte cost. n. 1 del 1956](#)) avesse dichiarato l’incostituzionalità di una norma (l’art. 2 T.U.L.P.S.) proprio per contrasto con l’art. 21 Cost. e sottolineando che “nell’ambito di questo diritto, la libertà di stampa assume un’importanza peculiare, in ragione del suo ruolo essenziale nel funzionamento del sistema democratico ([sentenza n. 1 del 1981](#)), nel quale al diritto del giornalista di informare corrisponde un correlativo ‘diritto all’informazione’ dei cittadini”²¹.

Venivano conseguentemente richiamate anche altre pronunce con cui la Corte aveva negli anni chiarito che il diritto a essere informati rappresenta uno dei principi fondanti della forma di stato democratica, alla cui base riposa la libera formazione dell’opinione pubblica, assicurata “dal pluralismo delle fonti cui attingere conoscenze e notizie [...] in modo tale che il cittadino possa essere messo in condizione di compiere le sue valutazioni avendo presenti punti di vista differenti e orientamenti culturali contrastanti ([sentenza n. 112 del 1993](#), richiamata dalla [sentenza n. 155 del 2002](#))’ ([sentenza n. 206 del 2019](#))”²².

Non meraviglia, dunque, che il percorso motivazionale della sentenza sia costruito con riferimento all’attività dei giornalisti, perché l’esercizio della professione giornalistica rappresenta l’archetipo della “vigilanza democratica” che la tutela costituzionale della libertà di manifestazione del pensiero consente di esercitare sui detentori del pubblico potere. Ed infatti la stessa [ordinanza n. 132](#) aveva affermato che “non v’è dubbio [pertanto] che l’attività giornalistica meriti di essere ‘salvaguardata contro ogni minaccia o coartazione, diretta o indiretta’ ([sentenza n. 172 del 1972](#)) che possa indebolire la sua vitale funzione nel sistema democratico, ponendo indebiti ostacoli al legittimo svolgimento del suo ruolo di informare i consociati e di contribuire alla formazione degli orientamenti della pubblica opinione, anche attraverso la critica aspra e polemica delle condotte di chi detenga posizioni di potere”²³.

Rispetto all’architettura del ragionamento fin qui ricostruito - che, come visto, considera incostituzionale la pena detentiva perché, salvo casi eccezionali, rischia di intimidire l’attività del giornalista professionista in quanto “cane da guardia” dei detentori di potere - merita di essere evidenziato che vi sono alcuni elementi di contesto che portano a ritenere come non sempre - quando la libertà di espressione si manifesta in maniera lesiva dell’onore e della reputazione altrui - l’orizzonte interpretativo delineato dalla sentenza possa trovare applicazione.

In primo luogo, infatti, la diffamazione non sempre è posta in essere da giornalisti professionisti, ma può, e di sovente viene, realizzata da pubblicisti (non professionisti) o, ancor più spesso, da soggetti che non sono affatto giornalisti. Basti pensare a quanto avviene quotidianamente su *blog*, *social network* e, più in generale, sul *web*, in cui ognuno è autore e editore di sé stesso e in questa veste può arrecare grave nocumento all’immagine altrui. Di tale contesto è, peraltro, consapevole la stessa sentenza, la quale considera espressamente che “aggressioni illegittime a tale diritto [alla reputazione] compiute attraverso la stampa, o attraverso gli altri mezzi di pubblicità cui si riferisce l’art. 595, comma 3, cod. pen. - la radio, la televisione, le testate giornalistiche online e gli altri siti internet, i social media, e così via -, possono incidere grandemente sulla vita privata, familiare, sociale, professionale, politica delle vittime. E tali danni sono suscettibili, oggi, di essere enormemente amplificati proprio dai moderni mezzi di comunicazione, che rendono agevolmente reperibili per chiunque, anche a distanza di molti anni, tutti gli addebiti diffamatori associati al nome della vittima”²⁴.

In secondo luogo, non sempre i soggetti offesi dalla diffamazione aggravata possono essere considerati “detentori di posizioni di potere”. Soprattutto nella rete, infatti, spesso ad essere lesi nella propria reputazione e nel proprio onore sono anche semplici cittadini investiti dall’incontinenza altrui. E, del resto, la stessa nozione di “potere” dovrebbe essere oggetto di una qualche perimetrazione, perché la

²¹ [Corte cost. 26 giugno 2020, n. 132](#), punto 7.1. del *Considerato in diritto*.

²² *Ibidem*.

²³ *Ibidem*.

²⁴ [Corte cost. 12 luglio 2021, n. 150](#), punto 6.2. del *Considerato in diritto*.

premessa basata sulla necessità di non inibire l'attività giornalistica a fini di controllo democratico è idonea a sorreggere la conclusione dell'incostituzionalità della pena detentiva solo se la persona offesa è, se non necessariamente titolare di mandato rappresentativo (ad esempio, un sindaco) o titolare di pubblico potere (ad esempio, un magistrato), per lo meno titolare di pubbliche funzioni (ad esempio, un rettore), mentre rappresenta una base meno solida per raggiungere la medesima conclusione al di fuori di queste ipotesi, come avviene, ad esempio, per le persone colpite da diffamazione semplicemente per la loro notorietà (artistica, sportiva, etc.).

A ciò si aggiunga che la rivoluzione digitale e un certo servilismo rispetto al potere politico hanno progressivamente sottratto al giornalismo d'inchiesta quelle vesti di *Watchdog of Democracy*²⁵ che la sentenza, come visto, pone alla base sia della declaratoria di incostituzionalità dell'art. 13 della "legge sulla stampa", sia dell'interpretazione conforme dell'art. 595, comma 3, c.p.

E non si può nemmeno omettere di considerare che, come si dirà meglio più avanti, il tutto avviene in un quadro in cui i percorsi formativi dell'opinione pubblica sono molto cambiati rispetto al passato e in cui il ruolo della professione giornalistica, soprattutto per i grandi stravolgimenti generati dalla rete, è certamente recessivo rispetto agli altri fattori che condizionano e influenzano la formazione dei convincimenti da parte della collettività.

5. *Quale spazio residua per il legislatore e quale ruolo per il diritto penale?*

Con quanto da ultimo osservato non si intende affatto mettere in discussione la bontà delle argomentazioni utilizzate, né delle conclusioni raggiunte, dalla sentenza in commento, ma ipotizzare che le considerazioni di contesto avanzate possano essere apprezzate dal legislatore che, per quanto tardivamente, decida di intervenire per introdurre il ragionevole bilanciamento tra libertà d'espressione e tutela della reputazione auspicato dalla [ordinanza della Corte cost. n. 132/2020](#). È, però, il caso di sottolineare che sulla concreta praticabilità di tale intervento non è dato nutrire molte speranze, atteso, da un lato, che il legislatore non ha raccolto il monito della Corte durante la pendenza del giudizio - e, quindi, sotto la scure della dichiarazione di incostituzionalità, puntualmente arrivata - e considerato, dall'altro, che la normativa che risulta dalla dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 13 e dall'interpretazione conforme dell'art. 595, comma 3, c.p. è autosufficiente e applicabile senza la stretta necessità di novelle legislative.

Un solo aspetto della motivazione della sentenza, in realtà, sembra suscitare alcune perplessità nella prospettiva di una possibile riforma dell'istituto. Si tratta dei due passaggi riportati in corsivo nei paragrafi precedenti in cui la Corte, *incidenter tantum*, sembra assimilare, ai fini del regime sanzionatorio, la posizione del giornalista professionista, che realizza la diffamazione aggravata dalle pagine di una testata, poco importa se cartacea o *online*, e quella del *quisque de populo*, che leda l'onore e la reputazione altrui effettuando commenti sui *social network* o scrivendo su un *blog*, magari indirizzando la propria aggressione contro soggetti sprovvisti di qualsiasi posizione di potere²⁶.

Chi scrive, infatti, nutre qualche dubbio che quello indicato dalla sentenza in commento sia davvero il più ragionevole bilanciamento tra libertà di manifestazione del pensiero e tutela della reputazione personale anche per le diffamazioni che, sempre più frequentemente, si consumano nel contesto della rete per effetto delle incontinenze di soggetti estranei all'esercizio della professione giornalistica. In particolare lascia perplessi che, come dice la sentenza, "la prospettiva del carcere rest[i] esclusa per il giornalista, *così come per chiunque altro*" (*corsivo nostro*) anche quando le affermazioni diffamatorie (i) non provengono da chi è professionalmente impegnato e obbligato ad alimentare il pluralismo dell'informazione, (ii) si realizzano al di fuori della stampa, sia essa cartacea o *online*, (iii) colpiscono persone alle quali non sono riconducibili specifiche posizioni di potere, né sotto forma di mandato rappresentativo (esempio del

²⁵ Sul punto si veda il feroce atto d'accusa mosso al giornalismo americano contemporaneo da H. THOMAS, *Watchdogs of Democracy? The Waning Washington Press Corps and How It Has Failed the Public*, New York, 2006.

²⁶ Gli esempi potrebbero essere numerosi e non meritano dispendio di caratteri: basterà pensare alle plurioffensive diffamazioni che si leggono quotidianamente sui *social networks* nelle "discussioni" sull'obbligo vaccinale e/o sul c.d. *greenpass*.

sindaco), né di potere dello Stato (esempio del magistrato), né di titolarità di pubbliche funzioni (esempio del rettore).

Quando ricorrono queste circostanze, infatti, non sembra che la “giustificazione democratica” sia in grado di allontanare il punto di equilibrio del bilanciamento così tanto dalla tutela della reputazione personale da far ritenere che la pena detentiva possa essere applicata solo nelle circostanze eccezionali rappresentate dall’*hate speech*, dall’istigazione alla violenza e dalle campagne di disinformazione.

E questo perché, da un lato, chi realizza tali condotte nel contesto descritto non svolge affatto quella funzione di “cane da guardia” dei detentori di potere che giustifica l’esclusione della pena detentiva indefettibile, dall’altro, perché anche la singola diffamazione, come la stessa sentenza mostra di ben considerare, può produrre gravi lesioni pur se realizzata al di fuori di campagne di disinformazione e senza che ricorrano discorsi d’odio o di violenza.

In sintesi, ciò su cui chi scrive vorrebbe provare a portare la riflessione - come si diceva, soprattutto nella prospettiva di un intervento legislativo, non probabile, ma cionondimeno necessario per i motivi che si stanno esponendo - è che la limitazione dell’applicabilità della pena detentiva ai soli tre casi individuati come eccezionali dalla sentenza (che pure ha il merito di aver integrato l’ancor più ristretto catalogo della giurisprudenza di Strasburgo) appare un ragionevole bilanciamento nel caso del giornalista professionista, o finanche pubblicista, perché, come evidenzia la stessa pronuncia, quelle fattispecie definiscono comportamenti “assai lontani dall’ethos della professione giornalistica”, ma rappresenta un punto di equilibrio insoddisfacente per la pluralità di diffamazioni aggravate che quotidianamente vengono consumate, soprattutto nella rete, da parte di soggetti che non sono impegnati professionalmente nel pluralismo informativo e che dirigono le proprie aggressioni contro individui che non sono - e non devono essere - soggetti a uno specifico controllo democratico da parte dell’opinione pubblica.

Sempre a parere di chi scrive, dunque, non sarebbe inopportuno che il legislatore intervenisse a differenziare, dal punto di vista del regime sanzionatorio, le fattispecie in questione, presidiando il pluralismo informativo e la valenza democratica della professione giornalistica con una ristretta elencazione di eccezioni al “divieto di pena detentiva”, ma lasciando più spazio alla prospettiva della privazione della libertà personale per gli autori di fatti di reato che non possono in alcun modo invocare l’argomento della “giustificazione democratica”.

Detto altrimenti, che l’errore evitabile escluda la prospettiva del carcere per coloro che esercitano la professione giornalistica, se non nei tre casi eccezionali più volte ricordati, costituisce un ragionevole compromesso rispetto alla tutela dell’onore e della reputazione perché il giornalista professionista o pubblicista contribuisce con il proprio lavoro ad alimentare quel pluralismo delle fonti di informazione che rappresenta una delle basi di ogni ordinamento democratico.

Ma lo stesso non può dirsi per il *quisque de populo* che diffama malcapitati in maniera incontinente e randomizzata su *platform*, *social network* e *blog*, il quale, al contrario, merita di sentire la pressione dell’ordinamento sulle sue modalità espressive e sui contenuti delle sue affermazioni, non perché questi debbano essere inibiti o repressi, ma perché non vi è motivo che la tutela dell’onore e della reputazione di chi può subire le sue aggressioni arretri in mancanza della “giustificazione democratica” che sorregge il diverso bilanciamento che deve essere riservato alla professione giornalistica e, più in generale, a chi opera nelle fonti di informazione.

In estrema sintesi, nei due contesti le esigenze generalpreventive e specialpreventive della pena sono diverse e, conseguentemente, diverso dovrebbe essere il regime sanzionatorio prescelto dal legislatore.

Quanto fin qui detto pone una più generale questione, che non può essere trattata analiticamente in questa sede, ma nemmeno elusa, circa il ruolo del diritto penale nella disciplina della manifestazione del pensiero in rete.

Come noto, in tutto il mondo la dottrina si sta interrogando su come provare, con la regolazione pubblica, a porre rimedio al dilagare della logica privatistica e mercantilistica che presiede alla gestione delle piattaforme e dei *social network* in cui si realizza la comunicazione politica e si esplicano le libertà di informazione (di essere informati, ma anche di informare), con le connesse patologie, di cui la diffamazione è certamente una di quelle più gravi e più diffuse. E questo perché è sempre più condivisa l’idea

che l'effettivo tasso di democraticità dell'ordinamento non dipende più soltanto dalla disciplina dei tradizionali mezzi di informazione, ma dal presidio democratico che l'ordinamento è in grado di porre ai percorsi con cui, sempre più spesso e in maniera destrutturata, l'opinione pubblica si forma in rete e nella rete è oggetto di manipolazioni e di condizionamenti ad opera di nuove oligarchie tecnologiche²⁷.

Sul punto, in termini generali, pare a chi scrive condivisibile l'approccio proposto dalla c.d. *New School Speech Regulation*, la quale propone di superare, perché inefficace nel contesto del *web*, il tradizionale sistema regolatorio basato su “*criminal penalties, civil damages, and injunctions to regulate individual speakers and publishers*”²⁸. La transizione verso un diverso modello di disciplina delle arene pubbliche della rete - fatto di un insieme di *self and co-regulation*, di istituti anticoncentrazionistici e di tutela della *privacy*²⁹ - presuppone, però, che alcune distorsioni nell'uso delle potenzialità offerte dalle nuove tecnologie siano efficacemente contrastate.

In questa prospettiva, il diritto penale continua ad avere un ruolo centrale e l'istituto della diffamazione non può deflettere dalla sua funzione general e specialpreventiva. Per rendersene conto è sufficiente tenere a mente alcune modalità con cui la comunicazione e la manifestazione del pensiero si svolgono quotidianamente in rete. Come ben sintetizza l'efficace metafora del filosofo sudcoreano Han, gli individui che esercitano la libertà di espressione su *platform, social networks* e *blos* assumono la sembianza di uno sciame, ossia un insieme subitaneo, instabile e volatile di soggetti che si aggregano attorno a un bersaglio polemico per attaccarlo in modo virulento e irriflesso, prima di disperdersi nuovamente³⁰.

Tra questi individui quasi mai ci sono giornalisti professionisti. Tra i bersagli non necessariamente ci sono detentori di pubblico potere. Tra i luoghi virtuali in cui queste diffamazioni avvengono raramente ci sono testate giornalistiche *online*. Eppure, certamente, si pongono, rispetto a tali condotte, problemi di democraticità complessiva dell'ordinamento, anche se in una prospettiva diversa da quella messa dalla Corte al centro della motivazione della sentenza in commento.

V'è, dunque, spazio perché il tema della pena detentiva a tutela della reputazione personale continui ad essere discusso e, magari, finalmente affrontato dal legislatore.

²⁷ Cfr., volendo, P. CARETTI - A. CARDONE, *Diritto dell'informazione e della comunicazione nell'era della convergenza*, Bologna, 2019, 237 ss.

²⁸ J.M. BALKIN, *Old-School/New-School Speech Regulation*, in *Harvard Law Review*, (127) 2014, 2296 ss.

²⁹ Sul punto sia consentito rinviare a A. CARDONE, “*Decisione algoritmica*” vs *decisione politica?* A.I., *Legge, Democrazia*, Napoli, 2021, 82 ss. e 105 ss.

³⁰ B.C. HAN, *In the Swarm. Digital Prospects*, Boston, 2017.

Antonio Ruggeri

**Alla Cassazione restia a far luogo all'applicazione diretta del diritto eurounitario la
Consulta replica alimentando il fecondo "dialogo" tra le Corti
(a prima lettura della [sent. n. 67/2022](#))***

ABSTRACT: *The paper examines a decision of the Constitutional Court condemning discrimination against foreigners in the enjoyment of a right recognized to citizens. The author highlights the potential contained in the judgment regarding a constructive "dialogue" between the Courts, affirming the obligation for the judges of immediate application of the violated supranational rules.*

SOMMARIO: 1. Il caso e la sua conclusione ad opera di un verdetto della Consulta che rimarca la centralità di posto spettante al principio del primato del diritto sovranazionale ed al rinvio pregiudiziale quale strumento elettivo idoneo ad assicurarlo. – 2. La messa da canto della Carta di Nizza-Strasburgo, malgrado avrebbe potuto con profitto essere evocata in campo a tutela del diritto offeso, l'insegnamento che se ne può trarre per ciò che attiene al mancato rilievo nel processo costituzionale della "connessione" tra norme eurounitarie di diritto derivato e norme della Carta stessa, la duplice qualità posseduta dalla decisione in commento.

1. Il caso e la sua conclusione ad opera di un verdetto della Consulta che rimarca la centralità di posto spettante al principio del primato del diritto sovranazionale ed al rinvio pregiudiziale quale strumento elettivo idoneo ad assicurarlo

La [pronunzia](#) a margine della quale si dispongono le scarse notazioni di seguito fatte – come suol dirsi – “a prima lettura” è tra quelle che meritano di essere ricordate. Forse, è esagerato affermare che si tratti di una decisione “storica”; di certo, però, non è di secondario interesse ed apre scenari, almeno in parte, nuovi rispetto al passato. Singolare è, peraltro, il modo con cui l'intera vicenda processuale è maturata, prendendo quindi una piega che – come dirò a momenti – si è rivelata risolutiva, portando all'esito della dichiarazione d'inammissibilità.

Le questioni portate alla cognizione della Corte¹, nel merito, sono di sicuro rilievo², trattandosi di dare finalmente il giusto appagamento ad un diritto dapprima trascurato, con riferimento al (mancato) riconoscimento dell'assegno per il nucleo familiare per i figli (ed equiparati) di cittadino straniero non aventi la residenza in Italia, eccezion fatta del caso che lo Stato di appartenenza dello straniero stesso riservi un trattamento di reciprocità nei riguardi dei cittadini italiani o che sia stata stipulata una convenzione internazionale in materia di trattamenti di famiglia.

È bene fermare subito l'attenzione sul fatto che qui era in gioco un diritto di rango costituzionale dotato di “copertura” nella normativa eurounitaria violata dalla disciplina nazionale sottoposta al sindacato di costituzionalità, di cui all'art. 2, comma 6-*bis*, del d.l. n. 69 del 1988, conv. con modif., nella l. n. 153 del 1988. E un diritto – si faccia caso – riconosciuto altresì dalla Carta di Nizza-Strasburgo (art. 34), la cui violazione nondimeno – come la decisione in commento tiene a rimarcare – non è stata denunciata dalle ordinanze di rimessione della Cassazione, sez. lavoro.



¹ Sollevate dalla Corte di cassazione, Sez. lavoro, con due ordinanze dell'8 aprile 2021, iscritte ai [nn. 110](#) e [111 reg. ord. 2021](#) (G.U. n. 33/2021, 1a serie spec.).

² Le mette giustamente in evidenza, tratteggiandone i tratti maggiormente salienti, L. CAVALLARO, *Il "dialogo tra le Corti" e le prestazioni di sicurezza sociale*, in [Giustizia Insieme](#), 20 luglio 2021; rilievi fortemente critici nei riguardi delle ordinanze della Cassazione sono indirizzati da S. GIUBBONI - N. LAZZERINI, *L'assistenza sociale degli stranieri e gli strani dubbi della Cassazione*, in [Questione Giustizia](#), 6 maggio 2021. Cfr., poi, sul tema, A. GUAZZAROTTI, *Integrazione europea attraverso il diritto? Due recenti ordinanze della Cassazione in tema di assegni familiari per i lavoratori extra-UE*, in [laCostituzione.info](#), 10 maggio 2021, che considera l'atteggiamento della Cassazione espressivo di “auto-deresponsabilizzazione”.

Ora, la violazione del diritto eurounitario era già stata rilevata dalla Corte di giustizia³, adita in via pregiudiziale nel corso dei due giudizi *a quibus*, mettendosi in chiaro che ai figli di stranieri soggiornanti di lungo periodo vanno assicurate le medesime prestazioni di sicurezza sociale stabilite per i cittadini degli Stati appartenenti all'Unione, sempre che – beninteso – in sede di recepimento della normativa dell'Unione violata gli Stati stessi non avessero espresso l'intento di voler derogare alla parità di trattamento, dalla normativa stessa consentita; cosa che però l'Italia non ha fatto.

Nel giudizio davanti alla Corte, le parti private hanno richiesto che fosse adottata una pronuncia d'inammissibilità, in considerazione del fatto che all'acclarata violazione di una disciplina sovranazionale *self executing* ha da conseguire l'obbligo della immediata disapplicazione della disciplina interna che se ne sia resa responsabile. Una posizione, questa assunta dalle parti, tuttavia indebolita dalla richiesta, fatta in subordine, dell'accoglimento delle questioni in forza dell'acclarata incompatibilità della normativa interna rispetto a quella dell'Unione.

La Corte dà qui mostra di non esitare ad accogliere la sollecitazione venutale in via primaria dalle parti, con ogni probabilità per il fatto che l'autorità remittente non aveva evocato in campo la Carta di Nizza-Strasburgo, sottraendo perciò il caso dalla traiettoria tracciata da [Corte cost. sent. n. 269 del 2017](#) e succ. E, invero, suona francamente strano che non se ne sia fatta parola, salvo ad immaginare – ciò che però è poco verosimile – che proprio questo fosse l'esito prefiguratosi dalle ordinanze di remissione: un esito, però, chiaramente *suicida*, nondimeno idoneo a ridare nuova linfa alla *Grundnorm* posta a base delle relazioni tra diritto eurounitario e diritto interno, che – come si sa – esige la immediata disapplicazione di norme interne contrarie a norme sovranazionali *self executing* accompagnata dalla immediata applicazione di queste ultime.

È pur vero, poi, che la Cassazione aveva dichiarato di non poter far luogo né alla interpretazione conforme del disposto interno, a motivo del suo “univoco contenuto”⁴, né all'applicazione immediata della disciplina sovranazionale, a suo dire incompiuta, in relazione alla prestazione sociale in parola. La risposta sul punto venuta dalla Consulta è, però, tranciante, di segno opposto, ed appare essere di particolare significato, suscettibile peraltro di rilevanti implicazioni a largo raggio. Ed è una risposta che, seppur indirizzata alla Corte interpellante, in realtà si rivolge allo stesso tempo anche a quella dell'Unione, rassicurandola circa il ruolo peculiare ed indefettibile ad essa (e ad essa soltanto) spettante in ordine alla “autentica” interpretazione del diritto eurounitario.

E così, il giudice delle leggi si fa premura di tessere le lodi del principio del primato, quale “architrate su cui poggia la comunità di corti nazionali, tenute insieme da convergenti diritti e obblighi”, ribadendo allo stesso tempo che “il sindacato accentratore di costituzionalità, configurato dall'art. 134 Cost., non è alternativo a un meccanismo diffuso di attuazione [mi permetto di correggere: *applicazione*] del diritto europeo ... ma con esso confluisce nella costruzione di tutele sempre più integrate”⁵.

Si ha qui una limpida testimonianza della parità dei ruoli giocati dalle Corti sul terreno delle garanzie e della loro necessaria complementarietà. Non è cosa da poco, sol che si pensi che alle Carte di cui le Corti stesse sono istituzionalmente garanti, a quella dell'Unione e più ancora alla CEDU, è stato (ed è) a tutt'oggi – e speriamo solo fino ad oggi – assegnato un posto comunque subordinato a quello proprio della Costituzione, l'una Carta, al pari peraltro del diritto eurounitario in genere, dovendo prestare osservanza ai soli principi fondamentali di diritto interno (i “controlimiti”, come si è soliti chiamarli), nel mentre la Convenzione (ed è da ritenere ogni altra Carta dei diritti) avrebbe un rango (ambiguamente definito come) “subcostituzionale”⁶. Ed è chiaro

³ CGUE, 25 novembre 2020, [C-302/19, INPS c. WS](#), e [C-303/19, INPS c. CR](#).

⁴ Punto 10.1 del *cons. in dir.*

⁵ Punto 11 del *cons. in dir.*

⁶ Non è chiaramente di qui tornare a discutere delle aporie teoriche esibite da siffatta ricostruzione che si prefigura la possibilità di “graduare” documenti dei quali nondimeno si riconosce la comune natura materialmente (o – per dirla con la Consulta – *tipicamente*) costituzionale: una graduatoria che poi, a tacer d'altro, è smentita dalle cose, dal fatto cioè che le Corti si confrontano paritariamente nei singoli casi, ricercando tutte la soluzione di volta in volta maggiormente adeguata a fissare il più in alto possibile il livello di tutela dei diritti in gioco, ricercando sintesi quanto più possibile appaganti ed equilibrate tra le posizioni processuali. I richiami, per fortuna fattisi viepiù frequenti, dell'una all'altra

che, rilevando a conti fatti le Carte per il modo con cui il diritto vigente nella pratica giuridica si fa diritto vivente per il tramite delle Corti che vi danno voce e garanzia, la sistemazione a scala delle une naturalmente poi ridonda e si converte in pari sistemazione delle altre⁷.

Allo stesso tempo, la Consulta si fa premura di indicare alla Cassazione la via da imboccare nella circostanza, in modo risoluto e senza tentennamento alcuno, al fine di definire, in linea con le aspettative nutrite dalle parti, il caso: far subito applicazione delle direttive richiamate che si esprimono “in modo chiaro, preciso e incondizionato”.

Il fatto, poi, che risulta pur sempre riservata all’apprezzamento discrezionale del legislatore la scelta delle soluzioni adeguate ad eliminare la discriminazione causata dalla normativa indubbiata non fa da ostacolo – rileva la Corte – alla rimozione immediata degli effetti nocivi da parte del giudice, rimettendosi quindi ad altro momento il rifacimento della disciplina incompatibile con il diritto dell’Unione da parte del legislatore stesso⁸.

Il primato del diritto sovranazionale è, dunque, dalla decisione qui annotata assicurato apparentemente nel migliore dei modi; e, tuttavia, viene qui pagato un costo non indifferente⁹, che è dato dalla inopinata messa da canto, fingendo che non esista, della Carta dell’Unione (al cui art. 34, quale norma materialmente costituzionale fondante il diritto negato, è unicamente riservato un fugace cenno¹⁰, senza che nondimeno sia chiaro quali sviluppi avrebbe potuto avere la vicenda qualora fosse stato evocato in campo). Sta di fatto che qui non è stata offerta alla Carta stessa l’opportunità di poter essere spesa a beneficio del diritto negato, giocando anche nella circostanza odierna un ruolo di prima grandezza al piano delle relazioni interordinamentali, al servizio dei diritti da essa riconosciuti. Della qual cosa, peraltro, si ha – come si sa – sempre più di frequente riscontro, dipendendo ad ogni buon conto unicamente dalla sensibilità degli operatori che vi si faccia il dovuto, proficuo richiamo: una sensibilità che è, dunque, cresciuta nel tempo e che tuttavia ha ancora da compiere un lungo tragitto prima di potersi far valere al massimo delle sue formidabili potenzialità espressive. Insomma, per sottrarsi alla morsa soffocante del “riaccentramento”, inaugurata dalla decisione del 2017 sopra richiamata¹¹, il pedaggio da pagare parrebbe essere quello

giurisprudenza testimoniano che nessuna aprioristica graduazione, di stampo formale-astratto, può farsi tra le Carte dei diritti e che, piuttosto, le stesse sono per vocazione portate a darsi mutuo e fecondo alimento, al servizio di taluni bisogni elementari dell’uomo. Non già la piramide è l’immagine giusta per rappresentare i rapporti tra le Carte e le Corti che ne sono garanti bensì il circolo in cui tutte – *paritariamente* – si immettono, dandosi mutuo sostegno e rigenerandosi incessantemente a vicenda.

⁷ Ancora più marcata, poi, questa torsione ricostruttiva in relazione alla CEDU e, di riflesso, alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, sol che si pensi che alle letture della Convenzione somministrate dalla Corte stessa si riconosce – come si sa – carattere vincolante unicamente laddove idonee a comporsi in indirizzi “consolidati” ovvero si traducano in decisioni-pilota (una presa di posizione, questa, come si sa, fatta oggetto – a mia opinione, giustamente – di plurimi e penetranti rilievi critici).

⁸ Non era questo il caso, come chiarito dalla Corte, ma non è inopportuno rammentare che quest’ultima, specie nel tempo a noi più vicino, non si è trattenuta dal riscrivere testi di legge gravemente carenti, pur laddove non sussistesse la condizione, di crisafulliana memoria, delle “rime obbligate” e si trattasse piuttosto di inventare di sana pianta alcune “rime possibili” o – come pure è stato detto (D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bononia University Press, Bologna 2020, 101 ss.) – alcuni “versi sciolti”, con evidente occupazione dunque del campo dapprima considerato di esclusivo dominio del legislatore, della sua “discrezionalità” appunto [di “rime possibili” hanno, tra gli altri, discorso S. LEONE, *La Corte costituzionale censura la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione a «rime possibili»*, in *Quad. cost.*, 1/2019, 183 ss.; F. ABRUSCIA, *Aspetti istituzionali e deroghe processuali*, in *Rivista AIC*, 4/2020, 23 ottobre 2020, 282 ss., spec. 293.; I. GOIA, *Una giustificabile “invasione” di campo*, in questa *Rivista*, 2021/III, 984 ss. Di “rime libere” preferisce, invece, dire A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2/2019, 264 ss., nonché *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in *federalismi.it*, 12/2021, 5 maggio 2021, spec. 197 ss., ma – com’è chiaro – la sostanza non cambia].

⁹ ... che tuttavia non può essere imputato alla Corte, obbligata a restare entro la cornice del *thema decidendum* quale tracciata dall’autorità remittente.

¹⁰ Punto 1.2.1 del *cons. in dir.*

¹¹ ... e della quale peraltro si hanno altri segni, anche in ambiti di esperienza lontani da quello su cui si svolgono le relazioni tra le Corti, che poi solo in parte sono compensati da segni (apparentemente) opposti, quale quello che fa leva

di vedersi bocciare le questioni portate davanti alla stessa Consulta. Un esito, francamente, alquanto singolare e – se posso esser franco – bizzarro.

2. *La messa da canto della Carta di Nizza-Strasburgo, malgrado avrebbe potuto con profitto essere evocata in campo a tutela del diritto offeso, l'insegnamento che se ne può trarre per ciò che attiene al mancato rilievo nel processo costituzionale della "connessione" tra norme eurounitarie di diritto derivato e norme della Carta stessa, la duplice qualità posseduta dalla decisione in commento*

La vicenda che ha dato lo spunto per le scarse notazioni ora fatte, nondimeno, ci consegna un insegnamento che potrà tornare utile anche per l'avvenire; ed è che la "logica" della "connessione" tra la Carta dell'Unione e norme di quest'ultima parimenti violate e che ad essa si saldano – in modi, per vero, mai ben chiariti –, giustificando e anzi, dal punto di vista della Corte, imponendo di battere la via che porta alla Corte stessa non può valere per questioni di costituzionalità nelle quali non si faccia in modo esplicito parola della Carta di Nizza-Strasburgo. La "connessione", insomma, c'è solo se si fa richiamo di tale documento *tipicamente* costituzionale, in difetto del quale esso è relegato al ruolo, praticamente ininfluenza, del classico convitato di pietra, che c'è ma non si vede e, comunque, è costretto a restare muto.

Magari, dunque, la "connessione" è *in rebus*, obiettivamente inconfutabile (come nella odierna vicenda) ma, se si vuole aver conferma del perdurante vigore del canone fondamentale dell'applicazione diretta delle norme sovranazionali, non se ne può fare parola.

La decisione in commento presenta, nondimeno, una duplice qualità di cui, al di là del caso che ne ha determinato la venuta alla luce, potrà trarsi frutto da parte dei giudici comuni e degli operatori in genere *in ogni altro caso* in cui si faccia questione di norme eurounitarie violate e del bisogno che se ne garantisca l'immediata efficacia in ambito interno.

Per un verso, ha offerto il destro alla Consulta per ribadire i pregi innegabili di cui è dotato il meccanismo del rinvio pregiudiziale, quale autentica "cerniera" – com'è comunemente intesa – tra gli ordinamenti e, dunque, motore della integrazione sovranazionale. Il giudice costituzionale ne dà una cristallina rappresentazione, confermando peraltro l'esclusiva competenza in capo alla Corte lussemburghese in ordine alla interpretazione "autentica" del diritto sovranazionale ed alla garanzia primaria della osservanza dei trattati.

sulla interpretazione conforme. È sufficiente, nondimeno, por mente a come è stata (ed è) intesa e messa in atto la rilevanza nel corso di talune spinose vicende processuali, quali quelle che hanno avuto ad oggetto le leggi elettorali, per avere sicura riprova di quanto si viene ora dicendo [sulla tendenza in parola, fatta oggetto di divergenti apprezzamenti da una nutrita schiera di studiosi, tra gli altri, v. D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, cit.; A.-O. COZZI, *Sindacato accentrato di costituzionalità e contributo alla normatività della Carta europea dei diritti fondamentali a vent'anni dalla sua proclamazione*, in *Dir. pubbl.*, 3/2020, 659 ss.; AA.VV., *Il sistema "accentrato" di costituzionalità*, a cura di G. Campanelli - G. Famiglietti - R. Romboli, Editoriale Scientifica, Napoli 2020; AA.VV., *Un riaccentramento del giudizio costituzionale?, I nuovi spazi del giudice delle leggi, tra Corti europee e giudici comuni*, in federalismi.it, 3/2021, 27 gennaio 2021; AA.VV., *Granital revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, a cura di C. Caruso - F. Medico - A. Morrone, Bononia University Press, Bologna 2020; AA.VV., *Rileggendo gli Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1987-2019)*. A Roberto Romboli dai suoi allievi, Giappichelli, Torino 2020; C. PADULA, *Le "spinte centripete" nel giudizio incidentale di costituzionalità*, in *La Corte costituzionale nel XXI secolo*, in Questione Giustizia, 4/2020, 62 ss.; M. LOSANA, *Tutela dei diritti fondamentali e (in)stabilità delle regole processuali*, in *Quad. cost.*, 2/2020, 305 ss.; L. PESOLE, *La Corte costituzionale oggi, tra apertura e interventismo giurisprudenziale*, in federalismi.it, 12/2021, 5 maggio 2021, 224 ss. Di contro, de *Le contospinte centrifughe nel sindacato di costituzionalità* ha trattato A. GUZZAROTTI, in *La Corte costituzionale nel XXI secolo*, cit., 78 ss.; pure *ivi*, v., inoltre, variamente, M. BIGNAMI, *La Corte costituzionale nel XXI secolo: ritorno al futuro*, 6 ss., E. LAMARQUE, *I poteri del giudice comune nel rapporto con la Corte costituzionale e le Corti europee*, 89 ss., e A. NATALE, *Il giudice comune, servitore di più padroni*, 98 ss. Di E. LAMARQUE, v., *amplius*, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana. Nuova stagione, altri episodi*, Editoriale Scientifica, Napoli 2021].

Per un altro verso, si è avuta finalmente sicura riprova del fatto che, a seguito di pronunzie della Corte di giustizia che abbiano acclarato la violazione di norme *self executing* dell'Unione¹², non v'è scampo per l'operatore nazionale, comunque obbligato a far subito applicazione delle norme stesse in vece di quelle interne con esse incompatibili. La via è, dunque, tracciata per gli operatori che intendano sottrarsi alla morsa del "riaccentramento" voluto dalla [269](#) per ogni violazione del diritto sovranazionale comunque coinvolgente la Carta di Nizza-Strasburgo: dare la precedenza al rinvio pregiudiziale ed attendere fiduciosi il verdetto della Corte dell'Unione, restando nondimeno poi obbligato il ricorso alla Consulta sia laddove la disciplina sovranazionale disattesa non presenti carattere *self executing*¹³ e sia pure (e ovviamente) per il caso che si dubiti della sola violazione della Costituzione. Un esito quest'ultimo – tengo qui a precisare di passaggio – che, nondimeno, non dovrebbe risultare frequente, sol che si considerino le formidabili potenzialità espressive di cui la Carta dell'Unione, al pari peraltro della Costituzione e di altre Carte ancora (come la CEDU), appare essere dotata.

Il *punctum crucis*, tuttavia, rimane quello, oggi non chiarito, concernente i casi in cui sia fatto *esplicito* richiamo anche della Carta di Nizza-Strasburgo. Forse, però, era (ed è) ancora troppo presto per forzare la mano alla Consulta, sollecitandola a far luogo ad un sostanziale ripensamento del punto di diritto fissato dalla [269](#), con le ulteriori precisazioni successivamente datevi, in ispecie ad opera delle decisioni del 2019.

Un passo alla volta, dunque. Ma è già tanto, perlomeno a mio modo di vedere, che si sia acquisita la disponibilità, oggi *claris cum verbis* manifestata dalla Consulta, a proseguire lungo la via di un "dialogo" intergiurisprudenziale non viziato da preconetto alcuno e promettente ulteriori, fecondi sviluppi.

¹² ... a mia opinione, *quale che sia la fonte che le esprime*, dunque anche se risultanti dalla Carta dei diritti dell'Unione.

¹³ Per la verità, si è in altri luoghi revocata in dubbio la pratica utilità del ricorso alla Corte in relazione a violazioni riguardanti norme prive dell'attitudine all'applicazione immediata, sol che si pensi che, a seguito dell'eventuale verdetto ablativo della Consulta, il giudice comune non potrebbe far altro che desumere per l'istante la regola buona per il caso estraendola dalla norma di principio sovranazionale: né più né meno – come si vede – di ciò che ordinariamente fa in presenza di norme *self executing* dell'Unione lese dalla fonte interna.

Antonio Gusmai

Sulla legittimità costituzionale dei soggetti della rappresentanza politica a sollevare conflitti di attribuzione*

ABSTRACT: *The essay trying to shed some light on a very complex and still unresolved issue. In particular, the focus is on the legitimacy of the subjects of political representation to raise conflicts of attribution between state powers. The starting point of the analysis is the existence of a pathological “quadrilateral” that seems to characterize today's political representation. Indeed, also parliamentary groups have been added over the time to the triad of electors-parties-elected representatives, as autonomous subjects of the representative circuit.*

Starting from this scenario, some arguments developed by constitutional jurisprudence will be put under the magnifying glass, in order to highlight the many contradictions in subjecta materia.

SOMMARIO: 1. Annotazioni preliminari. – 2. Il patologico «quadrilatero» della rappresentanza politica. – 3. Partiti politici e conflitti interorganici. – 4. Il singolo parlamentare ed il conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato. – 5. Sulla legittimità costituzionale dei gruppi a sollevare conflitti di attribuzione. – 5.1. (segue) L'implicita “apertura” contenuta nell'[ordinanza n. 17 del 2019](#). – 5.2. (segue) La (definitiva?) chiusura nell'[ordinanza n. 60 del 2020](#). – 6. Rilievi conclusivi.

1. Annotazioni preliminari

Se si volge lo sguardo alle dinamiche delle Assemblee legislative, a rilevare è la funzione decisiva svolta dai gruppi parlamentari nel dare concreta attuazione all'indirizzo politico dello Stato¹. Un compito, questo, che sembra esporre i gruppi politico-parlamentari ad una significativa mutazione genetica. Come si è già argomentato in altra sede, infatti, se sul piano più propriamente costituzionale i gruppi appaiono essere entità istituzionali ontologiche², il compito di realizzare l'indirizzo politico parrebbe trasformare, all'interno del Parlamento, l'«associazione politica» in «organismo di diritto pubblico»³. Ovverosia, l'attività di indirizzo politico sembrerebbe modificare funzionalmente la



¹ Il concetto di «indirizzo politico» è stato oggetto di una serie di pregevoli ricostruzioni teoriche. Tra queste, cfr. V. CRISAFULLI, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, in *Stud. urb.*, 1938-1939; T. MARTINES, *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche (1957)*, in ID., *Opere*, Giuffrè, Milano, 2000, 3 ss. e ID., *Indirizzo politico*, in *Enc. dir.*, 1971, XXI, Giuffrè, Milano, 1971, 134 ss.; A. MANNINO, *Indirizzo politico e fiducia nei rapporti fra Governo e Parlamento*, Giuffrè, Milano, 1973; M. DOGLIANI, *Indirizzo politico. Riflessioni su regole e regolarità nel diritto costituzionale*, Jovene, Napoli, 1985 e ID., *Indirizzo politico*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, VIII, UTET, Torino, 1993, 244 ss.; P. CIARLO, *Mitologie dell'indirizzo politico e identità partitica*, Liguori, Napoli, 1988; S. SICARDI, *Controllo e indirizzo parlamentare*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, IV, UTET, Torino, 1989, 107 ss.; A. RUGGERI, *L'indirizzo politico tra diritto legislativo e diritto giurisprudenziale*, in questa *Rivista*, [Studi 2017/III](#), 490 ss.

² Dacché l'articolazione in gruppi è coesistente ad ogni manifestazione di politicità istituzionalizzata. Si veda, se si vuole, A. GUSMAI, *Il gruppo parlamentare. Profili evolutivi di un soggetto della rappresentanza politica*, Cacucci, Bari, 2019, 17-24.

³ Per una analisi più completa della configurabilità del gruppo parlamentare come «organismo di diritto pubblico» sia consentito il rinvio ad A. GUSMAI, *op. ult. cit.*, 306 ss. Ad ogni modo, la prima definizione normativa di organismo di diritto pubblico risale alla direttiva 89/440/CE, avente come obiettivo quello di definire, in termini sostanziali, la natura giuridica di un elevato numero di enti operanti nei singoli Stati membri i quali, pur avendo connotazioni pubblicistiche, non risultavano tuttavia qualificabili come pubblici alla stregua di una valutazione formale. A tale esito conduceva, infatti, la loro mancata inclusione nel novero delle persone giuridiche di diritto pubblico tassativamente individuate nell'Allegato I della previgente direttiva 71/305/CEE. Siffatta impostazione sostanzialista è stata pienamente confermata dal Legislatore europeo anche nell'impianto di una serie di direttive datate 26 febbraio 2014 (2014/23/UE, 2014/24/UE, 2014/25/UE), le quali hanno riprodotto pedissequamente la nozione di organismo di diritto pubblico elaborata dalle abrogate direttive nn. 17 e 18/2004. Qualifica, questa, attribuibile a un «qualsiasi soggetto», avente anche natura giuridica privata, che mostra di possedere tre requisiti: a) essere stato istituito «per soddisfare specificamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale»; b) essere dotato di «personalità giuridica»; e, non da ultimo, c) svolgente un'attività «finanziata in modo maggioritario dallo Stato». A guardar bene, i gruppi parlamentari parrebbero

natura del gruppo parlamentare da associazione di diritto privato (partito politico operante all'esterno del Parlamento) a soggetto di diritto pubblico (gruppo parlamentare che agisce all'interno delle Camere nell'interesse generale)⁴.

Nel parlamentarismo contemporaneo, quindi, sono i gruppi, veri e propri soggetti «necessari» della rappresentanza politica, a riempire di contenuto ed a strutturare l'organizzazione ed il funzionamento delle Assemblee legislative. La rappresentanza politica, questa la conclusione cui parrebbe potersi giungere guardando alle dinamiche parlamentari, non può che manifestarsi nell'articolazione in gruppi⁵. Non già per mezzo di singole personalità, ma attraverso raggruppamenti politico-parlamentari formati da una pluralità di individui, democraticamente legittimati, i quali condividono il medesimo progetto di trasformazione o di conservazione della società. E, al fine di attuare quel progetto, adottano, nel rispetto delle regole procedurali della democrazia parlamentare, un determinato indirizzo politico, quello appunto derivante dalla deliberazione della «maggioranza»⁶.

soddisfare tutti e tre gli elementi necessari affinché un ente possa essere considerato «organismo di diritto pubblico». In primo luogo, essi si formano nelle Camere per dare concreta attuazione all'indirizzo politico, con ciò soddisfacendo il primo elemento richiesto dalla normativa citata. E tanto, dal momento che il gruppo non può che essere istituito per «soddisfare esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale» e, in particolare, per dare concreta attuazione al circuito della rappresentanza politica. Quanto al secondo dei requisiti richiesti (la personalità giuridica), appare evidente che i gruppi, una volta costituiti all'interno del Parlamento secondo le regole prescritte dai regolamenti di ciascuna Camera, non possono che assumere rilievo per il diritto pubblico, dismettendo la veste di mera associazione non riconosciuta appartenente alle forze politiche esistenti al di fuori delle Assemblee, prima del momento elettorale e dell'inizio della Legislatura. Ed è così che la procedura di costituzione del gruppo all'interno della Camera, un po' come per le associazioni l'iscrizione nel registro delle persone giuridiche, sembra conferire, a tale peculiare tipologia di ente politico, un'automatica acquisizione della personalità giuridica pubblica. Non riconoscere soggettività giuridica a tali gruppi equivarrebbe a confonderli totalmente con il partito politico, equiparando l'attività dei gruppi politici interna al Parlamento a quella svolta al di fuori del recinto istituzionale. Per ciò che da ultimo attiene alla compresenza del terzo requisito, ossia quello «del finanziamento pubblico maggioritario», è risaputo che ai gruppi «sono assicurate a carico del bilancio della Camera le risorse necessarie allo svolgimento della loro attività». In tal modo elidendo ogni dubbio circa la derivazione pubblicistica delle risorse finanziarie necessarie allo svolgimento delle attività dei raggruppamenti. Peraltro, queste ultime sono divenute ormai superiori a quelle detenute dai partiti politici, i cui bilanci consentono una minore capacità di spesa di quella consentita ai gruppi.

⁴ Per una ricostruzione della mutazione genetica subita dai gruppi politici in ragione della partecipazione alla funzione di indirizzo politico, sia consentito il rinvio ad A. GUSMAI, *op. et loc. ult. cit.*

⁵ Come hanno rimarcato G. NEGRI, G.F. CIAURRO, *Gruppi parlamentari*, in *Enc. giur.*, XV, Roma, 1989, 1, «All'instaurazione di un sistema di partiti nello Stato-comunità corrisponde così, generalmente, l'instaurazione di un sistema di gruppi in quegli organi decisionali centrali dello Stato-organizzazione che sono le Camere parlamentari. Anche negli ordinamenti delle assemblee parlamentari le diverse posizioni giuridiche tendono cioè ad istituzionalizzarsi in strutture articolate – i gruppi parlamentari, appunto – ciascuna delle quali organizza stabilmente un complesso di elementi personali e materiali in funzione di un fine direttamente o indirettamente politico. Di norma, questo fine consiste proprio nel rappresentare in parlamento la volontà dei partiti trasformandola legalmente nei processi formativi della volontà statutale. I gruppi parlamentari vengono così a trovarsi in una posizione di cerniera tra lo Stato-comunità, che si esprime politicamente nei partiti, e lo Stato-organizzazione, che continua ad avere nel parlamento il suo tipico organo politico (...)».

⁶ Il riferimento è, ovviamente, alla densa riflessione di H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia*, in ID., *La democrazia*, il Mulino, Bologna, 1981, 97-98, il quale fa notare come, «una dittatura della maggioranza sulla minoranza non è possibile, a lungo andare, per il semplice fatto che una minoranza, condannata a non esercitare, nel modo più assoluto, nessuna influenza, finirà col rinunciare alla sua partecipazione – soltanto formale e perciò per lei senza valore e perfino dannosa – alla formazione della volontà generale, togliendo con ciò alla maggioranza – che già per definizione non è possibile senza la minoranza – il suo carattere stesso di maggioranza. [...] Tutta la procedura parlamentare tende a creare un medio termine fra gli interessi opposti, una risultante delle forze sociali di senso contrario. I diversi interessi dei gruppi rappresentati in Parlamento, potranno esprimersi, manifestarsi in una procedura pubblica trovando, in quella parlamentare, le garanzie necessarie. E se la caratteristica procedura dialettico-contraddittoria parlamentare ha un senso alquanto profondo, tale senso potrà essere soltanto quello di fare della tesi e dell'antitesi degli interessi politici, in qualsiasi modo, una sintesi. [...] non [...] una verità superiore, assoluta, un valore assoluto superiore agli interessi dei gruppi, ma un compromesso». Sembra proprio essere questo il modo con cui l'ingegno kelseniano traduce in teoria della «democrazia reale» il relativismo filosofico-politico che dovrebbe innervare il circuito politico-rappresentativo. Consentendo ai gruppi politici di minoranza di essere «un mezzo per influire sulle decisioni della maggioranza». Ed è esattamente quest'ultimo il significato, tutt'oggi spesso strumentalizzato dai critici delle sue tesi, da attribuirsi al «principio di maggioranza» vigente negli organi assembleari. Non a caso, imponendo l'inclusione delle minoranze nella formazione della decisione

È precipuamente sui gruppi, dunque, che si tenterà di svolgere qualche riflessione di ordine giuridico-costituzionale, anche in vista della possibilità di riconoscere loro la facoltà di tutelare le proprie prerogative costituzionali dinanzi alla Consulta. Assumendo, cioè, la veste di «organo-potere» dello Stato⁷. Senza trascurare, naturalmente, gli altri due soggetti che operano nel circuito della rappresentanza politica: i partiti e i singoli eletti.

2. Il patologico «quadrilatero» della rappresentanza politica

Tuttavia, prima di analizzare la non lineare giurisprudenza costituzionale sulla legittimazione dei protagonisti della rappresentanza politica a sollevare conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato, sembra opportuno indagare le problematiche dischiuse dal particolare processo di moltiplicazione dei soggetti (partiti, gruppi, singoli eletti) che si frappongono tra il corpo elettorale e la determinazione dell'indirizzo politico da parte dell'asse Governo-gruppi parlamentari di maggioranza. In altre parole, ad essere dapprima analizzate saranno le dinamiche di funzionamento del circuito della rappresentanza politica moderna, con particolare riferimento al rapporto «rappresentativo» che intercorre tra «gruppi politici», «gruppi parlamentari» e «corpo elettorale»⁸.

Tradizionalmente raffigurato attraverso una triade⁹, in base alla quale tra rappresentati e rappresentanti si interpone la necessaria mediazione del partito politico¹⁰, il rapporto di rappresentanza pare aver sperimentato un patologico processo di alterazione¹¹. E tanto, proprio a causa dell'ampia autonomia politica riconosciuta, all'interno delle dinamiche assembleari, ai gruppi parlamentari. Questi ultimi, infatti, nella loro qualità di realtà collettive in grado di «istituzionalizzare» le forze politiche trasformando in concreto, mediante i lavori delle commissioni permanenti, i programmi elettorali in provvedimenti normativi, si configurano quali veri e propri soggetti della rappresentanza politica¹².

politica, è Kelsen stesso a scrivere che «sarebbe comunque meglio chiamarlo principio maggioritario-minoritario». In argomento, si veda, anche, O. PFERSMANN, *Natura e valore della democrazia cento anni dopo. Dalla procedura del compromesso alla trasformazione giurisdizionale*, in *Dir. pubb.*, 2020, n. 3, 896-897.

⁷ Una problematica, questa, su cui ci si è già soffermati in altra sede. Al fine di ricostruire la problematica nella sua declinazione giuridico-costituzionale, dunque, sia consentito il rinvio a A. GUSMAI, *Il gruppo parlamentare*, cit., 314 ss.

⁸ Con riferimento specifico al rapporto intercorrente tra corpo elettorale, partiti politici e gruppi parlamentari, A. MANNINO, S. CURRERI, *Diritto parlamentare*, FrancoAngeli, Roma, 2019, 73, hanno evidenziato che «la possibilità di formare un gruppo che non corrisponda ad un partito presentatosi alle elezioni», non costituisce «legittima espressione della piena libertà d'azione politica del parlamentare (art. 67 Cost.). Questa libertà, propria del parlamentarismo liberale e non di quello democratico fondato sui partiti, non sembra tuttavia conforme ai principi costituzionali ed è causa, nella sua applicazione concreta, di un funzionamento patologico del sistema politico».

⁹ Si veda, su tutti, G. AZZARITI, *Cittadini, partiti e gruppi parlamentari: esiste ancora il divieto di mandato imperativo?* in *Dem. dir.*, 2009, 345-346; ID., *Il rapporto partito-eletto: per un'interpretazione evolutiva dell'art. 67 della Costituzione*, in *Pol. dir.*, 3/2013, 275 ss., il quale parla, a più riprese, di un «triangolo» costituito da tre soggetti: «eletti-partiti-elettori».

¹⁰ Come ha evidenziato N. BOBBIO, *Rappresentanza e interessi*, in G. Pasquino (a cura di), *Rappresentanza e democrazia*, Laterza, Bari, 1988, 23-24, è proprio «l'intermediazione dei partiti fra elettori ed eletti» ad aver «semplificato il sistema della rappresentanza e semplificandolo lo ha reso di nuovo possibile». Nello stesso senso dello studioso torinese, H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia*, cit., 57 ha fatto incisivamente notare che «solo l'illusione o l'ipocrisia può credere che la democrazia sia possibile senza partiti politici».

¹¹ Di recente, su tale aspetto si è avuto modo di ragionare – *funditus* – in altra sede. Si veda, pertanto, se si vuole, A. GUSMAI, *La patologia del “quadrilatero” della rappresentanza politica*, in *Cammino Diritto*, fasc. 2/2022.

¹² Il rapporto tra gruppi e commissioni parlamentari è al centro delle riflessioni di S. CURRERI, *L'inopinato revival del «libero mandato parlamentare»*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 3/2014, 694, il quale ha avuto modo di rimarcare come non sia «un caso che la Costituzione accomuni negli stessi articoli gruppi parlamentari e commissioni. Vi è, infatti, un profondo, storico, nesso tra la natura dei primi e le funzioni delle seconde. Le commissioni, infatti, sono in grado di soddisfare quell'esigenza tecnico-organizzativa – propria di tutte le assemblee numerose – di divisione del lavoro parlamentare, senza che ciò costituisca un'inaccettabile estromissione della centralità dell'Assemblea, nella misura in cui ne riproducano “in scala” l'articolazione politica, senza alterazioni o, addirittura, capovolgimenti. Ciò è ovviamente possibile solo se nella composizione delle commissioni si prendano a parametro non i singoli eletti, ma i gruppi

Soggetti indefettibili del circuito rappresentativo, la cui autonomia politica rispetto, tanto al partito di riferimento, quanto – a monte – al corpo elettorale, ha contribuito a delineare un pernicioso disallineamento verso la sola «situazione» rappresentativa¹³, con ciò producendo una patologica – come si diceva – separazione dell’attività degli eletti dagli orientamenti espressi dagli elettori in occasione della consultazione elettorale e, soprattutto, dagli indirizzi elaborati dai partiti di rispettiva appartenenza¹⁴. Nei casi in cui una simile alterazione del circuito della rappresentanza politica moderna si è di fatto verificata, il risultato è stato quello di rendere concretamente possibile la sostituzione della “Nazione” rappresentante alle forze politiche elette dal corpo elettorale¹⁵. Un esito, questo, in un certo senso facilitato dalla crisi dei partiti politici, «i malati gravi» del sistema costituzionale¹⁶, i quali, in un «regime di democrazia pluralistica», sono chiamati a svolgere una fondamentale funzione di «mediazione», al fine di riempire «di contenuto il mandato rappresentativo, altrimenti ‘vuoto’»¹⁷.

È così che allora, ad un’analisi attenta a ciò che accade al di sotto delle “forme” in cui si manifesta l’ordinamento (anche) camerale, il parlamentarismo contemporaneo parrebbe essere caratterizzato dalla progressiva acquisizione di autonomia politica dei gruppi parlamentari rispetto alle forze politico-partitiche che hanno partecipato alla consultazione elettorale¹⁸. Un disallineamento, questo, che non può che riverberarsi sulla dialettica politico-parlamentare. Nella loro qualità di “rappresentanti della Nazione”, cioè, gli eletti hanno talvolta rescisso ogni legame con il partito di originaria appartenenza, generando occasioni di conflittualità all’interno delle Camere, tuttavia, ancora formalmente negate dalla giurisprudenza della Corte costituzionale. “Slegati” da ogni eventuale direttiva impartita dal corpo elettorale e dal partito, l’acquisita autonomia politica dei gruppi parlamentari ha contribuito a disvelare il quarto “lato” della geometria variabile della rappresentanza politica¹⁹.

A voler esprimersi ancora mediante il ricorso alla metafora geometrica, soprattutto a seguito della “svolta” maggioritaria del 1993, l’originario «triangolo» si è rivelato essere un «quadrilatero». Quest’ultimo, rimasto per così dire latente nella prima fase repubblicana, dacché tra partiti e gruppi

parlamentari, tant’è che la nascita delle commissioni (1920) e l’annesso obbligo d’appartenervi (1922) coincidono con la costituzione dei gruppi parlamentari, espressione dei partiti politici sorti dopo il varo della legge elettorale proporzionale (1919)». Da ultimo, il rapporto tra gruppi parlamentari e commissioni “legislative” è analizzato, in una prospettiva che guarda alle procedure parlamentari quali strumenti deputati a tradurre in effettivi provvedimenti normativi la sovranità popolare, da F. SICURO, *Il sistema delle commissioni parlamentari alla prova del ridimensionamento della rappresentanza politica*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), n. 1/2021, spec. 597 ss.

¹³ La distinzione teorico-concettuale tra “rapporto” e “situazione” rappresentativa risale a D. NOCILLA, R. CIAURRO, *Rappresentanza politica*, in *Enc. Dir.*, XXXVIII, Giuffrè, Milano, 1987, spec. 556-567. In particolare, gli Autori evidenziano come «tutte le tesi, per le quali la rappresentanza si definisce come mera situazione di potere del rappresentante, spostano verso quest’ultimo la sovranità, nel senso di attribuirgliene l’esercizio in modo completo e definitivo, restandone tutt’al più al rappresentato l’astratta titolarità, e sono perciò incompatibili con il principio della sovranità popolare, proprio perché la volontà popolare ipotetica e l’interesse pubblico, che quest’ultima persegue, altro non sarebbero rispettivamente che la volontà dello stesso rappresentante e l’interesse pubblico così come da quest’ultimo interpretato» (560).

¹⁴ Le trasformazioni interne cui simili associazioni vanno incontro, poi, non possono che riflettersi sul circuito della rappresentanza politica. A precisarlo, ancora di recente, è A.M. NICO, *La proiezione della trasformazione dei partiti politici sulla forma di governo e sulla legislazione elettorale*, in [Dirittifondamentali.it](#), n. 1/2018.

¹⁵ Per un’attenta ricognizione dei principi della rappresentanza della Nazione e della libertà del mandato politico si veda, da ultimo, A. MORELLI, *Rappresentanza politica e libertà del mandato parlamentare*, ES, Napoli, 2018.

¹⁶ A. RUGGERI, *I malati gravi (e incurabili?) degli Stati costituzionali: i partiti politici*, in [federalismi.it](#), n. 22/2017.

¹⁷ In tal senso, M. LUCIANI, *Il Parlamento negli anni Novanta*, in L. Violante (a cura di), *Storia d’Italia. Annali 17. Il Parlamento*, Einaudi, Torino, 2001, 423.

¹⁸ A tal proposito, G. NEGRI, G.F. CIAURRO, *Gruppi parlamentari*, cit., 2, hanno fatto notare come, in effetti, «nella storia parlamentare moderna, (...) la formazione di gruppi politici all’interno delle assemblee non resta fine a se stessa, ma si ricollega in vario modo alla formazione nella società dei partiti a base popolare, nel senso che il gruppo parlamentare è stato, di volta in volta, la matrice del partito oppure la proiezione di esso nell’area delle istituzioni costituzionali, con conseguenze diverse a seconda dei modelli di parlamentarismo che venivano adottati».

¹⁹ Sul punto, sia consentito ancora – per i necessari approfondimenti teorico-ricostruttivi – il rinvio a A. GUSMAI, *Il gruppo parlamentare*, cit., 271 ss.

politici intercorreva uno stretto rapporto di subordinazione dei secondi a favore dei primi, ha successivamente reso esplicito l'affiancamento al «*triangolo*» *elettori-partiti-eletti* di un quarto elemento, i *gruppi parlamentari* appunto. Gruppi, i quali, nel pieno rispetto delle vigenti disposizioni regolamentari, hanno così potuto farsi rappresentanti diretti delle presunte nuove istanze sociali provenienti dagli elettori. E così, attraverso scissioni, fusioni e costituzioni di nuovi gruppi in corso di legislatura essi hanno rescisso l'originario legame con il partito (o coalizione di partiti) di cui il gruppo medesimo era espressione parlamentare²⁰.

Tanto, come si diceva, *anche* a causa dell'incapacità dei partiti di mediare tra società civile e realtà istituzionale, ma *non soltanto* in virtù di essa. Ciò che si vuol dire è che il rapporto «*up-down*» tra partiti politici e gruppi parlamentari, con soggetti politici generalmente costituiti a seguito di trasformazioni dei gruppi avvenute in Parlamento²¹, non sembra possibile ricollegarlo, in via esclusiva, alla tanto declamata crisi dei partiti politici. Al contrario, l'impoverimento del momento partecipativo e della capacità di incanalare domande ed istanze sociali assicurata dai partiti, parrebbe aver soltanto esasperato un fattore di potenziale torsione del sistema già iscritto nel modo di interpretare la fondamentale funzione di «*rappresentare*»²². Esso, infatti, riposerebbe nella persistente estensione del divieto di mandato imperativo non solo al livello della rappresentanza politica del corpo elettorale, ma anche a quello della rappresentanza politica dei partiti politici. «Livelli», questi ultimi, che in una democrazia pluralista in cui la sovranità appartiene al popolo dovrebbero, al contrario, produrre risultati quanto più possibile convergenti nel rispetto della volontà degli elettori²³.

Una simile interpretazione della funzione rappresentativa, tendente a sbilanciare eccessivamente le dinamiche della rappresentanza politica sui singoli parlamentari, ha di fatto consentito a questi ultimi di creare in Parlamento raggruppamenti sostanzialmente liberi di interpretare autonomamente, rispetto al partito e rispetto al corpo elettorale, l'«*interesse della Nazione*» (ex art. 67 Cost.) Nel mostrare la propria potenziale funzione rappresentativa autonoma²⁴, il gruppo parlamentare ha così incrinato tutte quelle dottrine aventi come comune denominatore l'idea che la rappresentanza sia triangolare, con i gruppi quali meri organi amministrativi delle Camere o meri organi di partito, in modo da neutralizzare la rappresentatività politica del gruppo medesimo²⁵. Per di più, poi, in un Parlamento sensibilmente ridotto nella propria dimensione numerica, continuare a riconoscere autonomia politica di fatto illimitata al gruppo ed ai singoli parlamentari potrebbe condurre ad effetti esiziali per il già precario equilibrio istituzionale²⁶.

²⁰ In disparte da ogni considerazione circa «lo stato comatoso in cui versa la democrazia rappresentativa», per rievocare una bella riflessione di A. RUGGERI, *Lo stato comatoso in cui versa la democrazia rappresentativa e le flebili speranze di risveglio legate a nuove regole e regolarità della politica*, in questa *Rivista, Studi 2021/I*, 123 ss.

²¹ In argomento, cfr. S. CURRERI, *Gruppi parlamentari e norme anti-transfughismo*, in V. Lippolis, N. Lupo (a cura di), *Il Parlamento dopo il referendum costituzionale. Il Filangieri. Quaderno 2015-2016*, Jovene, Napoli, 2017, 143.

²² Secondo la celebre definizione fornita da C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, Giuffrè, Milano, 1984, 277, «*rappresentare*» vuol dire «rendere visibile e illustrare un essere invisibile per mezzo di un essere che è presente pubblicamente». Ed è proprio per questo motivo che, a detta dello studioso di Plettenberg, «*rappresentare*» non può rivelarsi che «qualcosa di esistenziale».

²³ Problematiche, queste, su cui si è già avuto modo di soffermarsi in altra sede. Pertanto, sia consentito il rinvio ad A. GUSMAI, *Il gruppo parlamentare*, cit., spec. 271-295.

²⁴ Oggi, peraltro, anche economica, essendo i bilanci dei gruppi superiori a quelli dei partiti. Per averne contezza, è sufficiente leggere i dati di un recente studio intitolato «*Partiti deboli, democrazia fragile*» in *Openpolis*. 12 luglio 2019

²⁵ Idee, queste, attraverso le quali si riesce a mantenere in piedi la tesi del c.d. triangolo della rappresentanza politica proprio attraverso tale processo di inglobamento del gruppo parlamentare o all'interno della dimensione privatistica (organo del partito politico) o all'interno delle Camere (organo a mera rilevanza giuspubblicistica).

²⁶ Il percorso – parlamentare e referendario – che ha preceduto l'entrata in vigore della legge costituzionale n. 1 del 2020, infatti, ha suscitato un intenso dibattito dottrinale, riguardante tanto le premesse, quanto le conseguenze di un significativo ridimensionamento della quantità e della qualità della rappresentanza politica. Il numero di contributi stratificatisi sul punto, la ricchezza degli spunti ricostruttivi *ivi* contenuti e la pluralità di considerazioni da essi dischiuse non possono essere compulsate in poche righe. Per questo motivo, tra essi, tutti importanti ai fini della presente ricostruzione teorica, cfr. almeno M. D'AMICO, *Una nuova stagione di riforme costituzionali "a tappe" e le sue insidie*, in *federalismi.it*, 9 settembre 2020; M. LUCIANI, *Un "taglio" non meditato*, in E. Rossi (a cura di), *Meno parlamentari, più democrazia?* Pisa University Press, Pisa, 2020, 245 ss.; P. COSTANZO, *Quando i numeri manifestano principi ovvero*

Oltre che disvelare un pericoloso processo di alterazione del tradizionale circuito rappresentativo, il germogliare, all'interno delle Assemblee legislative, di nuovi «partiti parlamentari»²⁷ non corrispondenti al quadro politico esistente al momento delle elezioni, ha peraltro comprovato l'ontologica esistenza costituzionale dei gruppi politici. In effetti, anche quando formati in assenza di un collegamento diretto con il corpo elettorale, l'articolazione in raggruppamenti finisce per confermare l'endemica strutturazione «gruppo-centrica» dell'organizzazione e del funzionamento delle Assemblee legislative. Una realtà *dinamica*, quest'ultima, che neppure la sopraggiunta modifica dell'art. 14, co. 4 r.S.²⁸ sembra essere riuscita ad imbrigliare, sol che si pensi alla formazione del gruppo politico-parlamentare «Italia Viva-PSI»²⁹.

della probabile incostituzionalità della riduzione dei parlamentari, in questa *Rivista*, *Studi* 2020/I, 77 ss.; A. ALGOSTINO, *Perché ridurre il numero dei parlamentari è contro la democrazia*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 30 settembre 2019; N. LUPO, *Riduzione del numero dei parlamentari e organizzazione interna delle Camere*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, fasc. 3/2020, 326 ss. e ID., *Dopo la riduzione dei parlamentari e nel mezzo della pandemia, una «finestra d'opportunità» per il rinnovamento del parlamentarismo in Italia?* in Editoriale in *Osservatorio sulle fonti* n. 3/2020; S. CURRERI, *Gli effetti politico-istituzionali negativi di questa riduzione del numero dei parlamentari*, in E. Rossi (a cura di), *Meno parlamentari, più democrazia?* cit., 235 ss. La riduzione del numero degli eletti, tuttavia, potrebbe dischiudere effetti non solo radicalmente «negativi», a partire da una maggiore responsabilizzazione delle forze politico-parlamentari nella determinazione dell'indirizzo politico. Sul punto, non può che rinviarsi ad A. PERTICI, *La riduzione del numero dei parlamentari potrà rispondere alle attese?* in E. Rossi (a cura di), *Meno parlamentari, più democrazia?* cit., 257 ss. Inoltre, sulla probabile incidenza del «taglio» degli eletti sulla rappresentatività dell'organo parlamentare si sofferma, in particolare, L. TRUCCO, *Audizione in merito al d.d.l. A.S. 881 su «Legge elettorale per una determinazione dei collegi indipendente dal numero dei parlamentari» (Commissione Affari Costituzionali del Senato – giovedì 29 novembre 2018)*, in questa *Rivista*, *Studi* 2019/I, 14.

²⁷In merito alla questione dell'autonomia del gruppo dal partito politico si veda S. CURRERI, *I gruppi parlamentari nella XIII legislatura*, in *Rassegna parlamentare*, 2/1999, 272 ss. e ID., *I nuovi gruppi parlamentari tra problematiche giuridiche e prospettive politiche*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 24 aprile 2006, 1 ss. Il fenomeno dei partiti di formazione proprio dai *parliamentary parties* che ha preso vita la tendenza a formare raggruppamenti politici, Raggruppamenti che poi, come visto, hanno caratterizzato in maniera significativa i successivi sviluppi del rapporto rappresentativo. Sulla genesi dell'«organizzazione parlamentare» in Inghilterra, G.D. FERRI, *Studi sui partiti politici*, Edizioni Dell'Ateneo, Roma, 1950, 13 ss., il quale rammenta che, nella storia inglese, il cosiddetto *Parliamentary Party* risale alla seconda metà del XVII secolo, mentre la vera e propria *Party Organisation* iniziò ad affermarsi coll'Associazione Liberale di Birmingham. Di «*parliamentary party* anglosassone», inteso come «nucleo che ha germinato il partito», discutono invece G. NEGRI – G.F. CIAURRO, *Gruppi parlamentari*, cit., 2. Per di più, è appena il caso di far notare che nello stesso Stato liberale i gruppi erano «puramente» parlamentari, non essendosi i partiti ancora evoluti in associazioni solidamente ramificate nel tessuto sociale. Tali esperienze storiche dimostrano che in Parlamento possono mancare i partiti, ma in nessun caso i gruppi, i quali, proprio per tal motivo, come anticipato, devono ritenersi una realtà ontologica sul piano costituzionale-sostanziale.

²⁸In base alla suddetta disposizione, «ciascun Gruppo [...] deve rappresentare un partito o movimento politico, anche risultante dall'aggregazione di più partiti o movimenti politici, che abbia presentato alle elezioni del Senato propri candidati con lo stesso contrassegno, conseguendo l'elezione di Senatori. Ove più partiti o movimenti politici abbiano presentato alle elezioni congiuntamente liste di candidati con il medesimo contrassegno, con riferimento a tali liste, può essere costituito un solo Gruppo, che rappresenta complessivamente tutti i medesimi partiti o movimenti politici. È ammessa la costituzione di Gruppi autonomi, composti da almeno dieci Senatori, purché corrispondenti a singoli partiti o movimenti politici che si siano presentati alle elezioni uniti o collegati. I Senatori che non abbiano dichiarato di voler appartenere ad un Gruppo formano il Gruppo misto». Inoltre, l'art. 15, comma 3, r.S., precisa che «[...] nuovi Gruppi parlamentari possono costituirsi nel corso della legislatura solo se risultanti dall'unione di Gruppi già costituiti». Non v'è dubbio, pertanto, che il nuovo gruppo «Italia Viva-PSI», non esistendo al momento elettorale (elezioni del 4 marzo 2018), si ponga in evidente contrasto con il combinato disposto degli articoli citati. Anche se, non può sottolinearsi come le citate disposizioni regolamentari siano apparse sin da subito in grado di comportare il rischio di forzature interpretative tese ad eludere la *ratio* della novella. In merito, tra i primi a denunciare tali aporie, S. CURRERI, *Osservazioni a prima lettura sulla riforma organica del Regolamento del Senato*, in *Rassegna Parlamentare*, n. 3/2017, 645 ss.; ID., *Liste-matrioska e gruppi parlamentari*, in *laCostituzione.info*, 22 gennaio 2018; G. PICCIRILLI, *Finalmente una (prima) riforma del Senato. Luci ed ombre di un intervento che necessita di essere completato*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2017.

²⁹Costituito il 18 settembre 2019. Formalmente l'iniziativa origina da una lettera diretta al Presidente Maria Elisabetta Alberti Casellati, con la quale il senatore Riccardo Nencini (proveniente dalla componente P.S.I. del Gruppo Misto, del quale era l'unico membro) comunica l'avvenuta costituzione del nuovo gruppo «Italia Viva-PSI». Sulla discussa e assai discutibile vicenda si veda G. MAESTRI, *Il nuovo gruppo «Psi-Italia viva» al Senato: le falle della riforma «antiframmentazione» del Regolamento*, in *laCostituzione.info*, 19 settembre 2019; A. MANNINO – S. CURRERI, *Diritto parlamentare*, cit., 72 ss.; U. RONGA, *Partiti personali e vicende dei gruppi parlamentari nell'esperienza recente*.

In effetti, un'interpretazione alquanto lata della disposizione citata ha permesso di aggirare il divieto di costituzione di nuovi gruppi in corso di legislatura, con inevitabili ripercussioni sulla tenuta del rapporto di rappresentanza e sulla responsabilizzazione delle forze politiche elette in Parlamento³⁰. Fattori, questi ultimi, ulteriormente stressati dalla umbratile diffusione dei c.d. intergruppi parlamentari, raggruppamenti trasversali di deputati e senatori i quali, pur appartenendo a differenti gruppi politici regolarmente costituitisi ad inizio (od in corso, nei termini di cui *supra*) legislatura, si aggregano *informalmente* in vista della possibilità di tradurre particolari interessi di categoria in concreti provvedimenti normativi. Come si può facilmente intuire, la formazione di raggruppamenti parlamentari in corso di legislatura, di cui – seppur con i doverosi distinguo³¹ – gli intergruppi parrebbero rappresentare un'ulteriore *pratica* manifestazione, determina una situazione potenzialmente esiziale per il contenuto democratico del rapporto rappresentativo. Nel suo essere “interpretato” da numerosi soggetti – partiti, gruppi e financo singoli eletti – “l'interesse della Nazione” (art. 67 Cost.) sembra compromettere, se non proprio neutralizzare, la genuinità del rapporto di base che fondamentalmente dovrebbe legare i rappresentanti ai rappresentati in maniera biunivoca³². Non a caso, autorevole dottrina ha sin da subito avvertito la necessità di declinare in senso giuridico il concetto di Nazione, ravvisandola nel «popolo nella sua concreta articolazione, nella molteplice e discordante varietà degli interessi, delle aspirazioni, delle ideologie, che ne sostanzia storicamente la realtà»³³.

Quando tutto ciò si realizza, il «quadrilatero» che caratterizza la «complessità» del parlamentarismo contemporaneo sembra innescare un circolo vizioso teso ad indebolire la struttura su cui si fonda il principio democratico di matrice liberale³⁴. Come è stato fatto notare, invero, oltre che «costituzionalmente necessari e legati ai partiti politici», i gruppi parlamentari sono – e devono restare – «espressione della volontà sovrana del corpo elettorale»³⁵. Una conclusione, quest'ultima, in un certo senso imposta dalla circostanza che, quando è chiamato ad esercitare il proprio diritto di

Contributo allo studio della XVII e della XVIII Legislatura, in federalismi.it, n. 12/2020, 227 ss.; M. PODETTA, *La nuova disciplina dei Gruppi al Senato tra demagogia riformista, dubbi costituzionali e distorsioni applicative*, in Costituzionalismo.it, n. 1/2020, parte II, spec. 197 ss.

³⁰ A ben vedere, la costituzione meramente parlamentare del gruppo politico “Italia Viva – PSI” ha palesato tutte le criticità rilevate allorquando, in occasione delle votazioni parlamentari svoltesi in occasione della crisi del governo c.d. Conte II, fu prospettato il possibile “ritiro”, da parte del senatore Nencini, del simbolo del “PSI”. Circostanza, quest'ultima, che avrebbe posto più di un interrogativo sulla perduranza stessa del gruppo, proprio a causa della discutibile vicenda che ne ha caratterizzato la genesi. Sulla problematica, cfr. le considerazioni di S. CURRERI, *Si scioglierà il gruppo parlamentare Italia Viva – P.S.I. al Senato?* in laCostituzione.info, 21 gennaio 2021.

³¹ Come si è messo in evidenza in altra sede, vi sono due sostanziali differenze tra gli intergruppi ed i partiti parlamentari, per come essi si sono manifestati nelle dinamiche interne alle Assemblee legislative italiane. Innanzitutto, gli intergruppi, diversamente dai *parliamentary parties* nostrani, sono pressoché sganciati da una chiara appartenenza ideologica (ne fanno parte parlamentari di diversa estrazione politica) e, soprattutto, in gran parte sono invisibili, dal momento che essi non hanno conosciuto alcun tipo di formalizzazione né a livello regolamentare, né a livelli legislativo. Sul punto, sia consentito il rinvio ad A. GUSMAI, *Alcune riflessioni sui gruppi parlamentari dopo l'entrata in vigore della legge costituzionale n. 1 del 2020*, in Forum di Quaderni costituzionali, 1/2021, 45.

³² Come ha fatto notare A. APOSTOLI, *La parità di genere nel campo “minato” della rappresentanza politica*, in Rivista AIC, n. 4/2016, 35, «La rappresentanza è, secondo la moderna accezione, un principio di organizzazione del potere in virtù del quale i cittadini scelgono mediante elezioni una serie di rappresentanti cui viene concessa la facoltà di deliberare sulle questioni d'interesse comune in nome della volontà politica dei cittadini stessi. Su questa teoria si sono fondati tutti i regimi democratici moderni, che nel corso del loro sviluppo hanno progressivamente aumentato la sfera dei poteri appartenenti ai rappresentanti a scapito di quelli detenuti dal potere esecutivo. La rappresentanza dovrebbe pertanto configurarsi come rapporto tra eletti ed elettori che dura per tutta la durata del mandato (...)».

³³ V. CRISAFULLI, *I partiti nella Costituzione*, in AA.VV. *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea costituente*, Vallecchi, Firenze, 1969, 127.

³⁴ Come è stato detto di recente, «la complessità sociale, incidendo sulla struttura della società, oltre che sulla fisionomia dello spazio pubblico e sui canali istituzionali della politica, ha scompaginato la standardizzazione dei processi produttivi, la generalizzazione dei saperi, la funzione ordinante della formalizzazione attraverso il diritto, la vocazione unificante della politica, esponendole alle sfide crescenti della frammentazione». Così, P. RIDOLA, *Cittadinanza, identità, diritti*, in Osservatorio AIC, fasc. 1/2022, 8.

³⁵ Così, incisivamente, A. MANNINO, *Diritto parlamentare*, Giuffrè, Milano, 2010, 67.

voto³⁶, il corpo elettorale non può che presumere in termini di sostanziale coincidenza il rapporto sussistente tra i partiti politici ed i rispettivi gruppi parlamentari. Ed è così che ogni disallineamento tra gruppo politico-partitico e gruppo politico-parlamentare si traduce in un'alterazione patologica del tradizionale circuito rappresentativo, con il risultato di smaterializzare la dinamicità del "rapporto" nella "staticità" della situazione rappresentativa. A detrimento, questa l'ulteriore conclusione, della *costante democratica* che dovrebbe legare tra loro tutti i soggetti che operano nel circuito rappresentativo. Se, invece, come ancora accade, gruppi parlamentari vengono costituiti in assenza di una legittimazione democratica diretta, il rapporto di forza tra partiti e gruppi si inverte. E, con esso, anche quello tra rapporto e situazione rappresentativa, tra sovranità popolare e responsabilità politica degli eletti³⁷.

Per questo motivo, essendo il gruppo parlamentare un soggetto necessario della rappresentanza politica, per quanto le dinamiche della realtà storica abbiano messo in evidenza il suo essere (anche) altro dal partito politico, a livello teorico esso dovrebbe essere considerato un ente espressione della rappresentanza dei partiti politici. Se invero si vuole mantenere la fisiologia del «triangolo della rappresentanza politica» (costituito dalla triade elettori-eletti-partiti politici), quello che oggi è divenuto un vero e proprio quarto soggetto operante nel circuito rappresentativo – il gruppo parlamentare, appunto – non può che costituzionalmente risultare espressione del partito politico votato dagli elettori. Insomma, sul piano della rappresentanza politica, bisognerebbe considerare gruppo politico-partitico e gruppo politico-parlamentare come una *realtà unitaria*, legati tra loro da un vero e proprio rapporto di rappresentanza³⁸.

Se sul piano giuridico-costituzionale il raggruppamento politico-parlamentare costituisce una realtà rappresentativa di un fenomeno che dovrebbe apparire «unitario» (lo stesso gruppo politico-partitico che, dopo le elezioni, si costituisce in seno alle Camere nelle medesime sembianze), a configurarsi come «potere» dello Stato legittimato a sollevare conflitto di attribuzione dovrebbe pertanto essere non soltanto il singolo eletto, ma anche e soprattutto il raggruppamento politico-parlamentare. Appare invero del tutto illogico, stando anche agli orientamenti da ultimo espressi dalla Consulta, che la singola porzione di rappresentanza che la Costituzione attribuisce all'eletto (*ex art. 67 Cost.*, «ogni membro del Parlamento rappresenta la Nazione») possa valere più della somma delle

³⁶ La complessa tematica del diritto/dovere di voto è al centro delle riflessioni di L. TRUCCO, *Democrazie elettorali e Stato costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2011 e ID., *Fondamenti di diritto e legislazione elettorale*, II ed., Giappichelli, Torino 2011; della stessa A., ancora, cfr. ID., *Contributo allo studio del diritto elettorale*, I, *Fondamenti teorici e profili normativi*, Giappichelli, Torino, 2013. Riflette sul rapporto tra sistemi elettorali e regime democratico A. PATRONI GRIFFI, *Sistemi elettorali e tenuta del principio democratico: brevi considerazioni a margine della legge elettorale*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 2006.

³⁷ Sul rapporto tra sovranità popolare e responsabilità politica degli eletti insiste, all'interno di un'articolata e raffinata ricostruzione teorico-concettuale, L. CARLASSARE, *Problemi attuali della rappresentanza politica*, in N. Zanon, F. Biondi (a cura di), *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, Atti del convegno, Milano, 16-17 marzo 2000, Giuffrè, Milano, 2001, 21 ss.

³⁸ In tal senso, sembra andare la modifica del regolamento del Senato del 20 dicembre 2017, nella misura in cui parrebbe cristallizzare il principio della necessaria identità tra soggetto politico-elettorale e soggetto parlamentare. non appare condividere questa conclusione, da ultimo, E. RINALDI, *Partiti politici, gruppi parlamentari e art. 67 della Costituzione*, in [Rivista del Gruppo di Pisa](#), testo provvisorio della Relazione al Convegno nazionale dell'Associazione Gruppo di Pisa dal titolo "Partiti politici e dinamiche della forma di governo", svoltosi a Napoli il 14-15 giugno 2019, 18, la quale sottolinea: «Non è dubbio ovviamente che la libertà del mandato parlamentare non implichi un diritto illimitato di cambiare gruppo o di costituirne uno nuovo, ma mi sembra meritevole di considerazione la circostanza che se uno o più parlamentari lamentino una deviazione del partito dal programma sottoposto agli elettori debbano avere a disposizione una sede in cui confrontarsi democraticamente. Diversamente, una misura che renda dannosa o che comunque limiti la possibilità di cambiare gruppo tende a porsi in rapporto problematico con l'art. 67 Cost.». Nello stesso senso, cfr. anche, M. MANETTI, *Regolamenti di Camera e Senato e la trasformazione dell'assetto politico-parlamentare*, in [federalismi.it](#), n. 13/2018, 4-5; e G. SANTINI, *I Gruppi parlamentari all'esordio della XVIII legislatura*, in [Osservatorio sulle fonti](#), n. 3/2018, 22 ss.

quote di rappresentanza espresse dai parlamentari all'interno del gruppo politico regolarmente costituitosi in seno alle Camere³⁹.

Ma occorre procedere per gradi, prendendo l'abbrivio dalle problematiche riguardanti le associazioni politiche che per prime mettono in moto il circuito rappresentativo: i gruppi-partiti.

3. Partiti politici e conflitti interorganici

La facoltà di sollevare conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato, in capo a quelli che si è definiti «soggetti della rappresentanza politica», sembra rivelare diversi profili di criticità. Da un lato, infatti, come si avrà modo di meglio specificare *infra*, la giurisprudenza della Corte costituzionale riconosce formalmente ai singoli e – soltanto implicitamente – ai gruppi parlamentari la legittimazione a sottoporre al sindacato di costituzionalità la conflittualità che fisiologicamente alberga all'interno delle Camere. Dall'altro lato, tuttavia, ad un riconoscimento formale segue, per gli eletti e per i raggruppamenti parlamentari di appartenenza, una “chiusura” sostanziale del conflitto tra poteri. Per quel che qui più rileva, poi, con riferimento ai partiti politici, l'orientamento ermeneutico è, invece, pressoché costante nel considerarli privi del requisito soggettivo necessario per poter accedere al giudizio di cui si discorre. Un esito, questo, che solleva più di qualche perplessità, sebbene risulti essere coerente con la neutralizzazione pratica della conflittualità politica che la Consulta parrebbe di fatto perseguire⁴⁰.

A guardar bene, il riconoscimento della legittimazione ad agire dei partiti politici sembra incontrare un unico, decisivo impedimento, legato alla perdurante «distinzione – che deriva da un'epoca trascorsa – tra Stato-apparato e Stato-ordinamento e dalla circostanza che l'art. 134 della Costituzione pare aver voluto circoscrivere i conflitti tra soggetti appartenenti al primo ambito». Una distinzione, questa, che, come è stato fatto autorevolmente notare, sarebbe «molto più sfuggente di quanto spesso si dice, e non deve essere troppo accentuata negli ordinamenti democratico-partecipativi, tanto più che può avvenire che soggetti dello Stato-ordinamento siano assunti a svolgere funzioni rilevanti per lo Stato-persona»⁴¹.

E questa sarebbe, in effetti, la conclusione che parrebbe maggiormente attagliarsi al ruolo rivestito dai partiti politici all'interno della democrazia parlamentare. Nonostante ciò, la giurisprudenza costituzionale è costante nel ritenere le associazioni politico-partitiche alla stregua di «organizzazioni proprie delle società civili», come tali operanti all'interno di una sfera soltanto «pre-statale» (cfr. [ordinanza n. 120 del 2009](#)). Pertanto, anche se titolari della fondamentale funzione di organizzare gruppi di cittadini (*lato sensu* intesi) al fine di consentire loro di partecipare, “con metodo democratico a determinare la politica nazionale” (come si esprime l'art. 49 Cost.)⁴², essi non sono

³⁹ Diversa, come noto, è l'ipotesi del riconoscimento del potere di sollevare conflitto di attribuzione in capo al singolo cittadino in veste di componente «dell'organo costituzionale “corpo elettorale”» (cfr. [Corte cost., ord. n. 284 del 2008](#)), o quella del singolo «nella qualità di cittadino che adempie ai doveri costituzionali di fedeltà e difesa della Repubblica» ([Corte cost., ord. n. 121 del 2011](#)). Casi, questi, in cui la Consulta ha reiterato un deciso atteggiamento di chiusura, non riconoscendo loro alcuna legittimazione ai fini del promovimento del conflitto. In merito, da ultimo, si veda P. LOGROSCINO, *La Corte costituzionale ancora sulla “impossibile” legittimazione del singolo cittadino al conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato (a margine dell'ordinanza 39/2019 della Corte costituzionale)*, in [federalismi.it](#), n. 8/2019.

⁴⁰ Più in generale, sul ruolo giocato dai partiti nelle dinamiche contemporanee della forma di governo, si veda il recente contributo di I. LAGROTTA, *La crisi dei partiti e la democrazia in Italia*, Cacucci, Bari, 2020, spec. 127 ss.

⁴¹ G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale, II. Oggetti, procedimenti, decisioni*, il Mulino, Bologna, 2018, 278.

⁴² Tuttavia, stando anche a quanto argomentato dalla Consulta, i partiti non parrebbero potersi considerare alla stregua di titolari “esclusivi” del potere di “concorrere, con metodo democratico, alla determinazione della politica nazionale” (art. 49 Cost.). Infatti, nella [sentenza n. 35 del 2017](#), il giudice delle leggi ha individuato la natura dei partiti politici in «associazioni che consentono ai cittadini di concorrere con metodo democratico a determinare, *anche* (corsivo nostro) attraverso la partecipazione alle elezioni, la politica nazionale» (*cons. in dir.* n. 11.2). Pertanto, sembra opportuno tenere in debita considerazione il fatto che i cittadini possano, a loro volta, partecipare ad altre formazioni sociali, esponenti dei

ritenuti titolari di «attribuzioni costituzionali» tali da soddisfare il requisito soggettivo necessario per adire la Corte nel giudizio tra poteri dello Stato. Per averne contezza, basterà volgere lo sguardo alle numerose pronunce con cui il giudice delle leggi ha negato la legittimazione ad agire dei partiti, a cominciare dalla fondamentale [ordinanza n. 79 del 2006](#)⁴³.

Nell'alveo di una giurisprudenza costituzionale ormai consolidata, nel dichiarare inammissibile il conflitto di attribuzione tra poteri sollevato dall'Associazione politica «*La Rosa nel Pugno*»⁴⁴, anche al fine di superare i rilievi dei ricorrenti in ordine all'irragionevole *deminutio* cui andrebbero incontro i partiti rispetto ai comitati promotori di referendum abrogativi⁴⁵, la Consulta ha ritenuto non suscettibile di interpretazione evolutiva il principio da essa stessa enunciato nella [sentenza n. 69/1978](#). In quella occasione, infatti, il giudice delle leggi aveva ritenuto estensibile, in chiave interpretativa, la nozione di potere dello Stato, al fine di racchiudere in essa «figure soggettive esterne rispetto allo Stato apparato, quantomeno allorché ad esse l'ordinamento conferisca la titolarità e l'esercizio di funzioni pubbliche costituzionalmente rilevanti e garantite, concorrenti con quelle attribuite a poteri ed organi statali in senso proprio». Una argomentazione, questa, che avrebbe di fatto dovuto portare la Corte costituzionale a scorgere nei partiti i caratteri propri di un «potere» dello Stato. E, invece, così non è accaduto⁴⁶.

più diversi interessi, formazioni che non possono essere totalmente escluse dalla vita politica e dallo stesso *iter legis*. Possibilità, questa, già evidenziata dalla dottrina: sul punto, cfr. A. RUGGERI, *I malati gravi (e incurabili?) degli Stati costituzionali*, cit., 5 e, da ultimo, F. SICURO, *Il sistema delle commissioni parlamentari*, cit., spec. 647-659.

⁴³ A favore dell'apertura del conflitto di attribuzione anche ai partiti politici si era già espresso M. MAZZIOTTI DI CELSO, *I conflitti di attribuzione fra i poteri dello Stato*, I, Giuffrè, Milano, 1972, 305.

⁴⁴ In particolare, com'è noto, i ricorrenti lamentavano la lesione delle attribuzioni costituzionali dei partiti politici nel procedimento elettorale, a causa di alcune modifiche apportate alla legge n. 270 del 2005 in ordine agli adempimenti necessari al fine di presentare la propria candidatura alle consultazioni elettorali. Le suddette modifiche, infatti, avrebbero introdotto una irragionevole discriminazione tra partiti politici, penalizzando quelle associazioni politiche, come quella ricorrente, non in grado di rispettare le (irragionevoli, anch'esse, nella ricostruzione dei ricorrenti) condizioni imposte dalle novità normative. Queste ultime, invero, favorevoli a quei partiti o gruppi politici costituiti in gruppi parlamentari in entrambe le camere, che a quell'onere invece non venivano sottoposti.

⁴⁵ In primo luogo, i ricorrenti lamentavano che la nuova normativa elettorale avrebbe arrecato un *vulnus* evidente a tutte quelle formazioni politiche che, come quella che adiva la Corte, nascevano dall'incontro tra diversi soggetti politici. Nella specie, tale danneggiamento si riverberava su quella aggregazione politica originata a partire da «due soggetti politici (radicali e socialisti) che hanno avuto un ruolo di primo piano nella storia politica del Paese», a causa dello «strettissimo lasso di tempo a disposizione per la raccolta delle firme e la necessità di definire le candidature in anticipo rispetto alle altre formazioni politiche, con conseguente lesione del diritto di parteciparvi in condizioni di parità con gli altri partiti, ai sensi dell'art. 49 Cost.». E tanto, dal momento che, a differenza della precedente normativa, la quale assoggettava tutti i partiti ed i gruppi politici alla raccolta delle firme, le più recenti previsioni normative esoneravano esplicitamente soltanto: «1) i partiti o i gruppi politici costituiti in gruppi parlamentari in entrambe le Camere «all'inizio della legislatura in corso al momento della convocazione dei comizi»; 2) i partiti o i gruppi che si presentano in coalizione con almeno due partiti che hanno costituito gruppi parlamentari in entrambe le Camere all'inizio della legislatura e abbiano ottenuto almeno un seggio alle ultime elezioni per il Parlamento europeo, purché si presentino con l'identico contrassegno delle elezioni europee; 3) i partiti o i gruppi politici rappresentanti minoranze linguistiche che abbiano conseguito almeno un seggio alle ultime elezioni politiche alla Camera o al Senato». A detta dei ricorrenti, dunque, «la lesione sarebbe determinata dalla irragionevole esclusione, dalle eccezioni che consentono l'esonero della raccolta firme, dei nuovi partiti nati dalla federazione di forze politiche presenti nel Parlamento italiano e in quello europeo». Nel caso di specie, infatti, la «Rosa nel Pugno» aveva «l'onere della raccolta delle firme, nonostante i diciassette parlamentari italiani, i tre parlamentari europei e i numerosi eletti negli enti territoriali, in contrasto con la “ratio” dell'obbligo stesso, che è quella di evitare che possano prendere parte alla competizione elettorale soggetti privi di radicamento politico e sociale».

⁴⁶ Come ha fatto notare P. RIDOLA, *La legittimazione dei partiti politici nel conflitto di attribuzione fra poteri dello Stato: organamento dei soggetti del pluralismo o razionalizzazione dei principi costituzionali del processo politico?* in *Giur. cost.*, n. 1/2006, 669, con la [sentenza n. 69 del 1978](#) «sembra invero che l'obiettivo della Corte restasse in definitiva circoscritto al giudizio sul comportamento dei poteri dello stato apparato, e che la legittimazione di soggetti esterni fosse piuttosto da intendersi come un espediente necessario per far sì che l'istituto del conflitto di attribuzioni venisse messo in condizione di dispiegare le sue virtualità in funzione di razionalizzazione delle dinamiche costituzionali del processo politico in un contesto mutato, nel quale quest'ultimo non si configura più come prestazione integralmente *statale*, ma anche come prestazione *repubblicana*, aperta all'apporto decisivo dei soggetti del pluralismo. Se questa rilettura della [sentenza n. 69](#) è plausibile, il requisito *soggettivo* della riconducibilità del comitato dei promotori alla nozione di “potere dello stato” sembra passare in secondo piano rispetto al profilo *ordinamentale* della funzione della risoluzione del

La *ratio* del rifiuto di una siffatta interpretazione estensivo-evolutiva riposerebbe nell'impossibilità di riferire un simile ragionamento «ai partiti politici, mancando il presupposto per la sua applicazione consistente nella previsione della titolarità di uno specifico potere da parte della Costituzione, laddove l'art. 75 Cost. riconosce espressamente ad una frazione del corpo elettorale – della quale i promotori sono competenti a dichiarare la volontà – la titolarità del potere di iniziativa referendaria». E tanto, dal momento che «l'art. 49 Cost. attribuisce ai partiti politici la funzione di “concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale” e non specifici poteri di carattere costituzionale». Neppure le funzioni attribuite ai partiti politici dalla legge ordinaria consentirebbero di «desumere l'esistenza di attribuzioni costituzionali», dal momento che esse costituiscono «il modo in cui il legislatore ordinario ha ritenuto di raccordare il diritto, costituzionalmente riconosciuto ai cittadini, di associarsi in una pluralità di partiti con la rappresentanza politica, necessaria per concorrere nell'ambito del procedimento elettorale, e trovano solo un fondamento nello stesso art. 49 Cost.». Per tutti questi motivi, dunque, «i partiti politici vanno considerati come organizzazioni proprie della società civile, alle quali sono attribuite dalle leggi ordinarie talune funzioni pubbliche, e non come poteri dello Stato ai fini dell'art. 134 Cost.». In altre parole, essi sono privi della «natura di organi competenti a dichiarare definitivamente la volontà di un potere dello Stato per la delimitazione di una sfera di attribuzioni determinata da norme costituzionali»⁴⁷.

Se definire i partiti politici alla stregua di «effettivi organi costituzionali di indirizzo politico e al tempo stesso associazioni di tipo privato e dunque collegate alla società»⁴⁸ parrebbe sollevare più di qualche criticità di ordine giuridico-costituzionale, d'altro canto le argomentazioni cui ha fatto ricorso il giudice delle leggi per negare la legittimazione ad agire dei partiti politici rivelano più di un profilo problematico. In particolare, nel limitare l'ambito di operatività di siffatto «soggetto» della rappresentanza politica moderna alla sola società civile, la Corte costituzionale «riconduce così la

conflitto, quella di ripristinare il rispetto delle precondizioni di pluralismo del quadro costituzionale entro cui si svolge il processo politico, quadro che i poteri dello stato apparato non possono non rispettare, a costo di far venire meno la funzione di razionalizzazione coesistente allo stesso istituto del conflitto».

⁴⁷ Il ragionamento seguito dalla Corte per dichiarare inammissibile il ricorso presentato da “La Rosa nel Pugno” si sviluppa, poi, mediante il ricorso a motivazioni di carattere più propriamente storico-costituzionale. Il giudice delle leggi, infatti, si preoccupa di rievocare il rigetto, in Assemblea Costituente, della proposta di «riconoscere ai partiti politici attribuzioni di carattere costituzionale, comprensive della presentazione di liste elettorali e del diritto di promuovere azioni davanti alla Corte costituzionale», oltre che di riconoscere loro «poteri propri» ed «altre funzioni di pubblico interesse, previa individuazione – da parte della stessa legge – dei requisiti di cui i partiti avrebbero dovuto essere in possesso, l'accertamento dei quali veniva demandato alla Corte costituzionale». Come ha messo in evidenza P. RIDOLA, *La legittimazione dei partiti politici*, cit., 671, «Si avverte peraltro, in questo passaggio dell'ordinanza, un evidente salto logico fra l'importante ed assai opportuno riferimento alla natura associativa dei partiti (...) ed il disconoscimento del tono costituzionale delle funzioni attribuite ai partiti dalla legislazione elettorale: quasi che non sia dato rinvenire una differenza qualitativa, o meglio sul piano di una stretta inerenza ai principi costituzionali del processo politico, fra *quelle* funzioni ed altre attribuite dal legislatore dello stato di prestazione alle associazioni nei campi più disparati. (...) Ma se le *funzioni* costituzionali dei partiti non si individualizzano, ciò non comporta anche che da esse non possano rampollare *attribuzioni* costituzionali, e che la confluenza nella direzione politica dello stato apparato della funzione di organizzazione politica della società civile non lasci spazio, con riguardo alle garanzie di trasparenza e di *Changengleichheit* alle quali questa deve essere informata, a possibili situazioni di conflitto ed all'aggressione da parte dei poteri dello stato». Sulla sentenza in commento, cfr. altresì A. RIDOLFI, *La Corte costituzionale nega ai partiti politici la possibilità di sollevare conflitti di attribuzione*, al sito dell'[Associazione dei Costituzionalisti](#), 20 marzo 2006.

⁴⁸ È questa la conclusione cui, alla fine degli anni '70 del secolo scorso, giungeva S. GAMBINO, *Ruolo dei partiti politici fra crisi della mediazione parlamentare e rafforzamento del momento esecutivo*, in *Il Parlamento nella Costituzione e nella realtà. Atti, regolamenti e prassi della Camere nella VII legislatura. Roma – Hotel Parco dei Principi, 20-21-22 ottobre 1978*, Giuffrè, Milano, 1989, 453, il quale aggiungeva: «Ciò, più semplicemente, vuol dire che il partito, nella sua fenomenologia corrente, di massa, interclassista, costituisce oggi uno strumento pressoché esclusivo nelle mani del cittadino che vuol far valere la sua sovranità, concorrendo con altri alla determinazione della politica nazionale. Al tempo stesso, esso diviene – se vuole aggregare consenso ed essere dominante – la sede prevalente della mediazione dei conflitti sociali nella direzione della ricomposizione della domanda politica. E questa sintesi necessita, per sua natura, che le sue funzioni come mediatore fra i diversi individui e gruppi sociali (alla ricerca di un consenso almeno medio) prevalgano su quelle della educazione e dello stimolo alla partecipazione attiva e responsabile di tutti i cittadini».

garanzia dei partiti all'art. 18 cost., assimilandoli alle altre associazioni che perseguono fini politici (ad esempio, i sindacati); risolve la "politica nazionale" nella multiforme attività che si svolge, all'esterno dell'apparato dello stato, nella società civile; annulla la specificità del contenuto normativo dell'art. 49 cost., che disciplina e garantisce una funzione: quella di concorrere a determinare la politica nazionale, che è propria ed esclusiva dei partiti e non delle altre associazioni che perseguono fini politici; contraddice la natura democratica e rappresentativa della repubblica, che implica una continua compenetrazione tra la società e lo stato; accoglie, in definitiva, un'interpretazione dell'art. 49 cost. e della funzione dei partiti politici più conforme ai principi dello stato liberale - che distingueva nettamente l'attività politica svolta nell'ambito della società da quella, caratterizzata dalla sovranità, compiuta all'interno dello stato -, che a quelli del vigente ordinamento repubblicano»⁴⁹.

In effetti, parrebbe proprio potersi condividere quanto affermato da una parte della dottrina, ovverosia che «quali protagonisti indefettibili della vita politica ed istituzionale del paese, i partiti godono di una sfera di attribuzioni costituzionalmente riservata e protetta. Le funzioni da loro svolte, oltretutto pubbliche, sono anche costituzionalmente rilevanti, perché trovano fondamento nell'art. 49 Cost. Esse non possono quindi essere lese dal legislatore senza con ciò ledere il ruolo fondamentale che la nostra Costituzione assegna ai partiti»⁵⁰. A tal proposito, non può che venire alla mente la sagace critica rivolta da Hans Kelsen alle «legislazioni» ed alle «costituzioni» che non danno sufficiente importanza all'«organizzazione del 'popolo' in partiti». A detta del maestro praghese, infatti, i partiti politici debbono essere considerati, vista l'insostituibile funzione svolta, veri e propri «organi costituzionali dello Stato», subendo essi una «trasformazione» proprio in virtù della partecipazione al processo di «formazione della volontà dello Stato»⁵¹.

Nonostante le critiche appena rilevate, la Consulta non ha inteso modificare la propria giurisprudenza in punto di legittimazione dei partiti politici a sollevare conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato. Con ciò, peraltro, introducendo una forse eccessiva distinzione tra le attribuzioni di cui sarebbe titolare il partito nella veste di comitato promotore di un referendum abrogativo e quelle che fisiologicamente esso indossa nel suo ruolo di mediatore tra società civile e realtà istituzionale, proiettandosi all'interno dell'istituzione parlamentare per mezzo dei gruppi che *ivi* albergano. Chiamata a giudicare della legittimità costituzionale della legge elettorale n. 270 del 2005, la Consulta ha puntualmente ribadito quanto già evidenziato con l'[ordinanza n. 79 del 2006](#). In precisa aderenza a quest'ultima pronuncia, infatti, nella [sentenza n. 1 del 2014](#) si può leggere che «le funzioni attribuite ai partiti politici dalla legge ordinaria al fine di eleggere le assemblee – quali la "presentazione di alternative elettorali" e la "selezione dei candidati alle cariche elettive pubbliche" – non consentono di desumere l'esistenza di attribuzioni costituzionali, ma costituiscono il modo in cui il legislatore ordinario ha ritenuto di raccordare il diritto, costituzionalmente riconosciuto ai cittadini, di associarsi in una pluralità di partiti con la rappresentanza politica, necessaria per concorrere nell'ambito del procedimento elettorale, e trovano solo un fondamento nello stesso art. 49 Cost.». Pertanto, prosegue ancora la Corte costituzionale, «simili funzioni devono, quindi, essere preordinate ad agevolare la partecipazione alla vita politica dei cittadini ed alla realizzazione di linee programmatiche che le

⁴⁹ È questa la conclusione cui giunge A. MANNINO, *I partiti politici davanti alla Corte costituzionale*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 3 maggio 2006, 1, il quale prosegue evidenziando che «La politica nazionale trascende, invece, l'attività politica che si svolge nell'ambito della società e si identifica con quella compiuta all'interno dell'organizzazione costituzionale dello stato, nella quale i partiti operano in via immediata per mezzo dei propri candidati eletti, riuniti in gruppi parlamentari. Solo in tal modo trova giustificazione l'esclusività della funzione, altrimenti inconcepibile in una società e in un ordinamento pluralisti, che l'art. 49 cost. riserva ai partiti politici. La formale presenza dei partiti in parlamento non si desume soltanto da un'interpretazione coordinata dei principi e delle norme costituzionali (artt. 1, 49, 72 cost.), ma anche da decisioni normative, contenute nelle leggi ordinarie e nei regolamenti parlamentari, che nel tempo hanno specificato e integrato il tessuto costituzionale, recependo quanto già risultava dall'organizzazione interna dei partiti politici, stabilita dai rispettivi statuti».

⁵⁰ S. CURRERI, *Non varcate quella soglia! (prime considerazioni sull'ordinanza n. 79/2006 della Corte costituzionale circa l'inammissibilità del conflitto di attribuzioni sollevato da un partito politico)*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 18 aprile 2006, 3.

⁵¹ Si veda H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia*, cit., 55-65, e poi, ancora, 103.

formazioni politiche sottopongono al corpo elettorale, al fine di consentire una scelta più chiara e consapevole anche in riferimento ai candidati».

Ancora di recente, con l'[ordinanza n. 196 del 2020](#), nel rigettare il ricorso per conflitto di attribuzione sollevato dall'associazione politica "+EUROPA", la Corte costituzionale ha rimarcato che «secondo quanto affermato da questa Corte, “i partiti politici vanno considerati come organizzazioni proprie della società civile, alle quali sono attribuite dalle leggi ordinarie talune funzioni pubbliche, e non come poteri dello Stato ai fini dell’art. 134 Cost.; [...] pertanto, ai partiti politici non è possibile riconoscere la natura di organi competenti a dichiarare definitivamente la volontà di un potere dello Stato per la delimitazione di una sfera di attribuzioni determinata da norme costituzionali” ([ordinanza n. 79 del 2006](#), in senso analogo, [sentenza n. 1 del 2014](#) e [ordinanza n. 120 del 2009](#)); né, del resto, l’indubbia funzione di “rappresentanza di interessi politicamente organizzati” (così ancora [ordinanza n. 79 del 2006](#)), svolta dai partiti politici, consente di riconoscere la legittimazione di questi ultimi quali poteri dello Stato»⁵².

La “chiusura” della Corte costituzionale in ordine alla legittimazione dei partiti politici a sollevare conflitto tra poteri dello Stato parrebbe, così, difficilmente suscettibile di un (immediato) superamento, tanto da aver indotto a configurare il ricorso alla Corte europea dei diritti dell’Uomo l’unica via percorribile dal partito al fine di far valere le proprie prerogative costituzionali⁵³. Tuttavia, forse proprio a causa dell’eccessivo formalismo che sembrerebbe connotare talune argomentazioni del giudice delle leggi (su tutte, la rigida distinzione tra Stato-apparato e Stato-ordinamento), essa non è affatto esente da criticità⁵⁴.

In primo luogo, già nell’[ordinanza n. 79 del 2006](#) la Corte nega il riconoscimento del potere di agire ai partiti politici dal momento che, tra gli altri motivi prima espliciti, esso «finirebbe con l’introdurre un nuovo tipo di giudizio costituzionale, avente ad oggetto la procedura di elezione delle Assemblee, e persino il procedimento di approvazione delle leggi». Epperò, anche alla luce delle successive [sentenze nn. 1 del 2014](#) e [35 del 2017](#), la prima ragione impeditiva potrebbe agevolmente ritenersi superata dallo sviluppo, in senso evolutivo, della giurisprudenza costituzionale in ordine alla sindacabilità del procedimento e finanche delle leggi elettorali. Per di più, poi, «Le funzioni attribuite ai partiti nel procedimento elettorale - deposito contrassegni delle candidature individuali e di lista, raccolta delle firme, selezione delle candidature, presentazione delle liste, campagna elettorale, applicazione della *par condicio* - costituiscono invece l’unico modo costituzionalmente possibile e legittimo perché nelle odierne democrazie rappresentative il popolo possa esercitare la propria sovranità, cioè per “raccordare”, come dice la Corte, democrazia e rappresentanza politica»⁵⁵. Per quanto riguarda, invece, «il procedimento di approvazione delle leggi», a rilevare, ancora una volta, parrebbe «il sospetto - si spera infondato - che la decisione della corte si ricollegli alla

⁵² A commento della quale si veda P. LOGROSCINO, *Le ordinanze sui conflitti contro le consultazioni elettorali-referendarie del 2020: una risposta a mosaico con tessere diverse?* in [federalismi.it](#), n. 32/2020, 132 ss.

⁵³ È questa la conclusione cui giunge M. MEZZANOTTE, *Partiti politici e Legittimazione al conflitto: una chiusura ancora giustificata?* In [Forum di Quaderni costituzionali](#), 2009, 4-5.

⁵⁴ Con le parole di P. RIDOLA, *La legittimazione dei partiti politici*, cit., 673-674, se anche l’[ordinanza n. 79 del 2006](#) ha il merito di aver «sottolineato con vigore la coesistenzialità del radicamento dei partiti nella sfera della libertà associativa alla funzionalità del pluralismo politico», tuttavia «non può non osservarsi che una decisione di ammissibilità, la quale avrebbe dischiuso all’associazione ricorrente l’unica via percorribile per rimuovere un ostacolo alla *Chancengleichheit* nel procedimento elettorale, avrebbe rafforzato la collocazione dei partiti nella cornice di un pluralismo aperto alla competizione e ad un tempo messo al riparo dall’organamento della società civile, ed assicurato una protezione più intensa alle ragioni della concorrenza fra le espressioni molteplici della partecipazione politica rispetto a quelle del *Parteinprivileg* e della legislazione premiale».

⁵⁵ S. CURRERI, *Non varcate quella soglia!* cit., 4-5, il quale così conclude sul punto: «Del resto, proprio in relazione a tali funzioni i partiti godono di finanziamento pubblico. Il ruolo fondamentale svolto dai partiti nel procedimento elettorale assume quindi natura non solo pubblica ma anche costituzionale perché costituisce la principale modalità di esercizio del ruolo attribuito ai partiti dall’art. 49 Cost. In tale prospettiva l’intervento del legislatore trasforma in costituzionalmente rilevante quanto prima affidato all’autonoma determinazione del privato (è il caso della disciplina legislativa sulle primarie; oppure del finanziamento pubblico, entrambi campi, come quello in questione, esposti al rischio di irragionevoli discriminazioni da parte del legislatore)».

preoccupazione di non essere coinvolta, per le implicazioni politiche che sempre ne scaturiscono, nella risoluzione dei conflitti di natura politico-istituzionale tra i soggetti rappresentativi della sovranità popolare, specialmente se sorti all'interno delle camere e nel corso del procedimento legislativo»⁵⁶. Come è stato detto, sempre con riferimento all'[ordinanza n. 79 del 2006](#), la Corte costituzionale «neutralizza il conflitto fra poteri rispetto all'esigenza di preservare le regole costituzionali del processo politico dalle controversie che possono sorgere nel circuito più largo, che non è solo statale, ma sicuramente pubblico»⁵⁷.

Ancor più rimarchevole, alla luce di quanto sino ad ora argomentato, sembra essere però la netta cesura che la Consulta parrebbe tracciare tra i partiti operanti nella società civile ed i gruppi (nonché i singoli) parlamentari che agiscono all'interno delle Camere. Una cesura, questa, dal tenore proto-liberale, che, del tutto paradossalmente rispetto alle premesse del ragionamento della Corte medesima, sembrerebbe proprio rivelare l'esistenza e la pratica operatività di quello che si è prima definito il «quadrilatero» della rappresentanza politica moderna. Nel distinguere nettamente la sfera operativa dei partiti politici da quella dei gruppi parlamentari, infatti, la Consulta verrebbe in un certo senso a legittimare il disallineamento dei secondi rispetto ai primi, derivante dalla negazione del rapporto di rappresentanza che, invece, dovrebbe legare le due forme di raggruppamenti politici, interni ed esterni alle Camere. Con quali effetti sul riconoscimento della conflittualità politica e della tutela delle prerogative costituzionali dei «soggetti» da essa coinvolte, è facile intuire.

4. *Il singolo parlamentare ed il conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato*

Allo stesso modo dei partiti politici, anche la possibile configurazione del gruppo parlamentare quale «organo-potere» dello Stato, legittimato a sollevare conflitto di attribuzione dinanzi alla Corte costituzionale, dischiude una serie di ulteriori, irrisolte problematiche. È su alcune di esse che ora si tenterà di svolgere qualche riflessione. Con la precisazione, tuttavia, che, nella giurisprudenza della Corte costituzionale, ogni ragionamento in ordine alla legittimazione del gruppo trae origine dal riconoscimento di una siffatta facoltà in capo al singolo parlamentare⁵⁸.

Proprio per questo motivo, prima ancora di guardare ai raggruppamenti politico-parlamentari, sembra opportuno soffermarsi sulla possibilità di riconoscere la facoltà di agire in veste di «organo-potere» dello Stato in capo al singolo parlamentare. Invero, se la dottrina parrebbe aver già da tempo riconosciuto nell'eletto un potenziale soggetto del conflitto di attribuzione tra poteri⁵⁹, il percorso seguito dalla giurisprudenza della Corte costituzionale è stato ben più tortuoso⁶⁰. Ciononostante, con l'[ordinanza n. 17 del 2019](#) la Consulta ha inequivocabilmente riconosciuto al singolo parlamentare la possibilità di sollevare conflitto di attribuzione nelle ipotesi di violazioni delle prerogative che la Costituzione gli attribuisce. Con la precisazione, nient'affatto secondaria anche alla luce degli

⁵⁶ Così A. MANNINO, *I partiti politici davanti alla Corte costituzionale*, cit., 2.

⁵⁷ P. RIDOLA, *La legittimazione dei partiti politici*, cit., 673.

⁵⁸ Sul punto, si è già avuto modo di argomentare in A. GUSMAI, *Il gruppo parlamentare*, cit., 314 ss.

⁵⁹ Si pensi alle conclusioni cui sono giunti, tra gli altri, A. SAITTA, *Corte costituzionale e minoranze (prime notazioni)*, in A. Ruggeri, G. Silvestri (a cura di), *Corte costituzionale e Parlamento. Profili problematici e ricostruttivi*, Giuffrè, Milano, 2000, 240 ss., e A. MORRONE, *Note sul ricorso del singolo parlamentare per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *Il "caso Previti". Funzione parlamentare e giurisdizione in conflitto davanti alla Corte*, Giappichelli, Torino, 2000, 121 ss. Alle medesime conclusioni era giunto N. ZANON, *Il libero mandato parlamentare. Saggio critico sull'articolo 67 della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1991, spec. 312-323.

⁶⁰ La titolarità della legittimazione a sollevare conflitto di attribuzione, seppur in via soltanto ipotetica, è stata riconosciuta al singolo parlamentare a partire da Corte cost., [sent. n. 379 del 1996](#). L'astrattezza di tale legittimazione è poi stata confermata dalla Consulta poco dopo, nella [ord. n. 177 del 1998](#). Sul punto, ampiamente, C.P. GUARINI, *Spunti ricostruttivi sulla (problematica) legittimazione del singolo parlamentare al conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato*, in *Rivista AIC*, n. 4/2017, 8 ss.; e, anche, M.C. CARBONE, *Legge elettorale e conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato: qualche breve considerazione*, in [Dirittifondamentali.it](#), n. 1/2018, 7 ss.

sviluppi successivi della giurisprudenza costituzionale, che deve tuttavia trattarsi di prerogative «diverse e distinte da quelle che gli spettano in quanto componente dell'Assemblea»⁶¹.

A guardar bene, infatti, la realizzazione delle condizioni da soddisfare – segnatamente, la lesione di prerogative costituzionali – al fine di superare il controllo di ammissibilità, sembra dipanarsi attraverso una forse eccessivamente rigida distinzione tra il piano formale e quello sostanziale di esercizio della funzione parlamentare. E, ancora, anche a livello pratico-applicativo la Corte costituzionale appare attagliare le proprie decisioni alla specifica, cangiante morfologia dei casi ad essa di volta in volta sottoposti. Con il risultato, è evidente, di ridimensionare quanto affermato a livello teorico-concettuale. In altri termini, come si vedrà, il riconoscimento formale di prerogative

⁶¹ Così Corte cost., [ord. n. 17 del 2019](#), *Considerato in diritto* p. 3.3. Su tale pronuncia, si veda, tra i primi commentatori, V. ONIDA, *La Corte e i conflitti interni al Parlamento: l'ordinanza n. 17 del 2019*, in [federalismi.it](#), n. 3/2019; M. CAVINO, *La necessità formale di uno statuto dell'opposizione*, in [federalismi.it](#), n. 4/2019; e, *ivi*, R. DICKMANN, *La Corte dichiara inammissibile il conflitto di attribuzioni contro il testo della legge di bilancio 2019-21 approvato dal Senato e ribadisce che i singoli parlamentari sono poteri dello Stato (osservazioni a margine di Corte cost., ord. n. 17 dell'8 febbraio 2019)*; A. LUCARELLI, *La violazione del procedimento legislativo "costituzionale" è una violazione grave e manifesta?* S. CURRERI, *L'occasione persa (prime note sull'ordinanza n. 17/2019 della Corte costituzionale)*; A. MANZELLA, *L'opposizione in regime di parlamentarismo assoluto*; A. MORRONE, *Lucciole per lanterne. La n. 17/2019 e la terra promessa di quote di potere per il singolo parlamentare*; N. LUPO, *Un'ordinanza compromissoria, ma che pone le basi per un procedimento legislativo più rispettoso della Costituzione*; F. SORRENTINO, *La legge di bilancio tra Governo e Corte costituzionale: il Parlamento approva a scatola chiusa*. Sempre a commento della medesima pronuncia, si veda, inoltre, A. RUGGERI, *Il parlamentare e il suo riconoscimento quale "potere dello Stato" solo...virtuale o in astratto (nota minima a Corte cost. n. 17 del 2019)*, in questa *Rivista*, *Studi 2019/I*, 71 ss.; E. ROSSI, *L'ordinanza n. 17/2019 e il rischio dell'annullamento della legge di bilancio*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 21 febbraio 2019; V. BALDINI, *La Corte ed il conflitto di attribuzioni sollevato da parlamentari in relazione alla legge di bilancio: tra diritti violati e modelli quesiti...*, in [Dirittifondamentali.it](#), n. 1/2019; G. DI COSIMO, *Chi e come può difendere il ruolo del Parlamento? Una decisione della Corte costituzionale su cui riflettere*, in [laCostituzione.info](#), 10 febbraio 2019; G. BUONOMO – M. CERASE, *La Corte costituzionale ancora irrisolta sul ricorso delle minoranze parlamentari*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 13 febbraio 2019; S. CECCANTI, *Qualche breve chiosa all'ordinanza n. 17/2019*, in *Nomos*, n. 1/2019; S. LIETO, *Conflitto tra poteri e «soglia di evidenza». Notazioni a margine dell'ordinanza n. 17 del 2019*, in *Rivista AIC*, n. 1/2019, 246 ss.; A. CONTIERI, *Un monito inedito al Senato nell'ordinanza n. 17/2019*, in [federalismi.it](#), n. 7/2019; L. BRUNETTI, *Autonomia delle Camere e menomazione delle attribuzioni del parlamentare. Quale "soglia di evidenza" giustifica l'intervento della Corte?* in *Forum di Quaderni costituzionali*, 18 marzo 2019; L. DI MAJO, *Il conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato (a partire da violazioni di «prerogative» e «diritti» dei Parlamentari). Nota ad ordinanza n. 17/2019 della Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 11 aprile 2019. Da ultimo, poi, si rinvia ai contributi di V. PIERGIGLI, *La Corte costituzionale e il doppio salto mortale mancato. Alcune osservazioni a margine della ordinanza n. 17/2019*, in *Nomos*, n. 1/2019; A. CARDONE, *Quali spazi aperti lascia il precedente? (Tre battute a margine dell'ordinanza n. 17 del 2019 della Corte costituzionale)*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2019; e, *ivi*, G. TARLI BARBIERI, *L'ordinanza 17/2019 a distanza di sessant'anni dalla sent. n. 9/1959: una nuova «storica ma (insoddisfacente) sentenza»?* G.L. CONTI, *Corte costituzionale e prerogative del Parlamento nei dintorni della decisione di bilancio*; M.C. GRISOLIA, *La legittimazione del singolo parlamentare a sollevare conflitto di attribuzioni. Una nuova "voce" nel sistema delle garanzie costituzionali*; N. LUPO, *I maxi-emendamenti e la Corte costituzionale (dopo l'ordinanza n. 17 del 2019)*; C. MASCIOTTA, *Il nuovo limite delle "violazioni manifeste" nel conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato: un'arma spuntata per il singolo parlamentare*; E. CATERINA, *È possibile dichiarare costituzionalmente illegittima una (intera) legge di bilancio?*; M. GIANNELLI, *Il monito mancante. Una riflessione sul ruolo del Presidente di Assemblea (a margine di Corte cost. ordinanza n. 17 del 2019)*; G. MOBILIO, *La Corte costituzionale e la difficile ricerca di bilanciamenti nel procedimento di approvazione della legge di bilancio. Considerazioni a margine della ord. n. 17/2019*; O. ROSELLI, *L'ordinanza n. 17 del 2019 e la conferma dell'essere per sua natura la Corte costituzionale un Giano Bifronte*; G. SALVADORI, *Lo stile d'ordinanza per una nuova Corte costituzionale. Osservazioni a margine dell'ordinanza n. 17 del 2019 (e qualche suggestione sulla scia dell'ordinanza n. 207 del 2018)*. Sugli aspetti critici relativi all'iter dell'approvazione della legge di bilancio, cfr., invece, G. DI COSIMO, *"Come si può deliberare senza conoscere?"*, in [laCostituzione.info](#), 25 dicembre 2018; e, *ivi*, A. MORELLI, *L'elettore "buon selvaggio" e il Parlamento esautorato: i mostri della nuova mitologia politica e gli strumenti per fronteggiarli*, 26 dicembre 2018; C. BERGONZINI, *Sessione di bilancio 2018: una ferita costituzionale che rischia di non rimarginarsi*, 27 dicembre 2018; ID., *Manovra di bilancio 2019: quando si finisce col fare a meno del Parlamento*, in *Quad. cost.*, n. 1/2019, 162 ss.; R. BIN, *Il conflitto di attribuzioni è la risposta giusta, ma bisogna farlo bene*, 28 dicembre 2018; S. PRISCO, *Non ci si può aspettare altro che moniti, ma è urgente riprendere la strada delle riforme*, 31 dicembre 2018; G. RIVOSECCHI, *Manovra di bilancio 2019: la rientrata procedura d'infrazione per debito eccessivo*, in *Quad. cost.*, n. 1/2019, 155 ss.

costituzionali “menomabili”, di cui è titolare il singolo eletto, finisce per essere sostanzialmente neutralizzato dalle condizioni richieste dalla Consulta per accedere al conflitto tra poteri. Condizioni che, di fatto, rendono altamente difficoltoso individuare pratici esempi di “menomazione” delle prerogative costituzionali dei membri delle Camere. Nel far ciò, probabilmente, la Corte intende limitare – se così si può dire – l’instaurazione del conflitto tra poteri sollevato da singoli parlamentari alle sole “ipotesi-limite”. Epperò, mediante l’eccessivo formalismo connotante talune delle proprie argomentazioni, il giudice delle leggi parrebbe mettere in dubbio la possibilità stessa di configurare siffatte ipotesi⁶².

Ad ogni modo, come detto, l’[ordinanza n. 17 del 2019](#), quantomeno in astratto, sembrava pacificamente riconoscere in capo al singolo parlamentare la facoltà di sollevare conflitto di attribuzione *ex art. 37 l. n. 87/1953*⁶³. E tanto, veniva giustificato in ragione della titolarità, da parte degli eletti considerati *uti singuli*, di una sfera di funzioni e di prerogative strettamente correlata al proprio *status* di rappresentanti della Nazione⁶⁴. Cionondimeno, riconosciuta senza apparenti difficoltà sul piano astratto, una siffatta facoltà dischiudeva una serie di incertezze in ordine alle concrete possibilità, sul piano pratico-applicativo, di azionare il ricorso individuale di cui si discorre. Come è stato detto, infatti, l’apertura del conflitto al singolo parlamentare sembra essere stata «una “vittoria di Pirro”, perché si fa fatica ad immaginare quali siano le condizioni oggettive più gravi di quelle verificatesi in tale circostanza che possano portare la Corte a conclusioni diverse»⁶⁵.

Una considerazione, questa, ulteriormente comprovata dagli sviluppi successivi della giurisprudenza costituzionale, sol che si pensi a quanto recentemente ribadito dalla Consulta nel rigettare una serie di ricorsi presentati da singoli parlamentari a seguito dell’entrata in vigore delle disposizioni normative tese a fronteggiare l’emergenza pandemica, le quali, inevitabilmente, hanno finito per incidere sull’esercizio della stessa funzione rappresentativa. A tal proposito, per soffermarsi soltanto sugli ultimi sviluppi della giurisprudenza costituzionale, a venire in rilievo è l’[ordinanza n. 256 del 2021](#), inerente all’impossibilità, per gli eletti privi di certificazione verde Covid-19 (c.d. *green pass*), di svolgere i lavori parlamentari presso la Camera di appartenenza. Ad essere sospettati di violazione, in questo caso, sono stati – tra gli altri – gli artt. 1, 64, 66, 67, 71 e 72 Cost., dal momento che si lamentava la compromissione dell’esercizio di una serie di funzioni parlamentari, tra cui quella legislativa, oltre che – a monte – la stessa autonomia del Parlamento. Tuttavia, anche in questa

⁶² Eccesso di formalismo, come si dirà, incipiente nelle recenti [ordd. nn. 188/2021](#), [256/2021](#) e [15/2022](#).

⁶³ Legittimazione ribadita, da ultimo, anche dall’[ordinanza n. 86 del 2020](#).

⁶⁴ Benché, come peraltro precisato dalla stessa Consulta, la giurisprudenza costituzionale, anche recente, abbia talvolta espressamente negato la legittimazione dei parlamentari *uti singuli* a sollevare conflitto di attribuzione. Così, ad esempio, si è negata la legittimazione del singolo parlamentare nei confronti del Governo a tutela di prerogative attribuite dalla Costituzione all’intera Camera a cui appartiene ([ordinanza n. 163 del 2018](#), richiamata dall’[ordinanza n. 181 del 2018](#)). Costante (sin dalla [sentenza n. 1150 del 1988](#)) è anche l’orientamento in base al quale, in materia di insindacabilità, competente a sollevare conflitto di attribuzione nei confronti dell’autorità giudiziaria è esclusivamente la Camera di appartenenza e non il singolo parlamentare, dal momento che l’immunità *de qua* è preordinata a proteggere la funzione dell’organo costituzionale (come la Corte ha sempre affermato, a partire dalla risalente [sentenza n. 9 del 1970](#)). I singoli componenti di una Camera neppure possono lamentare la violazione del procedimento legislativo svoltosi presso l’altro ramo del Parlamento, essendo evidente l’idoneità di tali lesioni a incidere sulle loro attribuzioni e sulle loro prerogative ([ordinanze n. 181 del 2018](#) e [n. 277 del 2017](#)), pur avendo costantemente ribadito di dover lasciare «impregiudicata la questione se in altre situazioni siano configurabili attribuzioni individuali di potere costituzionale, per la cui tutela il singolo parlamentare sia legittimato a ricorrere allo strumento del conflitto tra poteri dello Stato» ([ordinanze n. 181](#) e [n. 163 del 2018](#) e, già in passato, [ordinanza n. 177 del 1998](#); nello stesso senso, [sentenza n. 225 del 2001](#)). La giurisprudenza fin qui esaminata, questa la conclusione cui sembra doversi giungere, non ha negato in radice la legittimazione del singolo parlamentare a sollevare conflitto di attribuzione, bensì ne ha escluso in concreto la sussistenza nelle specifiche ipotesi che si sono presentate.

⁶⁵ Così S. CURRERI, *L’occasione persa*, cit., 5. Il caso che ha originato la pronuncia della Corte, invero, si caratterizza per la particolarità proprio oggetto, come tale destinata a riverberarsi sulle doglianze avanzate dai ricorrenti. Infatti, la lamentata lesione delle prerogative costituzionali è stata invocata non già in relazione ad una proposta di legge qualsiasi – il che, naturalmente, sarebbe apparso comunque ingiustificabile – ma, come accennato, in occasione della legge di bilancio 2019 «in cui si concentrano le fondamentali scelte di indirizzo politico e in cui si decide della contribuzione dei cittadini alle entrate dello Stato e dell’allocazione delle risorse pubbliche» ([ord. 17/2019](#), *Considerato in diritto* p. 4.1).

occasione la Corte ha negato, di fatto, al singolo parlamentare la facoltà di sollevare conflitto tra poteri dello Stato in quanto, proprio attraverso l'espreso richiamo all'[ordinanza n. 17 del 2019](#), «questa Corte» ha sì «riconosciuto l'esistenza di una sfera di prerogative che spettano al singolo parlamentare e ha affermato che esse possono essere difese con lo strumento del ricorso per conflitto tra poteri dello Stato», ma soltanto «a condizione che vi sia una violazione manifesta della prerogativa, rilevabile nella sua evidenza già in sede di sommaria deliberazione». Per di più, prosegue la Corte, «in ogni caso, tale violazione non può riguardare esclusivamente la scorretta applicazione dei regolamenti parlamentari e delle prassi di ciascuna Camera ([ordinanze n. 193](#), [n. 188](#), [n. 186](#), [n. 67](#) e [n. 66 del 2021](#); [n. 197](#), [n. 176](#), [n. 129](#), [n. 86](#) e [n. 60 del 2020](#); [n. 275](#), [n. 274](#) e [n. 17 del 2019](#))». Perciò, le considerazioni dei ricorrenti in ordine alla erronea interpretazione dell'art. 60, comma 4, Reg. Cam., in cui sarebbero incorsi l'Ufficio di Presidenza ed il Collegio dei questori, «non possono avere ingresso in questa sede, posto che attengono in questo caso ad una eventuale cattiva applicazione del regolamento della Camera, ovvero a materia non deducibile a mezzo del conflitto (*ex plurimis*, [ordinanza n. 17 del 2019](#))».

E così, anche in questa occasione, la Corte non ha di certo lesinato eccessi di formalismo – basti pensare alla richiesta «violazione manifesta della prerogativa, rilevabile nella sua evidenza già in sede di sommaria deliberazione» (espressione già utilizzata, peraltro, nell'[ordinanza n. 188 del 2021](#)) – per decidere sull'inammissibilità del conflitto sollevato dai singoli parlamentari appartenenti ad una componente politica – «L'Alternativa C'è» – del gruppo Misto della Camera dei deputati. Anzi, a ben vedere, il giudice delle leggi ha negato quanto esplicitamente aveva già ammesso, ossia la facoltà del singolo parlamentare di sollevare conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato, sulla base dell'oggetto del conflitto medesimo, rinvenuto nella (presunta) cattiva applicazione di una disposizione regolamentare⁶⁶.

Una sorta di *self restraint*, dunque, che, tuttavia, solleva più di qualche perplessità. Senza poter qui entrare nel merito della questione, infatti, basti osservare quanto segue. Da un lato, la sindacabilità dei regolamenti parlamentari, esclusa nel giudizio di legittimità costituzionale, è invece ammessa in sede di conflitto tra poteri (cfr. [sent. n. 120 del 2014](#))⁶⁷, dal momento che da essi potrebbero derivare effettive lesioni delle prerogative costituzionali dei singoli parlamentari (e dei rispettivi gruppi di appartenenza), come tali destinate a porre questioni «relative alla delimitazione di ambiti di competenza, la cui garanzia è assegnata alla Corte costituzionale»⁶⁸. Nel caso di specie, si fatica invero ad immaginare quali ulteriori lesioni di prerogative costituzionali potessero essere fatte valere, oltre a quelle derivanti dalla compressione della funzione parlamentare, *lato sensu* intesa. Anche qui, un eccesso di formalismo sembra aver orientato l'azione della Corte, probabilmente favorito dalla necessità costituzionale di non alterare i delicati equilibri su cui si regge il rapporto tra organi di vertice dello Stato-apparato⁶⁹, già fortemente incisi dalle conseguenze giuridico-costituzionali

⁶⁶ Ancora una volta, quindi, è il rapporto tra l'autorità giurisdizionale, seppure nella veste "speciale" di giudice delle leggi, e la politica a suggerire una certa cautela nell'individuazione di soluzioni (o di pronunce, come nel caso di specie) che potrebbero rendere esplicite le conflittualità inter-organiche. Sul punto, N. ZANON, *Il libero mandato parlamentare*, cit., 323, ha fatto notare che «nel nostro ordinamento l'attività di un'istanza competente a giudicare sui conflitti tra poteri – un'istanza la cui neutralità è la stessa neutralità ricca di significato della Costituzione – non pare aver reso cattivi servizi, alla giustizia come alla politica: essa ha anzi contribuito a ricondurre nell'alveo costituzionale comportamenti e decisioni che nell'arbitrio avrebbero altrimenti trovato la propria regola».

⁶⁷ In argomento, cfr. le riflessioni di A. RUGGERI, [Novità in tema di \(in\)sindacabilità dei regolamenti parlamentari, in una pronunzia-ponte della Consulta \(a margine di Corte cost. n. 120 del 2014\)](#), in questa *Rivista*, [Studi 2014](#) (10.05.14). Sul punto, cfr. altresì M. MANETTI, *La Corte costituzionale ridefinisce l'autonomia delle Camere (ben oltre i regolamenti parlamentari e l'autodichia)*, in [Osservatorio AIC](#), 2014.

⁶⁸ G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, II, cit., 77.

⁶⁹ In effetti, il conflitto tra poteri dello stato dischiude una serie di conseguenze politicamente rilevanti. Un profilo, quest'ultimo, che non può che riverberarsi sulla "direzione" e sul contenuto delle decisioni della Consulta. In argomento, cfr. le riflessioni di A. SAITTA, *Le conseguenze politiche delle decisioni della Corte costituzionale nei conflitti tra i poteri dello Stato*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. n. 4/2014, 855 ss. Sul punto, inoltre, per il necessario inquadramento teorico-concettuale, si rinvia ad A. Ruggeri – G. Silvestri (a cura di), *Corte costituzionale e Parlamento*, cit., 2000.

derivanti dalla pandemia da Covid-19⁷⁰. Pertanto, il sottofondo politico della questione sollevata parrebbe aver suggerito alla Corte di non entrare nel merito del caso in esame, optando per una pronuncia di inammissibilità. Epperò, dall'altro lato, la Consulta avrebbe in realtà potuto esaminare nel merito la questione, avendo più di un argomento costituzionale per giudicare comunque infondato il ricorso proposto⁷¹. Così facendo, invece, essa potrebbe aver seriamente compromesso, almeno in una prospettiva temporalmente ravvicinata, la possibilità per i singoli parlamentari (e, a monte, inevitabilmente anche per i gruppi) di sollevare conflitto tra poteri dello Stato. Una soluzione, questa, già parzialmente anticipata da una di poco precedente ordinanza, la [n. 188 del 2021](#), con la quale la Consulta ha rigettato la questione di costituzionalità sollevata da un singolo deputato, il quale lamentava la lesione, a causa di una decisione contraria assunta dal presidente della Camera, della propria prerogativa costituzionale di presentare progetti di legge⁷².

Come si vede, la possibilità riconosciuta a livello teorico viene di fatto neutralizzata a livello pratico-applicativo. E così, la porta di accesso al giudizio per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato resta difficilmente varcabile da parte di singoli parlamentari e, in misura ancor più incipiente, dai gruppi di rispettiva appartenenza. Del resto, ad ulteriore riprova di quanto si è detto, anche l'[ordinanza n. 15 del 2022](#)⁷³ ha ribadito la sostanziale chiusura del conflitto tra poteri per i membri delle Camere *uti singuli*, data la difficoltà di soddisfare le condizioni (nella specie, la sussistenza di una manifesta lesione delle prerogative costituzionali del parlamentare, da apprezzarsi favorevolmente fin dalla fase preliminare) poste dalla Consulta per superare il giudizio di ammissibilità che precede l'instaurazione vera e propria del conflitto⁷⁴.

⁷⁰ Sul punto, la letteratura giuridica è praticamente sconfinata. Per un inquadramento generale, non può che rinviarsi, *ex multis*, ad A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in questa [Rivista, Studi 2020/I](#), 210; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in [Rivista AIC](#), n. 2/2020; G. AZZARITI, *Il diritto costituzionale d'eccezione, Editoriale*, in [Costituzionalismo.it](#), n. 1/2020, 31 marzo 2020; S. STAIANO, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo - Diritto costituzionale in trasformazione*, [II, Il diritto pubblico della pandemia](#), 37 ss.; R. CHERCHI, A. DEFFENU, *Fonti e provvedimenti dell'emergenza sanitaria Covid-19: prime riflessioni*, in [Diritti Regionali](#), n. 1/2020, 648 ss.

⁷¹ Pare essere questa la conclusione cui giunge, ancor prima della pronuncia della Corte, anche A. LAURO, "No pass, no parliament". *La Corte vorrà dire la sua?* in [laCostituzione.info](#), 18 ottobre 2021.

⁷² Per un inquadramento della vicenda, cfr. G. FAMIGLIETTI, [Presidente di assemblea "giudice" \(della costituzionalità\) o "arbitro" \(della vita parlamentare\)? \(nota a Corte cost. ord. n. 188 del 24 settembre 2021\)](#), in questa [Rivista, Studi 2022/I](#), 75 ss.

⁷³ A tale dichiarazione d'inammissibilità del conflitto sollevato da parlamentari sprovvisti di certificazione verde Covid-19 residenti nelle isole Sardegna e Sicilia, tuttavia, ha fatto seguito il decreto-legge 21 gennaio 2022, n. 2, con il quale sono state introdotte alcune deroghe alle vigenti disposizioni normative in materia di salute pubblica atte a consentire ai parlamentari attualmente positivi al Covid-19 di poter esercitare il proprio diritto/dovere di concorrere all'elezione del Presidente della Repubblica. A tal fine, sono stati disposti seggi c.d. *drive-in* all'esterno del Parlamento, proprio per evitare qualsiasi forma di contatto tra i parlamentari positivi ed i loro colleghi (oltre che, s'intende, con il resto della popolazione). Tuttavia, nel far ciò, tale decreto-legge ha escluso ancora una volta i parlamentari "isolani" privi di certificazione verde. Sul punto, cfr., in senso particolarmente critico, A. LAURO, *Nessun parlamentare è un'isola: green pass ed elezione del Presidente della Repubblica*, in [laCostituzione.info](#), 22 gennaio 2022, a detta del quale «Si tratta di una rottura senza precedenti del principio di uguaglianza fra gli elettori presidenziali, tanto più grave nei confronti dei parlamentari, *ciascuno dei quali* (art. 67 Cost.) rappresenta la Nazione senza vincoli di mandato. Se nei casi precedenti la Corte costituzionale ha avuto buon gioco ([ord. n. 256/2021](#)) a sottolineare che il parlamentare deve adeguarsi alle regole valide per tutti, attivandosi semmai per modificarle (seppur si potrebbe obiettare: come può modificarle, se non può entrare nelle Camere?), qui si crea, per via d'omissione, una diversità di trattamento della quale non è possibile vedere il logico fondamento (che certo non può essere l'utilizzo di "mezzi pubblici": non sarebbe possibile trovare una piccola cabina per isolare un positivo o un non vaccinato su un traghetto che fra la spola fra la Sardegna e Livorno?). Peraltro – ferma ovviamente la natura di deroga temporanea alla politica vaccinale intrapresa – ammettere su un mezzo di trasporto un soggetto non vaccinato che fosse testato negativo dovrebbe tendenzialmente comportare meno rischi per la salute pubblica di un soggetto positivo comunque autorizzato a muoversi».

⁷⁴ Il riferimento è al giudizio per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato sorto a seguito del decreto-legge 30 dicembre 2021, n. 229 (Misure urgenti per il contenimento della diffusione dell'epidemia da COVID-19 e disposizioni in materia di sorveglianza sanitaria), e, in particolare, dell'art. 1, comma 2, promosso da alcuni parlamentari con ricorso depositato in cancelleria il 7 gennaio 2022. In particolare, i deputati e l'unico senatore ricorrente, residenti nelle Regioni

5. Sulla legittimità costituzionale dei gruppi a sollevare conflitto di attribuzione

Se, per i singoli parlamentari, ad una “formale” apertura corrisponde di fatto una “pratica” chiusura, un percorso argomentativo in parte analogo sembrerebbe quello tracciato dalla giurisprudenza costituzionale in ordine alla facoltà per i gruppi di sollevare conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato, seppure in mera aderenza al ricorso proposto da un proprio esponente. A ben vedere, infatti, anche in questa occasione, così come accaduto con i singoli eletti, ad un riconoscimento “formale” – peraltro molto meno esplicito di quello ottenuto dai membri delle Camere – ha fatto seguito una certa accuratezza, da parte del giudice delle leggi, nell’evitare l’espressa ammissione dell’esistenza del conflitto e del relativo, inevitabile significato politico.

Ed ecco che, sebbene con motivazioni strettamente aderenti alla morfologia dei casi ad essa sottoposti, la stessa Corte costituzionale ha concluso, nelle ipotesi di cui si discorrerà, per la non legittimazione ad agire dei gruppi. E tanto, nonostante diverse avrebbero potuto essere le conclusioni cui giungere in base alle stesse argomentazioni del giudice delle leggi⁷⁵.

5.1. (segue) L’implicita “apertura” contenuta nell’[ordinanza n. 17 del 2019](#)

La prima pronuncia che si intende esaminare è ancora l’ordinanza n. 17 del 2019, [questa volta analizzata alla luce delle argomentazioni \(peraltro solo indirette\)](#) riguardanti la configurazione dei gruppi parlamentari come «potere» dello Stato. In particolare, la decisione *de qua* origina dal ricorso presentato da 37 Senatori appartenenti al gruppo parlamentare del Partito Democratico, i quali lamentavano presunte violazioni delle proprie prerogative costituzionali realizzatesi nel corso del travagliato *iter* di approvazione della legge di bilancio per l’anno 2019. Per quel che qui più rileva, nel giudicare inammissibile il ricorso, la Corte costituzionale, oltre che – pur con tutti i limiti appena indicati – in capo ai singoli eletti, è sembrata riconoscere anche ai gruppi parlamentari la qualità di «organi-potere» dello Stato, seppure soltanto implicitamente ed in via indiretta⁷⁶.

In effetti, nel negare la legittimazione ad agire del «Gruppo parlamentare “Partito democratico”», la Consulta ha avuto modo di precisare che non si trattava di una preclusione per così dire teorica,

Sicilia e Sardegna, lamentavano la lesione delle proprie prerogative costituzionali (tra cui, quella di recarsi a Roma per esercitare il proprio diritto/dovere di concorrere alla elezione del Presidente della Repubblica) rinveniente dal suddetto d.l., il quale, in vigore dal 10 gennaio 2022 e fino alla cessazione dello stato d’emergenza epidemiologica da COVID-19, subordina l’accesso ai mezzi di trasporto pubblico e il loro utilizzo al possesso delle certificazioni verdi COVID-19, di cui i ricorrenti erano sprovvisti. Anche in questo caso, la Corte costituzionale, ribadito che “l’ammissibilità del conflitto tra poteri promosso dal singolo parlamentare è subordinata alla sussistenza di una manifesta lesione delle sue proprie prerogative costituzionali, da apprezzarsi favorevolmente fin da questa fase del giudizio ([ordinanze n. 255 e 256 del 2021](#); [n. 193](#), [n. 188](#), [n. 186](#), [n. 67](#) e [n. 66 del 2021](#); [n. 197](#), [n. 176](#), [n. 129](#), [n. 86](#) e [n. 60 del 2020](#); [n. 275](#), [n. 274](#) e [n. 17 del 2019](#))”, ha concluso per l’inammissibilità del conflitto, poiché “nel caso di specie, i ricorrenti non evidenziano tale manifesta violazione delle loro prerogative costituzionali, in quanto la disposizione oggetto di conflitto, contenuta nel d.l. n. 229 del 2021, regola le condizioni di accesso al trasporto pubblico da parte della collettività e non ha per oggetto le specifiche attribuzioni dei parlamentari, incise in via fattuale e di riflesso; attribuzioni il cui esercizio deve essere garantito, considerato il rilievo degli attuali impegni politico-parlamentari, dai competenti organi delle Camere, nel rispetto della legislazione vigente”.

⁷⁵ Come meglio si specificherà nel corpo del testo, la non linearità della giurisprudenza costituzionale in materia di facoltà dei gruppi di sollevare conflitto tra poteri dello Stato parrebbe risentire della chiusura “di fatto” opposta dalla Consulta alla pur riconosciuta – a livello soltanto “formale” – facoltà di agire per i singoli parlamentari.

⁷⁶ È appena il caso di ricordare che il raggruppamento parlamentare del PD ha agito sia come gruppo parlamentare che come maggioranza qualificata. Inoltre, i suoi componenti avevano sottoscritto il ricorso anche a titolo personale. Circostanze, queste, che hanno portato G.L. CONTI, *Corte costituzionale e prerogative del Parlamento nei dintorni della decisione di bilancio*, cit., 8, a qualificare il ricorso di tale forza politica «“catch all”».

bensì motivata da ragioni pratiche e procedurali. Come peraltro già accaduto in un recente passato⁷⁷, la decisione del giudice delle leggi pareva attagliarsi alla morfologia del caso ad essa sottoposto, dal momento che tale negazione era esclusivamente determinata dall'«assorbente ragione che manc[ava], nel ricorso in esame, la necessaria indicazione delle modalità con le quali il gruppo parlamentare avrebbe deliberato di proporre conflitto davanti alla Corte costituzionale»⁷⁸. La Corte sembrava dunque eccedere in termini di formalismo, senza tuttavia con ciò precludere – in una prospettiva teleologica – altre possibili soluzioni teorico-ricostruttive, maggiormente aderenti alla realtà delle dinamiche politico-parlamentari⁷⁹.

Ed è così che, contrariamente a quanto poi disvelato dagli sviluppi successivi della giurisprudenza costituzionale, l'«accesso» al conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato appariva, per i gruppi parlamentari, ormai alle porte. Del resto, come detto, la motivazione con cui la Corte, di fatto, negava la legittimazione ad agire del gruppo “Partito Democratico” non risultava idonea a pregiudicare una siffatta facoltà sul piano teorico. Al massimo, quest'ultima veniva soltanto temporaneamente pregiudicata, per di più sulla base di argomentazioni di tipo procedurale non solo discutibili, ma che pure sembravano costituire una incursione eccessiva nell'autonomia dei gruppi riconosciuta dai regolamenti camerale⁸⁰. A voler essere più precisi, pur a fronte di una pronuncia di carattere preclusivo, la Corte pareva così non disconoscere la funzione rappresentativo-costituzionale dei

⁷⁷ Cfr. Corte cost., [ordinanza n. 280 del 2017](#), nella quale la Consulta, per la prima volta, con riferimento ai gruppi, esplicita il proprio orientamento restrittivo rispetto ad «indeterminatezze» sul piano del profilo soggettivo. Come si può leggere nell'ordinanza di inammissibilità, «l'indeterminatezza del profilo soggettivo è aggravata dalla circostanza che la pretesa dei ricorrenti di agire anche a nome dei gruppi parlamentari di cui sono Presidente, l'uno, e Vicepresidente vicario, l'altro, pur essendo più volte ripetuta, non è supportata dalla necessaria indicazione delle modalità con le quali il gruppo parlamentare avrebbe deliberato di proporre conflitto davanti alla Corte costituzionale». A commento di tale pronuncia, si veda A.M. NICO, *La proiezione della trasformazione dei partiti politici sulla forma di governo e sulla legislazione elettorale*, in [Dirittifondamentali.it](#), n. 1/2018, 8 ss.

⁷⁸ Considerato in diritto p. 3 dell'ordinanza in esame.

⁷⁹ Proprio in riferimento agli eccessi di formalismo, già R. BIN, *L'ultima fortezza. Teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Giuffrè, Milano, 1996, 3-4, rilevava come «il conflitto di attribuzione svolga la sua funzione di “chiusura” del sistema costituzionale, regolando ai sommi livelli i confini tra il mondo del diritto ed il mondo della politica, garantendo che questa si svolga nel rispetto dei ruoli e delle regole del gioco fissate da quello; e che, proprio per tale sua posizione, il giudizio davanti alla Corte si debba instaurare e svolgere con il minor grado possibile di formalismo concettuale e processuale». Anche P. VERONESI, *I poteri davanti alla Corte. «Cattivo uso» del potere e sindacato costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1999, 39, ha evidenziato che i conflitti di attribuzione «risultano difficilmente arginabili entro schemi preconfezionati; appena li si conia questi finiscono per poi essere nuovamente superati dalla giurisprudenza e dalla prassi. Sia sotto il profilo soggettivo, sia sotto quello dell'oggetto, si ricava dunque l'impressione di un'assai scarsa stabilità dei concetti ed istituti via via elaborati in materia. L'origine di questa apparente inafferrabilità è probabilmente lontana e trova fondamento anche nella stringatezza della disciplina sui conflitti». In merito, si veda anche P. COSTANZO, *Conflitti costituzionali, ad vocem*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di Diritto pubblico*, cit., 1272; G. SERGES, *La sindacabilità degli atti legislativi in sede di conflitto tra poteri nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in F. Modugno (a cura di), *Par condicio e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1997, 218 ss.

⁸⁰ Come fa notare S. CECCANTI, *Qualche breve chiosa all'ordinanza n. 17/2019*, cit., 1, «...Un primo punto problematico mi sembra il modo con cui si elude la questione della legittimazione del Gruppo parlamentare come tale, cosa che credo andrebbe ritenuta pacifica per come il diritto parlamentare e costituzionale vigente ha visto crescere il loro ruolo, fino alle novelle regolamentari del 2012. Ora rispondere che “manca, nel ricorso in esame, la necessaria indicazione delle modalità con le quali il gruppo parlamentare avrebbe deliberato di proporre conflitto” sembra criticabile sotto un doppio profilo: il primo, piuttosto evidente, è la sottoscrizione del ricorso da parte di un numero di aderenti superiore alla maggioranza assoluta dei componenti che di per sé manifesta in modo inequivoco la volontà del gruppo; il secondo, come chiarito dal ricorso, è l'ampio potere di rappresentanza che il Regolamento conferisce al Presidente del Gruppo, ossia la natura “presidenzialista” del Regolamento. Basta però già il primo argomento per ritenere eccessivamente formalistica l'obiezione della Corte. Resta peraltro piuttosto strano il fatto che una Corte così rispettosa verso l'autonomia regolamentare delle Camere entri invece in modo così pregnante in quella dei Gruppi; forse ha voluto trovare un argomento per sfuggire al merito della decisione, essendo incerta sul da farsi. Essa avrà però almeno un merito: spingere ad una revisione del Regolamento del Gruppo che intenderà ricorrere (anche) come tale per cui l'argomento risulterà non più riproducibile in futuro. Sarà il primo caso di una riforma di un Regolamento di Gruppo per dar seguito a una sentenza della Corte. In fondo *ex malo bonum*».

raggruppamenti parlamentari, come tali qualificabili «poteri» in grado di subire menomazioni dall'attività di altri «organi»⁸¹.

Tale assunto sembra in linea con quanto si può ancora leggere nell'ordinanza, lì dove, nel riconoscere espressamente la qualità di «organi-potere» ai parlamentari, la Corte costituzionale premetteva che «nell'ambito di istituzioni complesse, articolate e polifunzionali, qual è il Parlamento e quali sono le singole Camere, molteplici sono gli organi che possono configurarsi come poteri a sé stanti, idonei a essere parti nei conflitti di attribuzione»⁸². Tra questi, evidentemente, non possono che ricomprendersi anche i gruppi parlamentari, specie se si accoglie la tesi, prima accennata, che li vuole, una volta costituitisi all'interno delle Assemblee, soggetti pubblici, nella loro peculiare declinazione di «organismi di diritto pubblico»⁸³.

La dottrina più accorta, del resto, nel commentare l'ordinanza, aveva sottolineato che la legittimazione del gruppo a sollevare conflitto di attribuzione, «con ogni probabilità, potrà essere agevolmente riconosciuta in futuro: visto che, in effetti, sarebbe paradossale, almeno dal punto di vista di chi è attento alle dinamiche reali che in parlamento si verificano, che ciò che è consentito a un singolo parlamentare non fosse consentito ad un gruppo»⁸⁴.

⁸¹ Nella giurisprudenza costituzionale la nozione di «potere dello Stato» legittimato a sollevare conflitto di attribuzione (ex art. 37 della legge n. 87 del 1953) racchiude tutti gli organi ai quali sia riconosciuta e garantita dalla Costituzione una «quota di attribuzioni costituzionali» (ex plurimis, [sentt. n. 87](#) e [n. 88 del 2012](#)) o sia affidata una «pubblica funzione costituzionale rilevante e garantita» ([ordinanza n. 17 del 1978](#)). Proprio la «pubblica funzione costituzionale rilevante e garantita» parrebbe aver indotto parte della dottrina a ricomprendere, ormai da qualche tempo, tra i «poteri dello Stato» legittimati a sollevare conflitto di attribuzioni, non solo le «Camere», ma anche i «Gruppi», le «Commissioni» e finanche i «partiti politici», questi ultimi nella loro qualità di «organizzazioni proprie della società civile» aventi però, per l'appunto, «funzioni di rilevanza costituzionale». Perspicuamente, sul punto, R.G. RODIO, *Provvedimenti giudiziari di sequestro dei finanziamenti pubblici ai partiti ed autonomia della politica. Alcune brevi considerazioni (costituzionali) a margine del caso Lega Nord*, in [logos](#), 16 ottobre 2017. Si veda, anche, A. MANNINO, *I partiti politici davanti alla Corte costituzionale*, cit., 2, secondo cui «i partiti [...] sono “poteri dello Stato” perché articolazioni essenziali del potere sovrano e titolari dei poteri costituzionali che ne scaturiscono e di quelli legislativi necessari al loro esercizio». *Contra*, G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, II ed., il Mulino, Bologna, 1988, 373-374, il quale rileva, a proposito dei partiti, «la loro sicura estraneità alla sfera organizzativa dello stato e l'appartenenza delle loro funzioni a un ambito pre-statale».

⁸² *Considerato in diritto* p. 3.4.

⁸³ In definitiva, questa la maggiore utilità scientifica di una tale classificazione, considerare i gruppi parlamentari come «organismi di diritto pubblico», consente chiaramente di distinguere i gruppi politici esterni al Parlamento (i partiti), da quelli costituiti all'interno delle Assemblee legislative, in tal guisa mettendo in luce gli inevitabili profili pubblicistici di tali formazioni politiche. Del resto, come meglio si vedrà a breve, la stessa Consulta, nel ritenere i gruppi parlamentari «espressioni istituzionali del pluralismo politico», sembra abbia ben chiara la loro rilevanza pubblicistica. Se così non fosse, in tutte le decisioni susseguitesi negli anni avrebbe certamente evitato di specificare che si tratta, in ogni caso, di una realtà «istituzionale». La qualifica dei gruppi come «espressioni istituzionali del pluralismo politico» è da ultimo ribadita in [Corte cost., ord. n. 60 del 2020](#). Ma la giurisprudenza è granitica. Si vedano, anche, [Corte cost., sentt. n. 174 del 2009](#); [n. 193 del 2005](#); [n. 298 del 2004](#) e [n. 49 del 1998](#).

⁸⁴ Così N. LUPO, *I maxi-emendamenti e la Corte costituzionale (dopo l'ordinanza n. 17 del 2019)*, cit., 13. Dello stesso avviso, G.L. CONTI, *Corte costituzionale e prerogative del Parlamento nei dintorni della decisione di bilancio*, cit., 12, a detta del quale «in ogni caso, sia [280/2017](#) che [17/2019](#) lasciano impregiudicata la possibilità che un gruppo parlamentare, che adotti legittimamente la decisione di proporre un ricorso per conflitto di attribuzione e utilizzi una formula del genere *Il Presidente del Gruppo Parlamentare ..._legale rappresentante dello stesso a norma dell'art. ..._del proprio regolamento interno (debitamente depositato il ... presso la Presidenza del Senato ai sensi dell'art. 15, r.S., e autorizzato dall'assemblea come da delibera del ... che si allega*, veda la Corte costretta a esaminare nel merito il ricorso proposto». Nello stesso senso, cfr. ancora A. MORRONE, *Lucciole per lanterne*, cit., 9, secondo cui «...Rafforzare il singolo, peraltro, ha come conseguenza una drammatica polverizzazione della rappresentanza politica, rendendo astrattamente “potere” ogni pretesa soggettiva che sia possibile ricondurre nell'ampio spettro delle attribuzioni del parlamentare»; G. SALVADORI, *Lo stile d'ordinanza per una nuova Corte costituzionale. Osservazioni a margine dell'ordinanza n. 17 del 2019*, cit., secondo cui «pur non agevolando in alcun modo la definizione delle ipotesi in cui potrebbe ammettersi un ricorso promosso dal gruppo parlamentare (che, ricordiamo, è nominato in Costituzione agli artt. 72 e 82), il giudice delle leggi lascia intendere che, una volta superato l'anzidetto ostacolo procedurale, potrebbero aprirsi nuove prospettive per la censura dei vizi del procedimento legislativo (anche) da parte dei gruppi». *Contra*, R. DICKMANN, *La Corte dichiara inammissibile il conflitto di attribuzioni contro il testo della legge di bilancio 2019-21 approvato dal Senato e ribadisce*

Cionondimeno, come si è già avuto modo di anticipare e come meglio si specificherà *infra*, così non è stato. A voler tentare di trarre una (seppur sommaria) conclusione da queste prime riflessioni, dopo l'[ordinanza n. 17 del 2019](#) il gruppo parlamentare appariva ormai tanto un «soggetto sostanziale» del conflitto di attribuzione, quanto un «soggetto processuale» dello stesso. Esito, quest'ultimo, direttamente correlato alla relativa dimensione giuridico-costituzionale, in quanto è la Costituzione medesima a conferirgli «una quota di potere riservato»⁸⁵.

Soggetto sostanziale poiché, dopo l'*ordinanza de qua*, esso sembrava inconfutabilmente titolare delle attribuzioni la cui contestazione ben può stare a fondamento del giudizio. Come si è ampiamente argomentato *supra*, il gruppo, allo stesso modo e ancor più del singolo parlamentare, è soggetto delle Camere con funzioni, *in apicibus*, di rappresentanza politica. Anzi, è un vero e proprio soggetto necessario della rappresentanza politica, come tale indefettibile dal circuito rappresentativo.

Soggetto processuale dacché, superati i vizi (eccessivi) di forma richiesti dalla Corte, è abilitato ad agire ed eventualmente a resistere di fronte ad essa.

Non da ultimo, è titolare di *una quota di potere riservato* nella misura in cui è la stessa Carta repubblicana a pretendere che il concreto articolarsi della rappresentanza politica e il perseguimento dell'indirizzo politico dello Stato debbano avvenire attraverso commissioni che rispecchino la proporzionalità dei gruppi parlamentari⁸⁶. L'attitudine ad essere soggetto del conflitto può essere negata, sembrava ormai potersi ritenere con sufficiente certezza, soltanto agli organi che «non hanno una competenza costituzionalmente garantita». Come ormai è pacifico, ben al di là della tradizionale tripartizione dei poteri, tali «competenze costituzionali» possono sussistere in capo ad altri organi. E, pertanto, essere menomate, ossia subire un *vulnus*⁸⁷.

Tali erano, e – contrariamente a quanto affermato poi dalla Consulta – sono le prerogative costituzionali del gruppo. In definitiva, anche se le argomentazioni contenute nell'[ordinanza n. 17/2019](#) non apparivano sempre lineari e convincenti, sembrava finalmente essere giunto il momento,

che i singoli parlamentari sono poteri dello Stato, cit., 10 ss. Scettica sembra ancora essere, da ultimo, E. RINALDI, *Partiti politici, gruppi parlamentari e art. 67 della Costituzione*, cit., 27.

⁸⁵ Sulla fondamentale distinzione tra «soggetti sostanziali» e «processuali» del conflitto di attribuzioni, oltre che sull'importanza dell'individuazione, ai fini dello stesso, di una «quota di potere riservato» dalla Costituzione, si veda, già, G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, il Mulino, Bologna, 1977, 207-211. Da ultimo, si veda G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 271 ss. Con la precisazione che la distinzione tra «poteri» che possono entrare fra loro in conflitto e «organi» legittimati al relativo giudizio, è stata avanzata da F. SORRENTINO, *I conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1967, 759 ss.

⁸⁶ Sul rapporto di rappresentanza proporzionale che lega tra loro gruppi e commissioni parlamentari si sofferma, da ultimo, F. SICURO, *Il sistema delle commissioni parlamentari*, cit., spec. 600-601, il quale fa notare che «benché imprescindibile strumento a tutela del pluralismo politico-procedurale, il senso più profondo della regola della rappresentanza proporzionale dei gruppi nelle commissioni in sede deliberante o “legislativa” parrebbe radicarsi non già o, meglio, non solo nella garanzia dei diritti delle minoranze, invero perseguibile mediante altre e più efficaci procedure parlamentari (alcune delle quali, peraltro, espressamente costituzionalizzate), ma, più precisamente, nel rispetto dei risultati elettorali e della legittima pretesa di governabilità di cui sono titolari le forze politiche di maggioranza. Con ciò si intende dire che la regola della rappresentanza proporzionale è diretta a riprodurre, il più fedelmente possibile, la geometria politica fuoriuscita dalle elezioni, senza alterare in commissione i rapporti di forza venutisi a creare, in ragione dei risultati elettorali, nel plenum assembleare».

⁸⁷ In merito, cfr., *ex multis*, F. SORRENTINO, *Un conflitto di attribuzioni tra «poteri della regione»*, in *Giur. cost.*, 1967, 1790; G. GROTTANELLI DE' SANTI, *Enti territoriali minori e conflitto tra poteri dello stato*, in *Giur. cost.*, 1970, 1171 ss.; A. CERRI, *Brevi osservazioni sui soggetti abilitati a sollevare conflitto di attribuzioni*, in *Giur. cost.*, 1971, 1165; A. PIZZORUSSO, *Conflitto*, in *Novissimo Digesto italiano, App.*, vol. II, Utet, Torino, 1981, 386. In parte diversa, invece, la prospettiva di V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale. II – L'ordinamento costituzionale italiano*, Cedam, Padova, 1984, 429 ss. Quanto alla tradizionale tripartizione dei poteri, sembra opportuno rammentare, peraltro, che autorevole dottrina da tempo tende a ridimensionarne la portata, riducendola al rapporto tra l'ordine giudiziario, da una parte, e i poteri politici in senso lato, dall'altra, cfr. F. MODUGNO, *Poteri (divisione dei)*, in *Novissimo Digesto italiano*, vol. XI, Utet, Torino, 1966, 472 ss. Ad ogni modo, la nozione di «potere» si amplia, cambia fisionomia, per ricomprendere tutti gli organi ai quali venga riconosciuta e assicurata dalla Costituzione una «quota di attribuzioni costituzionali» (così, [Corte cost., sent. nn. 87 e 88 del 2012](#)) e, comunque, una «pubblica funzione costituzionalmente rilevante e garantita» ([ordinanza n. 17 del 1978](#), in relazione alla legittimazione dei comitati promotori di referendum abrogativi). Sulla nozione di «potere» in relazione ai conflitti di attribuzione, dovuto è il riferimento a R. BIN, *L'ultima fortezza*, cit., 7 ss., il quale ricorda che «la nozione di “potere” è stata sin dall'origine il punto debole di qualsiasi teoria del conflitto di attribuzioni».

per i gruppi parlamentari, di accedere all'«ultima fortezza»⁸⁸. E, invece, così non è stato, almeno sino ad ora⁸⁹.

5.2. (segue) *La (definitiva?) “chiusura” nell’ordinanza n. 60 del 2020*

La presunta violazione delle prerogative costituzionali dei singoli parlamentari e dei relativi gruppi di appartenenza, anch'essa invocata in riferimento all'*iter* di approvazione della legge di bilancio, ha inoltre fornito alla Corte una seconda, ulteriore occasione per meglio chiarire la propria precedente giurisprudenza in punto di legittimazione dei gruppi parlamentari a sollevare conflitto di attribuzione⁹⁰.

In particolare, un nutrito numero di parlamentari di opposizione, in proprio ed in qualità (alcuni di loro) di presidente e di legale rappresentante del gruppo di rispettiva appartenenza, hanno lamentato un'indebita lesione delle proprie prerogative costituzionali a causa della restrizione della rispettiva facoltà di discutere, esaminare ed eventualmente apportare modifiche alla legge n. 160 del 2019 (Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2020 e bilancio pluriennale per il triennio 2020-2022). Tuttavia, le aspettative di quanti, del tutto coerentemente, attendevano un esplicito riconoscimento della soggettività dei gruppi e, conseguentemente, della loro legittimazione a sollevare conflitto di attribuzione, sono rimaste frustrate.

Anzi, quantomeno ad una prima lettura, l'[ordinanza n. 60 del 2020](#) ha espressamente negato ai gruppi parlamentari la titolarità della facoltà di sollevare conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato, con ciò operando una illogica *deminutio* della quota di potere e della funzione dei gruppi medesimi nello svolgimento dei lavori parlamentari e nell'attuazione dell'indirizzo politico statale. E questo, sulla base di un ragionamento a tratti sillogistico. «L'indiscutibile ruolo svolto dai gruppi parlamentari quali espressioni istituzionali del pluralismo politico», si legge infatti nella pronuncia della Corte, «non comporta, di per sé, che si debba riconoscere agli stessi la titolarità delle medesime prerogative spettanti a ciascun membro del Parlamento». Ebbene, dal momento che i ricorsi presentati nel caso di specie «lamentano nei confronti dei gruppi proprio la lesione delle stesse prerogative indicate in riferimento ai singoli deputati, senza una specifica e articolata argomentazione, basata sulla Costituzione, sul perché tali prerogative dovrebbero essere riconosciute nella stessa identica declinazione ai gruppi», essi non sono stati ritenuti ammissibili dalla Corte.

Diverse sono le conclusioni che si possono trarre da questa ulteriore pronuncia in punto di (in)ammissibilità del ricorso per conflitto di attribuzione proposto da gruppi parlamentari.

In primo luogo, a riprova di quanto si è già venuti dicendo, l'[ordinanza n. 60 del 2020](#), così come peraltro avevano già fatto le precedenti [ordinanze nn. 274 e 275 del 2019](#)⁹¹ (e come faranno le successive ordinanze, *ex multis*, [nn. 188 e 256 del 2021](#) e [n. 15 del 2022](#)), conferma che la facoltà del singolo parlamentare di sollevare conflitto di attribuzione *ex art. 37 l. n. 87/1953*, espressamente riconosciutagli dalla precedente [ordinanza n. 17 del 2019](#) in ragione del relativo *status* di

⁸⁸ Per richiamare il titolo dell'importante contributo di R. BIN, *L'ultima fortezza*, cit.

⁸⁹ E tanto, probabilmente, anche a causa delle “occasioni” che hanno condotto i gruppi a sollevare conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato. Sia l'[ordinanza n. 17 del 2019](#), sia la di poco successiva [ordinanza n. 60 del 2020](#), infatti, hanno dovuto affrontare un profilo particolarmente problematico, ossia quello di pervenire, come conseguenza logica della rilevata lesione di prerogative costituzionali in capo ai gruppi, all'annullamento degli atti adottati nel corso della sessione di bilancio. Un esito, quest'ultimo, peraltro espressamente auspicato dai ricorrenti nel caso poi risolto, con dichiarazione d'inammissibilità, dall'[ordinanza n. 60 del 2020](#).

⁹⁰ Come detto, soltanto implicitamente riconosciuta nell'[ordinanza n. 17 del 2019](#).

⁹¹ Il punto è sottolineato da M. ARMANNI, *Il conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato come strumento di verifica della regolarità del procedimento legislativo e l'invalidabile soglia del controllo di ammissibilità*, in *Osservatorio AIC*, 4/2020, 200-202. Sulle [ordinanze nn. 274 e 275 del 2019](#) cfr., *ex multis*, R. DICKMANN, *L'illegittimità delle norme intruse dei decreti-legge tra conflitto di attribuzione promosso da singoli parlamentari e giudizio di legittimità costituzionale* (*Osservazioni a Corte cost., ordd. n. 274 e 275 del 2019 e sent. n. 247 del 2019*), in [federalismi.it](#), 2/2020, e G. PICCIRILLI, *Vizi formali della legge e conflitto di attribuzioni sollevato da singoli parlamentari: un vicolo cieco?* in *Quad. cost.*, 1/2020, 144 ss.

rappresentante della Nazione, si configura come una facoltà meramente formale, destinata con alta probabilità a restare confinata su un piano soltanto teorico-concettuale. Benché, invero, il caso di specie presentasse significativi profili di specificità, legati – soprattutto – alla circostanza che il D.E.F. era stato approvato da una compagine governativa diversa da quella che ha poi presentato il disegno di legge di bilancio, la Consulta ha ritenuto non sussistenti quelle gravi violazioni delle prerogative costituzionali che giustificerebbero l'ammissibilità del ricorso presentato da singoli parlamentari e dai rispettivi raggruppamenti di appartenenza. Nel far ciò, peraltro, la Corte ha inteso rimarcare che «sebbene il disegno di legge di bilancio sia stato trasmesso alla Camera solo il 17 dicembre 2019, tale pur ridotto periodo ha comunque consentito una fase di esame in Commissione Bilancio, tanto che i deputati hanno qui presentato 1130 emendamenti (ben oltre il numero di 350 che in sede di Ufficio di presidenza i gruppi parlamentari avevano concordato al fine di ritenerli tutti segnalati per la votazione, come risulta dal verbale della seduta del 20 dicembre 2019)». Per tal motivo, «la mancata votazione degli emendamenti e la reiezione degli stessi è stata anche conseguenza della scelta delle opposizioni di non partecipare ai lavori della Commissione, in seguito alla decisione del Governo di fornire parere contrario – come era nella sua indiscussa facoltà – sul complesso degli emendamenti, al fine di evitare l'esercizio provvisorio»⁹².

Ad ogni modo, alcune ulteriori considerazioni parrebbero imporsi all'esito dell'esame della pronuncia in commento. Con ragionevole probabilità, infatti, la decisa chiusura della Corte in punto di ammissibilità del ricorso individuale presentato dai parlamentari di opposizione sembra essere legata alla circostanza che, contrariamente a quanto fatto dai deputati del gruppo "Partito democratico" in riferimento alla legge di bilancio per il 2019, i membri del gruppo "Lega – Salvini Premier" avevano espressamente richiesto l'annullamento della legge n. 160 del 2019 (legge finanziaria per il 2020). Una richiesta, quest'ultima, che potrebbe avere in un certo senso indotto la Corte a decidere di non affrontare nel merito la questione⁹³. Anche se, è doveroso rimarcarlo, la Consulta non ha risparmiato critiche all'atteggiamento tenuto dai parlamentari ricorrenti nel corso dell'*iter* di approvazione della legge di bilancio.

In secondo luogo, con specifico riferimento alla legittimazione dei gruppi parlamentari a sollevare conflitto di attribuzione, il mancato riconoscimento di una simile facoltà è stato in un certo senso ancorato ai tratti peculiari del caso all'esame del giudice delle leggi. Così come nell'[ordinanza n. 17 del 2019](#) la Consulta aveva precisato che tale negazione era esclusivamente determinata dall'«assorbente ragione che manca, nel ricorso in esame, la necessaria indicazione delle modalità con le quali il gruppo parlamentare avrebbe deliberato di proporre conflitto davanti alla Corte costituzionale»⁹⁴; nell'[ordinanza n. 60 del 2020](#) la decisione d'inammissibilità è giustificata per via della mancanza di «una specifica e articolata argomentazione, basata sulla Costituzione, sul perché tali prerogative (indicate in riferimento ai singoli parlamentari, n.d.r.) dovrebbero essere riconosciute nella stessa identica declinazione ai gruppi». Ovverosia, in base ad un'argomentazione comunque

⁹²Come hanno fatto notare C.P. GUARINI, L. GRIMALDI, *Un altro tassello alle (de)limitazioni soggettive e oggettive del ricorso al conflitto tra poteri per la tutela del giusto procedimento legislativo (ovvero sull'ordinanza della Corte costituzionale n. 60 del 2020)*, in *Nomos*, 2/2020, 8, la Corte sembra rimarcare che «provocare le condizioni per rendere nei fatti impraticabile ogni discussione su proposte emendative e, poi, trarne giustificazione per un (tanto plateale quanto sterile) 'Aventino', dolendosi, infine, di ciò innanzi al Giudice dei conflitti, pare strumentale all'instaurazione di una lite (*ficta*) dai connotati marcatamente politici piuttosto che ad una genuina difesa di attribuzioni costituzionali. Senza contare, tra l'altro, come, alla luce di tutto ciò, risulti quanto meno improvida l'evocazione da parte di alcuni ricorrenti della violazione del principio di leale collaborazione tra poteri dello Stato». Riflettono sulle conseguenze giuridico-costituzionale dell'ordinanza *de qua* anche M. MANETTI, *Il conflitto promosso dai parlamentari si rileva una trappola. Dalla tutela degli interna corporis alla modifica tacita della Costituzione*, in *Giur. cost.*, n. 2/2020, 722 ss.; A. LAURO, *Bis in "niet" (a margine dell'ord. n. 60/2020 della Corte costituzionale)*, in questa *Rivista*, *Studi 2020/II*, 261 ss.; R. DICKMANN, *Ancora in tema di legittimazione al conflitto di attribuzione dei singoli membri delle Camere... ma non dei gruppi parlamentari (nota a Corte cost., ord. 26 marzo 2020, n. 60)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, fasc. n. 2/2020, 89 ss.; E. LA FAUCI, *I conflitti sollevati dai parlamentari a seguito dell'ordinanza n. 17/2019: tanto rumore per nulla?* in *Osservatorio AIC*, n. 4/2021, 150 ss.

⁹³Dello stesso avviso sembra essere M. ARMANNI, *Il conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato*, cit., 198-199.

⁹⁴Considerato in diritto p. 3 dell'ordinanza in esame.

non esente da profili di criticità, «ciò che i gruppi non possono far valere nel conflitto costituzionale – o, comunque, non possono far valere senza un’argomentazione specifica e articolata – sono le attribuzioni, invece, riservate ai parlamentari *uti singuli*, non potendosi presupporre né una coincidenza piena e acritica delle loro rispettive attribuzioni, né una sovrapposizione di ruoli nel procedimento di approvazione della legge, né una possibile concorrenza processuale tra i primi e i secondi»⁹⁵.

Se non ci si sbaglia, quindi, qualora i gruppi ricorrenti dovessero, in futuro, fornire una siffatta argomentazione, «specifica e articolata», la Corte sarebbe tenuta a prenderla in considerazione, dichiarando ammissibile il ricorso presentato dai gruppi medesimi. Nonostante ciò, a seguito dell’[ordinanza n. 60 del 2020](#) lo spazio per la legittimazione dei gruppi a sollevare conflitto di attribuzione sembra, in ogni caso, irragionevolmente restringersi. Infatti, questa la conclusione che parrebbe dover trarsi dalle parole della Corte, le uniche ipotesi che legittimerebbero l’ammissibilità di un ricorso presentato dai gruppi sarebbero «o menomazioni che non attengono al procedimento legislativo, o se a esso riferibili, meramente ripetitive di quelle lamentate dai singoli componenti del gruppo»⁹⁶. Al di fuori di queste due ipotesi, *tertium non datur*.

6. Rilievi conclusivi

Con la [pronuncia n. 60 del 2020](#) la Corte ha negato la legittimazione a sollevare conflitto di attribuzione ai gruppi “Forza Italia – Berlusconi Presidente”, “Lega – Salvini Premier” e “Fratelli d’Italia” non solo per ragioni di mero formalismo, ma, all’opposto, in virtù di considerazioni che parrebbero di natura sostanziale⁹⁷. Nel far ciò, essa sembrerebbe aver dato seguito ad un illogico orientamento ermeneutico teso a subordinare, se così si può dire, l’insieme delle quote rappresentative caratterizzanti la concreta attività di un gruppo parlamentare, regolarmente costituitosi all’interno delle Camere, alla singola porzione rappresentativa di cui è titolare il parlamentare nella sua qualità di rappresentante della Nazione.

Ed è proprio per questo motivo che il ragionamento della Corte sembra invero caratterizzato da un forse eccessivo sbilanciamento, peraltro soltanto formale, sulla posizione individuale del singolo parlamentare all’interno delle Camere. Si tratta, a dire il vero, di una impostazione teorico-ricostruttiva ben lungi dal potersi considerare isolata. Al contrario, essa parrebbe rivelare una certa ritrosia nel riporre lenti d’indagine legate ad una concezione eccessivamente individualistica, verrebbe da dire proto-liberale, della rappresentanza politica. E tanto, per volersi limitare ad un’analisi soltanto superficiale, in evidente contrasto non solo con l’assetto “gruppo-centrico” assunto dai lavori parlamentari a seguito della riforma regolamentare del 1971⁹⁸, ma anche, e soprattutto, con

⁹⁵ È questa la conclusione cui giungono C.P. GUARINI, L. GRIMALDI, *Un altro tassello alle (de)limitazioni soggettive e oggettive*, cit., 14-15. Diversa è invece la conclusione cui sembra giungere R. DICKMANN, *Ancora in tema di legittimazione al conflitto di attribuzione dei singoli membri delle Camere*, cit., 91-92, il quale, dopo aver inizialmente affermato che «nel caso concreto la Corte ancora non esclude in linea di principio la legittimazione al conflitto dei gruppi parlamentari, anche se poi lo fa implicitamente quando chiarisce che la mancanza di ogni originale base costituzionale che conferisca loro specifiche attribuzioni non è supplita dalle citate previsioni degli artt. 72, terzo comma, e 82, secondo comma, Cost.», conclude poi recisamente nel senso che «Anche se i regolamenti delle Camere prevedono che tutti i deputati e tutti i senatori appartengano ad un gruppo, questa previsione non può implicare né sul piano applicativo né su quello interpretativo alcuna contraddizione rispetto al principio del divieto di mandato imperativo *ex art. 67 Cost.*, che garantisce la libertà di ciascun parlamentare sul piano politico e giuridico-costituzionale, pertanto all’occorrenza anche nei confronti del gruppo al quale iscritto. Il che chiude il ragionamento della Corte sul piano del diritto costituzionale positivo, dove non può trovarsi nemmeno in via interpretativa alcuna base di legittimazione del ruolo dei gruppi in termini autonomi dalla dimensione regolamentare di ciascuna Camera di riferimento».

⁹⁶ Così, M. ARMANNI, *Il conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato*, cit., 206.

⁹⁷ In tal senso, cfr. M. ARMANNI, *op. ult. cit.*, 204.

⁹⁸ A tal proposito, V. DI CIOLO, L. CIAURRO, *Il diritto parlamentare nella teoria e nella pratica*, Giuffrè, Milano, 1994, 266, hanno evidenziato come il riconoscimento istituzionale della Conferenza dei capigruppo abbia, a sua volta,

la natura di «soggetto della rappresentanza politica» che il gruppo, richiamando quanto esposto in precedenza, riveste all'interno delle Camere. Sono i raggruppamenti politico-parlamentari, infatti, non già singole personalità, per quanto eminenti, a consentire l'organizzazione ed il funzionamento dell'istituzione parlamentare. Continuare a sbilanciare la rappresentanza politica sul singolo eletto, per di più, potrebbe rivelarsi oltremodo pernicioso sol che si pensi all'inevitabile rafforzamento delle individualità rappresentative che, se non adeguatamente bilanciate dalla (auspicabile e, sembrerebbe, necessaria) riforma dei regolamenti camerale, si avrà a seguito dell'entrata in vigore della legge costituzionale n. 1 del 2020⁹⁹. Ad ogni modo, benché riconosciuto a livello teorico-concettuale, lo stesso ricorso individuale per conflitto di attribuzione subisce un decisivo (definitivo?) restringimento a livello pratico-applicativo. Un esito, quest'ultimo, che parrebbe riflettere, a sua volta, una interpretazione eccessivamente formalistica (anch'essa) dell'autonomia parlamentare, che si vorrebbe quasi intangibile da parte di poteri esterni. Con il risultato, è evidente, di seriamente compromettere la tutela di prerogative costituzionali lese dalle dinamiche manifestazioni della realtà assembleare¹⁰⁰.

Un simile percorso argomentativo, peraltro, finisce per rilevare sotto un ulteriore profilo. Negare ai gruppi la qualità di «organo-potere» abilitato a sollevare conflitti di attribuzione, in uno alla neutralizzazione pratica della medesima possibilità pur riconosciuta a livello teorico in capo ai singoli eletti ed alla decisa «chiusura» – anche formale – opposta ai partiti politici, sembra rivelare una certa ritrosia del giudice delle leggi a riconoscere l'esistenza del «conflitto»¹⁰¹. In altre parole, la Corte costituzionale parrebbe intenzionata a negare la conflittualità che fisiologicamente caratterizza le dinamiche politico-parlamentari. Una sorta di neutralizzazione pratica della rappresentatività politica del raggruppamento parlamentare, destinata a riverberarsi nella mancata, trasparente, emersione della endemica dialettica assembleare. Con il risultato, si badi, di riconoscere implicitamente quello che si è in precedenza definito il «quadrilatero» della rappresentanza politica. A guardar bene, in effetti, la illogica chiusura opposta dalla Consulta in ordine alla qualificazione dei gruppi come «poteri» dello Stato, in uno alla ancor più rigida negazione cui vanno incontro i partiti politici, sembrerebbe dar contenuto ad un acritico tentativo di celare la sempre più diffusa degenerazione del «rapporto rappresentativo». Quella che, come detto, risulta essere la patologica alterazione dell'originaria triade rappresentativa (elettori-partiti-eletti) causata dall'autonomia politica riconosciuta ai gruppi parlamentari, foriera, a sua volta, di una perniciosa ridefinizione, in senso non certo democratico, del «rapporto rappresentativo» che intercorre tra «gruppi politici», «gruppi parlamentari» e «corpo elettorale». Se non ci si sbaglia, quindi, è come se la Corte tentasse di misconoscere tale complessità delle cose attraverso il (teorico) riconoscimento soltanto al singolo parlamentare della possibilità di sollevare conflitto di attribuzione. E tanto, dal momento che l'individuo atomizzato risulta di fatto

rappresentato «il definitivo riconoscimento delle Camere organizzate per Gruppi e il superamento delle concezioni atomistiche ed individualistiche, tipiche dei precedenti ordinamenti costituzionali ed elettorali».

⁹⁹ Per prevenire una siffatta, più che probabile, eventualità, diverse sono le ipotesi di revisione regolamentare prospettate in dottrina. Tra queste, in particolare, rileva quella dell'introduzione del voto c.d. ponderato all'interno delle commissioni parlamentari, il cui numero complessivo parrebbe, in ogni caso, andare incontro ad una riduzione. L'introduzione del voto ponderato, tuttavia, non eliminerebbe tutti i profili problematici correlati al potenziale sbilanciamento della rappresentanza politica su singole personalità elettive. Infatti, come ha fatto notare S. CURRERI, *Gli effetti della riduzione del numero dei parlamentari*, cit., 11, introdurre tale sistema di voto vorrebbe dire «conferire la rappresentanza del gruppo a singoli commissari», il cui voto in commissione non è detto che «corrisponda effettivamente alla volontà del (la maggioranza del) gruppo d'appartenenza». Per questo, già in altra sede, si è provato a suggerire di eliminare il requisito numerico per la costituzione di un gruppo, conservando invece il solo requisito politico-elettorale. Una soluzione, questa, in linea con la riforma regolamentare del Senato del 2017, lì dove si prevede la necessaria corrispondenza tra gruppo politico-parlamentare e soggetto politico presentatosi alle elezioni. Solo così un Parlamento sensibilmente ridotto nella propria dimensione numerica sembrerebbe poter scongiurare paralisi procedurali. Per i necessari approfondimenti, sia consentito il rinvio ad A. GUSMAI, *Alcune riflessioni sui gruppi parlamentari*, cit., 22 ss.

¹⁰⁰ Un rischio, questo, già paventato da N. ZANON, *Il libero mandato parlamentare*, cit., 322-323.

¹⁰¹ Il rapporto tra «diritto» e «conflitti», da cui origina la realtà degli ordinamenti giuridico-costituzionali moderni e contemporanei, è al centro delle dense riflessioni di G. AZZARITI, *Diritto e conflitti. Lezioni di diritto costituzionale*, Laterza, Roma-Bari, 2010.

incapace di incidere sugli (s)equilibri complessivi, a differenza del partito e, soprattutto, del gruppo parlamentare, soggetti della rappresentanza politica di per sé quantitativamente e qualitativamente in grado di portare ad emersione tali scompensi politico-costituzionali¹⁰².

Mutatis mutandis, nel caso in cui la Consulta dovesse – come auspicabile – “aprire le porte” del conflitto di attribuzione tra poteri ai partiti ed ai gruppi parlamentari, il risultato sarebbe molto probabilmente quello di rendere esplicito il conflitto politico esacerbato, se non proprio originato, dalla suddetta degenerazione. Per tutti i motivi sin qui esposti, questa sincera ricognizione della realtà delle dinamiche assembleari parrebbe non potersi ulteriormente procrastinare.

E così, in conclusione, appaiono opportune due ultime considerazioni. In primo luogo, sembrerebbe giunto il momento di esplicitare, a favore dei gruppi parlamentari (e, a monte, dei partiti politici), la facoltà di sollevare conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato. Una possibilità, quest’ultima, peraltro già implicitamente riconosciuta dalla precedente [pronuncia n. 17 del 2019](#) lì dove la Corte, come si è detto, aveva di fatto tratteggiato il gruppo parlamentare tanto come «soggetto sostanziale» del conflitto di attribuzioni, quanto come «soggetto processuale» dello stesso, stante la quota di potere riservato di cui esso è titolare in forza della stessa Carta fondamentale (*ex artt. 72, co. 3 e 82, co. 2 Cost.*). Del resto, il riconoscimento in capo ai gruppi della qualifica di «potere» dello Stato contribuirebbe a tutelare l’esercizio delle libertà e delle prerogative giuridico-costituzionali potenzialmente lese dalla dialettica politico-parlamentare. Con ciò, peraltro, in un certo senso recependo strategie d’intervento già sperimentate in altri ordinamenti giuridico-costituzionali. Basti pensare a quanto accade in Germania, lì dove la facoltà di adire il Tribunale Costituzionale Federale è riconosciuta ai singoli eletti, ai gruppi parlamentari ed ai partiti politici, proprio al fine di meglio tutelare le rispettive prerogative giuridico-costituzionali¹⁰³. In senso analogo, la Legge organica sul Tribunale costituzionale spagnolo specifica che a poter presentare ricorso al giudice delle leggi sono anche cinquanta deputati o cinquanta senatori, i quali sono financo legittimati ad impugnare Regolamenti delle Camere e delle *Cortes*¹⁰⁴.

In secondo luogo, dall’esame delle pronunce della Corte ed in base alle argomentazioni che si sono sostenute, sembra potersi concludere che la giurisprudenza costituzionale sulla legittimazione (dei partiti e) dei gruppi parlamentari a sollevare conflitto di attribuzione presenti elementi di non linearità. Non linearità che, contrariamente a quanto potrebbe evincersi dalla lettura delle pronunce richiamate, induce a non ritenere del tutto sbarrate le porte del conflitto tra poteri per i raggruppamenti politico-parlamentari. Quello che l’[ordinanza n. 60 del 2020](#) di certo conferma è, invece, la circostanza che l’espressa legittimazione, per i gruppi, a sollevare conflitto di attribuzione sia stata e resti un «caso difficile»¹⁰⁵. Ed oggi, forse, lo è ancora, visto che, nel complesso, «rimane tuttora irrisolta la questione

¹⁰² Del resto, come si è argomentato nel testo, lo “sbilanciamento” della rappresentanza politica sui singoli eletti nutre ancora una serie di ricostruzioni teoriche. Tra queste, proprio in vista del rafforzamento delle prerogative del singolo parlamentare in quanto membro di una mera formazione sociale, si veda A. CIANCIO, *Il gruppo parlamentare come formazione sociale e la tutela del dissenso dei singoli aderenti*, in *Rivista AIC*, n. 1/2020, 616 ss.

¹⁰³ Profilo, quest’ultimo, evidenziato da E. LA FAUCI, *I conflitti sollevati dai parlamentari a seguito dell’ordinanza n. 17/2019*, cit., 182, nt. 124.

¹⁰⁴ Sul punto, cfr. R.L. BLANCO VALDÉS, *Introduzione alla Costituzione spagnola del 1978*, Giappichelli, Torino, 1999, 195. A tal proposito, per rimanere in una prospettiva “comparatistica”, non può non rievocarsi l’art. 61 della Costituzione francese del 4 ottobre 1958, a detta del quale “Le leggi organiche, prima della loro promulgazione, le proposte di legge di cui all’articolo 11 prima di essere sottoposte a referendum, e i regolamenti delle assemblee parlamentari, prima della loro entrata in vigore, devono essere sottoposti al Consiglio costituzionale che si pronuncia sulla loro conformità alla Costituzione. Agli stessi effetti, le leggi possono essere deferite al Consiglio costituzionale, prima della loro promulgazione, dal Presidente della Repubblica, dal Primo ministro, dal Presidente dell’Assemblea nazionale, dal Presidente del Senato, da sessanta deputati o da sessanta senatori. Nei casi previsti dai due commi precedenti, il Consiglio costituzionale deve deliberare entro il termine di un mese. Tuttavia, a richiesta del Governo, in caso di urgenza, il termine è ridotto a otto giorni. Nei casi menzionati, il deferimento al Consiglio costituzionale sospende il termine della promulgazione”.

¹⁰⁵ Le citazioni sono tratte, sin dal titolo, da R. BIN, *L’ultima fortezza*, cit., il quale pure riconosce la legittimazione dei gruppi parlamentare a sollevare il conflitto, nella consapevolezza che «non è l’attribuzione astratta o il riconoscimento formale, ma la situazione concreta a creare il “potere”» (143). Prima di tale Autore, ad auspicare tale possibilità per i gruppi, A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di Giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2019, 328, i quali

relativa a un efficace sistema di garanzie costituzionali del procedimento legislativo»¹⁰⁶. Ma, ed è questo ciò che più rileva sul piano giuridico, soltanto da un punto di vista per così dire processuale, non più teorico-costituzionale. Riconoscere la piena soggettività politica dei raggruppamenti parlamentari vuol dire rendere esplicita la dialettica politica che connota le dinamiche assembleari e che, nelle sue plurime manifestazioni, implica esigenze di tutela di competenze e, soprattutto, di diritti¹⁰⁷ coinvolti nell'esercizio parlamentare della sovranità popolare.

sostengono che, «in attesa di una chiara riforma costituzionale che esplicitamente garantisca “processualmente” le minoranze, ciò che appare ancor più necessario in un sistema politico-istituzionale (più che strettamente elettorale) maggioritario, forse si può immaginare una legittimazione dei gruppi a sollevare un eventuale conflitto, proprio a tutela delle minoranze»; P. VIRGA, *I conflitti di attribuzione*, in *Foro pad.*, IV, 1949, 11-12, il quale qualificava i gruppi parlamentari «organi costituzionali»; P. PINNA, *La Corte costituzionale giudice di controversie tra il Parlamento e il Governo. Alcuni spunti per una discussione*, in A. Anzon, B. Caravita, M. Luciani, M. Volpi (a cura di), *La Corte costituzionale e gli altri poteri dello Stato*, Giappichelli, Torino, 1993, 156. Ad oggi, sembrano ammetterla, oltre agli autori già citati, anche E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2018, 249, secondo i quali «non può aprioristicamente escludersi, ad un certo momento dell'esperienza positiva, che assurgano al rango di “poteri”». In riferimento alle minoranze e per i gruppi che le rappresentano, una timida apertura è rinvenibile in M. MAZZIOTTI DI CELSO, *I conflitti di attribuzione fra i poteri dello Stato*, cit., 1972, 259-264. Esclude la configurabilità del gruppo parlamentare come possibile parte nel giudizio dinanzi alla Corte, A. PISANESCHI, *I conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato. Presupposti e processo*, Giuffrè, Milano, 1992, 275 ss. Di tale ultima convinzione, sembrano poi essere tutti quegli autori che ritengono il gruppo parlamentare essere un soggetto «espressione del pluralismo politico», come tale più vicino ad una mera associazione di diritto privato «esterna» allo Stato-apparato che a un ente delle Camere. Tra questi, A. CIANCIO, *I gruppi parlamentari. Studio intorno a una manifestazione del pluralismo politico*, Giuffrè, Milano, 2008, 231 ss.; e, da ultimo, A. MORELLI, *Rappresentanza politica*, cit., 108, nt. 15, il quale, però, non sembra escludere la possibilità che, ai gruppi, si possa estendere «la soluzione adottata in giurisprudenza per i Comitati promotori del referendum abrogativo».

¹⁰⁶In tal senso, a commento dell'[ordinanza n. 17/2019](#), G. LANEVE, *I rapporti tra Pubblico ministero e polizia giudiziaria dinanzi la Corte costituzionale: una prima (e per nulla marginale) questione relativa ai conflitti tra poteri su atto legislativo*, in [Dirittifondamentali.it](#), fasc. 1/2019, 24. Dello stesso A., da ultimo, si veda, anche, [La funzione parlamentare al cospetto della funzione giurisdizionale nel prisma della giurisprudenza costituzionale sui conflitti tra poteri: uno studio sugli ultimi trent'anni](#), in questa [Rivista](#), [Studi 2022/I](#), 35 ss. In argomento, posso tornare utili le riflessioni di G. PISTORIO, *Maxi-emendamento e questione di fiducia. Contributo allo studio di una prassi illegittima*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, spec. 282 ss.

¹⁰⁷In argomento, cfr. le dense argomentazioni di A. SAIITA, *La verifica dei poteri nel Parlamento italiano e la possibilità di un sindacato successivo della Corte costituzionale*, in *Rass. parl.*, 1/2019, 22 ss.

Francesco Valerio della Croce - Giuseppe Libutti - Giampiero Buonomo

Sulla gestione del patrimonio pubblico di Roma Capitale.

Per una regolamentazione fondata sul principio di uguaglianza e su un'interpretazione costituzionalmente orientata dei beni comuni*

ABSTRACT: *The social and cultural value of the heritage of Roma Capitale cannot be overshadowed by the need to regulate the management of public assets in accordance with the general rules of administration and accounting. A proper measure can only be achieved by balancing the proprietary interest with the social value exercised, also considering the principle of horizontal subsidiarity. The new regulation of the matter must inspire itself to respect the constitutional principle of equality and place itself outside the logic of the competitive market.*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Il patrimonio pubblico nella deliberazione della Giunta capitolina n. 140/2015 – 3. La successiva e lunga fase del contenzioso – 4. Nuove fonti di disciplina e “beni comuni” – 5. Le proposte per la regolamentazione – 6. Per una gestione egualitaria dei beni comuni. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione.

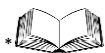
Le problematiche relative alla gestione del patrimonio immobiliare di Roma Capitale sono divenute, nel corso degli anni più recenti, di notoria importanza.

Queste, in verità, non sono emerse in modo estemporaneo ed inaspettato, ma sono parte di un processo di profonda trasformazione, avvenuta a livello di governo del territorio, urbanistico e di sviluppo complessivo, che ha riguardato le principali metropoli italiane¹. Ad essere messo in discussione, per quanto più specificamente riguarda Roma Capitale, è oggi il modello di sviluppo, che è stato definito, sinteticamente ed in termini generali, delle «tre rendite»².

Anche in termini generali di governo della Capitale, è da tempo in atto un dibattito tra prospettive, anche sensibilmente diverse, ma orientata a portare Roma fuori da quel guado che la rende ad oggi, incertamente, lontana dal definire uno statuto definito tra «capitalità» e «metropolitanità»³.

Sulla falsariga di queste considerazioni, si inserisce più specificamente il travagliato percorso relativo alla gestione del patrimonio immobiliare di Roma Capitale.

È noto che a Roma esistono una lunga storia ed una conseguente fitta rete di realtà sociali e attivismo organizzato che, nel corso degli anni, hanno consentito e realizzato un arricchimento effettivo del tessuto urbano, sociale e culturale della città. Tali esperienze - tutt'oggi diverse delle quali considerate occupazioni senza titolo - hanno incrociato un vasto arco di bisogni esistenti nella città: dal diritto all'abitare⁴ ad un poliedrico inveramento della funzione sociale *ex art. 42 Cost.* che, pur implicitamente, l'ordinamento assegna anche alla proprietà pubblica⁵ nei termini efficacemente



¹ Sul punto, si rinvia *ex multis* a P. BERDINI, *La città in vendita: centri storici e mercato senza regole*, Donzelli Editore, Roma, 2008; I. Agostini, P. Bevilacqua (a cura di), *Viaggio in Italia: le città del trentennio neoliberaista*, Manifestolibri, Roma, 2016.

² W. TOCCI, *Roma come se. Alla ricerca del futuro per la capitale*, Donzelli Editore, Roma, 2020.

³ Per approfondire la questione si veda F. C. BESOSTRI, F. V. DELLA CROCE, G. LIBUTTI, [Roma Capitale: uno status giuridico d'equilibrio tra “capitalità” e “metropolitanità”](#), in questa [Rivista 2021/1](#), 42 ss.

⁴ Per una ricostruzione giuridica della configurazione del diritto in parola, si veda E. OLIVITO, *Il diritto costituzionale all'abitare: spinte proprietarie, strumenti della rendita e trasformazioni sociali*, Jovene, Napoli, 2017.

⁵ Si veda sul punto P. RESCIGNO, *Proprietà* (ad vocem), in *Enciclopedia del diritto*, XXXVII, Milano, 1988, 273 ss.

espressi in dottrina per cui «*la proprietà pubblica è funzione sociale, la proprietà privata ha funzione sociale*»⁶.

Proprio nei riguardi della multiforme espressione della funzione sociale del patrimonio immobiliare della città, si può constatare una straordinaria tensione alla supplenza delle carenze nella garanzia persino di servizi sociali fondamentali. Non sono affatto radi gli esempi di iniziative sociali volte a garantire, a solo titolo d'esempio, la fruizione di luoghi di studio in quartieri privi di tali servizi, la promozione culturale, persino l'assistenza alle persone più vulnerabili. Se il passaggio dalla concettualizzazione alla concretizzazione della funzione sociale del patrimonio immobiliare è sempre risultato ostico, persino per il Giudice delle leggi⁷, i fatti in ultimo citati ben appalesano, tuttavia, come la "realtà fattuale" abbia superato gli ondeggiamenti.

Le esperienze in questione, si può agevolmente sostenere, hanno con lungimiranza percorso i tempi sulla teorizzazione del principio di sussidiarietà tra pubblica amministrazione e privati. In termini pratici, prima ancora che di diritto, la gestione sociale del patrimonio immobiliare di Roma Capitale è stata tra gli strumenti fondamentali per contrastare le diseguaglianze territoriali e urbane esistenti nella metropoli, perpetratesi in forma esasperata in conseguenza della pandemia da Covid-19⁸.

Per tutte le ragioni (solo come meri esempi) menzionate ad esergo di questo testo, è evidente come il problema della regolamentazione della gestione di tale patrimonio assuma una valenza significativa.

A metà degli anni Novanta, le istituzioni cittadine romane avevano avviato un percorso di riconoscimento e sanatoria in funzione della regolarizzazione e assegnazione in favore di «*Enti, Fondazioni o Associazioni e Centri sociali autogestiti costituiti in associazioni (...) che esplicino attività di carattere sociale, ivi compreso quello sanitario, politico (...), culturale, assistenziale, sindacale, ricreativo-sportivo e di tutela ambientale, senza scopo di lucro*»⁹. Come agevolmente si coglie alla lettura del testo citato, la Deliberazione n. 26 del 1995, e le modifiche introdotte dalla Deliberazione n. 202 del 1996, hanno pienamente colto l'ampio raggio d'azione verso cui si sono rivolte le poliformi manifestazioni di attività sociali già ricordate, in un contesto in cui «*il welfare statale negli anni è stato pressoché azzerato*»¹⁰. Il parametro finanziario impiegato per la quantificazione (indi, l'agevolazione) della funzione sociale realizzata con la locazione degli immobili ricompresi nel patrimonio indisponibile e disponibile della Capitale, veniva individuato in un abbattimento al 20% del canone di mercato¹¹. In quest'ottica, appare chiara la volontà di fuoriuscire nettamente dalle mere logiche di incontro tra domanda e offerta, grazie all'opera dei

⁶ P. PERLINGERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Tomo II, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, 632.

⁷ Nel merito, M. LUCIANI, *L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia urbanistica e edilizia*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, Giuffrè, Milano, 2009.

⁸ Si consideri per approfondire la questione E. OLIVITO, *Le diseguaglianze fra centro e periferie: lo sguardo miope sulle città*, in Costituzionalismo.it, n. 2, 2020.

⁹ Art. 1, comma 4, Regolamento adottato con deliberazione del Consiglio Comunale di Roma n. 26 del 2 febbraio 1995.

¹⁰ F. C. BESOSTRI, G. LIBUTTI, *Per una corretta applicazione della Deliberazione n. 140 del 30 aprile 2015 di Roma Capitale recante "Linee guida per il riordino, in corso, del patrimonio indisponibile in concessione". Una visione costituzionalmente orientata della gestione del patrimonio pubblico (passando per la categoria dei c.d. beni comuni)*, in Diritti Regionali, n. 2, 2020, 14.

¹¹ Tale valore percentuale era il frutto del rinvio espresso a quanto statuito nella Delibazione del Consiglio Comunale di Roma n. 5625 del 27 settembre 1983, la quale, disciplinando con Regolamento le concessioni di beni immobili demaniali e appartenenti al patrimonio indisponibile, tripartiva all'Art. 7 le relative tipologie di canone in: canone di mercato; canone ridotto (al 20% del canone di mercato) in favore dello Stato, degli Enti pubblici, delle Organizzazioni internazionali, riconosciute dalla Stato, degli Enti e della Associazioni riconosciute idonee dall'Amministrazione che svolgono attività di carattere sociale, assistenziale, culturale, sportivo, ecc., sempreché le finalità degli Enti e delle Associazioni medesime sia di interesse generale; a canone ricognitivo, per le concessioni a Enti o Associazioni che svolgono attività socialmente utili d'interesse cittadino, su delega o per conto del Comune ed a Enti e Organizzazioni internazionali riconosciuti dall'ONU; infine, a canone convenzionato, qualora gli Enti o Associazioni beneficiari realizzino progetti finalizzati per conto dell'Amministrazione o forniscano servizi utili alla stessa.

pubblici poteri *ex art. 3, comma 2, Cost.*, e la determinazione di un canone fortemente abbattuto rispetto ad una quantificazione parametrata più sulla *rendita accettabile* che sulla *soddisfazione dei bisogni*¹².

La *ratio* degli interventi descritti a livello comunale a metà degli anni Novanta è stata completamente superata dalla Deliberazione della Giunta capitolina n. 140 del 30 aprile 2015 “*Linee guida per il riordino, in corso, del patrimonio indisponibile in concessione*”. La fase apertasi da quel momento ha determinato una lunga e, tuttora, irrisolta fase di *vacatio* nella regolamentazione delle nuove assegnazioni ma, specialmente, nei rapporti tra Amministrazione e occupanti. Si tratta di un percorso non semplice, intersecato da atti adottati, contenzioso giudiziario protratto nel tempo, nuove fonti, proposte alternative per colmare il “vuoto”. Una strada necessariamente da ripercorrere diacronicamente, rifuggendo dalla ricerca di quella comprensione effimera che, come nelle parole del *caveat* in un’opera letteraria celeberrima, solamente «*rivela la volgarità di ciò che viene compreso*»¹³.

2. Il patrimonio pubblico nella deliberazione della Giunta capitolina n. 140/2015.

A differenza degli atti precedentemente citati, quella in oggetto è una deliberazione dell’organo esecutivo delle istituzioni di Roma Capitale. Si tratta di una evidenziazione non di poco momento: l’azione amministrativa in questione non si caratterizza, infatti, per alcuna finalità di regolamentazione¹⁴. Ad essa, tantomeno seguirà, negli anni seguenti, un regolamento (pure annunciato nel corpo dello stesso atto di Giunta) sulla gestione del patrimonio immobiliare della Capitale.

Le ragioni ispiratrici dell’intervento dell’amministrazione comunale, guidata dall’allora sindaco Ignazio Marino, sono riassunte nelle premesse della deliberazione. I beni oggetto dell’intervento amministrativo sono classificati come parte del patrimonio disponibile, indisponibile e qualificati giuridicamente, altresì, come “beni comuni”¹⁵. Sulle problematiche relative all’esatta concettualizzazione e sulle ricadute pratiche dell’adozione di tale istituto giuridico, si avrà modo di approfondire più avanti. Ciò che qui interessa, immediatamente, sottolineare è il nesso teleologico che contraddistingue l’azione di riordino, dichiaratamente individuato anche nella finalità di trarre «*redditività*» dal patrimonio pubblico. La commistione tra le diverse categorie patrimoniali sopra richiamate (disponibile, indisponibile, beni comuni) ed il fine in ultimo indicato, rappresentano una prima sostanziale differenziazione rispetto alle ragioni della disciplina regolamentare precedentemente vigente. In più, questa indicazione di scopo rappresenta il primo scoglio giuridico contro cui s’infrangeranno gli intenti dell’atto amministrativo in questione: infatti, il riferimento indistinto ad una “valorizzazione” (in senso strettamente economico, e quindi intesa come “patrimonializzazione”) dei beni, con allusione quindi alla possibilità di vendita di quella prevalente

¹² Si veda in merito W. TOCCI, *L’insostenibile ascesa della rendita urbana*, in *Democrazia e Diritto*, n. 1, 2009.

¹³ F. DOSTOEVSKIJ, *L’adolescente*, Giulio Einaudi editore, Torino, 1957, 94.

¹⁴ Tantomeno, l’atto in questione potrebbe adempiere alla funzione di regolamentazione in parola, posto quanto statuito *ex art. 42, comma 2, lett. a)* del Testo Unico delle leggi sull’ordinamento degli enti locali di cui al d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, con le modifiche apportate dal d.l. 14 agosto 2020, n. 104, conv., con modif., nella l. 13 ottobre 2020, n. 126. La norma ora citata, infatti, riserva al Consiglio comunale la competenza sull’adozione dell’atto fondamentale di regolamento: «*2. Il consiglio ha competenza limitatamente ai seguenti atti fondamentali: a) statuti dell’ente e delle aziende speciali, regolamenti salva l’ipotesi di cui all’articolo 48, comma 3, criteri generali in materia di ordinamento degli uffici e dei servizi*».

¹⁵ «*Considerato, quindi, che il Patrimonio pubblico costituisce una significativa risorsa della città e che Roma Capitale è proprietaria di numerosi immobili fra cui immobili di patrimonio indisponibile (circa 860 beni) alcuni dei quali versano in situazioni di grave degrado e richiedono interventi di restauro e/o manutenzione straordinaria; di tali beni occorre garantire con urgenza la conservazione da gravi processi di degrado, nonché preservarli da occupazioni abusive; Che al tempo stesso è necessario considerare la redditività del patrimonio pubblico al fine di definire maggiori risorse economiche per la città, provvedendo alla sua migliore finalizzazione*» (estratto da verbale deliberazione della Giunta capitolina n.149/2015).

componente di patrimonio indisponibile, rappresenta *sine ira et studio* un'aperta violazione dell'art. 828, comma 2, cod. civ. Una contraddizione che non mancherà di manifestarsi nel copioso contenzioso sorto non molto tempo dopo.

La prassi indicata per il riordino è individuata *sic et simpliciter* nella riacquisizione dell'intero patrimonio immobiliare di proprietà di Roma Capitale¹⁶.

Scopo precipuo della deliberazione in questione appare *prima facie* quello di «*recuperare disponibilità degli immobili attualmente utilizzati senza un titolo valido*», con riserva di «*avanzare ulteriori pretese economiche in ragione delle verifiche condotte sull'effettiva attività di interesse pubblico svolta dall'utilizzatore nell'immobile*», sancendo l'esclusione dalla partecipazione ai nuovi bandi di assegnazione per i morosi. L'atto di Giunta individua un *iter* fondato su criteri di priorità nell'attività di riordino¹⁷.

L'assenza di qualsivoglia individuazione di un regime transitorio per il proseguo delle attività sociali esistenti, nelle more della regolarizzazione, unitamente ad una quantificazione sovente arbitraria delle pretese creditizie aggiuntive dell'amministrazione nei confronti delle realtà occupanti, hanno rappresentato sicuramente un *vulnus*, prima di tutto per il principio di sussidiarietà orizzontale, inteso anche come modalità d'esercizio della «*sovranità popolare*»¹⁸.

Accanto a questo, è da rilevare l'ulteriore grande contraddizione ingenerata, direttamente e ancora una volta, dalla confusione tra le diverse categorie patrimoniali già ricordate. Il processo di riacquisizione in autotutela, dalla lettera della deliberazione, viene esteso anche agli «*utilizzatori dei beni a preminente carattere commerciale, professionale e/o imprenditoriale*». Ciò, in vero, rappresenta una contraddizione in termini, posto che il patrimonio indisponibile non può involgere quei beni aventi i caratteri di cui sopra, per la carenza strutturale del requisito oggettivo *ex art.* 826, comma 3, cod. civ.

Infine, la deliberazione n. 140/2015 archivia il Regolamento sulle concessioni amministrative del 1983 e, conseguentemente, l'abbattimento del canone di locazione al 20% rispetto a quello di mercato, per una non motivata estraneità di alcuni profili di quella disciplina con la normativa vigente

¹⁶ «*Considerato che l'uso dei beni in concessione rappresenta, in molti casi, un apporto significativo ad attività e servizi di valenza pubblica di supporto alle finalità dell'Ente e/o di sussidiarietà di servizi, ciò deve avere un peso specifico nell'individuazione delle priorità che devono presiedere l'attività di riordino di cui al presente provvedimento, per evitare improvvisi effetti negativi alla città*» (estratto da verbale deliberazione della Giunta capitolina n.149/2015)

¹⁷ «*Il percorso tracciato per l'attività di riordino seguendo progressivamente e temporalmente le seguenti priorità: 1. per gli utilizzatori, che sono già destinatari di un provvedimento di rilascio, si provvederà, in via prioritaria, all'avvio dei procedimenti necessari per riacquisire il bene nonché a provvedere alla definizione di bandi ad evidenza pubblica per l'assegnazione; 2. per gli utilizzatori dei beni a prevalente carattere commerciale, professionale e/o imprenditoriale, non ricollegabile ad attività prevalente di natura socioculturale, si procederà analogamente, in via prioritaria all'avvio delle procedure finalizzate al recupero della disponibilità del bene; 3. per gli utilizzatori di beni a destinazione urbanistica e catastale di tipo commerciale o residenziale si valuterà l'eventuale passaggio degli stessi, con appositi atti, dalla categoria del patrimonio indisponibile a quella del patrimonio disponibile, con conseguente applicazione del regime locatizio, relativo all'uso conforme alla suddetta destinazione urbanistico-edilizia; 4. fermo restando quanto previsto al punto 5., per gli utilizzatori che svolgono prevalentemente effettive funzioni, attività e/o servizi d'interesse pubblico, e che pertanto utilizzano il bene con modalità compatibili con la sua destinazione e che non risultino morosi si procederà, d'intesa con i Dipartimenti ed i Municipi interessati, successivamente rispetto a quanto previsto ai punti 1 e 2, all'avvio delle procedure finalizzate al recupero della disponibilità del bene. Lo stesso criterio potrà essere applicato a favore degli utilizzatori rientranti in questa stessa classificazione, che risultassero morosi, qualora entro 250 giorni o con rateizzazione definita con atto di impegno, provvedano a sanare la morosità. Resta inteso che i fattori dell'interesse pubblico e dell'utilità dei servizi svolti per la collettività, saranno considerati nel definire l'attuazione temporale del piano di recupero dei beni; 5. per gli utilizzatori quali Enti, Organismi o Associazioni che svolgono comprovate attività socialmente utili di interesse cittadino o municipale, su delega o per conto di Roma Capitale, e Enti ed Organizzazioni internazionali riconosciute dall'ONU, si procederà nel rispetto del Regolamento sulle Concessioni (Consiglio Comunale n. 5625/1983)*» (estratto da verbale deliberazione della Giunta capitolina n.149/2015).

¹⁸ Così si è espresso il TAR Lazio, sez. II-bis, ord. 15 dicembre 2009, sul ricorso numero di registro generale 6380 del 2009: dalla «*ricognizione delle norme che ne stabiliscono i modi di esercizio*» il Giudice amministrativo individua anche l'«*impegnarsi direttamente nel sociale (alla stregua del principio di sussidiarietà di cui all'art. 118)*».

(sebbene non citata). L'alternativa prospettata dalla delibera è una verifica-aggiornamento dei valori del servizio dell'Osservatorio del Mercato Immobiliare presso l'Agenzia delle Entrate, e quindi la verosimile estensione a tutte le attività del canone determinato dalle dinamiche di mercato.

3. La successiva e lunga fase del contenzioso

La messianica attesa di una nuova regolamentazione della gestione e nuova assegnazione del patrimonio immobiliare capitolino – mai formalizzata ad oggi, trascorsi circa 7 anni dalla deliberazione n. 140/2015 – non ha mancato di ingenerare una conseguente e lunga fase di contenzioso giudiziario.

Come evidenziato nelle pagine precedenti, la commistione/confusione tra le categorie di bene comune, patrimonio indisponibile e disponibile ha contribuito a portare incertezza e sovrapposizione tra norme e discipline incentrate su classificazioni giuridiche alternative e non sovrapponibili. L'atto in questione, privo, inevitabilmente e come già ricordato, della idoneità a disciplinare e regolamentare la nuova fase di assegnazioni, ha presto determinato il moltiplicarsi di controversie tanto in sede civile quanto davanti al giudice amministrativo.

Dinnanzi a quest'ultima giurisdizione, sono state pronunciate sentenze fondamentali sulla valenza della delibera n. 140/2015. In particolare, con la sentenza n. 2982 del 5 marzo 2020, il TAR del Lazio si è espresso in una decisione sulla legittimità del diniego del rinnovo della concessione, fondato sulle esigenze di riordino gestionale del patrimonio di Roma Capitale¹⁹. Nella sentenza citata, è stato riconosciuto un valore programmatico per tale riordino, sottolineando il rinvio operato nella stessa determinazione al futuro regolamento di gestione del patrimonio immobiliare²⁰, a sua volta – come già ricordato – attribuito alle competenze esclusive del Consiglio.

Nella medesima decisione, il giudice amministrativo ha sancito l'illegittimità del mancato rinnovo della decisione *de qua* poiché frutto di una non adeguata ponderazione di interessi e poiché sostanzialmente immotivato²¹. In questa maniera, il TAR ha evidenziato che gli interessi coinvolti nel rinnovo di una concessione (così come nel caso della riacquisizione) sono differenti e, di tal guisa, vanno valutati: da un lato, v'è la necessità per l'amministrazione di recuperare il possesso di un bene in sua proprietà, ma, dall'altro, da quest'ultima non può essere travolto e pregiudicato l'interesse alla tutela e conservazione delle attività socialmente utili. Non si rinviene, nella sentenza in esame, soluzione di continuità rispetto a quanto sancito da tempo dalla Suprema Corte a Sezioni Unite, nella sentenza n. 3665 del 14 febbraio 2011, che ha chiaramente indicato la necessità di una lettura costituzionalmente orientata delle norme civilistiche in materia di beni pubblici, ancorando

¹⁹ «Per l'annullamento del provvedimento di Roma Capitale – Dipartimento patrimonio sviluppo e valorizzazione-Direzione gestione amministrativa – U.O. concessioni-locazioni emesso in data 18 marzo 2016, prot. n. 6849, nella parte in cui l'amministrazione capitolina, con riferimento alle richieste di rinnovo inoltrate dall'associazione di cui ai prott. 27591/09 e 11083/20, dispone che «non può procedersi al rinnovo della concessione in quanto è in corso un riordino gestionale del patrimonio capitolino per procedure all'assegnazione dello stesso in osservanza della normativa vigente in materia ... e che in mancanza di perfezionamento del titolo concessorio, vengono meno i presupposti che giustificano il versamento ridotto dell'indennità d'uso, con conseguente obbligo di riacquisizione del bene»: così il TAR Lazio-Roma, sez. II, 2020, n. 2982

²⁰ «Al riguardo, deve tuttavia osservarsi che la predetta deliberazione reca – per ammissione anche della stessa difesa capitolina – disposizione di portata esclusivamente programmatica. Si tratta, infatti, di un provvedimento che mira esclusivamente a dettare in via generale, le linee d'azione che devono essere seguite dagli Uffici, in attesa del nuovo regolamento per la gestione del patrimonio, e a stabilire, in questa prospettiva, l'ordine di priorità nelle procedure di riacquisizione»: così il TAR Lazio-Roma, sez. II, n. 2982, § 12.2.

²¹ «Come correttamente rilevato dalla ricorrente, il provvedimento impugnato è perciò illegittimo perché non costituisce il frutto di un'adeguata ponderazione, esternata mediante idonea motivazione, e per la manifesta contraddittorietà rispetto alle precedenti determinazioni della stessa Amministrazione»: così il TAR Lazio-Roma, sez. II, 2020, n. 2982, § 12.5.

quest'ultima all'individuazione del vincolo finalistico rappresentato dal «*perseguimento e soddisfacimento degli interessi della collettività*»²².

Tuttavia, la tripartizione codicistica del patrimonio in demaniale, indisponibile e disponibile ha assunto uno specifico rilievo nelle numerose controversie sorte dinnanzi alla giurisdizione civile. Come già richiamato precedentemente, la deliberazione n. 140/2015 si è contraddistinta per la commistione tra le categorie sopra richiamate. In questa prospettiva, la volontà di trarre "redditività" dal patrimonio pubblico indisponibile cozza palesemente con la disciplina in materia, già richiamata.

In questo modo, era assolutamente prevedibile il segno dei pronunciamenti dei tribunali, dichiarativi dell'illegittimità delle riacquisizioni, in autotutela esecutiva, del patrimonio capitolino. Dalle specifiche pronunce si possono trarre generali considerazioni, giusta la natura stessa dell'istituto dell'autotutela, dietro cui «*c'è veramente tutta la vicenda del diritto amministrativo e del rapporto tra potere pubblico e cittadino*»²³. L'autotutela patrimoniale, infatti, presuppone necessariamente ed indefettibilmente una specifica natura giuridica dei beni oggetto del provvedimento: essa, quindi, è esercitabile esclusivamente nei riguardi di beni appartenenti al demanio od al patrimonio indisponibile, non nei confronti di beni appartenenti al patrimonio disponibile²⁴.

Posta l'essenziale compresenza dei requisiti della proprietà pubblica del bene e della concreta destinazione del medesimo ad un pubblico servizio²⁵, il mero accertamento catastale non è sufficiente a legittimare l'azione dell'amministrazione. Pertanto, si configura come imprescindibile la preventiva verifica dello stato, dell'impiego e della concreta destinazione dei beni del patrimonio indisponibile oggetto dei provvedimenti di acquisizione²⁶. Di questa attività di verifica e, conseguentemente, di dialogo bilaterale con i soggetti nella disponibilità degli immobili capitolini, non v'è stata traccia. Non s'ignora, in questa sede, la difficoltà di tradurre in prassi quanto in ultimo detto in termini generali: giova ricordare che una parte significativa delle assegnazioni, riacquisite nel 2015, sono state oggetto della già ricordata deliberazione n. 26 del 1995, che ha regolamentato gestione, assegnazione e regolarizzazione del patrimonio disponibile e indisponibile. Una parte importante gli immobili così dati in concessione dall'amministrazione, provenivano da occupazioni precedentemente poste in essere. Molte di queste, sono sorte in contesti di degrado o stato di abbandono e non curanza degli immobili in questione da parte dell'amministrazione. Pertanto, in

²² «Oggi, però, non è più possibile limitarsi, in tema di individuazione dei beni pubblici o demaniali, all'esame della sola normativa codicistica del 42, risultando indispensabile integrare la stessa con le varie fonti dell'ordinamento e specificamente con le (successive) norme costituzionali. La Costituzione, com'è noto, non contiene un'espressa definizione dei beni pubblici, nè una loro classificazione, ma si limita a stabilire alcuni richiami che sono, comunque, assai importanti per la definizione del sistema positivo. Tuttavia, dagli artt. 2, 9 e 42 Cost., e stante la loro diretta applicabilità, si ricava il principio della tutela della umana personalità e del suo corretto svolgimento nell'ambito dello Stato sociale, anche nell'ambito del "paesaggio", con specifico riferimento non solo ai beni costituenti, per classificazione legislativa - codicistica, il demanio e il patrimonio oggetto della "proprietà" dello Stato ma anche riguardo a quei beni che, indipendentemente da una preventiva individuazione da parte del legislatore, per loro intrinseca natura o finalizzazione risultino, sulla base di una compiuta interpretazione dell'intero sistema normativo, funzionali al perseguimento e al soddisfacimento degli interessi della collettività»: così la Corte di Cassazione, Sez. Unite civ., 2011, n. 3665.

²³ A. PAJANO, *Conclusioni del convegno "L'autotutela amministrativa tra tradizione e innovazione"*, in federalismi.it, n. 7, 2017, 3.

²⁴ È quanto evidenziato in TAR Lazio-Roma, sez. II-bis, n. 11057; TAR Lazio-Roma, sez. II, n. 3764 del 2016 e nn. 1881 e 1882 del 2015.

²⁵ Sul punto si vedano Corte di Cassazione civ., Sez. II, sentenza 16 dicembre 2009, n. 26402; Corte di Cassazione civ., Sez. II, sentenza 9 settembre 1997, n. 8743.

²⁶ «La Corte d'appello ha richiamato il principio, costantemente affermato nella giurisprudenza di questa suprema Corte, secondo cui, ai fini della qualificazione di un bene come appartenente al patrimonio indisponibile di un ente pubblico, ai sensi dell'art. 826 c.c., comma 3, la destinazione a un pubblico servizio, che tale indisponibilità connota, deve risultare da un duplice ordine di requisiti, quello c.d. "soggettivo" costituito da una manifestazione di volontà dell'ente proprietario, espressa in un atto amministrativo ad hoc, con il quale il bene sia stato destinato al soddisfacimento di un'esigenza collettiva, e quello "oggettivo", che ricorre nei casi in cui tale destinazione al pubblico interesse sia stata concretamente attuata». (Corte di Cassazione, sentenza del 14 giugno 2018, n. 15621; Corte di Cassazione, Sezioni Unite, ordinanza del 25 marzo 2016, n. 6019)

osservanza del principio di buon andamento ex art. 97 Cost., si sarebbe dovuto prendere consapevolezza di procedere per l'impervia strada della riacquisizione in autotutela, in assenza del requisito oggettivo (quindi, della concreta destinazione del bene ad un pubblico servizio).

Nel contenzioso azionato in sede civile, pertanto, non deve stupire quanto ripetutamente il Tribunale di Roma ha statuito sulle controversie in questione, dichiarando la nullità delle determinazioni dirigenziali strumentali alla riacquisizione²⁷. Sin dalle prime pronunce, è stata sottolineata la peculiarità distintiva della disciplina del patrimonio indisponibile, rispetto a quello disponibile²⁸,

Pacificamente, il giudice civile ha rilevato l'assenza dell'«*effettiva e, soprattutto, attuale destinazione del bene al pubblico servizio*»²⁹ e, ancora recentemente, la natura negoziale dei rapporti sorti tra amministrazione e soggetti privati, ricadenti quindi nell'ambito proprio dello *ius privatorum* in cui agisce l'amministrazione medesima³⁰.

Come evidente, i provvedimenti giurisdizionali non alludono al disconoscimento del valore sociale delle attività svolte all'interno degli immobili, od al dileguare di quest'ultimo nei termini di diritto del contenzioso istaurato. Questi provvedimenti, semplicemente, asseverano l'illegittimità delle riacquisizioni in autotutela, in ragione dell'impegno del concessionario a destinare in concreto i locali in questione ad un pubblico servizio, non certo della concedente amministrazione.

4. Nuove fonti di disciplina e “beni comuni”.

Stante la lunga stagione di contenzioso, inaugurata con l'entrata in vigore della deliberazione n. 140/2015, ed uno stato delle cose ancora incerto *in subiecta materia*, il dibattito circa la regolamentazione, a livello capitolino, si è nel tempo fortemente animato.

Si deve rilevare che anche a livello regionale sono state intraprese iniziative volte, in via pur indiretta, a delineare una cornice giuridica alla disciplina del patrimonio immobiliare di Roma Capitale. Lo strumento utilizzato, in tal senso, è stata la legge regionale del 26 giugno 2019, n. 10, “*Promozione dell'amministrazione condivisa dei beni comuni*”. Alla stessa, ha fatto seguito il regolamento regionale del 19 febbraio 2020, n. 7, “*Regolamento sull'amministrazione condivisa dei beni comuni*”. L'impostazione seguita delle norme richiamate è quella di favorire la collaborazione tra amministrazione e cittadini mediante agevolazioni sui canoni, attraverso la compensazione tra oneri dovuti all'amministrazione per l'uso degli immobili e valore economico attribuito alle attività ed ai servizi realizzati.

²⁷ «In conclusione, non essendo stata provata, nel caso in oggetto, l'appartenenza dell'immobile al patrimonio indisponibile comunale, deve escludersi la sussistenza in capo alla p.a. del potere di agire in autotutela ex art. 823, comma 2, c.c. per riacquistare la disponibilità dell'immobile, dovendo essa agire utilizzando i rimedi ordinari di tutela previsti dal Codice civile» (Tribunale ordinario di Roma, sez. II, sentenza del 9 dicembre 2019, n. 23739).

²⁸ «La nota qualificante di tale specialità è costituita dalla circostanza che i beni pubblici di questo tipo sono utilizzabili secondo modalità determinate, nelle quali il rispetto del vincolo funzionale della destinazione pubblica impone l'applicazione di regole di matrice pubblicistica e autoritativa. I beni del patrimonio disponibile, al contrario, sono riconducibili al regime di appartenenza del diritto comune, ferma restando la rilevanza (indiretta) di alcune regole di organizzazione amministrativa della gestione dei beni o di particolari principi di trasparenza contrattuale in relazione alle attività di alienazione (si pensi alle regole in materia di “*dismissioni immobiliari*”). Va dunque dichiarata la nullità, per carenza di potere, della determinazione dirigenziale oggetto di ricorso. Il Comune dovrà dunque iniziare autonomo giudizio civile per recuperare il possesso dell'immobile, prescindendo da un inesistente potere di accertamento e di esecuzione in autotutela». (Tribunale ordinario di Roma, ordinanza del 13 marzo 2017, r.g. n. 54321/2016).

²⁹ Tribunale ordinario di Roma, sez. II, ordinanza dell'8 febbraio 2021, r.g. n. 4121/2020)

³⁰ «Dunque, manca l'effettiva ed attuale destinazione del bene al pubblico servizio e si è fuori dalla autotutela di cui all'art. 823 c.c., riguardante i beni demaniali o del patrimonio indisponibile, trattandosi di un rapporto di matrice negoziale, da cui derivano in capo ai contraenti posizioni giuridiche paritetiche qualificabili in termini di diritto soggettivo, nel cui ambito l'amministrazione agisce “*iure privatorum*”, non soltanto nella fase genetica e funzionale del rapporto, ma anche nella fase patologica, con assenza di poteri autoritativi». (Tribunale ordinario di Roma, ordinanza del 13 novembre 2021, r.g. n. 21306/2021)

Risalta, a questo punto, la riproposizione della categoria dei *beni comuni* negli atti ora menzionati.

Appare utile, dunque, ricordare, pure schematicamente, gli snodi fondamentali del percorso dialettico che ha portato in anni recenti ad uno sviluppo plurale del dibattito su tale sintagma.

Facendo riferimento ai *beni comuni*, infatti, la legge n. 10/2019 si pone in una relazione d'affinità con la definizione giuridica data nella Proposta di articolato formulata dalla c.d. "Commissione Rodotà"³¹, istituita nel 2007 con decreto del Ministro della Giustizia, al fine di elaborare un disegno di legge per riformare le norme del codice civile sui beni pubblici. L'articolato citato tripartiva i beni - superando il dualismo tra patrimonio disponibile e indisponibile - in: beni comuni, beni pubblici e beni privati. Questa teorizzazione colloca detti beni «*al di fuori della categoria giuridica della proprietà pubblica, uscendo dal rapporto domenicale dominus-bene*»³² e si ritrova, riproposta, anche in iniziative parlamentari più vicine nel tempo³³. Si tratta di un'impostazione che spalanca le porte al possesso privato di tali beni, portando con sé numerosi interrogativi circa la natura, in definitiva, della relazione tra proprietà e gestione di detti beni e l'ordine economico neoliberalista egemone nelle società occidentali³⁴.

Per quanto strettamente attinente a questo tipo di enucleazione della categoria dei beni comuni, è stato osservato, già in altra sede, la piena insufficienza a conseguire razionalizzazione e semplificazione giuridica³⁵. Del pari, si è osservato a proposito dell'obiettivo di distinguere secondo una precisa semantica giuridica i beni comuni da quelli pubblici³⁶. In termini dottrinari, è stata rilevata l'incompatibilità, in ultima istanza, tra l'ordinamento costituzionale ed una visione volta al superamento stesso della distinzione pubblico/privato, «*in favore di un ruolo dominante da riconoscere al "comune"*»³⁷.

Sono queste le premesse, infatti, che hanno condotto una diversa posizione a corroborare una tesi, ispirata in particolar modo dal lavoro di studi e ricerca di Paolo Maddalena³⁸, volta al perseguimento di una lettura non individualistica, ma che faccia perno su una visione collettivistica della società,

³¹ «c) *Previsione della categoria dei beni comuni, ossia delle cose che esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona. I beni comuni devono essere tutelati e salvaguardati dall'ordinamento giuridico, anche a beneficio delle generazioni future. Titolari di beni comuni possono essere persone giuridiche pubbliche o privati. In ogni caso deve essere garantita la loro fruizione collettiva, nei limiti e secondo le modalità fissati dalla legge. Quando i titolari sono persone giuridiche pubbliche i beni comuni sono gestiti da soggetti pubblici e sono collocati fuori commercio; ne è consentita la concessione nei soli casi previsti dalla legge e per una durata limitata, senza possibilità di proroghe. Sono beni comuni, tra gli altri: i fiumi i torrenti e le loro sorgenti; i laghi e le altre acque; l'aria; i parchi come definiti dalla legge, le foreste e le zone boschive; le zone montane di alta quota, i ghiacciai e le nevi perenni; i lidi e i tratti di costa dichiarati riserva ambientale; la fauna selvatica e la flora tutelata; i beni archeologici, culturali, ambientali e le altre zone paesaggistiche tutelate. La disciplina dei beni comuni deve essere coordinata con quella degli usi civici» (art. 1, comma 3, lett c), Schema disegno di legge delega, "Delega al Governo per la modifica del Capo II del Titolo I del Libro III del Codice Civile").*

³² A. LUCARELLI, *Beni comuni*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, UTET, Milano, 2021, 23.

³³ Il riferimento è alla proposta di legge del 4 aprile 2019, n. 1744, "Modifiche al codice civile in materia di classificazione e regime giuridico dei beni, nonché definizione della nozione di ambiente", d'iniziativa del deputato Giuseppe D'Ippolito.

³⁴ Sul punto, si richiama quanto evidenziato in A. ALGOSTINO, *Riflessioni sui beni comuni tra il "pubblico" e la Costituzione*, in Costituzionalismo.it, n. 3, 2013, 11: «*La possibilità che i beni comuni siano posseduti da privati trascina con sé anche la loro sottoposizione ad un regime di mercato, se pur con la previsione di vincoli di gestione e limiti di scopo. Il riconoscimento dei beni comuni come res extra commercium non è del resto un punto fermo nel progetto di un loro possibile regime giuridico. Qual è il rapporto fra beni comuni e mercato? Questo è un interrogativo che si lega, come si vedrà infra, a quello, di carattere più generale, sulla relazione fra la prospettiva dei beni comuni e l'orizzonte del sistema economico capitalista e neoliberale attualmente imperante*».

³⁵ F. C. BESOSTRI, G. LIBUTTI, *Per una corretta applicazione*, cit., 20.

³⁶ *Op. et loc. ult. cit.*

³⁷ L. D'ANDREA, *I beni comuni nella prospettiva costituzionale: note introduttive*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2015, 8.

³⁸ Per una sintesi della posizione dottrina di Maddalena sul punto si veda, *ex multis*, P. MADDALENA, *La nozione di "beni comuni", nel contesto di una revisione costituzionale degli assetti proprietari previsti dal codice civile*, in [Giustizia Insieme](http://GiustiziaInsieme.it), 27 luglio 2021.

fondata sui diritti fondamentali e sul principio di eguaglianza economica e sociale³⁹. Una lettura, in definitiva, costituzionalmente orientata delle norme del codice civile e della figura dei beni comuni⁴⁰, tale da essere ricompresa «*nel concetto di proprietà pubblica demaniale, e di conseguenza, nel concetto di patrimonio pubblico del Popolo sovrano*»⁴¹. Adeguando, così, il codice del 1942 alla Carta costituzionale del 1948⁴², e superando in tal modo le contraddizioni generate dalle stesse categorie civilistiche di patrimonio disponibile o indisponibile.

Come già anticipato, tuttavia, le norme regionali ricordate sono prossime alla prima tesi richiamata. Lo si evince già dalla definizione di beni comuni contenuta all'art. 2, comma 1, lett. d), della legge regionale n. 10/2019, la quale nulla afferma in merito al rapporto tra detti beni e le forme costituzionalmente e civilisticamente riconosciute della proprietà. La norma in questione, invece, si preoccupa di vincolarne la nozione alle disposizioni *ex art. 118, comma 4, Cost.* e di garantirne in ogni caso la fruizione collettiva nello svolgimento delle attività, testualmente definite, «*della cura, della rigenerazione e della gestione in forma condivisa*». Nella definizione così individuata, si evidenzia un nesso funzionale tra i beni comuni e ciò che viene definito benessere individuale e collettivo. Accanto a ciò, i beni in questione sono rivolti funzionalmente a garantire gli «*interessi delle generazioni future*». La normativizzazione della responsabilità intergenerazionale ha suscitato, negli anni scorsi, un vivace dibattito dottrinario. Sono stati sottolineati, a questo riguardo, i rischi di un bilanciamento disomogeneo, sostenendo, di contro, la tesi della *conversione* necessaria dei diritti (o interessi) delle future generazioni in interessi del genere umano o, comunque, di parte di esso⁴³. Le ricadute in termini economici e giuridici di tale scissione tra generazioni sono note e, da tempo risalente, evidenziate con lungimiranza⁴⁴. Più correttamente, ci sembra posta la questione quando essa viene legata ai pregiudizi relativi all'assenza di moderne forme di programmazione economica, come prassi per una gestione oculata delle risorse, anche in una prospettiva di lungo periodo⁴⁵.

Suscita, inoltre, particolare curiosità la definizione data dalla legge regionale del Lazio di «cittadini attivi»⁴⁶, vale a dire coloro i quali si adoperano per le attività di cura, rigenerazione e gestione dei beni comuni: questi cittadini sono identificati in un insieme indistinto di soggetti, tale da porre sullo stesso piano, testualmente, i bambini e coloro i quali esercitano attività di natura imprenditoriale. Si tratta, con ogni evidenza, di un'assimilazione curiosa e di cui difficilmente si riesce ad intravedere una razionalità giuridica e pratica: è verosimile immaginare che i «bambini attivi» possano presentare proposte di collaborazione nei confronti delle amministrazioni interessate? O relazioni, programmi di manutenzione, tavole grafiche in scala, stima dei lavori? È arduo ipotizzare una risposta affermativa a questi interrogativi, evidentemente retorici, ma che richiamano alcune delle prerogative

³⁹ P. MADDALENA, *Il territorio bene comune degli italiani. Proprietà collettiva, proprietà privata e interesse pubblico*, Donzelli editore, Roma, 2014, 17.

⁴⁰ A questa ispirazione si rifà la proposta di legge del 21 febbraio 2019, n. 1617, «*Modifiche al codice civile in materia di beni comuni e di disciplina del diritto di proprietà*», d'iniziativa del deputato Stefano Fassina.

⁴¹ P. MADDALENA, *La rivoluzione costituzionale. Alla riconquista della proprietà pubblica*, Diarkos editore, Santarcangelo di Romagna 2020, 95.

⁴² Sulle antinomie citate, si rimanda a quanto contenute in N. CAPONE, *Lo spazio e la norma. Per una ecologia politica del diritto*, Ombre corte, Verona, 90 ss.

⁴³ M. LUCIANI, *Generazioni future, spesa pubblica e vincoli costituzionali*, in R. Bifulco, A. D'Aloia (a cura di), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Jovene, Napoli, 2008, 427.

⁴⁴ M. LUCIANI, *Generazioni future, spesa pubblica e vincoli costituzionali*, in R. Bifulco, A. D'Aloia (a cura di), *Un diritto per il futuro*, cit., *passim*.

⁴⁵ I. CIOLLI, *Diritti delle generazioni future, equità intergenerazionale e sostenibilità del debito riflessioni sul tema*, in [Bilancio Comunità Persona](#), n. 1, 2021, 60.

⁴⁶ «*cittadini attivi: tutti i soggetti, compresi i bambini, singoli, associati o comunque riuniti in formazioni sociali o di natura imprenditoriale che, indipendentemente dai requisiti formali riguardanti la residenza o la cittadinanza, si attivano, anche per periodi di tempo limitati, per la cura, la gestione o la rigenerazione dei beni comuni in forma condivisa, anche con capacità organizzativa e di mobilitazione di risorse umane, tecniche e finanziarie*» (art. 2, comma 1, lett. e), legge Regione Lazio n. 10/2019).

dei cittadini che vogliono impegnarsi nell' "amministrazione condivisa" dei beni comuni, ex artt. 6 e 7 del regolamento n. 15/2020⁴⁷.

Sicuramente, appare estremamente più realistico che tali iniziative siano poste in essere da quei singoli o associati riuniti in formazioni di natura imprenditoriale. Bisogna, a questo punto, rilevare che le organizzazioni di cui trattasi non sono riferite a quelle attività imprenditoriali statutariamente non perseguenti finalità lucrative. La legge regionale, molto chiaramente, fa riferimento anche ad imprese o imprenditori che perseguono un pieno fine di lucro. Tale stato delle cose apre questioni problematiche: se è vero che le attività d'interesse generale (perseguite per mezzo della collaborazione tra cittadini e amministrazione), così come l'autogestione delle stesse sono definite prive di scopo di lucro, appare evidente come il riconoscimento dell'utilizzo dei beni comuni da parte di imprese lucrative possa piegare la gestione a finalità tutt'altro che filantropiche o solidaristiche, quanto più, realisticamente, volte all'incremento delle *performance* economiche d'impresa. Del resto, l'unico esplicito divieto che si ricava dal regolamento regionale è quello previsto all'art. 4, comma 4, posto in capo ai cittadini attivi, volto a non porre in essere attività e interventi che contrastino con la fruizione collettiva dei beni. L'inclusione delle imprese lucrative, inoltre, appare foriera di possibili problematiche anche nel rapporto tra imprese, con particolare riferimento al rispetto del principio di eguaglianza nell'accesso alla gestione dei beni comuni tra imprese capitalistiche ed imprese mutualistiche o riconducibili, in generale, al c.d. Terzo Settore.

Vale la pena soffermarsi, a questo punto, sullo strumento giuridico scelto dall'iniziativa legislativa per dare corpo all'amministrazione condivisa dei beni comuni ed a quel «*welfare locale, attivo e di prossimità*»⁴⁸, vale a dire i patti di collaborazione. Si tratta di atti consensuali, disciplinati dalle norme del diritto privato e della contrattualistica, radicati nelle disposizioni contenute all'art. 1, comma 1-bis, della legge n. 241/1990, intesi quale «*strumento giuridico ordinario della regolazione dei rapporti di collaborazione, idoneo ad equiparare la posizione dei cittadini attivi a quella del Comune*»⁴⁹.

Pacificamente, l'efficacia di detti patti trae fondamento dall'adozione di regolamenti locali, come esplicitazione del principio di sussidiarietà ex art. 118 Cost. E, tuttavia, non mancano tesi che ancorano questi strumenti alle previsioni contenute nell'art. 11 della legge n. 241/1990, come accordi sostitutivi di provvedimento, idonei a comportare uno "scambio", a vantaggio del privato, nelle funzioni dell'amministrazione, facendo, così, della sussidiarietà la via per una surrogazione dei "cittadini attivi" in talune prerogative, di cui l'amministrazione sceglie di spogliarsi⁵⁰. In tal modo, sembrerebbe seguire la via dell'implementazione di quella tendenza dello «*Stato regolatore*» a

⁴⁷ Altrettanto curiosamente, l'art. 6, comma 1, lett. e), della legge della Regione Lazio n. 10/2019 richiede testualmente l'attenzione al punto di vista dei bambini "ove possibile" solo in materia di promozione delle pari opportunità per genere, origine, età, cittadinanza, condizione sociale, credo religioso, orientamento sessuale e disabilità e contrasto delle discriminazioni nel rapporto di collaborazione tra amministrazione e cittadini attivi.

⁴⁸ M. MUSELLA, M. SANTORO, *L'economia sociale nell'era della sussidiarietà orizzontale*, Giappichelli Editore, Torino, 2012, 37.

⁴⁹ G. FIDONE, *Proprietà pubblica e beni comuni*, Edizioni ETS, Pisa, 2017, 42.

⁵⁰ Si veda in merito G. CALDERONI, *I patti di collaborazione: (doppia) cornice giuridica*, in *Aedon*, n. 2, 2016. Nel testo citato, l'allora responsabile dell'ufficio promozione della cittadinanza attiva del comune di Bologna, capofila nella sperimentazione dei patti di collaborazione, afferma: «*In definitiva, l'aggravamento non mi pare eccessivo e l'intento dichiaratamente partecipativo cui si ispira il citato art. 10 legge 241/90, unito all'ampia "fantasia provvedimentale" di cui le amministrazioni comunali hanno mostrato di essere dotate, mi induce a ritenere che nell'alveo dell'art. 11 potrebbe ben ritrovarsi proceduralmente prima e normativamente poi una parte non irrilevante dei patti di collaborazione più "forti" e strutturati che finora sono stati posti in essere: in fondo, sussidiarietà è anche sostituzione dell'amministrazione e, dunque, i patti possono anche assumere la veste sostitutiva di un'attività provvedimentale (realizzazione di un'opera pubblica, gestione di un servizio...) che l'amministrazione rinuncia a dispiegare per insufficienza di risorse o perché maggiormente convinta della proposta (per l'appunto sostitutiva) pervenuta dai suoi cittadini, singoli o associati*».

scindere «*in modo formale la definizione degli indirizzi politici e la loro applicazione*»⁵¹, privando il processo regolatorio del suo carattere «*necessariamente pubblicistico*»⁵².

In più, la biforcazione tra patti semplificati e complessi - differenziati dall'esistenza o meno della necessità di trasformazione dei beni comuni ai fini dell'attività svolte in virtù della collaborazione di amministrazione condivisa - di certo contribuisce a prospettare, nuovamente, i rischi già evidenziati sul versante del rispetto del principio costituzionale di uguaglianza *ex art. 3 Cost.* Il rischio concreto è quello di una tipizzazione delle modalità di collaborazione tra alcune categorie di privati e amministrazione in ragione dei mezzi e delle risorse a disposizione dell'amplia platea di "cittadini attivi", per come individuati dalle fonti regionali. In più, ulteriori aspetti di farraginosità contraddistinguono il percorso partecipativo di valutazione dei patti complessi: come definire, infatti, i «*soggetti interessati*» a cui il regolamento riconosce la facoltà di proporre osservazioni e di far emergere eventuali effetti pregiudizievoli? Quali criteri selettivi impiegare? Come tradurre in una procedura partecipata ed effettiva le istanze "dal basso"? A questi interrogativi, non sembra potersi trovare risposte soddisfacenti nella disciplina in esame⁵³.

In vero, l'incerto inquadramento giuridico degli atti in questione risente dell'indeterminatezza con cui le norme legislative ed il regolamento adottato dalla Regione Lazio hanno disciplinato lo statuto giuridico dei beni comuni. Quanto sinteticamente analizzato dimostra, una volta di più, che le tesi che considerano i beni comuni come *tertium genus* tra le forme di proprietà previste dal nostro ordinamento costituzionale, facilitano una sostituzione dei rapporti che riguardano detti beni come *res extra commercium*, con quelli del regno della domanda e dell'offerta nel mercato concorrenziale.

Alfine, si deve rilevare l'inefficacia della disciplina succintamente esposta: basti pensare alla mancata attuazione dell'art. 5 del regolamento n. 15/2020, il quale prevedeva la pubblicazione di un elenco di beni immobili, con particolare riguardo per quelli del patrimonio indisponibile e a quelli in stato di disuso o deperimento, comprendendo tra questi anche gli immobili degli enti strumentali e delle società controllate dalla Regione. Di tale elenco non risulta, ad oggi, traccia alcuna. Discorso simile si può fare a proposito dell'elenco telematico dei regolamenti degli enti locali sull'amministrazione condivisa *ex art. 7* della legge regionale n. 10/2019, posta la mancata approvazione di un simile atto da parte dell'Assemblea capitolina negli anni trascorsi. Nonostante il perpetrarsi delle linee fondamentali della disciplina analizzata brevemente, anche in sede di recente deliberazione della Giunta della Regione Lazio del 15 giugno 2021, n. 365, è possibile affermare che la strada così percorsa non ha condotto alla risoluzione dei problemi ingenerati negli anni scorsi.

5. Le proposte per la regolamentazione

Oltre a quanto legislativamente esistente e, in ultimo, oggetto d'analisi, v'è da dire che il dibattito a proposito del segno e delle prospettive di regolamentazione della gestione del patrimonio

⁵¹ S. TORRICELLI, *I contratti tra privati come strumenti di regolazione pubblica*, in G. Falcon, B. Marchetti (a cura di), *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa. Problemi e prospettive*, CEDAM, Padova, 2013, 215.

⁵² *Op. ult. cit.*

⁵³ Le questioni poste, *mutatis mutandis*, richiamano quanto già da molto tempo prospettato in A. ALGOSTINO, *Riflessioni sui beni comuni tra il "pubblico" e la Costituzione*, cit., 8, allorché, già tempo, venivano illuminate le «*evidenti difficoltà che sorgono in relazione ai beni comuni globali*» accanto «*[al]l'ipotesi di conflitti fra più comunità che insistono sullo stesso bene*». In modo molto concreto, dappresso, il testo in questione proponeva ulteriori quesiti: «*la Fontana dei Quattro Fiumi di piazza Navona a Roma. Saranno gli abitanti del quartiere la comunità di riferimento? Oppure tutti i cittadini italiani, considerando la scultura parte del patrimonio artistico nazionale? O, ancora, tutti i potenziali utenti del "bello" che essa esprime? Si pensi anche ad uno dei più famosi beni comuni: l'acqua. Di una sorgente in alta montagna saranno titolari gli abitanti del paese, oppure è una risorsa da distribuire e gestire a livello regionale o, magari, nazionale, o, più equamente ancora, mondiale?*».

immobiliare di Roma Capitale non si è interrotto, anche per la sostanziale inefficacia degli interventi ricordati.

In particolare, alla fine del 2021, è stata avanzata una piattaforma propositiva per superare lo *status* generato dalla deliberazione n. 140/2015. A farlo è stata la campagna “Solid”, indicando la prospettiva di una nuova deliberazione, ponendo al centro della proposta in esame la valutazione d’impatto sociale ed ambientale che le attività svolte, attraverso i beni comuni, possono realizzare nella Capitale.

Le premesse generali di tale iniziativa, in verità, non sono assai dissimili da quelle osservate in sede di analisi della legge della Regione Lazio n. 10/2019 e successivo regolamento, ma la disciplina derivante presenta talune significative divergenze. Nel silenzio sulla qualificazione giuridica dei beni comuni, è richiamato fortemente l’ancoraggio al principio di sussidiarietà orizzontale *ex art.* 118 Cost. Dell’iniziativa in questione, colpisce l’univoca indicazione dei soggetti, esercitanti attività ultronee, individuati per le procedure di assegnazione del patrimonio pubblico demaniale ed indisponibile, vale a dire gli Enti del Terzo Settore di cui al Decreto legislativo del 3 luglio 2017, n. 117 (Codice del Terzo Settore)⁵⁴.

Evidente postulato, è che solo detti enti siano in grado di esprimere quell’ “impatto sociale”, oggetto di valutazione dei progetti da presentare all’amministrazione, che conseguentemente potrà o meno procedere all’assegnazione degli immobili. Coerentemente con queste evidenziazioni, in effetti, il Codice del Terzo Settore⁵⁵ contempla il ricorso alla c.d. “Valutazione d’Impatto Sociale” (VIS)⁵⁶, risultando così gli ETS veri e propri «*committenti*»⁵⁷ della VIS nei confronti delle amministrazioni.

Da queste considerazioni, discendono evidenti problemi relativi all’effettivo assolvimento della funzione sociale dei beni comuni⁵⁸, accanto al rispetto del principio di eguaglianza nell’assegnazione e nell’uso degli immobili.

Quanto al primo profilo, una concezione della sussidiarietà orizzontale intesa quale integrale adozione delle modalità, delle prassi e della metodologia di mercato⁵⁹ nelle relazioni con

⁵⁴ «Sono enti del Terzo settore le organizzazioni di volontariato, le associazioni di promozione sociale, gli enti filantropici, le imprese sociali, incluse le cooperative sociali, le reti associative, le società di mutuo soccorso, le associazioni, riconosciute o non riconosciute, le fondazioni e gli altri enti di carattere privato diversi dalle società costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento di una o più attività di interesse generale in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi, ed iscritti nel registro unico nazionale del Terzo settore» (art. 4, comma 1, d.lgs 3 luglio 2017, n. 117 (Codice del Terzo Settore))

⁵⁵ All’ “impatto sociale” fanno riferimento le norme del CTS relative al bilancio sociale (art. 14), alle reti associative (art. 41) ed alle attribuzioni al Consiglio nazionale del Terzo settore (art. 63, comma 2, lett. a)).

⁵⁶ In OECD, *Social Impact measurement for the Social and Solidarity Economy*, 2021, 8, viene offerta la seguente definizione: «La validazione dell’impatto sociale è una pratica essenziale per gli enti dell’economia sociale e solidale per attuare in modo mirato la propria missione sociale. Le organizzazioni dell’economia sociale e solidale hanno bisogno di informazioni sull’impatto al fine di allocare efficacemente le risorse alla creazione di valore sociale, tirare fuori soluzioni e innovare nelle loro attività, determinare le strategie di scalabilità, aumentare il coinvolgimento ed il finanziamento da parte degli stakeholder e sostenere l’advocacy politica e pubblica. Le prove confermano che gli imprenditori sociali e gli enti di beneficenza monitorano sempre più e regolarmente i progressi verso gli obiettivi di impatto» (traduzione degli autori): si tratta, come evidente, di una definizione attagliata per le organizzazioni che in Italia sono disciplinate come Enti del Terzo Settore.

⁵⁷ Sulla questione si veda N. STAME, *Valutazione d’impatto sociale. Committenti, Enti di Terzo Settore e valutatori*, in *Impresa Sociale*, n. 4, 2020, 57.

⁵⁸ Sul rapporto tra beni comuni e imprese mutualistiche, anche in relazione alle nuove forme che queste vengono assumendo negli ultimi anni, si consenta di rinviare a F. V. DELLA CROCE, *Cooperative di comunità: la legislazione regionale vigente e la prospettiva di una normativa generale*, in *Osservatorio Costituzionale*, n. 4, 2021, 109 ss.

⁵⁹ Si deve rilevare, in merito, che la riserva agli ETS dell’uso del patrimonio immobiliare, inteso come bene comune, a fini sociali non garantisce in sé, la collocazione dei rapporti sì sorti al di fuori delle logiche concorrenziali. Anche in relazioni agli interventi legislativi più recenti. In merito, con particolare riguardo alla disciplina dell’impresa sociale, è stato osservato in G. CONTE, *L’impresa responsabile*, Giuffrè Editore, Milano, 2018, 141: «anche l’intervento riformatore in tema di impresa sociale sembra avere tradito le più confidenti attese, poiché le novità, che pure sono state apportate e che nelle pagine che precedono abbiamo sottolineato, non offrono, nel loro complesso, il segno di un ampio disegno

l'amministrazione, finisce per inverare rischi che sono stati per tempo evidenziati. È stato affermato, utilmente anche per quanto si discorre, che nel rapporto pubblico-privato «*il problema (...) è, ancora, che il collegamento con l'amministrazione e la funzionalizzazione della propria attività a quella dell'amministrazione, non bastano di per sé a far uscire dalla logica dell'impresa ed entrare in quella della stessa amministrazione*»⁶⁰. Si finisce, così, per tradire quella visione unitaria della sussidiarietà *ex art. 118 Cost.*, che sostanzia le attività di interesse generali con il concorso di istituzioni, vocazione personale, compito e responsabilità delle formazioni sociali⁶¹. Tale evidenziazione è suffragata dalle modalità concrete che, verosimilmente, una relazione tra amministrazione ed ETS potrebbe assumere.

In questa prospettiva, emerge grandemente un problema di rispetto del principio di eguaglianza: se già da tempo è stato rilevato il carattere di mera «*finzione*» nell'ipotizzare l'esatta coincidenza di «*pubblico*» e «*sociale*»⁶², altrettanto fuorviante e foriero di problemi giuridici concretissimi appare ricondurre, con carattere di esclusività, tale coincidenza al mondo del Terzo Settore, in sostituzione del pubblico. Del resto, è proprio la dimensione sociale ad involgere il rapporto tra democrazia e potere economico nell'ordinamento, anzitutto come imperativo per l'azione (e non la disattenzione) dei poteri pubblici⁶³.

I pericoli sopra prospettati possono essere, agevolmente, desunti dalle provabilissime difficoltà e asimmetrie nell'accesso all'uso degli immobili di Roma Capitale: infatti, è facile immaginare che l'adozione dei meri canoni di co-progettazione e co-programmazione presuppongano necessariamente l'adozione dei classici modelli di relazione e finanziamento tra Terzo Settore e PA⁶⁴. Immaginare che una organizzazione di base di cittadini di quartiere, od un gruppo di studenti, od ancora un'associazione culturale territoriale sia in grado, al pari di un'organizzazione del Terzo Settore, di presentare un *business plan*, sostenendone i costi e impiegando le necessarie professionalità, appare un velleitario infingimento. Con la, concretissima, conseguenza di innalzare uno sbarramento alla tutela dell'uguaglianza *ex art. 3 Cost.* nelle assegnazioni future.

In più, questioni altrettanto significative vengono in rilievo in merito alla VIS: se, pacificamente, nella estrinsecazione della sussidiarietà orizzontale si delinea la presenza di «*ampia discrezionalità*» in capo all'amministrazione, come riconosciuto nel tempo anche da plurime pronunce del Consiglio di Stato⁶⁵, non è privo di fondamento presupporre un'ulteriore estensione di tale discrezionalità, disancorata da limiti e criteri certi. Si tratta di timori tutt'altro che infondati, posto che, come osservato già da tempo risalente, tra gli altri, da Massimo Severo Giannini, non sono rare le ipotesi di servizi generati dall'uso di beni in proprietà collettiva insuscettibili di misurazione della loro utilizzazione⁶⁶. È facile, ragionando di beni comuni posti a garanzia della fruizione collettiva di bisogni e diritti fondamentali, conferire caratteri di verosimiglianza al prospettarsi di tali questioni.

In ultimo, la questione di individuare un parametro generale, sulla base del quale individuare le agevolazioni in termini di quantificazione del canone di locazione, assume un rilievo fondamentale: in assenza dell'adozione di una metrica estranea a quella determinata dal prezzo generato

riformatore in grado di scandire e accompagnare, con chiarezza di strumenti e obiettivi, il processo evolutivo della realtà economico-sociale, che, soprattutto negli ultimi tempi, si è incaricata di rimettere in discussione le più tradizionali concezioni economicistiche».

⁶⁰ G. FALCON, *Percorsi del rapporto pubblico privato*, in G. Falcon, B. Marchetti (a cura di), *Pubblico e privato*, cit., 390.

⁶¹ F. PIZZOLATO, *La sussidiarietà nell'eclisse del bene comune: la mediazione costituzionale*, in F. Pizzolato, P. Costa (a cura di), *Il lato oscuro della sussidiarietà*, Giuffrè Editore, Milano, 2013, 120.

⁶² P. BARCELLONA, N. LIPARI, *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona*, in N. Lipari (a cura di), *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona*, Laterza, Roma-Bari, 1974, 9.

⁶³ M. BENVENUTI, *Democrazia e potere economico*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2018, 271 *ess.*

⁶⁴ Per approfondimento in merito si veda M. MUSELLA, M. SANTORO, *Sui meccanismi di finanziamento del terzo settore. Proposta per una concreta attuazione del principio di sussidiarietà*, al sito della [Società Italiana di Economia](#), agosto 2012.

⁶⁵ S. PELLIZZARI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nella giurisprudenza del giudice amministrativo: problemi di giustiziabilità e prospettive di attuazione*, in *Istituzioni del federalismo*, n. 3, 2011.

⁶⁶ M.S. GIANNINI, *I beni pubblici*, Mario Bulzoni Editore, Roma, 1963, 33 *ss.*

dall'incontro fra domanda e offerta, è inevitabile che il necessario canone per la concessione dell'immobile venga, oggettivamente, predeterminato proprio nella misura del canone di mercato. Si concretizza, in questo modo, quanto ricordato nelle pagine che precedono in merito allo spostamento, non troppo recondito, del baricentro di interessi, in un così articolato "welfare patrimoniale", verso le logiche concorrenziali. Si determinano, in tal modo, ulteriori problemi in ordine al rispetto del principio di uguaglianza anche in relazione alla determinazione finale del canone di locazione.

In definitiva, il passaggio dai limiti delle qualità autoritative dei poteri dell'amministrazione, ai rischi della evidente arbitrarietà è ben scrutabile all'orizzonte di una siffatta prospettiva normativa.

Stante l'ampio spettro di questioni brevemente delineate, il dibattito sulla regolamentazione del patrimonio immobiliare a Roma Capitale ha visto il proporsi di un'alternativa, essenzialmente fondata sul recupero dell'impianto della deliberazione n. 26/1995 e successive modificazioni, ricordate in esordio a questo testo. Si tratta, in particolare, della proposta di deliberazione e regolamento del patrimonio avanzata dalla Comunità per le Autonome Iniziative Organizzate (CAIO), le quali poggiano su due presupposti fondamentali.

In primo luogo, il recupero dell'ampia diversificazione dei soggetti e delle attività a cui riconoscere la possibilità di veder assegnati i beni, in una visione universalistica⁶⁷ irradiata dall'art. 3 Cost., che quindi riconosce ad una vasta pluralità di soggetti l'idoneità ad invertere i precetti della disciplina costituzionale dell'economica, in particolare di quanto prescritto all'art. 42 Cost.

In secondo, la proposta recupera l'abbattimento del canone di locazione per gli immobili al 20 per cento del canone di mercato.

La *ratio* sottesa a tale indicazione appare evidente.

Da un lato, vi è il recupero di un criterio di indicizzazione del canone già positivamente sperimentato: nella logica per la quale «*il vero è il fatto stesso*»⁶⁸, si pone a riferimento un parametro storicamente determinato e sperimentato, che, come già ricordato in esordio, aveva contribuito non solo a regolamentare le future assegnazioni immobiliari, ma contestualmente a sanare lo *status* di numerose occupazioni senza titolo, inaugurando una feconda stagione di relazioni tra organizzazioni sociali e amministrazione. Posta l'assenza di riferimenti all'asserita normativa in conflitto con il precedente regime da parte della deliberazione n. 140/2015, la proposta in esame trova fondamento nel diritto positivo. Dall'altro, si compie una scelta di superare e porre fuori dalle dinamiche di mercato la misura del canone di locazione, sancendo un criterio universalistico e sostanzialmente egualitario tra tutti gli affidatari⁶⁹. In questa maniera, viene neutralizzato qualsiasi arbitrio da parte dell'amministrazione, ferme le prerogative di vigilanza e controllo riconosciute, pacificamente, in capo a quest'ultima in relazione alle concessioni.

6. Per una gestione egualitaria dei beni comuni. Considerazioni conclusive

La situazione determinata dagli effetti della deliberazione n. 140/2015 ha prodotto per l'amministrazione capitolina un lungo calvario dinnanzi a diverse autorità giudiziarie, che hanno nel

⁶⁷ Si tratta del superamento del restringimento di campo, operato dalla proposta di regolamentazione destinata esclusivamente agli ETS. A questo proposito, si ricorda utilmente quanto affermato in termini generali in E. CASTORINA, *Le formazioni sociali del terzo settore: la dimensione partecipativa della sussidiarietà*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2020, 359: «*il pluralismo che il principio di sussidiarietà valorizza poggia su basi diverse rispetto a quello di carattere politico o che, mediante le organizzazioni sindacali o professionali, intercetta la dimensione lavoristica connessa alle rivendicazioni di categoria o comunque alle condizioni economico-professionali del rapporto di lavoro*».

⁶⁸ N. Abbagnano (a cura di), *La scienza nuova e altri scritti di Giambattista Vico*, Utet, Torino, 1976, 195.

⁶⁹ Inoltre, sulle problematiche di lungo corso relative alle dinamiche speculative sul valore di mercato delle locazioni nel mercato immobiliare, si vedano utilmente V. DE LUCIA, *Se questa è una città. La condizione urbana nell'Italia contemporanea*, Donzelli, Roma, 2006; G. SAPELLI, *Tra rendita urbana e rendita finanziaria: la città a frattali*, in *Dialoghi internazionali. Città nel mondo*, n. 10, 2009; P. BERDINI, *Le città fallite. I grandi comuni italiani e la crisi del welfare urbano*, Donzelli, Roma, 2014.

tempo sancito a più riprese l'illegittimità degli atti adottati per dare esecuzione alla delibera di cui sopra. Di fronte ad un siffatto stato delle cose, gioverebbe alla collettività e, nello specifico, alle casse dell'erario l'applicazione delle disposizioni di cui all'art. 1, comma 136, della legge 311/2004, che prevedono che «*al fine di conseguire risparmi o minori oneri finanziari per le amministrazioni pubbliche, può sempre essere disposto l'annullamento di ufficio di provvedimenti amministrativi illegittimi*». Sulla falsariga di quanto in ultimo ricordato, il Consiglio di Stato ha sancito ripetutamente che sussiste il potere di autotutela della PA in quei casi in cui risulta acclarata l'illegittimità originaria del provvedimento e sussista un interesse pubblico concreto ed attuale alla rimozione degli effetti dell'atto, consistente nel conseguimento di minori oneri finanziaria per l'amministrazione⁷⁰.

In tale contesto, è necessario affermare pertinacemente la necessità del superamento dell'impostazione teorica, che vuole i beni comuni come ulteriore, distinta e autonoma fattispecie rispetto alla ripartizione proprietaria costituzionale. Tali dottrine, definite come al fondo radical-giusnaturalistiche⁷¹, mirano in definitiva a «*sganciare l'idea di bene comune dalla funzione pubblica ricoperta in Occidente dallo Stato*»⁷². Come, però, autorevolmente sostenuto, per detti beni «*i problemi che si pongono non sono di appartenenza, ma di ordine di fruizione*»⁷³. Quanto avvenuto a seguito dei provvedimenti di "riacquisizione" degli immobili di Roma Capitale, con ogni evidenza, non ha tenuto in sufficiente conto la questione di garantire la fruizione di questi beni, mercé le attività sociali in esse svolta, in alcuni casi, da numerosi anni. Bisogna, dunque, riaffermare il valore alto di ricongiungimento tra beni, luoghi, spazi ed esercizio dei diritti fondamentali incarnato dai beni comuni.

Oggi, dinnanzi all'amministrazione da pochi mesi insediatasi al Campidoglio, si ripropone il tema del superamento di tale situazione e di intervenire con una soluzione definitiva per l'annoso problema che attanaglia la Capitale ed il suo fermento sociale. Si tratta di giungere, finalmente, ad una regolamentazione organica delle assegnazioni. Ma si tratta, in questa traiettoria, di non perdere di vista la bussola rappresentata dal dettato costituzionale, di tutelare la pozzività della soluzione conforme alla Legge fondamentale: l'unica strada, infatti, per far vivere nell'ordinamento e nella società i beni comuni, è quella di dare una lettura conforme a Costituzione delle norme esistenti in materia di proprietà.

Si tratta di garantire ad un virtuoso protagonismo "dal basso", fatto di organizzazioni e iniziative sociali, la possibilità di agire per arrivare lì dove l'amministrazione ha dimostrato di non riuscire, da sola, ad arrivare. Non si discorre così di assunzione di funzioni di supplenza, ma di integrare quella trama profondamente sociale che innerva l'ordinamento. Di tradurla in un fatto.

Per farlo, serve che il principio di uguaglianza sia posto a fondamento profondo di una nuova disciplina regolatrice. Non peritarsi sulla necessità di questa indefettibile garanzia è la via più concreta per sostanziare il principio di sussidiarietà orizzontale e la funzione sociale, a cui anche la proprietà pubblica deve sempre tendere.

⁷⁰ Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza del 17 maggio 2019, n. 3191.

⁷¹ M. PROSPERO, *Beni comuni. Tra ideologia e diritto*, in N. Genga, M. Prospero, G. Teodoro (a cura di), *I beni comuni tra costituzionalismo e ideologia*, Giappichelli Editore, Torino, 2014, 9.

⁷² *Op. ult. cit.*

⁷³ M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Il Mulino, Bologna, 1977, 102.

Antonio Ruggeri
Oscurità e carenze della progettazione legislativa in tema di morte medicalmente assistita (prime notazioni)*

ABSTRACT: *The paper aims to note the law proposal concerning the medically assisted death, outlining that the legislator has distorted in several points the indications provided by the Constitutional Court in the “Cappato” decision.*

SOMMARIO: 1. Il vizio di fondo della progettazione in cantiere, indebitamente rivestita della forma propria delle leggi comuni, laddove a motivo del carattere materialmente costituzionale esibito dall’oggetto della normazione avrebbe richiesto di venire alla luce con le procedure di cui all’art. 138. – 2. Il ribaltamento della “logica” che sta a base della decisione in due tempi su Cappato, col passaggio dalla mera *non punibilità* del medico che assecondi la volontà suicidaria del paziente al *diritto* di quest’ultimo alla sua realizzazione, di cui tuttavia non si vede quale sia il fondamento costituzionale. – 3. Aporie e lacune di costruzione di una procedura che dapprima rimarca il ruolo del medico e del Comitato per la valutazione clinica e di poi ammette che possano esserne vanificati, *iussu iudicis*, gli effetti. – 4. L’incerto ed opaco diritto di obiezione di coscienza riconosciuto al medico e l’obbligo comunque gravante sulle strutture sanitarie di dar appagamento alla volontà suicidaria del paziente.

1. *Il vizio di fondo della progettazione in cantiere, indebitamente rivestita della forma propria delle leggi comuni, laddove a motivo del carattere materialmente costituzionale esibito dall’oggetto della normazione avrebbe richiesto di venire alla luce con le procedure di cui all’art. 138*

L’approvazione da parte della Camera di un testo unificato di più progetti di legge in materia di morte medicalmente assistita¹ ha ulteriormente animato un dibattito per vero mai sopito attorno alle esperienze di fine-vita sollecitando a riflettere ancora più a fondo su una questione spinosa e per più versi inquietante, ad oggi bisognosa di critico e, per quanto possibile, distaccato ripensamento.

Chi scrive ne ha fatto più volte oggetto di attenzione, ancora da ultimo con riguardo alla pronuncia della Consulta che ha dichiarato inammissibile l’iniziativa referendaria volta alla parziale abrogazione dell’art. 579 c.p.², riguardante – come si sa – l’omicidio del consenziente³. Confesso tuttavia di aver esitato non poco prima di decidermi di svolgere alcune notazioni a margine del testo in parola, per il timore che esso possa non vedere mai la luce ovvero andare incontro a modifiche sostanziali, rendendosi pertanto infruttuoso il lavoro ora fatto. Ho poi rotto gli indugi nella considerazione che gli operatori di ricerca possono (e devono) comunque offrire il loro contributo alla progettazione in cantiere, specie con spunti idonei a rimediare a talune storture e a tener conto di indicazioni a finalità integrativa, tanto più poi con riguardo all’articolato qui preso in esame che, per un verso, ripropone antichi e, a conti fatti, aperti interrogativi e, per un altro verso, ne aggiunge di nuovi, rendendo viepiù aggrovigliata una matassa il cui bandolo si fatica per vero a trovare.



¹ Cam. dep. XVIII legisl. proposte n. 2-1418-1586-1655-1875-1888-2982-3101-A (testo unificato).

² V., dunque, volendo, il mio *Autodeterminazione versus vita, a proposito della disciplina penale dell’omicidio del consenziente e della sua giusta sottrazione ad abrogazione popolare parziale (traendo spunto da Corte cost. n. 50 del 2022)*, in Dirittifondamentali.it, 1/2022, 22 marzo 2022, 464 ss.

³ La questione è stata alla vigilia della pronuncia della Corte animatamente discussa: *ex plurimis*, AA.VV., *La via referendaria al fine vita. Ammissibilità e normativa di risulta del quesito sull’art. 579 c.p.*, *Amicus curiae*, a cura di G. Brunelli - A. Pugiotta - P. Veronesi, in Forum di Quaderni costituzionali, 1/2022, 194 ss., e AA.VV., *Il referendum sull’art. 579 c.p.: aspettando la Corte costituzionale*, a cura di M. D’Amico e B. Liberali, in Rivista del Gruppo di Pisa, 1/2022, Quad. n. 4.

Muovo in questa succinta riflessione da un dato apparentemente di mera natura giuridico-formale ma, in realtà, gravido di sostanziali valenze; ed è quello per cui, persino laddove ci si accinga ad apprestare la disciplina positiva di beni o interessi di cruciale rilievo (e quale mai ne ha più della vita della persona?⁴), si ritiene comunemente che possa bastare allo scopo il ricorso allo strumento di normazione per eccellenza, la legge ordinaria, laddove – come si è tentato di argomentare in altri luoghi – sarebbe a ciò necessaria l'adozione della procedura prescritta per la formazione delle leggi costituzionali.

Plurime ragioni depongono a favore della soluzione qui nuovamente patrocinata; e, per avvedersene, è sufficiente ripensare alla *ratio* sottesa alla previsione della Carta concernente la procedura aggravata. La legge comune, infatti, è strumento per sua natura divisivo, diciamo pure di lotta politica, in occasione della cui venuta alla luce può dunque legittimamente consumarsi e ogni volta rinnovarsi lo scontro tra la maggioranza di turno e le opposizioni presenti in Parlamento.

In relazione alla disciplina di alcuni beni di particolare rilievo (costituzionale, appunto), tuttavia, non è pensabile che la maggioranza possa, con la stessa facilità con cui regola qualunque altro bene (anche non di rilievo costituzionale), decidere per tutti. Qui, poi, essendo in gioco la stessa vita di esseri umani, ancora meno è accettabile una soluzione siffatta. Non è, infatti, in alcun caso o modo tollerabile l'idea che la stessa maggioranza possa volere oggi e, magari a breve distanza di tempo, disvolere domani persino in relazione a questioni di siffatto rilievo. Lo strumento della legge costituzionale, di contro, assicura per sua natura una maggiore ponderazione sulle scelte per il suo tramite adottate e – ciò che più importa – in via di principio la convergenza su di esse di forze politiche di diverso (e persino opposto) schieramento. Non è a caso, d'altronde, che, eccezion fatta dello statuto siciliano (venuto alla luce – non si dimentichi – in un tempo anteriore alla entrata in vigore della Carta repubblicana), non vi sia mai stata alcuna norma di legge costituzionale caducata dalla Consulta per violazione dei principi fondamentali dell'ordinamento.

Ora, è chiaro che può ben darsi il caso di legge comune approvata a larghissima maggioranza, come pure all'inverso di legge costituzionale venuta alla luce col voto favorevole della sola maggioranza di turno (laddove dotata dei numeri necessari alla sua formazione). Esempi in tal senso se ne conoscono diversi e sicuramente altri ancora si avranno. Non è questo tuttavia il cuore della questione qui nuovamente discussa. Occorre, infatti, puntare l'attenzione sul principio sotteso alle procedure stabilite per la venuta alla luce, rispettivamente, delle leggi comuni e di quelle costituzionali, ciascun tipo – come si è appena rammentato – rispondendo a “logiche” istituzionali diverse: quella del possibile scontro ovvero dell'incontro tra le forze politiche schierate su fronti opposti.

Si aggiunga poi un dato a prima vista estraneo al complessivo ingranaggio predisposto dalla Carta ma, in realtà, sotteso alla sua stessa struttura; ed è che, in un sistema politico, quale quello che con alterne vicende ha accompagnato la Repubblica nel suo non sempre lineare e non di rado sofferto cammino, connotato da endemica frantumazione politica, in alcuni momenti della nostra storia persino esasperata, il coagulo di forze (di maggioranza o di opposizione che siano) attorno ad un progetto politico ha sempre costituito un'impresa non facile. Ogni cartello di forze parrebbe essere lì per lì per dissolversi, magari a scomporsi e a ricomporsi in vario modo, comunque segnato appunto da una *stabile... instabilità*. Talvolta, dunque, la stessa maggioranza semplice, sufficiente per la venuta alla luce delle leggi comuni, è ardua da conseguire; s'immagini, dunque, come poi possa presentarsi il quadro con riguardo alla formazione delle leggi costituzionali...

⁴ Per vero, il discorso dovrebbe subito estendersi altresì alla dignità della persona, altrove definito come valore “superconstituzionale”, cui nondimeno a breve si farà riferimento. Il rapporto che s'intrattiene tra la stessa e la vita appare invero essere complesso, ove si consideri che, per un verso, la dignità presuppone la vita e, però, per un altro verso, dà alla vita stessa senso ed orientamento, segnandone le più salienti esperienze [maggiori ragguagli nei miei *Appunti per uno studio sulla dignità dell'uomo, secondo diritto costituzionale*, in *Rivista AIC*, 1/2011, e *La dignità dell'uomo e il diritto di avere diritti (profili problematici e ricostruttivi)*, in questa *Rivista*, 2018/II, 392 ss.].

Il discorso tocca da vicino il testo di legge qui di specifico rilievo, approvato dall'assemblea con 253 voti a favore, 117 contrari ed un astenuto. Ebbene, se fosse stato rivestito di forma costituzionale, si sarebbe considerato approvato in prima deliberazione ma bocciato in seconda.

Forse, qualcuno dirà che una cattiva legge è pur sempre meglio che una “non legge”; mi si consenta tuttavia, rispettosamente, di dissentire, ribaltando i termini della questione. D'altronde, ad oggi, in difetto di una disciplina legislativa concernente le esperienze di fine-vita in parola, si è già fatta applicazione del quadro ricostruttivo definito dalla Consulta con la decisione in due tempi presa in *Cappato*, peggiorato – come si tenterà ora di mostrare – dall'articolato in commento che pure dichiara di volersi porre nei suoi riguardi in funzione servente. Meglio, dunque, una “non legge” ad una cattiva legge che dichiara di voler dare attuazione alle indicazioni contenute nella decisione della Corte, distorcendone tuttavia – a me pare – il senso complessivo.

2. Il ribaltamento della “logica” che sta a base della decisione in due tempi su Cappato, col passaggio dalla mera non punibilità del medico che asseconi la volontà suicidaria del paziente al diritto di quest'ultimo alla sua realizzazione, di cui tuttavia non si vede quale sia il fondamento costituzionale

Ora, il primo (e più rilevante) appunto critico che può essere mosso al testo di legge in esame riguarda proprio la sua essenza o – come suol dirsi – la *ratio*. La “logica” sottesa all'ardita manovra posta in essere dalla Consulta in *Cappato* al fine di dotare di “copertura” il comportamento volto a dar modo alla volontà suicidaria di avere effetto era quella di qualificare come non punibile il comportamento stesso, non già l'altra (e ben diversa) di far luogo alla “invenzione” di un diritto costituzionale alla morte assistita⁵ che nella Carta non c'è e – checché se ne dica da parte di coloro che con vigore ne caldeggiavano la esistenza – non può esservi. Il suicidio, insomma, è (e resta), a mio modo di vedere⁶, un *fatto*, tristissimo per chi lo compie così come per chi resta, sovente schiacciato oltre che dal dolore dal rimorso di non aver saputo impedirlo o magari di averlo seppur involontariamente causato, non già però l'oggetto di un *diritto*, di cui non si vede quale mai possa essere il fondamento costituzionale, sol che si convenga – come deve – che la Costituzione tutela la vita, presupposto di ogni diritto e dovere, non già la morte, mai incoraggiata e anzi finché possibile ostacolata⁷, quali che siano le condizioni e i modi con cui vi si pervenga⁸.

Non v'è, dunque, chi non veda la differenza sostanziale che si ha tra lo scenario delineato dalla Consulta e quello in cui s'inscrive l'articolato in commento. Per il primo, ciò che dapprima era punibile *ex art. 580 c.p.* non lo è più in relazione ai casi considerati dalla Corte; e qui si ferma il ragionamento svolto da quest'ultima. Per il secondo, di contro, ammettendosi il diritto alla morte assistita, il soggetto che intenda avvalersene può vantare la pretesa nei riguardi del personale sanitario ad essere accompagnato e sorretto nel suo intento volto alla sua realizzazione.

Balza poi subito all'occhio la considerevole e preoccupante dilatazione, operata dall'articolato in esame, del contesto entro il quale possono maturare le esperienze di fine-vita

⁵ Mutuo questo rilievo da G. RAZZANO, *La proposta di legge sulle «Disposizioni in materia di morte volontaria medicalmente assistita»: una valutazione nella prospettiva costituzionale anche alla luce della sent. n. 50/2022*, in federalismi.it, 9/2022, 23 marzo 2022, 53 ss., e C.D. LEOTTA, *Eutanasia approvata alla camera il 10 marzo: testo peggiorato rispetto a quello delle commissioni riunite*, in Centro studi Livatino, 23 marzo 2022.

⁶ Mi sono sforzato di argomentare questa tesi in più luoghi di riflessione scientifica, tra i quali, di recente, *Il referendum sull'art. 579 c.p.; inammissibile e, allo stesso tempo, dagli effetti incostituzionali*, in AA.VV., *La via referendaria al fine vita. Ammissibilità e normativa di risulta del quesito sull'art. 579 c.p.*, cit., 194 ss.

⁷ ... con la conseguenza che la disciplina penale relativa all'istigazione al suicidio è da considerare giuridicamente imposta, sottraendosi pertanto alla sua eventuale rimozione “secca”.

⁸ Lo stesso divieto di accanimento terapeutico, giustamente prescritto anche dal codice deontologico degli operatori sanitari, non può essere visto quale incoraggiamento in senso stretto della morte, traducendosi unicamente nell'astensione dal compimento di atti inservibili a finalità curativa.

rispetto alla descrizione fattane dalla Consulta, con le quattro condizioni richieste perché il comportamento dell'agente possa essere considerato non punibile: il paziente deve, infatti, essere *a)* affetto da una patologia irreversibile che *b)* è fonte di sofferenze fisiche o psicologiche dallo stesso giudicate non tollerabili; *c)* tenuto in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale e tuttavia *d)* in grado di prendere decisioni libere e consapevoli. Deve, inoltre, essergli comunque previamente assicurato il trattamento a mezzo di cure palliative quale ulteriore "prerequisito" della scelta suicidaria da mettere in atto.

Il testo in esame, di contro, aggiunge allo stato patologico suddetto una non meglio precisata "condizione clinica irreversibile", prefigurata come alternativa rispetto al primo, senza che peraltro sia chiaro in cosa questa si differenzi da quello⁹.

I maggiori problemi, nondimeno, li pongono i requisiti, giustamente richiesti dal testo in commento, del volere che deve caratterizzarsi come *attuale, libero e consapevole* da parte di un soggetto "*pienamente capace*" di manifestarlo (art. 2). Ebbene, di nessuno di tali attributi può aversi con certezza riscontro, sol che si ammetta – come devesi – che la maturazione del volere stesso può risultare, anche in rilevante misura, condizionata e distolta dal solco in cui prende forma e si svolge per effetto dello stato patologico o della condizione clinica in cui versa il soggetto.

Il vero è che si fatica a tutt'oggi a fare chiarezza a riguardo dei concetti di autodeterminazione e di vulnerabilità¹⁰, specie per ciò che attiene al lineare processo formativo della prima ed al carattere – per dir così – "graduato" della seconda, dandosi appunto forme varie per intensità in cui la stessa può presentarsi, senza che sia peraltro agevole stabilirne la misura. Non poche volte (per non dire sempre) chi versa in condizioni di salute gravemente pregiudicate è, comunque, persona vulnerabile, ora più ed ora meno di altre, ma pur sempre appunto tale. La qual cosa, poi, ridonda, talvolta in modo significativo, sulla formazione del volere, senza che non di rado il soggetto ne abbia consapevolezza. Ed è importante sin d'ora (e con riserva di approfondimenti a breve) ribadire con forza che solo il personale medico che offre assistenza a tali persone è in grado di avvedersi, seppur non senza incertezze e margini di errore, di quali siano le reali condizioni psico-fisiche del paziente. Purtroppo, però, come si vedrà, l'avviso del medico non risulta decisivo al fine di distogliere il paziente stesso dal suo proposito suicidario e, quindi, a fugare il rischio che quest'ultimo si realizzi malgrado il difetto dei requisiti richiesti dalla normativa in cantiere.

V'è di più. A rendere ancora più scivoloso il terreno sul quale vanno effettuati gli accertamenti richiesti dalla disciplina in esame e, dunque, a rendere gli accertamenti stessi – se posso dire avvalendomi di un ossimoro – ancora più *incerti* è il riferimento al carattere, a un tempo *necessario* e però non poche volte... *impossibile*, dell'attualità del volere, specie con riguardo a persone da lungo tempo non coscienti e, perciò, non in grado di apprezzare i passi avanti fatti nel frattempo dalla scienza. Non decisivo risulta, dunque, addurre il c.d. testamento biologico, fatto dal soggetto in un momento anteriore al sopravvenire delle sue precarie condizioni o al loro sensibile peggioramento, che potrebbe non rispecchiare l'*attuale* volere. Ed è persino banale dover qui rammentare che lo stesso testamento *tout court* può essere cambiato di sana pianta più volte; come, escludere perciò che la medesima cosa possa aver luogo laddove si tratti di disporre della stessa vita?

⁹ Preoccupate notazioni possono al riguardo vedersi anche nello scritto di G. RAZZANO, sopra richiamato, 60 ss.

¹⁰ Riferimenti, quanto alla prima, nella mia voce *Autodeterminazione (principio di)*, in *Digesto/Disc. Pubbl.*, VIII Agg. (2021), 1 ss., nonché, più di recente, in C. CASONATO, *Il Principio di autodeterminazione. Una modellistica per inizio e fine vita*, in *Osservatorio costituzionale*, 1/2022, 1° febbraio 2022, 51 ss.; quanto, poi, alla seconda, *ex plurimis*, M. GENSABELLA FURNARI, *Vulnerabilità e cura. Bioetica ed esperienza del limite*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2008; G. RAZZANO, *Dignità del morire, eutanasia e cure palliative nella prospettiva costituzionale*, Giappichelli, Torino 2014 e, della stessa, *Le incognite del referendum c.d. «sull'eutanasia», fra denominazione del quesito, contenuto costituzionalmente vincolato e contesto storico*, in questa *Rivista*, 2021/III, spec. 979 s.; P.F. BRESCIANI, *Chi sono i "vulnerabili" che l'art. 579 c.p. deve proteggere?* in AA.VV., *La via referendaria al fine vita. Ammissibilità e normativa di risulta del quesito sull'art. 579 c.p.*, cit., 45 ss.

Per l'aspetto ora considerato, parrebbe essere meno soggetta a fattori distorsivi la condizione dei minori e di coloro che, già a prescindere dalla malattia, non erano in grado di autodeterminarsi, dal momento che spetta ad altri pronunciarsi in loro vece. Tali soggetti sono però, per fortuna, esclusi dalla cerchia di coloro che possono giovare delle opportunità offerte dal testo legislativo in esame¹¹. Peraltro, nessuno è in grado di apprezzare i segni nascosti che una sofferenza acuta, tanto più se lungamente protratta nel tempo, può lasciare anche su chi amorevolmente accudisce un familiare malato.

Fuori centro è, poi, la prospettiva adottata dall'autore del testo in esame, peraltro – come si sa – condivisa da una nutrita schiera di studiosi di varia estrazione (filosofi, medici, giuristi, ecc.), secondo cui porre fine alla vita di persona gravemente colpita dal destino sarebbe un modo (per alcuni, l'unico) per far valere la sua dignità. L'articolato fa a quest'ultima (ed ai suoi derivati, quale “dignitoso”) insistito riferimento, già a partire dall'art. 2, in sede di definizione del concetto di “morte medicalmente assistita”. Si tratta tuttavia – come si è tentato di argomentare altrove – di un improprio utilizzo del termine. Sembra, infatti, di capire che, a giudizio dell'autore del testo, la malattia comporti il degrado della dignità e che porre fine alla vita sia un modo (forse, *il modo*) per salvarla.

Viene però così a confondersi – inammissibilmente – la dignità con la qualità della vita, se si conviene che la prima attiene alla *humanitas* stessa della persona e che, perciò, non si affievolisce o, peggio, disperde a causa della malattia che solo può incidere – questo sì, certamente – sulla qualità dell'esistenza. D'altronde, lo stesso articolato in commento, nell'art. 2 sopra cit. (al III comma), tiene opportunamente distinte l'una dall'altra, col fatto stesso di sollecitare le strutture sanitarie ad operare nel rispetto di entrambe.

3. Aporie e lacune di costruzione di una procedura che dapprima rimarca il ruolo del medico e del Comitato per la valutazione clinica e di poi ammette che possano esserne vanificati, iussu iudicis, gli effetti

Discutibile è, poi, l'itinerario descritto al fine di pervenire all'esito desiderato dal paziente, specie per ciò che attiene al rapporto da quest'ultimo intrattenuto con il personale sanitario. Va messo al riguardo in evidenza che il testo in esame chiama – doverosamente – a compiti di grande delicatezza e responsabilità il medico che riceve la richiesta di morte medicalmente assistita, manifestata nelle forme indicate nell'art. 4 (a mezzo di atto pubblico o scrittura privata autenticata), che è infatti sollecitato a prospettare al paziente e, dietro consenso di questi, ai suoi familiari le “possibili alternative” ed a promuovere “ogni azione di sostegno”. È quindi tenuto a trasmettere al Comitato per la valutazione clinica competente per territorio un rapporto da lui redatto in modo dettagliato circa le “condizioni cliniche e psicologiche del richiedente”, nel quale si dà conto del fatto che la persona è stata adeguatamente informata delle sue condizioni di salute, “dei trattamenti sanitari ancora attuabili e di tutte le possibili alternative terapeutiche”, nonché del “diritto di accedere alle cure palliative”. Stabilisce, poi, l'art. 5 che il medico, laddove reputi che “manchino palesemente i presupposti e le condizioni” richieste dall'art. 3 per far luogo alla morte medicalmente assistita, non trasmette la richiesta al Comitato suddetto¹².

Due rapidissime notazioni con riferimento a tale previsione.

¹¹ Non vorrei dare un *input* perverso al legislatore ma, per onestà intellettuale, sento di dover dire che la esclusione dei soggetti in parola, strutturalmente impediti di formarsi e manifestare il loro volere, può considerarsi lesiva del principio di eguaglianza. D'altronde, per una delle usuali finzioni del diritto, ogni persona può volere ed agire per il tramite di altre persone che vogliono ed agiscono per loro conto e nel loro interesse. Potrebbe immaginarsi che valga così anche nel caso nostro?

¹² Mia, ovviamente, l'enfasi posta sull'avverbio, per la ragione che si dirà di qui ad un momento.

La prima riguarda la forma verbale adoperata per indicare la mancata trasmissione suddetta (al presente indicativo: “non trasmette”) che – come si sa – negli enunciati normativi non ha valore di descrizione di una mera eventualità, che può come può non aversi, bensì esprime una carica deontica, traducendosi nella specie nell’obbligo di non trasmissione in parola. È chiaro che è un obbligo pur sempre subordinato ad una condizione soggettiva che però qui non è data da un dubbio interiore a riguardo di come stanno oggettivamente le cose bensì dalla certezza della insussistenza delle condizioni suddette.

Se ne ha conferma – e vengo così alla seconda notazione – dal fatto che la insussistenza in parola deve risultare in modo palese. Una garanzia, questa, per la persona che voglia la propria morte e, però, anche un requisito allarmante, dal momento che pur in difetto (ma non *palese*...) delle condizioni stesse, a rigore, il medico sarebbe ugualmente tenuto alla trasmissione delle carte al Comitato. Confesso, dunque, che l’avverbio sopra evidenziato m’inquieta non poco, alimentando il timore che possa portare all’esito di selezionare in modo eccessivamente rigoroso i casi di non trasmissione.

Il Comitato, ad ogni buon conto, è chiamato ad esprimere un parere motivato in merito alla sussistenza dei presupposti richiesti perché possa essere assecondata la volontà suicidaria del richiedente. Ed è interessante notare che, mentre è semplicemente prevista la eventuale audizione del medico o dell’*équipe* che ha in cura il paziente, è fatto invece obbligo di sentire quest’ultimo al fine di verificare che la sua richiesta sia stata informata, consapevole e libera¹³. Si fa, dunque, luogo ad un ulteriore riscontro di ciò che già è stato accertato dal medico prima ed al fine della trasmissione suddetta.

Vi è però di più; e fino al momento prima del decesso è fatto obbligo al medico presente di accertare previamente il persistere della volontà suicidaria, unitamente a tutte le condizioni indicate dall’art. 3, se del caso avvalendosi allo scopo anche della collaborazione di uno psicologo.

Ebbene, lo scrupolo sotteso a siffatto, plurimo riscontro non può, invero, non apprezzarsi, rendendo però esso ancora più palese, scoperto, il *punctum dolens* della procedura. Si prevede, infatti, che al diniego del medico di trasmissione ovvero al parere contrario del Comitato la persona richiedente possa opporsi rivolgendosi al giudice territorialmente competente.

Ora, è singolare e francamente ripugnante che un accertamento ripetuto e condotto da esponenti del mondo della scienza e della cultura in genere¹⁴ possa essere messo nel nulla dal verdetto emesso da un operatore di giustizia che di sicuro non ha le competenze richieste per verificare la infondatezza dei punti di vista manifestati dal medico e/o dal Comitato. Non mi spingo fino al punto di affermare, con una sensibile dottrina¹⁵, che il ricorso al giudice prelude alla incondizionata affermazione della volontà del paziente. Il giudice non è, di certo, un mero notaio chiamato ad autenticare la volontà stessa ed a consentirle di produrre gli effetti avuti di mira. Non escludo, dunque, che possano darsi casi (e mi auguro, anzi, che siano numerosi) in cui il giudice confermi le indicazioni venute dal medico e/o dal Comitato. Sta di fatto, tuttavia, che queste ultime possono essere messe nel nulla con un colpo di penna dell’operatore di giustizia. Un pensiero, questo, che m’inquieta non poco.

Non intendo, ad ogni buon conto, riprendere qui – sia chiaro – complesse e vessate questioni riguardanti il rapporto tra diritto e scienza, alcuni profili del quale ho peraltro, ancora di recente, già

¹³ Si fermi l’attenzione su questo squilibrato rilievo assegnato ai maggiori protagonisti delle vicende in parola, cui a mia opinione sarebbe opportuno porre rimedio.

¹⁴ Meritevole di considerazione e di apprezzamento è il carattere multidisciplinare della composizione del Comitato in parola, di cui saranno chiamati a far parte, oltre a medici (compresi – si precisa – i palliativisti), altresì professionisti “con competenze cliniche, psicologiche, giuridiche, sociale e bioetiche” (art. 7). Non è tuttavia chiarito se sarà assicurata una pari rappresentatività delle categorie suddette, restando ogni determinazione al riguardo demandata al regolamento del Ministro della salute, di cui si dirà a momenti.

¹⁵ V., ancora una volta, G. RAZZANO, [La proposta di legge sulle «Disposizioni in materia di morte volontaria medicalmente assistita»](#), cit., spec. 64 s.

fatto oggetto di studio¹⁶. Mi limito solo ad osservare che si danno talune circostanze al ricorrere delle quali residuano, a mio modo di vedere, margini a volte di non secondaria consistenza di apprezzamento discrezionale da parte del giudice degli esiti consegnatigli da tecnici e scienziati, specie laddove si presentino insicuri. Se, però, così non dovesse essere, come potrebbe non essere nel caso nostro, segnatamente nel caso di palese mancanza dei presupposti accertata da chi appartiene al mondo della medicina, non vedo come possa esserne ribaltato l'avviso da parte del giudice, se non con un atto – diciamo le cose come stanno – di pura autorità.

Il punto è però che qui il verdetto del giudice non può essere messo nel nulla neppure da una pronuncia di un altro giudice. Non è, infatti, prevista – ed è una grave lacuna – la possibilità di fare appello da parte del medico e/o del Comitato avverso la decisione del giudice adito dal paziente, essendo il compito loro demandato meramente consultivo. Insomma, il rapporto tra il paziente stesso e gli appartenenti al mondo della scienza e della cultura in genere è (e resta), nell'articolato in commento, comunque irragionevolmente squilibrato, a conferma di quel *favor mortis* cui – come rilevato da una sensibile dottrina¹⁷ – esso s'ispira.

Per vero, non è esclusa la eventualità che il giudice stesso possa avvalersi dell'assistenza di un perito al fine di emettere *causa cognita* la decisione. Sta di fatto, però, che di questa eventualità non si fa stranamente parola alcuna; ed è, perciò, da mettere in conto che la decisione stessa sia adottata senza alcun sussidio da parte dei medici (ed anzi – come si è veduto – avverso le risultanze di questi ultimi), restando poi – temo – non soggetta ad alcuna impugnazione¹⁸.

4. L'incerto ed opaco diritto di obiezione di coscienza riconosciuto al medico e l'obbligo comunque gravante sulle strutture sanitarie di dar appagamento alla volontà suicidaria del paziente

Al medico è, nondimeno, pur sempre dato di far valere il proprio diritto di obiezione di coscienza, escludendosi così dal circuito in cui viene a prendere forma e concretezza la volontà suicidaria del paziente. L'articolato, tuttavia, sul punto appare alquanto appannato ed incerto non precisando – e la questione è di cruciale rilievo – a partire da quale momento il medico possa esercitare il diritto stesso, col rischio – paventato in dottrina¹⁹ – che possa considerarsi tenuto al compimento di atti preparatori dell'intervento volto a dare la morte, astenendosi unicamente da quest'ultimo.

È opportuno, poi, segnalare che l'obiezione di coscienza è subordinata all'adozione di un regolamento del Ministro della salute, di cui si prevede la venuta alla luce entro il termine di centottanta giorni dalla entrata in vigore della legge in commento²⁰ e con il quale saranno disciplinati i Comitati per la valutazione clinica²¹. Decorsi quindi altri tre mesi dalla emanazione del regolamento suddetto, il medico può far valere il proprio diritto di obiezione; può farvi luogo anche fuori termine ma in tal caso la sua dichiarazione produce effetto dopo un mese dalla sua

¹⁶ V., dunque, volendo, il mio [Diritti fondamentali e scienza: un rapporto complesso](#), in questa [Rivista](#), 2022/I, 130 ss.

¹⁷ C.D. LEOTTA, *Eutanasia approvata alla camera il 10 marzo: testo peggiorato rispetto a quello delle commissioni riunite*, cit., 23 marzo 2022.

¹⁸ Perlomeno questo versante richiederebbe, a mia opinione, di essere attentamente rivisto nel corso dei lavori parlamentari precedenti il varo del testo in esame, colmandosi dunque una lacuna intollerabile.

¹⁹ V., nuovamente, G. RAZZANO, [La proposta di legge sulle «Disposizioni in materia di morte volontaria medicalmente assistita»](#), cit., 62 ss.

²⁰ ... che, peraltro, è differita al novantesimo giorno dopo la pubblicazione della legge in Gazzetta Ufficiale, eccezion fatta del II comma dell'art. 11, riguardante l'aggiornamento delle prestazioni gravanti sul Servizio sanitario nazionale ex art. 1, commi 554 e 559, l. n. 208 del 2015.

²¹ Il termine fissato al Ministro per l'adozione del regolamento è, ad ogni buon conto, da considerare non tassativo, non escludendosi di certo la validità e l'efficacia dell'atto ancorché venuto alla luce in un tempo ancora successivo.

presentazione (art. 6). Di conseguenza, può darsi che, sia pure per un comportamento a lui imputabile (e magari dovuto ad una iniziale esitazione), il medico possa trovarsi costretto a prendere parte alle procedure sopra descritte, malgrado ciò lo obblighi a fare i conti con la propria coscienza.

Si tenga inoltre presente che le strutture sanitarie sono comunque tenute ad assicurare la realizzazione della volontà suicidaria; e, francamente, non si vede come l'obiettivo possa essere centrato laddove tutti i medici in esse operanti dovessero avvalersi del loro diritto di obiezione.

Anche per l'aspetto ora considerato, si rende dunque palese il carattere squilibrato dell'intera "filosofia" che sta a base dell'articolato in commento, che – come si è venuti dicendo – è nel senso di dar modo alla volontà suicidaria di pervenire all'esito avuto di mira, riuscendo in un modo o nell'altro a superare gli eventuali ostacoli frapposti alla sua realizzazione da parte di medici ed esponenti della cultura in genere chiamati a verificare la sussistenza delle condizioni legislativamente richieste per il perfezionamento della procedura. L'ultima barriera, che potrebbe rivelarsi materialmente invalicabile, è quella appena indicata che viene a costituirsi ogni qual volta nessun operatore sanitario si renda disponibile ad assecondare il volere del paziente. E così persone che versano in condizioni non dissimili potrebbero avviarsi lungo percorsi reciprocamente divaricati, pur laddove gli stessi medici si siano pronunciati nell'identico modo: ora perché diversi siano i verdetti emessi dai giudici cui si siano eventualmente rivolte ed ora perché, indipendentemente da ciò, non egualmente attrezzate siano le strutture sanitarie presso le quali dovrebbe farsi luogo alla morte medicalmente assistita.

Silvio Troilo**(Ancora su) democrazia, rappresentanza e numero dei parlamentari.
Considerazioni sulla riforma di cui alla legge costituzionale n. 1/2020***

ABSTRACT: *The article analyzes the effects on the Houses of Parliament and on the representative relationship resulting from the reduction in the number of members of Parliament ordered by Constitutional Act no. 1/2020 in light of the simultaneous, continued application of the electoral system set forth in Act no. 165/2017 (the so-called Rosatellum), adapted by Act no. 51/2019. The thesis is that this incisive reduction does not mortify the representative relationship as it has been interpreted in Italy up to now, nor does it prevent the Houses from carrying out the decisive role assigned to them by the Constitution. Instead, it is today's electoral system – together with the "intrusiveness" of the Government and of European and international bodies – which significantly empties the representative relationship of content and which, applied to a smaller number of members of Parliament, produces distorting effects, especially in the Senate.*

SOMMARIO: 1. La riduzione del numero dei parlamentari e i suoi effetti sul rapporto rappresentativo (come declinato in Italia). – 2. Gli effetti prevedibili sulla Camera dei deputati. – 3. La rideterminazione del numero dei senatori. – 4. Le problematiche derivanti dall'applicazione del "Rosatellum" ad un minor numero di parlamentari. – 5. Qualche possibile rimedio a tali problematiche. – 6. Considerazioni conclusive.

1. La riduzione del numero dei parlamentari e i suoi effetti sul rapporto rappresentativo (come declinato in Italia)

La determinazione del numero dei membri delle Camere rappresenta un'operazione delicata, dovendo contemperare le differenti esigenze di buon funzionamento degli organi e, nel contempo, di adeguata rappresentanza del pluralismo politico e territoriale esistente nel Paese. Tanto che può dirsi che, in senso lato, essa influisce sul funzionamento della forma di governo e sulla stessa democraticità di un ordinamento.

L'incisiva rideterminazione di tale numero effettuata dalla legge costituzionale 19 ottobre 2020, n. 1, recante *Modifiche agli articoli 56, 57 e 59 della Costituzione in materia di riduzione del numero dei parlamentari* – sottoposta prima della promulgazione al quarto referendum costituzionale della storia repubblicana. – va, dunque, valutata con attenzione.

In linea generale – e prescindendo dall'assenza, nel caso specifico, di un progetto organico di riforma, anche "a tappe", del nostro bicameralismo – appare ragionevole e opportuna la scelta, sostenuta in passato, tra gli altri, anche da Pietro Ciarlo¹, di diminuire l'elevato numero dei parlamentari italiani, in modo proporzionalmente analogo fra le due Camere (diversamente dalla riforma "Renzi-Boschi", che peraltro introduceva un bicameralismo differenziato), come pure la decisione di eliminare la differenza d'età nell'elettorato attivo per le due Camere². Infatti – anche se la maggior parte dei Paesi dell'Unione europea ha un numero di deputati per 100.000 abitanti ben



* Contributo destinato agli Scritti in onore di Pietro Ciarlo.

¹ P. CIARLO, *Osservazioni a prima lettura sul disegno Renzi Boschi di revisione costituzionale*, in federalismi.it, n. 9/2014, 2.

² Adottata con legge cost. 18 ottobre 2021, n. 1, *Modifica all'articolo 58 della Costituzione, in materia di elettorato per l'elezione del Senato della Repubblica*. Infatti, se il diverso elettorato passivo può, forse, trovare ancora una giustificazione nella maggiore maturità ed esperienza dei quarantenni, non si riscontrava più alcuna motivazione nell'esclusione di sette classi d'età (pari a circa l'8% degli elettori per la Camera) dal diritto di voto per il Senato, anche perché, sempre più spesso, gli infra-venticinquenni e gli ultra-venticinquenni si trovano in analoghe condizioni di vita, ancora impegnati negli studi o nella formazione post-universitaria ovvero nella ricerca di un lavoro. Inoltre, quella esclusione poteva comportare scostamenti nella distribuzione dei consensi tra le (medesime) forze politiche alla Camera e al Senato, che in un sistema bicamerale perfetto producevano ripercussioni sul funzionamento della forma di governo parlamentare.

superiore a quello italiano a causa della minore popolazione (spesso ammontante soltanto a qualche milione di persone) – il confronto, maggiormente appropriato, con gli Stati più popolosi dell’Unione rivela come il nostro Paese fosse finora al vertice di tale rapporto (insieme al Regno Unito)³.

D’altra parte, la prassi costituzionale del secondo dopoguerra mostra come entrambe le Camere – anche nella fase in cui sono state elette con un sistema prevalentemente maggioritario uninominale – abbiano sempre operato sulla base di logiche partitiche, accettate più o meno di buon grado da pressoché tutti i parlamentari, e come la rappresentanza degli specifici territori (salvo, forse, che per quelli abitati da minoranze linguistiche) non abbia inciso sulle scelte di indirizzo politico dei deputati e dei senatori, ma soltanto su decisioni di natura localistica, attraverso l’approvazione di “leggine” o stanziamenti di fondi⁴. Ed è un dato di fatto che i parlamentari coltivano sempre meno i rapporti con i rispettivi collegi elettorali, non dipendendo più per la loro elezione dal voto di preferenza, mentre i cittadini politicamente attivi utilizzano sempre più le tecnologie telematiche per mantenere i contatti con i rappresentanti o per far pervenire loro, o direttamente alle istituzioni, le proprie istanze⁵.

Non sembra quindi condivisibile la tesi, espressa da pur autorevoli studiosi, secondo cui la riduzione decisa dalla succitata legge costituzionale produrrebbe di per sé, «anche senza mettere in conto la configurazione del sistema elettorale», «una evidente perdita di ruolo [de]l Parlamento», «spostando il baricentro del sistema a favore dell’Esecutivo», e mortificherebbe il rapporto rappresentativo al punto che «il voto di ciascuno [elettore] risulterebbe diluito forse in misura intollerabile fino a rendere praticamente simbolico andare a votare»⁶.

È appena il caso di ricordare che un (vero e proprio) esautoramento delle Camere a favore del Governo – ma anche di organismi europei ed internazionali – è in corso ormai da lungo tempo nonostante la presenza di 945 parlamentari (più i senatori a vita), e che il rischio che il voto dei cittadini si riveli più simbolico che reale è già stato rasentato a causa della legislazione elettorale, in particolare del “Porcellum” (la legge n. 270/2005) – non a caso dichiarato poi parzialmente incostituzionale – e dell’odierno “Rosatellum” (la legge n. 165/2017). Essi, con il voto bloccato e congiunto, consentivano e consentono tuttora ai cittadini soltanto di ratificare la scelta dei partiti politici di far eleggere in Parlamento determinati soggetti, la cui candidatura non è nemmeno sottoposta, nella prassi, ad un dibattito interno al partito o al gradimento dei simpatizzanti (essendosi

³ L’Italia era infatti lo Stato dell’Unione europea con il numero più elevato di parlamentari eletti direttamente dal popolo (945) ed era al secondo posto per entità complessiva dei membri delle Camere, dopo il Regno Unito (dotato, però, di una Camera alta non elettiva). Per una panoramica in proposito v. il dossier dei Servizi Studi delle Camere, [Riduzione del numero dei parlamentari](#) del 27 febbraio 2019, nonché la scheda sul [Confronto internazionale](#), a cura del Dipartimento per le Riforme istituzionali della Presidenza del Consiglio.

⁴ Nonostante in linea di principio, come ricorda tra gli altri O. CHessa, *Sul taglio dei parlamentari*, in [laCostituzione.info](#), «la rappresentanza politica [sia] sempre, allo stesso tempo, una rappresentanza territoriale, nella misura in cui proietta nelle Camere, insieme agli eletti, gli interessi dei territori da cui provengono», per cui «sono soprattutto le realtà territoriali più marginali, per peso demografico, economico-produttivo, culturale, ecc., ad avere tutto da perdere e nulla da guadagnare dal taglio dei parlamentari». Sembra però innegabile, come già rilevato, che in concreto i parlamentari italiani abbiano potuto, o voluto, incidere poco sulle politiche attuate nei territori da loro rappresentati.

⁵ Ed infatti, come nota P. CIARLO, *Democrazia, partecipazione popolare e populismo al tempo della rete*, in [Rivista AIC](#), n. 2/2018, 8, la rappresentanza politica ed «i partiti storici sono in crisi perché è mutata la stratificazione sociale dai quali essi traevano fondamento, ma anche perché la persuasione televisiva, ma soprattutto quella in rete, possono fare a meno di aggregati associativi permanenti». Inoltre, «con la digitalizzazione sono cambiati anche metodi e strutture della rappresentanza politica».

⁶ Così, ad esempio, P. COSTANZO, [Quando i numeri manifestano principi ovvero della probabile incostituzionalità della riduzione dei parlamentari](#), in questa [Rivista](#), 2020/I, 77. Altri autori si sono, invece, espressi in termini critici rispetto alla riduzione concretamente decisa con la legge costituzionale in parola: così, tra gli altri, S. CURRERI, *La riduzione del numero dei parlamentari: non è tutto oro ciò che luccica...*, in [laCostituzione.info](#), e F. CLEMENTI, *Sulla proposta costituzionale di riduzione del numero dei parlamentari: non sempre «less is more»*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 2/2019. Per una sintetica (e inevitabilmente incompleta) panoramica delle principali prese di posizione favorevoli e contrarie avutesi in dottrina, v. R. TARCHI, *Prefazione*, in [Il seguito del referendum sul “taglio dei parlamentari”. Riflessioni in chiave comparata](#), in questa [Rivista](#), Speciale n. 1/2021, specialmente 6 ss.

stabilita da tempo, a favore delle forze politiche che abbiano anche pochissimi parlamentari uscenti, l'esenzione dall'onere di sottoscrizione popolare delle candidature)⁷.

Non a caso altrove, come negli Stati Uniti d'America, non è un elevato numero di parlamentari, ma la prassi delle elezioni primarie e la più blanda disciplina di partito (insieme ad altri elementi, come il radicamento dei parlamentari nei collegi uninominali e il divieto di scioglimento anticipato delle Camere), a consentire agli elettori di esprimere un voto non simbolico ed al Congresso di non risultare subalterno rispetto all'Esecutivo.

Da noi, per avvicinarci a quei risultati, occorrerebbe non solo modificare seriamente la legislazione elettorale, ma per lo meno disciplinare in senso restrittivo tanto la decretazione d'urgenza quanto la questione di fiducia, consentendo al Gabinetto di porre quest'ultima soltanto su atti di indirizzo politico (come in Spagna) e prevedendo in compenso solo un circoscritto voto bloccato sul testo dei disegni di legge realmente essenziali per la realizzazione del programma di governo (vietando comunque i "maxiemendamenti", che mortificano – loro sì – il Parlamento)⁸.

2. Gli effetti prevedibili sulla Camera dei deputati

Occorre, comunque, analizzare la ragionevolezza e l'opportunità dell'entità della riduzione del numero dei parlamentari stabilita dalla legge costituzionale del 2020, pari al 36,5% della cifra attuale.

Essa distacca l'Italia dalla media degli altri maggiori Stati dell'Unione europea, caratterizzandola per un numero di deputati ogni 100.000 abitanti pari a poco meno di 0,7, contro 0,9 di Germania, Francia e Paesi Bassi, 0,8 della Spagna e 1,0 del Regno Unito⁹.

Ora, per quanto riguarda la Camera dei deputati, la scelta effettuata – astrattamente opinabile da parte di chi voglia mantenere per tale organo la più elevata capacità di rappresentare le istanze anche dei gruppi politici più piccoli¹⁰ e dei territori più delimitati – non sembra produrre in sé particolari distorsioni.

Qualche effetto deriverà dal combinato disposto della riduzione del numero dei deputati e del mantenimento dell'attuale sistema elettorale (il "Rosatellum"): si avrà un notevole incremento delle dimensioni dei collegi uninominali previsti da tale sistema¹¹, mentre nelle diverse circoscrizioni

⁷ In verità, una tale "delega in bianco" a favore dei partiti politici e dei loro *leader* era stata denunciata anche ai tempi in cui era ammesso il voto di preferenza ed era richiesta la sottoscrizione delle liste di candidati da parte di un certo numero di elettori: cfr., per tutti, G. MARANINI, *Miti e realtà della democrazia*, Milano, 1958, in particolare 423 ss.; S. GALEOTTI, *Disciplina dei partiti e riforma del sistema di governo*, Prefazione a C.E. TRAVERSO, V. ITALIA, M. BASSANI, *I partiti politici*, Milano 1966; S. GALEOTTI, *Alla ricerca della governabilità*, Milano, 1983, *passim*.

⁸ In questo stesso senso, cfr., fra gli altri, R. TARCHI, *Prefazione*, in [Il seguito del referendum sul "taglio dei parlamentari"](#), cit., 9.

⁹ Invece, finora il numero di parlamentari (non solo deputati, ma anche senatori) per 100.000 abitanti era pari a 1,6 in Italia, 1,4 in Francia, 1,3 in Spagna e nei Paesi Bassi, 0,9 in Germania e 2,2 soltanto nel Regno Unito.

Va ricordato che pure in Francia è stato presentato dal Governo un progetto di riforma, articolato in tre proposte di legge rispettivamente costituzionale, organica ed ordinaria, recanti, tra l'altro, la riduzione del numero dei parlamentari, l'introduzione del limite, per essi, di tre mandati consecutivi e la previsione di una quota proporzionale (pari al 20%) per l'elezione dei deputati. Più precisamente, dopo la presentazione nella primavera del 2018 dei primi testi di riforma, tra cui il progetto di legge organica n. 977 (che disponeva una diminuzione del 30% dei parlamentari), il tema è stato affrontato anche nel corso del "Grande dibattito nazionale" promosso dal Presidente Macron nel 2019 – dopo le manifestazioni di protesta dei "gilet gialli" – ed infine riproposto in ulteriori progetti di legge governativi, presentati all'Assemblea nazionale il 29 agosto 2019, tra cui la proposta di legge organica n. 2204, sostitutiva della precedente, che prevede una riduzione numerica del 25%. Tuttavia l'esame dei progetti di riforma si è arenato e non sembra che possa concludersi positivamente prima delle prossime elezioni presidenziali e parlamentari, previste in successione nel 2022. Sulla vicenda v., *ex plurimis*, G. GRASSO, *Tra Parigi e Berlino, passando per Roma: cosa possiamo imparare (e cosa possiamo insegnare) dopo la riforma costituzionale sulla riduzione del numero dei parlamentari?* in [Il seguito del referendum sul "taglio dei parlamentari"](#), cit., 25 ss.

¹⁰ Che, però, oggi è ostacolata dalla previsione di soglie di sbarramento da parte della legislazione elettorale.

¹¹ Su ciò si vedano le più analitiche osservazioni di cui al par. 4.

elettorali la diminuzione dei seggi complessivamente assegnati (da ripartire poi tra collegi uninominali e collegi plurinominali) risulta equilibrata, con soltanto piccoli scostamenti dalla media per Lombardia 3, Lazio 2 e Sicilia 1 (da una media del 36-37% ad un 39-40% di riduzione).

Anche il nuovo numero dei deputati eletti nella Circoscrizione Estero consentirà comunque di cercare di rappresentare (con tutti i limiti di quella rappresentanza, che da più parti si è proposto di abolire¹²) in modo non esageratamente disproporzionale gli italiani residenti in tutte le principali aree geografiche del mondo.

Pure la funzionalità interna della Camera non dovrebbe essere compromessa: le 14 Commissioni permanenti, le 15 Commissioni bicamerali e di inchiesta e la Commissione speciale attualmente esistenti, le 3 Giunte più il Comitato per la legislazione, senza considerare l'Ufficio di Presidenza, la Conferenza dei capigruppo, ecc., richiedono certo un impegno significativo ai deputati, rendendo onerosa la partecipazione a più di una o due di esse, ma – accorpandone alcune e riducendo un poco il numero dei componenti odierni di molte di loro (che sono in media 45 per le Commissioni permanenti, da 16 a 32 per le Giunte, e così via) – si dovrebbe riuscire a garantire tanto la rappresentatività dei gruppi parlamentari, quanto l'efficienza dei lavori.

3. La rideterminazione del numero dei senatori

Qualche dubbio in più sorge riguardo alle conseguenze della riforma sul Senato della Repubblica: non tanto per la nuova entità complessiva dei componenti della Camera alta, pari a 200 membri (più i senatori di nomina presidenziale¹³ e quelli di diritto) – che dovrebbe consentire comunque la funzionalità dell'organo, pur con qualche fatica in più rispetto alla Camera bassa – quanto per gli effetti indotti sulla rappresentanza dei singoli territori, nonostante la garanzia di un numero minimo di tre senatori per ognuno di essi (o di due per il Molise ed uno per la Valle d'Aosta).

La diminuzione del numero dei senatori non è, infatti, identica in percentuale in tutte le circoscrizioni regionali, ma è superiore alla media, di ben il 60% in Basilicata e in Umbria e del 10-15% in Abruzzo, Calabria e Friuli. Viceversa, è assai inferiore in Trentino-Alto Adige (dove si ha una diminuzione in termini assoluti del 14% contro una media complessiva del 35%) e non si produce per nulla in Molise e in Valle d'Aosta.

In Trentino-Alto Adige, poi, la soglia minima di senatori viene assicurata a ciascuna Provincia autonoma – sia pure al fine di garantire il gruppo linguistico italiano (come si spiegherà meglio al par. 4) – producendo una complessiva rappresentanza della popolazione regionale superiore a quella di ben sette Regioni (non considerando Molise e Valle d'Aosta): ad esempio, le Marche e la Liguria, con circa 1.500.000 di abitanti, avranno 5 seggi contro i 6 del Trentino-Alto Adige (3 per la Provincia di Trento e 3 per la Provincia di Bolzano, che hanno attorno a 500.000 residenti ciascuna).

Anche la riduzione a quattro dei senatori eletti nella Circoscrizione Estero produrrà o la necessità – oltre che di dimezzare i rappresentanti del Sudamerica – di accorpate le due ripartizioni meno popolose, creandone una gigantesca (America settentrionale e centrale + Africa, Asia, Oceania e Antartide), oppure uno squilibrio ancora maggiore di quello attuale tra il numero dei cittadini italiani iscritti all'AIRE residenti nelle attuali ripartizioni e l'entità dei senatori eletti in esse: oggi vi sono

¹² La stessa Commissione per le riforme istituzionali istituita dal Governo Letta, nella sua [Relazione finale](#) del 17 settembre 2013 (al par. 13), 23, «all'unanimità ha espresso una valutazione negativa sul funzionamento del voto degli italiani all'estero. Si propone quindi la soppressione della circoscrizione Estero, garantendo comunque l'esercizio del diritto di voto dei cittadini italiani residenti all'estero mediante strumenti idonei ad assicurare la libertà e la segretezza del voto. Qualora il Senato fosse formato con elezione diretta, si potrebbe prevedere in tale assemblea una rappresentanza delle comunità degli italiani residenti all'estero».

¹³ Rispetto ai quali appare utile il chiarimento apportato al secondo comma dell'art. 59 della Costituzione, per cui «il numero complessivo dei senatori in carica nominati dal Presidente della Repubblica non può in alcun caso essere superiore a cinque», in modo da escludere interpretazioni che consentano a ciascun titolare della carica di Capo dello Stato di nominare (fino a) cinque senatori a vita, come è avvenuto sotto i Presidenti Pertini (1978-1985) e Cossiga (1985-1992).

due senatori per circa 2.700.000 cittadini in Europa, due per circa 1.600.000 in America meridionale, uno per circa 450.000 in America settentrionale e centrale, uno per circa 300.000 in Africa, Asia, Oceania e Antartide, mentre in futuro ce ne potrebbe essere uno per ognuna di esse.

Ma gli effetti più distorsivi deriveranno dall'applicazione al Senato del sistema elettorale di cui al "Rosatellum", adattato dalla legge 27 maggio 2019, n. 51, recante *Disposizioni per assicurare l'applicabilità delle leggi elettorali indipendentemente dal numero dei parlamentari*. Tale legge rappresenta un ingegnoso strumento per mantenere inalterato, rispetto a quanto disposto dalla legge n. 165/2017, il rapporto numerico fra i parlamentari eletti nei collegi uninominali e quelli eletti nei collegi plurinominali, senza dover indicare alcuna cifra fissa, ma soltanto una frazione del totale: tre ottavi eletti nei collegi uninominali e, conseguentemente, cinque ottavi in quelli plurinominali¹⁴.

Però, con soli 196 senatori complessivamente eletti sul territorio italiano, le dimensioni dei collegi uninominali si accresceranno notevolmente, e in modo non uniforme, mentre aumenteranno i collegi plurinominali dotati di pochi seggi, nei quali potranno essere eletti soltanto i candidati delle liste più votate, come si illustrerà in appresso.

4. Le problematiche derivanti dall'applicazione del "Rosatellum" ad un minor numero di parlamentari

Al di là delle criticità generali dell'odierno sistema elettorale – come il voto congiunto per i collegi uninominali e quelli plurinominali, o la possibilità di pluricandidature, o ancora lo "slittamento" dei seggi (che potrebbero anche condurre a dichiarazioni di incostituzionalità da parte della Corte costituzionale)¹⁵ – non c'è dubbio che l'applicazione del "Rosatellum" ad un numero significativamente ridotto di parlamentari comporta alcune conseguenze problematiche.

In primo luogo, come già rilevato, le dimensioni dei collegi uninominali, rideterminate con d.lgs. 23 dicembre 2020, n. 177, si sono notevolmente accresciute – spesso in modo non uniforme – rendendo in molti casi impossibile quel collegamento tra elettori ed eletti che costituisce la peculiarità e il pregio di questo tipo di ambiti elettorali. Un collegamento, peraltro, reso già evanescente dal voto congiunto previsto per i collegi uninominali e quelli plurinominali.

Ciò è avvenuto in modo eclatante al Senato, a causa del più ridotto numero di componenti e della previsione di circoscrizioni coincidenti con i territori regionali: abbiamo, infatti, collegi uninominali con oltre 1.200.000 abitanti in Abruzzo e in Friuli-Venezia Giulia (Regioni in cui ne è previsto uno solo), oltre 900.000 in Calabria (dove ce ne sono due), Lazio, Toscana e Veneto, oltre 800.000 in altre otto Regioni (e appena meno di 800.000 in ulteriori due), per poi scendere a meno di 600.000 abitanti in Basilicata e addirittura a meno di 200.000 in Trentino-Alto Adige e in Molise (tralasciando il caso particolare della Valle d'Aosta). Asimmetrie meno eclatanti, ma non irrilevanti, si hanno anche alla Camera, dove si va dai circa 380.000 abitanti in media dei collegi uninominali delle circoscrizioni

¹⁴ Rimanendo fermo quel rapporto di 3/8 contro 5/8, si è potuto procedere subito dopo l'entrata in vigore della legge cost. n. 1/2020, senza necessità di un nuovo intervento delle Camere, alla rideterminazione e alla nuova individuazione dei collegi uninominali e di quelli plurinominali, con d.lgs. 23 dicembre 2020, n. 177, adottato dal Governo, su proposta di una Commissione di esperti, in base alla delega concessa dalla legge n. 51/2019.

¹⁵ Tali pronunce potrebbero colpire, in particolare, la previsione dello "slittamento" dei seggi da una lista all'altra della stessa coalizione e da un collegio plurinominali ad un altro (disposti, per la Camera, per garantire una distribuzione dei seggi nei collegi conforme al riparto nazionale dei voti), che rende praticamente impossibile per l'elettore conoscere i candidati (degli altri collegi) che concorrerebbe ad eleggere e prevedere gli effetti del suo voto, come richiesto invece dalla Corte costituzionale. Alla Camera, il 4 marzo 2018 lo "slittamento" è avvenuto per 20 seggi ed ha riguardato 34 collegi plurinominali, gran parte dei quali ha perso o ha guadagnato un seggio (ma a volte ben due). Non va, poi, sottaciuta la criticità dell'assenza del voto disgiunto, o almeno dello scorporo dei voti espressi per i candidati eletti nei collegi uninominali da quelli utilizzati per l'elezione dei candidati nei collegi plurinominali, che fa "pesare" maggiormente il voto di alcuni elettori rispetto ad altri.

Lazio 2, Marche e Veneto 1 ai quasi 450.000 di quelli di Sicilia 2, Umbria e Piemonte 1, ed ai quasi 600.000 di quello della Basilicata.

Inoltre, sono aumentati i collegi plurinominali dotati di pochi seggi, nei quali potranno essere eletti soltanto i candidati delle liste più votate: ne deriva una soglia di sbarramento implicita al Senato, mentre alla Camera, dove i seggi devono essere assegnati in proporzione ai voti ricevuti a livello nazionale, si produrrà un'accentuazione del deprecabile – e verosimilmente incostituzionale – fenomeno dello “slittamento” dei seggi da un collegio plurinominali ad un altro.

Nelle Regioni per le quali la legge n. 165/2017 detta norme particolari, la legge cost. n. 1/2020 prevede che in Alto Adige/*Südtirol* – dove finora c'erano tre collegi uninominali, sia alla Camera che al Senato, di cui uno a maggioranza linguistica italiana – continuano ad essercene tre al Senato, ma non alla Camera (dove sono ridotti a due)¹⁶, evitando in un solo ramo del Parlamento che in tutti detti collegi la popolazione appartenga in maggioranza al gruppo linguistico tedesco.

Invece, resta eclatante la differenza fra la popolazione del collegio senatoriale della Valle d'Aosta e quella degli analoghi collegi delle altre Regioni (a loro volta non uniformi). D'altro canto, alla Camera il collegio della Valle d'Aosta rimane presente solo grazie ai resti, soggetto al rischio di accorpamento con un collegio piemontese a seguito di una eventuale diminuzione della popolazione.

In Molise vi sono un collegio uninominale per il Senato ed uno per la Camera, con una notevole disproporzione di popolazione rispetto a qualsiasi altra ripartizione elettorale presente in Regioni ordinarie: al Senato il collegio molisano ha poco meno della metà degli abitanti di quello della Basilicata ed un terzo di quelli della Calabria.

Quanto al Friuli-Venezia Giulia – che al Senato ha ora diritto a quattro seggi, dei quali uno solo assegnato in un collegio uninominale – diviene praticamente impossibile adempiere al dettato della legge n. 165/2017 (richiamato dalla legge n. 51/2019) che richiede che uno dei collegi uninominali sia costituito in modo da favorire l'accesso alla rappresentanza dei candidati che siano espressione della minoranza linguistica slovena.

5. Qualche possibile rimedio a tali problematiche

Per cercare di ovviare alle problematiche sopra segnalate, la strada maestra non poteva essere il mantenimento di un pletorico numero di deputati e senatori, ma la modifica del sistema elettorale (oltre che dei regolamenti parlamentari), abbandonando il “Rosatellum” e adottando un diverso meccanismo, che tenga conto anche della minore numerosità dei membri delle Camere¹⁷.

Ferma restando la preferibilità, ad avviso di chi scrive, del sistema maggioritario uninominale a doppio turno o, in subordine, del “Mattarellum” (di cui alla legge n. 276/1993), ove si decidesse di optare per un meccanismo proporzionale si potrebbe riprendere il sistema già vigente per il Senato

¹⁶ La legge costituzionale, modificando l'art. 57 Cost., prevede infatti che nessuna Regione o Provincia autonoma abbia un numero di senatori inferiore a 3 (salvo il Molise e la Valle d'Aosta, che continuano ad averne, rispettivamente, 2 e 1): la legge n. 51/2019 dispone poi che essi, nel caso delle due Province autonome di Trento e di Bolzano, siano tutti eletti in collegi uninominali. Invece, su 7 deputati complessivamente assegnati al Trentino-Alto Adige, in base alla legge n. 51 (che, modificando l'art. 1, co. 2, del d.p.r. n. 361/1957, sancisce che «la circoscrizione Trentino-Alto Adige/*Südtirol* è ripartita in un numero di collegi uninominali pari alla metà dei seggi assegnati alla circoscrizione medesima, con arrotondamento all'unità pari superiore»), 4 saranno eletti in altrettanti collegi uninominali – 2 in Trentino e 2 in Alto Adige/*Südtirol* – e 3 in un collegio plurinominali regionale (all'interno del quale la soglia di sbarramento per le liste rappresentative di minoranze linguistiche riconosciute rimarrà pari al 20% dei voti validi espressi nella Regione o, in alternativa, consisterà nell'aver conseguito eletti in almeno un quarto dei collegi uninominali della circoscrizione, con arrotondamento all'unità superiore).

¹⁷ Ritengono, invece, altri autori – come F. CLEMENTI, *Sulla proposta costituzionale di riduzione del numero dei parlamentari*, cit., 31 – che «sarebbe del tutto illusorio immaginare di risolvere il problema con la modifica della legge elettorale vigente, la n. 165 del 2017, in quanto ... rimarrebbero tutti i problemi strutturali, di ordine costituzionale innanzitutto, che quei numeri – i numeri della rappresentanza parlamentare – esprimono nell'ordinamento».

dal 1948 al 1993, che combinava la presenza di collegi uninominali con un meccanismo quasi sempre proporzionale, poiché l'elezione nei collegi avveniva soltanto ottenendo il 65% dei voti validi, altrimenti i voti dei candidati non eletti, presentatisi sotto lo stesso simbolo, venivano sommati in gruppi regionali ed i seggi non assegnati nei collegi venivano ripartiti fra i gruppi con il metodo proporzionale d'Hondt. Oppure si potrebbe adottare il sistema spagnolo, che assegna tutti i seggi, con il metodo d'Hondt, in collegi plurinominali piuttosto piccoli sulla base dei voti ricevuti dalle liste nei collegi stessi (e non, come nel "Rosatellum", sulla base del riparto nazionale – o, al Senato, regionale – dei voti).

Ove non si riuscisse nemmeno a fare ciò, anche mantenendo l'impianto del "Rosatellum" si potrebbe comunque intervenire in diversi modi. Innanzitutto, si potrebbe modificare il già citato rapporto di 3/8 a 5/8 fra seggi assegnati in collegi uninominali e plurinominali, aumentando la percentuale dei primi alla metà o, meglio ancora, ai 5/8 del totale – e prevedendo il voto disgiunto per i due tipi di collegi, così da consentire in quelli uninominali un qualche collegamento tra elettori ed eletti – anche se ciò, ovviamente, produrrebbe significativi effetti sui rapporti di forza tra i partiti.

In alternativa, si potrebbero almeno modificare le dimensioni delle circoscrizioni, così da aumentare il numero dei collegi uninominali (ed anche plurinominali) ricompresi in esse: incrementandosi la popolazione delle circoscrizioni, potrebbe aumentare un po' (pur se non di molto) anche quella media dei collegi uninominali, ma soprattutto si potrebbe distribuirla in modo più equilibrato fra i diversi collegi. Per la Camera ciò si potrebbe fare con legge ordinaria (che modifichi la tabella A allegata al d.p.r. n. 361 del 1957), mentre per il Senato occorrerebbe intervenire con legge costituzionale.

Sembrava che il Parlamento avesse intenzione di procedere lungo quest'ultima direttrice, avendo avviato l'*iter* di esame della p.d.l. cost. AC n. 2238, presentata il 6 novembre 2019 da esponenti della maggioranza che sosteneva il secondo Governo Conte¹⁸, la quale, prevedendo l'elezione del Senato non più «a base regionale» bensì «su base circoscrizionale», poteva aprire la strada ad un più equilibrato disegno, da parte della legge, delle relative circoscrizioni elettorali senza il vincolo della loro necessaria coincidenza con i territori regionali¹⁹, anche se in tal modo le residue differenze tra i due rami del Parlamento sarebbero scomparse quasi del tutto. Tuttavia, di fronte a dubbi e obiezioni sollevati nel corso dell'esame da parte della Commissione Affari costituzionali della Camera, l'*iter* del provvedimento si è arenato.

6. Considerazioni conclusive

Come si è cercato di argomentare, la significativa riduzione del numero dei membri delle Camere operata dalla legge costituzionale n. 1/2020 incide senza dubbio sulla rappresentanza politica (dato che i numeri non sono mai "neutri"²⁰), senza però produrre, di per sé, effetti particolarmente distortivi alla Camera dei deputati e producendone in misura non (troppo) irragionevole – considerata la prassi

¹⁸ Gli on. Fornaro di LeU, Delrio e Ceccanti del PD, Boschi e M. Di Maio di Italia Viva, Macina e F. Silvestri del Movimento 5 Stelle, Gebhard della SVP.

¹⁹ Peraltro, la p.d.l. n. 2238, come ora formulata, lascia aperti margini di ambiguità, non provvedendo a modificare anche il terzo e il quarto comma dell'art. 57 Cost., che stabiliscono, rispettivamente, un numero minimo di senatori per ciascuna «Regione» e che la ripartizione dei seggi avvenga «tra le Regioni» in proporzione alla popolazione e con il metodo dei quozienti interi e dei più alti resti. La proposta di legge, invece, riduce a due (uno per la Valle d'Aosta) i delegati eletti da ciascun Consiglio regionale per integrare il Parlamento in seduta comune, convocato per l'elezione del Presidente della Repubblica, ritenendo evidentemente eccessiva – nonostante la Repubblica, ai sensi dell'art. 114 Cost., sia costituita dai Comuni, dalle Province, dalle Città metropolitane, dalle Regioni e non solo dallo Stato – una rappresentanza regionale pari a poco meno di un decimo di quella parlamentare (58 membri contro 600).

²⁰ Ma contribuiscono a definire i tratti complessivi del sistema rappresentativo, come ricorda, fra gli altri, E. GROSSO, *I problematici effetti della riduzione del numero dei parlamentari: spunti introduttivi*, in [Il seguito del referendum sul "taglio dei parlamentari"](#), cit., 14.

politico-parlamentare avutasi in Italia – al Senato della Repubblica, dove comunque è opportuno intervenire con ulteriori aggiustamenti. Infatti, si deve convenire con l’osservazione, diffusa in dottrina, che la riforma in parola, realizzata al di fuori di un organico disegno, richiede un seguito, per lo meno a livello di disciplina puntuale dettata dai regolamenti parlamentari e, soprattutto, a livello di legislazione elettorale. Quest’ultima, basata prima sul “Porcellum” ed ora sul “Rosatellum”, risulta per molti aspetti irrazionale e poco democratica e, comunque, viene incisa nel suo rendimento effettivo dalla riconfigurazione numerica delle Camere.

Se si vuole ridare vitalità al rapporto rappresentativo tra elettori ed eletti, nonché al ruolo del Parlamento, occorre dunque agire su tale versante, oltre che sugli strumenti di cui ha finora abusato il Governo per comprimere gli spazi delle Camere (a cominciare dalla decretazione d’urgenza e dalla questione di fiducia, ma non limitandosi a questi).

Infatti, come ci rammenta Pietro Ciarlo, «la democrazia pluralista ... conosce i conflitti ma li vuole mediare e regolare. ... Le istituzioni, nell’accezione più ampia e comprensiva del termine, devono svolgere questi compiti, nelle forme e nei limiti delle Costituzioni», partendo «innanzitutto dal fatto che il processo politico deve essere pubblico, conosciuto e conoscibile»²¹. Risulta essenziale, dunque, oltre e più che il numero degli eletti, il loro effettivo legame con i cittadini e la loro (pur relativa) autonomia di giudizio nei confronti dei *leader* di partito, dei portatori di interessi e dello stesso Governo.

²¹ P. CIARLO, *Democrazia*, cit., 4 e 10.

Cecilia Siccardi
Anticorruzione e PNRR: profili costituzionali*

ABSTRACT: *After a review of anti-corruption measures provided by the European Recovery and Resilience Facility (Reg. UE 2021/241) and the National Recovery and Resilience Plan, the paper focuses on the constitutional issues of recent provisions impacting on the prevention of corruption and the limitation of public administrators' liability. The background is characterized by the complex balance between deregulation and legality.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il Dispositivo di ripresa e resilienza e la prevenzione della corruzione. – 3. Il Piano nazionale di ripresa e resilienza: le azioni in materia di prevenzione alla corruzione. – 4. La semplificazione quale presupposto alla prevenzione della corruzione. – 5. Il Piano integrato di attività e organizzazione (PIAO). – 5.1. Il PIAO quale strumento di semplificazione? – 5.2. Problematiche in relazione alle modalità di attuazione del PIAO e al sistema delle fonti. – 6. La c.d. paura della firma e le limitazioni della responsabilità dei funzionari pubblici. – 6.1. La limitazione della responsabilità erariale: problematiche costituzionali. – 6.2. La limitazione della responsabilità penale: la [sentenza della Corte costituzionale n. 8 del 2022](#). – 7. Il sistema dei controlli. – 7.1. Il (mancato) ruolo di Anac. – 8. Riflessioni conclusive.

1. Premessa

Al fine di far fronte alla crisi economica dovuta alla diffusione del virus Covid-19 l'Unione europea ha reagito con un imponente pacchetto di misure a sostegno degli Stati membri.

In particolare, sono stati stanziati un totale di 2028 miliardi di euro attingendo, da un lato, dal bilancio a lungo termine dell'UE; dall'altro lato, attivando, mediante il Regolamento (UE) 2020/2094, uno "strumento" temporaneo con lo scopo «di sostenere la ripresa all'indomani della crisi Covid-19» (per un totale di 750 miliardi di euro)¹.

Quest'ultimo "strumento temporaneo" costituisce il c.d. *Next generation EU* e si compone² del Dispositivo per la Ripresa e la resilienza (c.d. RRF, Regolamento (UE) 2021/241), il quale dettaglia le norme relative alla presentazione dei Piani nazionali per la ripresa e la resilienza che gli Stati devono presentare ai fini del riconoscimento del finanziamento, nonché di *React-EU* (Regolamento (UE) 2020/2221), mediante il quale l'UE ha incrementato ulteriormente le risorse del Fondo europeo di sviluppo regionale, del Fondo sociale europeo e del Fondo di aiuti europei agli indigenti³.

Grazie a questi interventi l'Italia beneficerà di 191,5 miliardi di euro, finanziati attraverso il Dispositivo per la Ripresa e 13 miliardi di euro di risorse di *React-EU*. Se a queste somme si aggiungono quelle stanziata a seguito dello scostamento di bilancio e quelle previste per il reintegro del Fondo Sviluppo e Coesione, si arriva ad un totale di 261 miliardi di euro che l'Italia potrà mettere



¹ L'art. 2 del Regolamento (UE) 2020/2019 specifica nel dettaglio le modalità di assegnazione e ripartizione del totale di 750 miliardi. Informazioni approfondite in relazione ai diversi strumenti messi in campo dall'UE nell'ambito del *Next generatio EU* si possono reperire sul sito della [Commissione europea](#). Per un'analisi dal punto di vista del diritto costituzionale del *Next Generation EU*, cfr. C. BERGONZINI, *L'Europa e il Covid-19. Un primo bilancio*, in *Quad. cost.*, 2020, 761 ss.

² Più precisamente il c.d. *Dispositivo per la Ripresa e la resilienza (RRF)* costituisce la componente più consistente del programma, per un totale di 672, 5 miliardi di euro, assegnati secondo le norme di cui al Regolamento (UE) 2021/241. Cfr. la pagina dedicata sul sito della [Commissione europea](#).

³ Tali fondi sono stati incrementati per un totale di *React-EU* 47, 5 miliardi di euro, cfr. il Regolamento (UE) 2020/2221.

in campo per raggiungere gli obiettivi prefissati dal Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) al fine di rilanciare l'economia nazionale⁴.

Si tratta evidentemente di un'occasione unica per il Paese, il quale per raggiungere gli obiettivi prefissati dovrà promuovere riforme di settori cruciali, come la Giustizia e la Pubblica Amministrazione, nel segno dell'innovazione tecnologica, dell'inclusione sociale e della transizione ecologica.

Se da un lato, la proliferazione delle possibilità di investimenti pubblici rappresenta un evidente vantaggio per la Pubblica Amministrazione, per le imprese e per i cittadini, dall'altro lato, è facile immaginare che questi ultimi possano attirare il malaffare o interessi criminosi.

Come ha chiaramente messo in luce Angelo Canale, Procuratore Generale presso la Corte dei conti «quanto all'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza di cui al Regolamento UE n. 241/2021, non è difficile prevedere che l'afflusso delle risorse europee attirerà l'attenzione di soggetti privi di scrupoli e che i tentativi di frode, in Italia come nel resto dell'Europa, non mancheranno»⁵.

Alla luce di tale contesto, scopo di questo contributo vuole essere quello di ricostruire le misure adottate al fine di prevenire e contrastare la corruzione, valutando se esse possano essere considerate idonee ad affrontare le nuove sfide poste dal PNRR.

A tal fine si ritiene utile, in primo luogo, svolgere una ricognizione delle misure di prevenzione alla corruzione indicate dal Dispositivo per la ripresa e la resilienza (RRF, Regolamento (UE) 2021/241), nonché dal Piano nazionale di ripresa e resilienza, presentato il 30 aprile 2021 alla Commissione europea⁶ (*infra* par. 1).

In secondo luogo, si porrà l'attenzione su alcune novità normative, introdotte dai dd. ll. n. 76 del 2020 e 77 del 2021, poi convertiti in legge⁷, che hanno fatto seguito al Piano nazionale di ripresa e resilienza. Tali decreti promuovono un'importante opera di semplificazione e snellimento delle procedure in determinati settori coinvolti dal PNRR, al fine facilitare gli investimenti pubblici e consentire il raggiungimento celere degli obiettivi.

Come si dirà, tale opera di semplificazione normativa e amministrativa, pur essendo considerata dal legislatore presupposto di un'efficace azione di prevenzione alla corruzione, comporta non poche criticità intervenendo in settori "ad alto rischio corruttivo". Nello specifico, si intendono analizzare quelle misure, previste dai predetti decreti-legge, che incidono in modo particolare sulla prevenzione della corruzione (es. il PIAO, *infra* par. 5) e sulla responsabilità degli amministratori in caso di condotte di stampo corruttivo (es. la limitazione della responsabilità erariale e penale, *infra* par. 6).

Infine, l'ultima parte dello scritto si concentra sul sistema di controlli e di monitoraggio del PNRR, al fine di comprendere se questo possa essere efficace anche al fine di prevenire la corruzione.

Sullo sfondo si pongono problematiche di diritto costituzionale che meritano un approfondimento⁸, come il difficile bilanciamento tra esigenze di semplificazione dei procedimenti

⁴ Tutte le informazioni relative al Piano nazionale di ripresa e resilienza sono pubblicate sul portale [Italia Domani](#), il portale del Governo dedicato alla pubblicazione di tutti i documenti e avvisi relativi al Piano.

⁵ A. CANALE, *Il ruolo della Procura generale presso la Corte dei conti nel campo della lotta alle frodi in danno del bilancio UE: il rapporto tra la giurisdizione contabile, l'OLAF e la giurisdizione penale*, al [sito istituzionale](#) della Corte dei conti, 2021.

⁶ Ci si riferisce al [Piano nazionale di ripresa e resilienza](#), approvato dal Governo Draghi il 15 aprile 2021.

⁷ Ci si riferisce in particolare a: d.l. 16 luglio 2020, n. 76 «Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale», conv. con modif., nella l. 11 settembre 2020, n. 120; d.l. 31 maggio 2021, n. 77, «Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure» conv. con modif., nella l. 29 luglio 2021, n. 108.

⁸ Al di là dello specifico tema in esame, le problematiche che il PNRR pone al costituzionalista sono molteplici. Per approfondita analisi in via generale di queste ultime si rinvia all'editoriale di N. LUPO, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e alcune prospettive di ricerca per i costituzionalisti*, in [federalismi.it](#), 2022. L'A. efficacemente ritiene che il Piano nazionale di ripresa e resilienza ponga tematiche di prioritario interesse per i costituzionalisti «come quelle dell'indirizzo politico, della forma di governo, dei rapporti endogovernativi, degli equilibri tra politica e tecnica, delle relazioni tra Stato e autonomie e, in fondo, della stessa natura della Costituzione». Inoltre, con riferimento

amministrativi, in nome dell'efficienza della P.A., con la doverosa garanzia della legalità. Ancora, l'obiettivo di semplificazione operato dal legislatore per consentire alla P.A. di rispondere celermente agli obiettivi posti dal PNRR sembra incidere fortemente sul sistema delle fonti in materia, imponendo una riflessione sulla tenuta del principio di legalità⁹.

2. Il Dispositivo di ripresa e resilienza e la prevenzione della corruzione

Il Regolamento (UE) 2021/241¹⁰, stabilendo le condizioni previste per gli Stati al fine di accedere alle sovvenzioni e ai prestiti stanziati dall'UE nell'ambito del Dispositivo di ripresa e resilienza (RRF), fa riferimento, in diverse sue parti, anche alla necessità di prevenire la corruzione.

Nell'ottica del Regolamento, la necessità di perseguire «la frode fiscale, l'evasione fiscale, la corruzione e il conflitto di interessi» rappresenta un corollario imprescindibile del principio di sana gestione finanziaria¹¹ ed è strumentale alla tutela degli interessi finanziari dell'UE (art. 22, Reg. UE 2021/241).

Nello specifico, l'articolato valorizza la prevenzione della corruzione in due disposizioni: l'art. 18 dedicato al Piano nazionale per la ripresa e la resilienza e l'art. 19 sulla valutazione da parte della Commissione europea.

Da un lato, l'art. 18 impone agli Stati di motivare debitamente il Piano indicando alcuni elementi, tra i quali rientra «una spiegazione riguardo al sistema predisposto dallo Stato membro per prevenire, individuare e correggere la corruzione, la frode e i conflitti di interessi nell'utilizzo dei fondi forniti nell'ambito del Dispositivo e le modalità volte a evitare la duplicazione dei finanziamenti da parte del Dispositivo e di altri programmi dell'Unione» (lett. r)¹².

Dall'altro lato, l'art. 19 precisa che nella valutazione dell'efficienza del Piano nazionale la Commissione verificherà «se le modalità proposte dallo Stato membro interessato sono tali da prevenire, individuare e correggere la corruzione, la frode e i conflitti di interessi» (lett. j).

Infine, è importante ricordare che le misure indicate dai Piani nazionali possono essere realizzate mediante l'erogazione di contributi finanziari da parte dell'UE (artt. 11, 12) o mediante accordi di prestito (art. 15). Entrambe le opzioni contemplano per gli Stati membri l'obbligo di «adottare misure adeguate per prevenire, individuare e risolvere le frodi, la corruzione e i conflitti di interessi».

A proposito, è interessante segnalare che la maggior parte degli Stati ha richiesto esclusivamente il contributo finanziario, mentre solo sette paesi hanno stipulato anche gli accordi di prestito. Tra questi ultimi figura l'Italia che, oltre ad aver domandato il contributo finanziario massimo (68, 8

all'impatto del PNRR sulla forma di governo A. SCIORTINO, *PNRR e riflessi sulla forma di governo italiana. Un ritorno all'indirizzo politico "normativo"?*, in federalismi.it, 2021.

⁹ Sul tema M. D'AMICO, P. VILLASCHI, *Il sistema delle fonti: quali regole?*, in M. RAMAJOLI, A. MARRA, *La prevenzione della corruzione in Università*, Torino, 2022; I.A. NICOTRA, *Il quadro delle fonti normative in tema di prevenzione e contrasto alla corruzione*, in A. Pertici, M. Trapani (a cura di), *La prevenzione della corruzione. Quadro normativo e strumenti di un sistema in evoluzione*, Atti del convegno - Pisa, 5 ottobre 2018, Torino, 2019, 53 ss.

¹⁰ Sul tema si vedano M. CLARICH, *Il PNRR tra diritto europeo e nazionale: un tentativo di inquadramento giuridico*, in *ASTRID-Rassegna*, 2021. Per un'analisi dettagliata del complesso delle norme del Regolamento, cfr. T. VALERIA, *Il regolamento europeo "Next generation Eu": una nuova sfida per l'unione europea*, in *Lo Stato Civile Italiano*, 2021, fasc. 3, 77 ss.

¹¹ Preambolo al Reg. (UE) 2021/241, par. 40. Il principio di sana gestione finanziaria è sancito dal TFUE all'art. 310, il quale precisa che «Il bilancio è eseguito in conformità del principio di sana gestione finanziaria». Inoltre, l'art. 287 TFUE attribuisce alla Corte dei conti dell'UE il compito di accertare la sana gestione finanziaria delle entrate e dell'uscite dell'UE.

¹² Anche il Preambolo al Reg. (UE) 2021/241, par. n. 39, invita gli Stati ad inserire nei Piani nazionali per la ripresa e la resilienza indicazioni relative alle «misure concrete dello Stato membro intesi a prevenire, individuare e rettificare i conflitti di interessi, la corruzione e la frode e a evitare la duplicazione dei finanziamenti da parte del Dispositivo e di altri programmi dell'Unione».

miliardi), rappresenta il paese membro che ha richiesto la quota più elevata di prestiti (122,6 miliardi) ai fini dell'attuazione del Piano¹³.

L'Italia ha il dovere di gestire queste risorse nel rispetto dei vincoli stabiliti dall'Unione europea e nel rispetto del principio di sana gestione finanziaria. Episodi di corruzione o frode potrebbero avere effetti devastanti, posto che il preambolo al Regolamento individua tra le eventuali conseguenze di simili condotte anche «la sospensione e la risoluzione degli accordi relativi al sostegno finanziario»¹⁴. Ne consegue che i Piani nazionali dovrebbero prestare massima attenzione alla prevenzione della corruzione.

3. Il Piano nazionale di ripresa e resilienza: le azioni in materia di prevenzione alla corruzione

Il Piano nazionale di ripresa e resilienza mira a rilanciare l'economia del Paese dopo la pandemia, secondo alcune direttrici prioritarie: la transizione ecologica e digitale, il contrasto alle disegualianze di genere, territoriali e generazionali¹⁵.

Seppur non rientri tra le azioni "prioritarie", il Piano dedica attenzione alla prevenzione della corruzione in diverse sue parti. In particolare, la prevenzione alla corruzione viene perseguita tramite due azioni principali¹⁶.

In primo luogo, nell'ottica del Piano nazionale di ripresa e resilienza un'efficace prevenzione della corruzione è inscindibilmente legata alla razionalizzazione normativa e alla semplificazione dei procedimenti amministrativi. Come verrà specificato nei paragrafi che seguono, il Piano prevede nella parte dedicata alla "Semplificazione e razionalizzazione della legislazione" una specifica azione volta all'"Abrogazione e revisione di norme che alimentano la corruzione" (*infra* par. 4)¹⁷.

In secondo luogo, il Piano prevede un articolato sistema di controllo, monitoraggio e *audit* (*infra* par. 7) volto ad istituire «verifiche aggiuntive rispetto all'ordinario e vigente controllo amministrativo stabilito dalla regolamentazione nazionale per l'utilizzo delle risorse finanziarie assegnate»¹⁸.

Le azioni appena indicate si caratterizzano anche per la promozione della digitalizzazione nel settore considerato. Tra le misure di semplificazione amministrativa orientate alla digitalizzazione è possibile richiamare, a titolo esemplificativo, il potenziamento del *database* dei contratti pubblici¹⁹, nonché l'istituzione di una piattaforma unica della trasparenza, entrambi in seno all'Autorità

¹³ Seguono la Romania con 15 miliardi e la Grecia con 12,72 miliardi, cfr. il [Dossier di Openpolis](#), pubblicato il 6 agosto 2021.

¹⁴ In particolare il Preambolo al Reg. (UE) 2021/241, par. 53 precisa che «laddove il piano per la ripresa e la resilienza non sia stato attuato in misura soddisfacente dallo Stato membro interessato, o nel caso di gravi irregolarità, vale a dire frode, corruzione e conflitto di interessi in relazione alle misure sostenute dal Dispositivo, o di grave violazione degli obblighi derivanti dagli accordi relativi all'assistenza finanziaria, dovrebbe essere possibile procedere alla sospensione e alla risoluzione degli accordi relativi al sostegno finanziario, nonché alla riduzione e al recupero del contributo finanziario. Ove possibile, il recupero dovrebbe essere garantito mediante compensazione con le erogazioni di finanziamenti in sospeso nell'ambito del Dispositivo». La risoluzione degli accordi è disciplinata dall'art. 24 del Reg. (UE) 2021/241.

¹⁵ In sintesi la struttura del Piano è articolata in tre assi strategici (1. Digitalizzazione e innovazione, 2. Transizione ecologica, 3. Inclusione sociale); sei missioni (1. Digitalizzazione, Innovazione, Competitività, Cultura; 2. Rivoluzione Verde e Transizione Ecologica; 3. Infrastrutture per una Mobilità Sostenibile; 4. Istruzione e Ricerca; 5. Inclusione e Coesione; 6. Salute); un piano di riforme e investimenti, cfr. [Piano nazionale di ripresa e resilienza](#), 9 ss.

¹⁶ Inoltre, è opportuno ricordare che il Piano ritiene che una efficace contrasto alla corruzione non possa prescindere dalla riforma del sistema giudiziario, sul quale non è possibile concentrarsi in questo scritto. In particolare, il Piano evidenzia come la Commissione europea, nelle *Country Specific Recommendations*, ha invitato l'Italia ad «a favorire la repressione della corruzione, anche attraverso una minore durata dei procedimenti penali», cfr. Piano nazionale di ripresa e resilienza, 51.

¹⁷ Piano nazionale di ripresa e resilienza, 69

¹⁸ *Ibid.*, 239.

¹⁹ *Ibid.*, 65.

nazionale anticorruzione²⁰. Inoltre, nell'ambito dei sistemi di monitoraggio, è necessario segnalare, sempre nel senso dell'implementazione della digitalizzazione, il sistema di controllo *ReGis*, il quale rappresenta «uno strumento applicativo digitale unico di supporto ai processi di programmazione, attuazione, monitoraggio, controllo e rendicontazione del PNRR»²¹.

Si tratta di una caratteristica cruciale ai fini della prevenzione della corruzione. È noto, infatti, che la digitalizzazione dei procedimenti amministrativi rappresenta non solo una via per promuovere l'efficienza della P.A., ma anche un utile strumento di prevenzione della corruzione, riducendo la discrezionalità delle amministrazioni e contribuendo a potenziare l'imparzialità e la trasparenza di queste ultime²².

Le misure di prevenzione indicate nel Piano nazionale hanno assunto un peso rilevante nella valutazione di quest'ultimo da parte della Commissione europea. Infatti, nella “Decisione di esecuzione del Consiglio relativa all'approvazione della valutazione del Piano per la ripresa e la resilienza dell'Italia” e nel relativo allegato, la Commissione ha ritenuto adeguate «le disposizioni proposte dall'Italia nel Piano per la ripresa e la resilienza al fine di prevenire, individuare e rettificare casi di corruzione, frode e conflitto di interessi nell'utilizzo dei fondi messi a disposizione dal Dispositivo». Il sistema di controlli individuato dal Piano è tale, secondo la Commissione, da giustificare un *rating* A, “il massimo dei voti”, alla luce dei criteri di valutazione previsti dal Dispositivo²³.

Non tutte le riforme indicate dal PNRR in questo ambito hanno trovato un seguito a livello normativo, mettendo in discussione la reale riuscita del sistema di prevenzione alla corruzione, giudicato positivamente dalla Commissione europea.

4. La semplificazione quale presupposto alla prevenzione della corruzione

Un riferimento alla prevenzione della corruzione trova spazio nel Piano nazionale di ripresa nell'ambito della riforma dedicata alla “Semplificazione e razionalizzazione della legislazione”. Tale riforma rientra tra quelle definite come abilitanti, ovvero «che riguardano gli interventi funzionali a garantire l'attuazione del Piano e in generale a rimuovere gli ostacoli amministrativi, regolatori e procedurali che condizionano le attività economiche e la qualità dei servizi erogati ai cittadini e alle imprese». Tra le diverse azioni citate nella parte del Piano dedicata alla “Semplificazione” vi è anche quella relativa alla “Abrogazione e revisione di norme che alimentano la corruzione”²⁴.

²⁰ *Ibid.*, 69.

²¹ *Ibid.*, 240.

²² Si è espresso in questo senso il Presidente dell'Autorità nazionale anticorruzione Giuseppe Busia: cfr. [Comunicato stampa](#), *L'Anac punta sulla trasparenza - La lotta alla corruzione passa dalla digitalizzazione* del 14 giugno 2021. Sulla digitalizzazione quale misura di prevenzione alla corruzione si vedano M. CORRADINO, *L'Italia immobile. Appalti, burocrazia, corruzione. I rimedi per ripartire*, Milano, 2020, 203 ss.; F. MANGANARO, *Trasparenza e digitalizzazione (Relazione al Convegno “Trasparenza amministrativa e attività amministrativa, tra prevenzione della corruzione e valutazione della performance”, Università di Palermo, 19 ottobre 2018)*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2019, fasc. 1, 25 ss.; F. COSTANTINO, *Semplificazione e lotta alla corruzione nella legge 241 del 1990*, in *Diritto Amministrativo*, 4/2016, 623 ss.

²³ Si veda Commissione europea, Proposta di decisione di esecuzione del consiglio relativa all'approvazione della valutazione del Piano per la ripresa e la resilienza dell'Italia {SWD(2021) 165 final}, Bruxelles, 22.6.2021, COM(2021) 344 final, 2021/0168(NLE); si veda, inoltre, la decisione di esecuzione del Consiglio dell'8 luglio 2021 e il relativo [Allegato](#) riveduto della decisione di esecuzione del Consiglio relativa all'approvazione della valutazione del Piano per la ripresa e la resilienza dell'Italia.

²⁴ Oltre alle “riforme abilitanti” il Piano prevede: a) Le “riforme di contesto” che consistono in innovazioni strutturali dell'ordinamento (es. la riforma della giustizia e la riforma della PA); b) Le “riforme di accompagnamento”, che, seppur non comprese nel perimetro del Piano, sono destinate ad accompagnarne l'attuazione (es. la riforma di razionalizzazione del sistema fiscale. Cfr. Piano nazionale di ripresa e resilienza, 43 ss.

Come anticipato, infatti, il Piano sposa una concezione, promossa già da diverso tempo in dottrina²⁵ e dalle organizzazioni internazionali²⁶, secondo la quale la semplificazione normativa e amministrativa rappresenta un presupposto necessario alla prevenzione della corruzione che si anniderebbe nelle complicità del sistema.

Nel testo del PNRR si legge, infatti, che la semplificazione è «un rimedio efficace per evitare la moltiplicazione di fenomeni corruttivi» poiché «la corruzione può trovare alimento nell'eccesso e nella complicazione delle leggi»²⁷.

A tal proposito, il Piano prevede due distinte tipologie di interventi di “semplificazione”.

Una prima categoria di riforme è volta alla semplificazione delle discipline di settori coinvolti dagli investimenti del PNRR e per i quali si ritiene imprescindibile una razionalizzazione della normativa e snellimento delle procedure, nell'ottica di un'efficiente gestione dei fondi europei. Tra questi settori il Piano menziona la necessaria semplificazione in materia di contratti pubblici, la semplificazione delle normative in materia ambientale, in materia di investimenti nel Mezzogiorno.

Una seconda categoria di riforme mira alla semplificazione delle discipline in materia di prevenzione alla corruzione. In particolare, il PNRR intende riformare tre normative cruciali in tema di prevenzione alla corruzione: le norme della l. n. 190 del 2012 sulla prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella Pubblica Amministrazione; le disposizioni del decreto legislativo n. 39/2013, sull'inconferibilità e l'incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni e gli enti privati in controllo pubblico; la disciplina sugli obblighi di pubblicazione e sull'accesso alle informazioni pubbliche (d.lgs. n. 33 del 2013, come modif. dal d.lgs. n. 97 del 2016).

Riguardo alla l. n. 190 del 2012 sulla prevenzione alla corruzione e al d.lgs. n. 39 del 2013 sull'incompatibilità degli incarichi, il Piano non specifica le misure che dovrebbero essere oggetto di semplificazione.

Diversamente, riguardo alla disciplina sugli obblighi di accesso, il Piano, evidenziando che tali obblighi sono «assai onerosi per gli uffici, soprattutto degli enti minori», suggerisce di modificare la disciplina nel senso di prevedere «un unico accesso alle informazioni pubbliche» (invece che le tre tipologie di accesso previste attualmente). Al fine di dare attuazione a tale proposta, il Piano mira all'istituzione di un'unica piattaforma per la trasparenza amministrativa che alleggerirà gli obblighi di pubblicazione delle varie amministrazioni su proprie piattaforme²⁸.

Le due categorie di riforme appena indicate hanno avuto un seguito diverso a livello normativo.

La prime sono state concretizzate mediante le misure contenute nei decreti-legge successivi alla approvazione del Piano, in particolare il d.l. n. 76 del 2020 e il d.l. n. 77 del 2021, i quali in sostanza danno seguito alle indicazioni contenute nel PNRR per tutti i settori sopraindicati: contratti pubblici (Titolo I, d.l. n. 76 del 2020; Titolo IV, d.l. 77 del 2021), la semplificazione delle normative in materia ambientale (Parte II, Titolo I, d.l. n. 77 del 2021), in materia di investimenti nel Mezzogiorno (Titolo V, d.l. n. 77 del 2021). In tali settori, le norme dei decreti-legge hanno modellato il quadro normativo attuale agli obiettivi posti dal *Recovery Plan*, introducendo sistemi derogatori e discipline transitorie, con lo scopo principe di favorire gli investimenti pubblici e la loro gestione celere ed efficiente.

²⁵ Cfr. in questo senso F. COSTANTINO, *Semplificazione e lotta alla corruzione nella legge 241 del 1990*, in *Diritto Amministrativo*, 4/2016, 623 ss.

²⁶ Cfr. in particolare il lavoro dell'*Intergovernmental Working Group (IRG)* delle Nazioni Unite che ha lo scopo di monitorare l'attuazione della Convenzione contro la corruzione del 2003, il quale stabilisce all'art. 10, lett. b), della che «la semplificazione, se del caso, delle procedure amministrative al fine di facilitare l'accesso degli utenti alle autorità decisionali competenti; cfr. inoltre, i lavori del *Working Group on Bribery (WGB)* dell'OCSE che monitora l'attuazione della Convenzione sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, firmata a Parigi il 17 dicembre 1997.

²⁷ Piano nazionale di ripresa e resilienza, 69.

²⁸ *Ibid.*

Al contrario, la seconda categoria di riforme, volta a revisionare le norme sull'anticorruzione, non ha trovato ancora compiuta attuazione a livello normativo. Il testo del PNRR precisava, infatti, che al fine di procedere alle riforme legislative della l. n. 190 del 2012, del d.lgs. n. 93 del 2013 e della disciplina sulla trasparenza sarebbe stato presentato «un disegno di legge delega in Parlamento entro giugno 2021, con un termine di nove mesi dall'approvazione per l'adozione dei decreti delegati». Tale proposta di riforma dovrebbe essere elaborata da una Commissione Ministeriale presso il Dipartimento della Funzione Pubblica. Tuttavia, tutt'oggi la legge delega per la riforma dell'anticorruzione non solo non è stata approvata, ma non sembra essere stata ancora presentata²⁹. Nemmeno si trova traccia sui siti governativi del lavoro della Commissione Ministeriale.

A fronte della mancanza di una riforma organica in materia di anticorruzione, il contesto normativo volto a dare concretezza alle misure del PNRR sembra fortemente “sbilanciato” verso l'attuazione delle riforme volte alla semplificazione normativa e amministrativa di alcuni settori³⁰, ritenuta prioritaria al fine di agevolare gli investimenti pubblici.

Tuttavia, alla luce del contesto appena descritto è lecito chiedersi se l'obiettivo preponderante della semplificazione, sia accompagnato da adeguati presidi di legalità e strumenti idonei a garantire la prevenzione della corruzione nei settori oggetto di semplificazione.

Simile riflessione sembra imprescindibile se si considera che tra i settori oggetto dell'azione di semplificazione normativa, ve ne sono alcuni considerati ad alto rischio corruttivo, come quello dei contratti pubblici. In tale ambito, le norme del d.l. n. 76 del 2020 hanno introdotto, in nome dell'efficienza e della celerità dei procedimenti, importanti deroghe ai principi cardine della disciplina del Codice dei contratti pubblici (d.lgs.n. 50 del 2016), prevedendo, ad esempio, l'affidamento diretto per i contratti “sotto-soglia” e valorizzano una procedura negoziata senza bando per i contratti “sopra soglia” (art. 1, d.l. n. 76 del 2020)³¹.

Inoltre, è necessario considerare che l'opera di semplificazione messa in atto dal legislatore non ha inciso solo su settori a potenziale rischio corruttivo, ma ha avuto ad oggetto anche istituti che coinvolgono direttamente le misure di prevenzione della corruzione e le responsabilità dei funzionari pubblici in caso di commissione di irregolarità o condotte corruttive.

Ci si riferisce alla modifica della normativa concernente il Piano triennale di prevenzione alla corruzione che confluirà nel c.d. PIAO, Piano integrato di attività e organizzazione (art. 5, d.l. n. 80 del 2021 cfr. *infra* par. 6), nonché alla limitazione delle responsabilità in capo al funzionario pubblico al fine di superare la c.d. paura della firma (art. 21 e art. 23, d.l. n. 76 del 2020, *infra*, par. 6).

Se, da un lato, è vero che tali norme siano da accogliere con favore avendo lo scopo di favorire gli investimenti pubblici in un momento storico cruciale per la ripresa economica e finanziaria del paese, se, allo stesso tempo, è vero che la semplificazione normativa e amministrativa, può rappresentare un utile strumento per prevenire la corruzione; dall'altro lato, è opportuno chiedersi se simili interventi normativi siano accompagnati dalle dovute cautele volte a prevenire e a contrastare la corruzione.

²⁹ Cfr. A. CORRADO, *I Pnrr e l'anticorruzione (che non può essere una moda)*, in [Corriere della Sera](#), 21 novembre 2021.

³⁰ Sui rischi di tale situazione, cfr. la dichiarazione del Presidente del Gruppo di Stati contro la corruzione (GRECO) del Consiglio d'Europa, Marin Mrčela in occasione della Giornata internazionale contro la corruzione (9 dicembre 2021), secondo la quale «nell'affrontare le ondate successive della pandemia da Covid-19 e dovendo fornire risposte rapide, i Governi ricorrono spesso a misure straordinarie. Nonostante l'eccezionalità della situazione, è cruciale che i governi agiscano nel pieno rispetto della legge e basino tutte le loro azioni sui principi di trasparenza, di supervisione e di responsabilità». Cfr., inoltre, GRECO, *Corruption Risks and Useful Legal References in the context of Covid-19*, 15 aprile 2020.

³¹ Per un'analisi delle nuove norme in materia di contratti pubblici, cfr. D. Bolognino, H. Bonura, A. Storto (a cura di), *I contratti pubblici dopo il decreto semplificazioni. Le principali novità in materia di contratti pubblici, responsabilità, controlli, procedimento e processo, tra emergenza e sistema “a regime”*, Piacenza, 2020. Di recente, il Consiglio di Stato, sez. V, sent. n. 1108 del 15.2.2022 ha fornito una ricostruzione dei limiti normativi dell'affidamento diretto.

5. Il Piano integrato di attività e organizzazione (PIAO)

L'art. 6 del d.l. n. 80 del 2021³² con lo scopo di «assicurare la qualità e la trasparenza dell'attività amministrativa» e «procedere alla costante e progressiva semplificazione e reingegnerizzazione dei processi anche in materia di diritto di accesso» introduce, per la prima volta nel nostro ordinamento, il Piano integrato di attività e organizzazione (PIAO), che deve essere adottato dalle pubbliche amministrazioni con più di cinquanta dipendenti (con esclusione delle scuole di ogni ordine e grado e delle istituzioni educative)³³.

Tale novità normativa, inserendosi nell'ambito della riforma della Pubblica Amministrazione, voluta dal PNRR entro giugno 2022, mira ad assorbire in unico Piano diversi atti di pianificazione cui sono tenute le pubbliche amministrazioni, come ad esempio: il Piano triennale dei fabbisogni, il Piano della performance, il Piano del lavoro agile e, naturalmente, il Piano triennale della prevenzione della corruzione.

Per quanto attiene alle modalità di attuazione della novella legislativa, l'art. 6 del d.l. n. 80 del 2021 precisa che, entro il 31 marzo 2022, sono individuati e abrogati gli *adempimenti* relativi ai piani assorbiti con uno o più regolamenti di delegificazione, adottati sensi dell'articolo 17, comma 2, della n. 400 del 1988, previa intesa in sede di Conferenza unificata³⁴.

Inoltre, la stessa norma specifica che «con decreto del Ministro per la Pubblica Amministrazione»³⁵ è adottato un «Piano tipo quale strumento di supporto alle amministrazioni» nella redazione del PIAO.

Questa importante novità normativa presenta alcuni aspetti critici sui quali è necessario riflettere e che riguardano sia l'effettiva idoneità del PIAO di affermarsi quale strumento di reale semplificazione (*infra* par. 5.1.); sia le modalità di attuazione del PIAO e le problematiche che queste ultime potrebbero comportare in relazione al sistema delle fonti (*infra* par. 5.2.).

5.1. Il PIAO quale strumento di semplificazione?

Anzitutto, è necessario riflettere, come evidenziato dal Consiglio di Stato nel parere sullo schema di regolamento di attuazione dell'art. 6 del d.l. n. 80 del 2021, sulla sfida operativa «costituita dalla capacità del PIAO di affermarsi come strumento di effettiva semplificazione»³⁶.

Nonostante il dichiarato obiettivo legislativo di migliorare l'efficienza della P.A. mediante la «reingegnerizzazione dei processi», l'integrazione dei diversi Piani potrebbe dar luogo a «ciò che

³² D.l. 9 giugno 2021, n. 80 «Misure urgenti per il rafforzamento della capacità amministrativa delle pubbliche amministrazioni funzionale all'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e per l'efficienza della giustizia», conv. con modif., nella l. 6 agosto 2021, n. 113.

³³ Di conseguenza è invece ad oggi confermata ai sensi della legge 190 del 2012, l'adozione dei Piani triennali di prevenzione alla corruzione per: gli enti pubblici economici; ordini professionali; le società in controllo pubblico, escluse le società quotate le associazioni, fondazioni ed enti di diritto privato comunque denominati, anche privi di personalità giuridica, in possesso dei requisiti di legge; le Autorità amministrative indipendenti di garanzia, vigilanza e regolazione; le scuole di ogni ordine e grado e istituzioni educative. Nel Piano tipo sono definite modalità semplificate per l'adozione del Piano di cui al comma 1 da parte delle amministrazioni con meno di cinquanta dipendenti.

³⁴ Il parere favorevole della Conferenza unificata è stato acquisito il 9 febbraio 2020, cfr. il sito del [Ministero della Pubblica Amministrazione](#).

³⁵ Tale decreto deve essere adottato di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze e sempre previa intesa in sede di Conferenza unificata, cfr. art. 6, d.l. n. 80 del 2021.

³⁶ Così il parere del Consiglio di Stato sullo schema di regolamento di attuazione dell'art. 6, d.l. n. 80 del 2021, cfr. Consiglio di Stato, Sezione Consultiva per gli Atti Normativi, Adunanza di Sezione del 8 febbraio 2022 e del 17 febbraio 2022. Inoltre, lo schema di regolamento, corredato del parere del Consiglio di Stato e del parere della Conferenza unificata è stato trasmesso al Parlamento, cfr. Dossier della Camera dei Deputati Atto del Governo 369 e Dossier del Senato della Repubblica Atto del Governo 526, *Individuazione e abrogazione degli adempimenti relativi ai piani assorbiti dal Piano integrato di attività e organizzazione*, del 21 marzo 2022.

nella pratica internazionale viene definito un ulteriore *layer of bureaucracy*, ovvero un adempimento formale aggiuntivo»³⁷. In altri termini, al fine di realizzare in concreto i propri obiettivi, l'introduzione del PIAO dovrebbe ridisegnare i piani preesistenti e le loro modalità di redazione, senza limitarsi alla mera sovrapposizione dei piani e dei compiti dei diversi responsabili competenti. Per evitare una simile conseguenza, la modifica normativa dovrà necessariamente essere attuata «progressivamente e gradualmente» per far sì che possa essere metabolizzata adeguatamente dalla P.A., dai cittadini e dalle imprese che dovrebbero essere i primi beneficiari di tale riforma³⁸.

Secondariamente, con specifico riferimento alla tematica che qui interessa, è opportuno evidenziare che l'art. 6 del d.l. n. 80 del 2021 interviene sul principale strumento a disposizione della P.A. per definire la strategia di prevenzione alla corruzione all'interno della propria organizzazione. Sarebbe importante fare in modo che, pur nell'ottica di semplificazione promossa dalla norma, tale modifica non si traduca in uno svilimento del Piano anticorruzione, perno centrale della prevenzione della corruzione nella P.A.

Inoltre, è indispensabile valutare il ruolo che l'Autorità nazionale anticorruzione avrà in relazione alla “sezione” del PIAO relativa all'anticorruzione. Sino ad oggi, infatti, l'Anac ha giocato un ruolo cruciale sia nel supporto alle amministrazioni nella redazione del Piano triennale, anche mediante le indicazioni contenute nel Piano nazionale anticorruzione, sia nell'azione di valutazione e monitoraggio dei predetti piani.

A proposito, la novella legislativa sembra aver inciso sul ruolo dell'Autorità nazionale in senso contraddittorio: da un lato, la lett. d) dell'art. 6 del d.l. n. 80 del 2021 precisa che la sezione del PIAO relativa all'anticorruzione deve definire «gli strumenti e le fasi per garantire la trasparenza e la prevenzione alla corruzione» in conformità agli indirizzi adottati dall'Autorità nazionale anticorruzione» (riferendosi dunque al Piano nazionale anticorruzione); dall'altro lato, tuttavia, l'art. 6, comma 4, del d.l. n. 80 del 2021 non menziona l'Autorità tra i soggetti ai quali deve essere inviato il PIAO, dovendo, quest'ultimo, essere inviato entro il 31 gennaio di ogni anno «al Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei ministri per la pubblicazione sul relativo portale».

Permane, dunque, in capo all'Autorità una funzione di indirizzo, potendo fornire indicazioni riguardo alla sezione del PIAO relativa all'anticorruzione, come espressamente stabilito dall'art. 6 del d.l. n. 80 del 2021. Non è altrettanto chiaro, invece, a chi spetti il monitoraggio e la valutazione sul recepimento di tali indicazioni in materia di anticorruzione, poiché la nuova norma non menziona l'Autorità nazionale tra i soggetti destinatari del PIAO. Tale considerazione sembra confermata leggendo il parere del Consiglio di Stato sullo schema di regolamento di attuazione, il quale nel segnala che il regolamento determina «la soppressione della previsione, contenuta nel comma 8 del medesimo art. 1 della l. n. 190 del 2012, che ne prevede la trasmissione all'Autorità nazionale anticorruzione». Se così fosse, si dovrebbe ripensare una funzione che, anche grazie alla predisposizione di una piattaforma *ad hoc* per il monitoraggio dei piani³⁹, era risultata efficiente e un buon esempio di collaborazione tra Anac e RPCT.

In definitiva, la novella legislativa dovrà essere attuata in modo tale da evitare da un lato che si traduca in una mera sovrapposizione dei Piani già esistente creando un adempimento burocratico aggiuntivo, dall'altro che si risolva, in nome della semplificazione, nell'abrogazione di funzioni già rodute ed efficienti.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ *Ibid.* Secondo il Consiglio di Stato, per consentire tale “metabolizzazione” è indispensabile introdurre azioni di formazione e di monitoraggio.

³⁹ L'Anac ha attivato la piattaforma di acquisizione dei Piani Triennali per la prevenzione della corruzione e della trasparenza, cfr. il [sito di Anac](#).

5.2. Problematiche in relazione alle modalità di attuazione e al sistema delle fonti

Come anticipato l'attuazione del PIAO avverrà mediante l'adozione di: a) uno o più regolamenti delegificazione *ex art. 17*, comma 2, l. 400 del 1988; b) un decreto del Ministro per la Pubblica Amministrazione con il quale è adottato il "Piano tipo".

In primo luogo, sarebbe necessario chiarire il rapporto tra la norma di delegificazione (art. 6, d.l. n. 80 del 2021), il regolamento *ex art. 17*, comma 2, l. n. 400 del 1988 e le norme primarie oggetto di delegificazione⁴⁰. Infatti, l'art. 6 del d.l. n. 80 del 2021 non sembra chiarire né «le norme generali regolatrici della materia», né le norme di cui disporre l'abrogazione, come richiesto, invece, dall'art. 17, l. n. 400 del 1988.

Dal primo punto di vista, infatti, l'art. 6 del d.l. n. 80 del 2021 si limita a precisare che nella sezione del PIAO si dovranno indicare «gli strumenti e le fasi (..) per raggiungere gli obiettivi in materia di contrasto alla corruzione», richiamando allo stesso tempo «quanto previsto dalla normativa vigente in materia» e gli indirizzi adottati dall'Autorità nazionale anticorruzione.

Dal secondo punto di vista, è opportuno notare – come peraltro segnalato dal Consiglio di Stato – che la legge non fa riferimento specifico alle norme da abrogare ma «agli adempimenti relativi ai piani assorbiti da quello di cui al presente articolo»⁴¹. Non è agevole, dunque, comprendere quali norme della l. n. 190 del 2012, molto più dettagliate rispetto alla redazione del Piano triennale anticorruzione, saranno considerate «adempimenti» da abrogare.

In secondo luogo, è necessario porre l'attenzione sul "Piano tipo", il quale presenta diversi aspetti critici. Nella formulazione dell'art. 6 del d.l. n. 80 del 2021, il Piano sembra essere descritto quale atto amministrativo generale volto «al supporto alle amministrazioni» nella redazione del PIAO. Tuttavia, secondo il Consiglio di Stato, il Piano tipo non può essere qualificato quale mero atto amministrativo generale, presentando una chiara vocazione normativa. Ciò si evince dal fatto che il Piano tipo deve rappresentare «il quadro di riferimento per le pubbliche amministrazioni assoggettate al PIAO, andando in tal modo a integrare, anzi sostanzialmente a comporre, le scarse indicazioni offerte dall'art. 6 del d.l. n. 80 del 2021»⁴². Alla luce di tali considerazioni il Consiglio di Stato ritiene che il decreto ministeriale, cui fa riferimento l'art. 6 del d.l. n. 80 del 2021 debba essere qualificato come regolamento e quindi trasmesso al Consiglio di Stato stesso.

Da ultimo è opportuno ragionare sul rapporto tra il "Piano tipo" e il Piano nazionale anticorruzione. Tale atto, pur essendo definito espressamente dall'art. 2-*bis* della l. n. 190 del 2012 «atto d'indirizzo per le pubbliche amministrazioni» contiene indicazioni che, come sostenuto in dottrina, presentano «una chiara attitudine para-normativa»⁴³. Questa sovrapposizione di Piani a contenuto normativo e para normativo, rischia di generare una proliferazione di indicazioni in materia di anticorruzione rivolte alle amministrazioni che potrebbe generare confusione in un settore cruciale, ostacolando l'efficienza della P.A. Per evitare tale conseguenza è necessario coordinare al meglio le indicazioni contenute nei due piani, in modo che non rischino di sovrapporsi.

⁴⁰ In generale sui regolamenti di delegificazione in dottrina, cfr. A. PIZZORUSSO, *Delegificazione*, in *Enc. Dir., Aggiornamento*, Milano, 1999, 492 ss.; E. MALFATTI, *Rapporti tra deleghe legislative e delegificazioni*, Torino, 1999, 25 ss.; N. LUPO, *Dalla legge al regolamento*, Bologna, 2003; A. MORRONE, *Delegificazione*, in S. CASSESE, *Dizionario di diritto pubblico*, 1771 ss.

⁴¹ Consiglio di Stato, Sezione Consultiva per gli Atti Normativi, Adunanze di Sezione del 8 febbraio 2022 e del 17 febbraio 2022.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ Qualifica in tal modo il Piano nazionale anticorruzione con specifico riferimento al Piano nazionale anticorruzione del 2017 in parte dedicato al mondo dell'Università F. DAL CANTO, *Le regole dell'anticorruzione nel governo dell'Università*, in A. Pertici, M. Trapani (a cura di), *La prevenzione della corruzione. Quadro normativo e strumenti di un sistema in evoluzione*, cit., 234 ss. Invece, con specifico riferimento alle linee guida, cfr. F. MARONE, *Le linee guida dell'Autorità Nazionale Anticorruzione nel sistema delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3/2017, 743 ss.

È opportuno segnalare che, al momento, non essendo stati ancora pubblicati i regolamenti di attuazione dell'art. 6 del d.l. n. 80 del 2021, le Amministrazioni hanno beneficiato esclusivamente degli indirizzi forniti dell'Autorità nazionale anticorruzione.

Il 3 febbraio 2022, l'Anac ha adottato un documento intitolato "Sull'onda della semplificazione e della trasparenza. Orientamenti per la pianificazione dell'anticorruzione e della trasparenza 2022" mediante il quale la stessa Autorità ha inteso fornire «alcune indicazioni operative per la predisposizione del Piano (o della sezione di Piano) anticorruzione e trasparenza»⁴⁴. Tale iniziativa sembra mettere in luce il rischio di cui si è accennato poc'anzi. Si legge nell'introduzione del documento che l'Autorità, pur essendo coscia che gli orientamenti elaborati potranno essere oggetto di integrazioni o adeguamenti «a seguito dell'adozione delle norme in corso di approvazione» (facendo con ciò, dunque, riferimento ai regolamenti di attuazione e al Piano tipo), fornisce «alcune indicazioni operative per la predisposizione del Piano (o della sezione di Piano) anticorruzione e trasparenza». Sempre nella stessa introduzione al documento anzidetto, l'Autorità sembra voler chiarire che mediante l'adozione degli "Orientamenti per la pianificazione dell'anticorruzione e della trasparenza 2022" non intende sovrapporsi al "Piano tipo" che sarà adottato dal Dipartimento della funzione pubblica posto che «con questo documento si intendono fornire alle amministrazioni tutte quelle indicazioni che già da oggi si possono ritenere confermate, perché basate sulla normativa vigente e sul PNA 2019-2021». Nonostante tale precisazione, si rafforza l'impressione prospettata del rischio di una sovrapposizione dei Piani e delle indicazioni provenienti da Anac e dal Dipartimento della funzione pubblica.

Questo ingarbugliato quadro di fonti normative e atti amministrativi sembra mettere in luce come una riforma intrapresa con lo scopo della semplificazione, rischi in realtà di divenire un elemento di complicazione, moltiplicando atti e autorità competenti per la medesima funzione. La semplificazione normativa, in tal caso, non sembra rappresentare un efficace presupposto di prevenzione alla corruzione che, al contrario, potrebbe annidarsi nelle complicità create (involontariamente) dal sistema.

6. La c.d. paura della firma e le limitazioni della responsabilità dei funzionari pubblici

Al fine di consentire una gestione snella ed efficiente delle risorse del *Recovery fund* e agevolare l'operato dei funzionari pubblici, il d.l. n. 76 del 2020 è intervenuto con lo scopo di limitare le responsabilità in capo a questi ultimi e superare così la c.d. paura della firma.

Nello specifico, la novella mira a limitare il fenomeno, particolarmente diffuso nella P.A., della c.d. "burocrazia difensiva" (o "amministrazione difensiva"), che rischierebbe di rallentare, o peggio ancora di ostacolare, l'attuazione degli obiettivi del PNRR, volti al rilancio dell'economia nazionale. Il fenomeno della burocrazia difensiva è, infatti, caratterizzato dall'atteggiamento di funzionari pubblici che, intimoriti dall'addebito di responsabilità, preferiscono astenersi dall'assumere decisioni utili all'interesse pubblico, rimanendo inerti o intraprendendo strade meno impegnative, fondate su prassi consolidate.

Con lo scopo di scongiurare tale fenomeno, il d.l. n. 76 del 2020 disciplina in un apposito capo (il Capo IV del Titolo II), intitolato "Responsabilità" «le due principali fonti di "timore" per il pubblico amministratore la responsabilità erariale e la responsabilità penale»⁴⁵.

Entrambe le fattispecie meritano di essere analizzate in questa sede, non solo poiché esse potrebbero venire in rilievo di fronte a condotte di stampo corruttivo, ma anche perché presentano diversi aspetti problematici, connessi al difficile equilibrio tra esigenze di semplificazione e istanze di legalità.

⁴⁴ Cfr. ANAC, [Orientamenti per la pianificazione Anticorruzione e Trasparenza](#), 3 febbraio 2022.

⁴⁵ Così [Corte cost. sent. 18 gennaio 2022, n. 8](#), su cui si tornerà nel dettaglio nel par. 6.2. di questo scritto.

6.1. *La limitazione della responsabilità erariale: problematiche costituzionali*

L'art. 21 del d.l. n. 76 del 2020, modificando l'art. 1 della l. n. 20 del 1994, limita la responsabilità erariale dei funzionari pubblici «ai casi in cui la produzione del danno conseguente alla condotta del soggetto agente è da lui dolosamente voluta», richiedendo per la prova del dolo «la dimostrazione della volontà dell'evento dannoso»⁴⁶.

La conseguenza della novella legislativa è quella di escludere, sino al 2023, la responsabilità erariale per colpa grave, salva l'ipotesi di danni cagionati da omissione o inerzia del soggetto agente a cui non si applica tale limitazione di responsabilità.

La norma ha suscitato perplessità in relazione a diversi profili che attengono alla ragionevolezza della scelta legislativa, alla presunta violazione dei principi costituzionali di cui all'art. 3, 28 e 97 Cost., nonché alla compatibilità con il diritto europolitano.

Sotto il primo profilo, nell'audizione sul d.l. n. 76 del 2020, presso la Commissione Affari costituzionali del Senato⁴⁷, la Corte dei conti ha evidenziato le ragioni in base alle quali la limitazione della responsabilità erariale non sarebbe idonea a raggiungere lo scopo legislativo prefissato, ovvero quello di potenziare l'efficienza della Pubblica Amministrazione.

Nel testo di audizione, sono anzitutto riportati i dati relativi ai giudizi di responsabilità erariale, i quali dimostrano come i danni concernono prevalentemente condotte rientranti nell'alveo della colpa grave, come l'uso improprio di contributi pubblici.

A proposito, la Corte dei conti nota come la novella legislativa richieda un'attività interpretativa complessa, dovendo il giudice distinguere le condotte "attive" dalle condotte omissive, queste ultime escluse dalla circoscrizione di responsabilità e soggette quindi alle responsabilità per colpa grave. Si tratta di un'ipotesi tutt'altro che remota visto che tra le condotte omissive potrebbe rientrare l'assenteismo, fenomeno molto frequente nella P.A. Questa eccezione posta dall'art. 21 potrebbe dar luogo a problemi interpretativi «che non gioverebbero affatto alla correttezza degli affari trattati» né «all'obiettivo prefissato, non costituendo il volano destinato a "sbloccare" l'attività amministrativa»⁴⁸.

La medesima eccezione alla limitazione di responsabilità, come già rilevato in dottrina, potrebbe comportare una disparità di trattamento essendo «maggiormente penalizzante nei confronti di chi non agisce»⁴⁹; disparità che potrebbe non essere ritenuta ragionevole alla luce dell'inidoneità della norma a raggiungere lo scopo legislativo del miglioramento dell'efficienza della P.A., come appena esposto.

La questione è delicata ed è già stata affrontata dalla Corte costituzionale nella [sentenza n. 371 del 1998](#), avente ad oggetto una norma volta a limitare «la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti, in materia di contabilità pubblica, ai fatti ed omissioni posti in essere con dolo o colpa grave».⁵⁰ Nel dichiarare non fondata la questione in relazione agli artt. 3, 97

⁴⁶ Sull'evoluzione giurisprudenziale e normativa relativa alla responsabilità erariale vi sono numerosissimi studi in dottrina. Di recente, cfr. C. PAGLIARIN, *L'elemento soggettivo dell'illecito erariale nel "decreto semplificazioni": ovvero la "diga mobile" della responsabilità di recente*, in [federalismi.it](#), 2021. Inoltre, si veda E. FRATTO ROSI GRIPPAUDO, *La responsabilità erariale dell'esercente la professione sanitaria*, in [federalismi.it](#), 2021, spec. 103.

⁴⁷ Audizione della Corte dei conti sul disegno di legge n. 1883 (decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, recante "misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale") commissione 1 a – affari costituzionali del Senato della Repubblica, luglio 2020, pubblicata sul [sito della Corte dei conti](#).

⁴⁸ *Ibid*, 10. Non solo, sempre secondo la Corte dei conti, l'abolizione del deterrente della responsabilità erariale comporterà una maggior disinvoltura nella firma dei documenti, obiettivo peraltro dichiarato dallo stesso legislatore, «con probabile successivo interessamento della magistratura amministrativa» e conseguente rallentamento dell'operato amministrativo.

⁴⁹ G. RIVOSECCHI, *La Corte dei conti ai tempi del 'Recovery plan': quale ruolo tra responsabilità amministrativa-contabile, semplificazioni e investimenti*, in [federalismi.it](#), 2021, XV.

⁵⁰ Ci si riferisce all'art. 3, comma 1 lett. a) del d.l. 1996, n. 543 «Disposizioni urgenti in materia di ordinamento della Corte dei conti», conv. con modif., nella l. n. 639 del 1996.

e 103 della Costituzione, la Corte chiarisce che, pur rientrando nella discrezionalità legislativa limitare la responsabilità dei pubblici funzionari, tale scelta deve rispettare il criterio della ragionevolezza.

Al fine di non incorrere in una pronuncia di incostituzionalità, dunque, le scelte legislative volte a limitare la responsabilità dei funzionari pubblici devono mirare a costruire «un assetto normativo in cui il timore delle responsabilità non esponga all'eventualità di rallentamenti ed inerzie nello svolgimento dell'attività amministrativa» ([Corte cost. sent. n. 371 del 1998](#))⁵¹.

Alla luce della sentenza appena richiamata e delle considerazioni sopra esposte è necessario comprendere se la limitazione della responsabilità erariale dei pubblici dipendenti operata dall'art. 21 del d.l. n. 21 del 2021, possa costituire «una ragione di stimolo e non di disincentivo» ([Corte cost. sent. n. 371 del 1998](#)), nell'ottica di un potenziamento dell'efficienza della Pubblica Amministrazione.

Ancora, è necessario aggiungere che, secondo alcuni commentatori, posto che le condotte di funzionari pubblici sono prevalentemente caratterizzate da colpa grave, la limitazione della responsabilità al solo dolo (circostanza assai rara) comporterebbe una sostanziale immunità dei funzionari pubblici⁵², e la conseguente violazione dell'art. 28 della Costituzione⁵³.

Sotto il profilo della compatibilità con il diritto dell'Unione europea è opportuno rilevare che la limitazione della responsabilità erariale potrebbe risultare problematica alla luce dell'art. 22 Reg. (UE) 2021/241 che ribadisce il principio della «sana gestione finanziaria», da perseguirsi mediante l'efficace contrasto della frode, della corruzione e del conflitto di interessi⁵⁴.

Infine, in dottrina si è evidenziato come la limitazione della responsabilità potrebbe mar conciliarsi con i principi posti a tutela degli interessi finanziari dell'Unione dal Regolamento (UE) 2020/2092. Tale Regolamento, richiamato espressamente dall'art. 8 del Dispositivo RRF, considera «la limitazione della disponibilità e dell'efficacia dei mezzi di ricorso, per esempio attraverso norme procedurali restrittive» una violazione dei principi dello Stato di diritto (art. 3 Reg. (UE) 2020/2092)⁵⁵.

6.2. La limitazione della responsabilità penale: la [sent. n. 8 del 2022](#) della Corte costituzionale

Per quanto riguarda la responsabilità penale, l'art. 23 del d.l. n. 76 del 2020 ha modificato la disciplina del reato di abuso d'ufficio, sostituendo, nell'art. 323 del codice penale, la locuzione «di norme di legge o di regolamento» con l'altra, più restrittiva, «di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità»⁵⁶. Mediante tale modifica il legislatore mira a circoscrivere l'area di rilevanza penale, impendendo, come diversamente avallato dalla giurisprudenza in passato, che si possa

⁵¹ Riflettono sui principi espressi nella [sentenza n. 371 del 1998](#) in relazione all'art. 21 d.l. n. 76 del 2021 A. CANALE, *I d.l. semplificazioni e il regime transitorio in tema di Responsabilità amministrativa: i chiaroscuri della Riforma*, in [Diritto e conti](#), 2021, 4; G. CREPALDI, *L'elemento soggettivo della responsabilità amministrativa prima e dopo il decreto semplificazioni*, in *Riv. It. Prev. Soc.*, 2021, 23.

⁵² A. GIORDANO, *La responsabilità amministrativa tra legge e necessità. Note sull'art. 21 d.l. n. 76/2020*, in *Riv. Corte conti*, 1/2021, 18.

⁵³ Sul tema si veda in generale M. BENVENUTI, *Commentario Costituzione - Art. 28*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006.

⁵⁴ Cfr. *Memoria della Corte dei conti sul decreto-legge n. 77/2021 recante governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure*, giugno 2021 pubblicata sul [sito della Corte dei conti](#), 8.

⁵⁵ In questo senso G. RIVOCCHI, *La Corte dei conti ai tempi del 'Recovery plan'*, cit., 2021, XVI.

⁵⁶ Per un'analisi della riforma, cfr. G. L. GATTA, *Riforma dell'abuso d'ufficio: note metodologiche per l'accertamento della parziale abolitio criminis*, in [Sistema Penale](#), 2020; A. D'AVIRRO, *Il "labirinto" della discrezionalità nel nuovo reato di abuso di ufficio*, in *Diritto penale e processo*, 7/2021, 930.

sussumere nella condotta tipica l'inosservanza di norme di principio (art. 97 Cost.)⁵⁷, nonché atti viziati da eccesso di potere⁵⁸.

La limitazione della responsabilità penale operata dall'art. 23 del d.l. n. 76 del 2020 è divenuta subito oggetto di una questione di costituzionalità, sollevata dal Tribunale di Catanzaro, in riferimento agli art. 77, 3 e 97.

In riferimento agli artt. 3 e 97 Cost. il Giudice *a quo* ritiene che «alla luce della modifica da essa operata, l'abuso, per assumere rilievo penale, dovrebbe risolversi nell'inosservanza di una norma legislativa che preveda una attività amministrativa vincolata “nell'an, nel quid e nel quomodo”: il che renderebbe pressoché impossibile la configurabilità del reato, posto a presidio del buon andamento, dell'imparzialità e della trasparenza della Pubblica Amministrazione»⁵⁹.

La Corte costituzionale non è tuttavia entrata nel merito dichiarando inammissibili, con sentenza [n. 8 del 2022](#), le questioni relative all'art. 3 e 97 della Costituzione poiché avrebbero comportato una pronuncia in *malam partem* in materia penale.

Diversamente, la Corte ha dichiarato non fondata la questione in relazione all'art. 77 della Costituzione. Sul punto meritano di essere analizzate le motivazioni della sentenza poiché chiariscono alcuni aspetti cruciali ai fini del presente studio, affrontando il delicato tema dell'equilibrio tra le norme poste a presidio della legalità e le esigenze di efficienza della Pubblica Amministrazione, anche alla luce delle sfide più attuali poste dal PNRR.

Nello specifico la Corte non condivide l'impostazione del giudice *a quo*, secondo la quale la norma oggetto sarebbe «“eccentrica ed assolutamente avulsa”, per materia e finalità, rispetto al decreto-legge in cui è inserita». Il collegamento tra la limitazione della responsabilità penale dell'abuso di ufficio e lo scopo della semplificazione perseguito dal decreto-legge si riscontra, secondo la Corte costituzionale «nell'idea che la ripresa del Paese possa essere facilitata da una più puntuale delimitazione delle responsabilità”. “Paura della firma” e “burocrazia difensiva”, indotte dal timore di un'imputazione per abuso d'ufficio, si tradurrebbero, in quanto fonte di inefficienza e immobilismo, in un ostacolo al rilancio economico, che richiede, al contrario, una Pubblica Amministrazione dinamica ed efficiente».

In definitiva, la Corte costituzionale sembra avallare, al di là delle problematiche che possono porre le singole norme, la *ratio* complessiva del d.l. n. 76 del 2020, che mira ad una imponente opera di semplificazione amministrativa e normativa nel segno dell'efficienza della Pubblica Amministrazione; ciò, anche nei casi in cui tale intervento di semplificazione incide su norme incriminatrici tradizionalmente volte a sanzionare il malaffare nella Pubblica Amministrazione, poiché queste ultime dovrebbero comunque costituire «un'*extrema ratio*, cui il legislatore ricorre quando, nel suo discrezionale apprezzamento, lo ritenga necessario per l'assenza o l'inadeguatezza di altri mezzi di tutela».

Per quanto riguarda il tema in esame, sarebbe tuttavia da valutare l'impatto della limitazione della responsabilità penale su quelle condotte che, pur non integranti specifiche fattispecie di reato contro la P.A., rientrano nell'accezione di corruzione più ampia di *maladministration*, fatta propria dall'Autorità nazionale anticorruzione, la quale coincide con «l'assunzione di comportamenti che

⁵⁷ È noto l'indirizzo consolidato della giurisprudenza di legittimità, secondo il quale ai fini dell'abuso di ufficio la «violazione di norme di legge», può essere integrata anche dalla violazione del principio di imparzialità di cui all'art. 97 Cost. *Ex multis* Corte di cassazione, sezione sesta penale, sentenza 21 febbraio 2019-23 maggio 2019, n. 22871; Corte di cassazione, sezione sesta penale, sentenza 12 giugno 2018-29 ottobre 2018, n. 49549. Diversamente, secondo la dottrina «il principio di legalità, a fronte della nuova versione dell'art. 323 c.p., non sembra dunque lasciare più spazio alla tesi che, fino al recente passato, ha fondato la violazione di legge sull'art. 97 Cost.», cfr. G. L. GATTA, *Riforma dell'abuso d'ufficio*, cit.

⁵⁸ Per quanto riguarda la giurisprudenza di legittimità che ha considerato integrata la fattispecie di abuso di ufficio di fronte ad atti viziati da eccesso di potere, cfr. Corte di cassazione, Sezioni unite penali, sentenza 29 settembre 2011-10 gennaio 2012, n. 155.

⁵⁹ Cfr. Trib. Catanzaro, Ordinanza del 6 novembre 2020, iscritta al n. 46 del registro ordinanze 2021 e pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 16, prima serie speciale, dell'anno 2021.

contrastano con la necessaria cura dell'interesse pubblico e pregiudicano l'affidamento dei cittadini nell'imparzialità delle amministrazioni»⁶⁰. In altri termini, è opportuno verificare con attenzione le conseguenze del superamento del «deterrente» della paura della firma, nonché le «ricadute della più facile soluzione scelta sull'azione amministrativa, il suo riflesso sull'allentamento del principio di legalità e sulla conseguente alimentazione dei fenomeni corruttivi»⁶¹.

A proposito, riguardo alle ricadute della riforma dell'abuso di ufficio sulla corruzione intesa in senso ampio sembra importante richiamare alcune considerazioni svolte in dottrina.

Si è, infatti, giustamente notato come espungere i regolamenti dalle fonti la cui inosservanza possa determinare l'abuso d'ufficio «rischi di innalzare troppo l'asticella perché molto spesso, in esito ai processi di delegificazione connessi a quelli di semplificazione amministrativa, (...) sono le fonti secondarie a recare le specifiche regole di condotta relative alla funzione o al servizio esercitato da una determinata amministrazione pubblica e questo potrebbe rendere difficile l'effettività della tutela penale del buon andamento e dell'imparzialità dell'amministrazione»⁶². Alla luce della tesi appena esposta, l'abuso di ufficio rischia di essere neutralizzato in settori ad alto rischio corruttivo, oggetto di recente semplificazione e delegificazione, come quello dei contratti pubblici e dell'edilizia. Ancora, è importante ricordare che la stessa materia di pianificazione della prevenzione alla corruzione è stata, come visto nel precedente paragrafo, oggetto di un imponente opera di delegificazione. Il mancato rispetto di adempimenti indicati nella sezione del PIAO sull'anticorruzione che non trovano riscontro direttamente nella legge, ma solo nel regolamento sul «Piano tipo» non potrà venire in rilievo ai fini dell'addebito di responsabilità penale.

Alla luce di quanto appena esposto, la limitazione della responsabilità penale se letta nel complesso delle riforme di semplificazione e delegificazione, potrebbe alimentare comportamenti che, seppur non ricompresi nelle fattispecie di reato contro la P.A., rientrano nella nozione più ampia di *maladministration*, a discapito del buon andamento della Pubblica Amministrazione.

7. Il sistema dei controlli

Il testo del Piano nazionale di ripresa e resilienza prevede l'istituzione di organismi e meccanismi di controllo «aggiuntivi rispetto all'ordinario e vigente controllo amministrativo»⁶³.

L'istituzione del sistema di controllo dovrebbe perseguire un duplice obiettivo.

Da un lato, il sistema di controllo mira alla «prevenzione, individuazione e contrasto di gravi irregolarità quali frodi, casi di corruzione e conflitti di interesse nonché a scongiurare potenziali casi di doppio finanziamento».

Dall'altro lato, il sistema di controllo mira a verificare «l'effettivo conseguimento di *Target* e *Milestone*, in conformità a quanto richiesto dalle modalità di rendicontazione alla Commissione Europea».

Il sistema dei controlli configurato dal Piano nazionale che, come visto, è stato valutato positivamente dalla Commissione europea, è stato poi implementato a livello normativo dal d.l. n. 77 del 2021, il quale coinvolge diversi soggetti nelle funzioni di controllo.

Anzitutto, l'art. 6 del d.l. n. 77 del 2021 istituisce presso il Ministero dell'economia e delle finanze un ufficio centrale di livello dirigenziale, denominato Servizio centrale per il PNRR «con compiti di coordinamento operativo, monitoraggio, rendicontazione e controllo del PNRR». In particolare, il Servizio centrale per il PNRR si articola in sei uffici e per l'esercizio dei propri compiti e può avvalersi

⁶⁰ Determinazione dell'Autorità nazionale anticorruzione n. 12 del 28 ottobre 2015, Aggiornamento 2015 al Piano nazionale anticorruzione, 7.

⁶¹ Così A. CANALE, *I d.l. semplificazioni e il regime transitorio in tema di Responsabilità amministrativa*, cit., 3.

⁶² G. RIVOCCHI, *La Corte dei conti ai tempi del 'Recovery plan'*, cit., XIII.

⁶³ Piano nazionale di ripresa e resilienza, 239

del supporto di società partecipate dallo Stato. Tra questi figurano l'ufficio *audit* per il PNRR disciplinato all'art. 7, rubricato «Controllo, audit, anticorruzione e trasparenza», e *Sogei S.p.A.*, società di *Information Technology* partecipata al 100% dall'Ministero dell'economia e delle Finanze, a supporto tecnico del predetto ufficio.

In secondo luogo, il d.l. n. 77 del 2021 valorizza una forma di controllo diffuso, stabilendo che «ciascuna amministrazione centrale titolare di interventi previsti nel PNRR provvede al coordinamento delle relative attività di gestione, nonché al loro monitoraggio, rendicontazione e controllo». A tal fine, ogni amministrazione centrale deve individuare al suo interno «una apposita unità di missione di livello dirigenziale» con specifici compiti di monitoraggio. Tra i diversi compiti, l'art. 8 del d.l. n. 77 del 2021 precisa che tale unità ha il compito di vigilare «sulla regolarità delle procedure e delle spese e adotta tutte le iniziative necessarie a prevenire, correggere e sanzionare le irregolarità e gli indebiti utilizzi delle risorse».

Questo articolato sistema di controlli amministrativi potrebbe presentare alcune criticità.

Anzitutto, è necessario evidenziare come il testo dell'art. 7 in tema di controlli risulti di difficile decifrazione, anche causa dei continui rimandi normativi interni, rendendo particolarmente complesso ricostruire le funzioni e la struttura dell'organismo di *audit*. Il timore è che una simile confusione normativa possa tradursi in un ostacolo concreto a livello amministrativo, incidendo sulla reale efficacia delle funzioni di controllo di tale organismo.

Inoltre, è dubbia l'effettiva indipendenza del sistema di controllo così configurato. È difficile comprendere quali possano essere le reali garanzie di indipendenza di un organismo posto all'interno della stessa amministrazione centrale che ha il compito di attuare il Piano su cui il medesimo organismo dovrebbe effettuare il controllo. Allo stesso modo l'indipendenza potrebbe essere messa a rischio anche dalle stesse modalità di reclutamento previste per l'organismo tecnico a supporto dell'Ufficio di *audit*, le quali ai sensi dell'art. 7 sono orientate a criteri di massima celerità ed efficacia «anche in deroga a quanto previsto dall'articolo 19 del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175», e quindi anche in deroga ai principi di trasparenza, pubblicità e imparzialità e pubblico concorso.

In secondo luogo, non è detto che un simile proliferare di organismi, uffici e funzioni a loro attribuite si traduca nell'efficienza dei meccanismi di controllo; anzi, tale moltiplicazione potrebbe anche tradursi in adempimenti aggiuntivi che rischiano di rallentare le operazioni di controllo (c.d. *layer of bureaucracy*).

Ancora, il sistema di controllo sembra essere rivolto in prevalenza alle amministrazioni centrali.

Lo dimostra il fatto che l'art. 8 del d.l. n. 77 del 2021 chiarisce le modalità di controllo e monitoraggio diffuso solo con riguardo alle amministrazioni centrali. L'unica norma che fa riferimento esplicito alla prevenzione della corruzione stabilendo la possibilità di stipulare protocolli di legalità con la Guardia di Finanza è anch'essa rivolta alle sole amministrazioni centrali (l'art. 7, comma 8 d.l. n. 76 del 2020). Ciò determinerà inevitabilmente una forte responsabilizzazione degli Enti locali e dei responsabili alla corruzione di questi ultimi nella verifica della correttezza delle procedure legate ai progetti del PNRR.

Il legislatore avrebbe, dunque, dovuto prestare maggior attenzione gli Enti locali, i quali avranno un ruolo di primo piano nell'attuazione degli obiettivi del PNRR, pur essendo meno preparati – rispetto all'amministrazione centrale – alla gestione delle problematiche amministrative che discenderanno dalla gestione degli obiettivi del PNRR.

La normativa relativa al sistema di controllo amministrativo, proprio al fine di limitare le criticità che potrebbero crearsi nella gestione dei fondi europei da parte delle amministrazioni centrali e locali, ha previsto espressamente specifici controlli da parte della Corte dei conti. I dd.ll. n. 76 del 2020 e 77 del 2021 valorizzano il controllo amministrativo della Corte dei conti, facendo riferimento

rispettivamente al c.d. controllo concomitante⁶⁴ (art. 22, d.l. n. 76 del 2020) e al controllo sulla gestione (art. 7, comma 7, d.l. n. 77 del 2021). Si tratta di forme di controllo amministrativo già regolate dalla legge⁶⁵ e che, ai sensi delle nuove norme introdotte dai predetti decreti-legge, dovranno essere svolti a loro volta mediante «valutazioni di economicità, efficienza ed efficacia circa l'acquisizione e l'impiego delle risorse finanziarie provenienti dai fondi di cui al PNRR» (art. 7, comma 7 d.l. n. 77 del 2021). Al di là dei dettagli di queste due forme di controllo sui quali si rinvia a studi più approfonditi⁶⁶, è bene evidenziare che il ruolo della Corte dei conti, pur valorizzato per quel che concerne i controlli amministrativi, è stato circoscritto nella sua veste più incisiva, quella giurisdizionale, per effetto della limitazione della responsabilità erariale operata dallo stesso d.l. n. 76 del 2020 (*supra* par. 6).

7.1. Il (mancato) ruolo di Anac

Oltre al controllo della Corte dei conti, al fine di prevenire la corruzione, nella sua concezione più ampia di *maldministration*, sarebbe di fondamentale importanza la promozione di strategie adeguate di prevenzione alla corruzione nell'ambito delle singole amministrazioni, centrali e locali.

Tuttavia, è indubbio che le norme sui controlli amministrativi, appena descritte, sembrano maggiormente orientate all'istituzione di un sistema volto al monitoraggio dell'effettivo conseguimento di *Target* e *Milestone*, piuttosto che alle verifiche necessarie per la prevenzione della corruzione.

Non si può non notare, infatti, l'assenza di ogni riferimento nelle norme relative ai controlli al ruolo dell'Autorità nazionale anticorruzione⁶⁷.

Se è pur vero che permangono in capo all'Autorità le funzioni che le sono proprie, sembra che, dal testo del Piano nazionale di ripresa e resilienza, come dalle norme dei dd.l. n. 76 del 2020 e 77 del 2021 emerga un ruolo depotenziato dell'Autorità.

Anche i pochi riferimenti in questo senso indicati nel Piano nazionale non sono stati codificati in norme legislative. Ad esempio, il Piano nazionale invitava a disciplinare la stipula di «specifici protocolli d'intesa con la Guardia di Finanza e con le autorità indipendenti competenti tra le quali l'Anac»⁶⁸. Come visto, le norme relative a tali protocolli fanno riferimento esclusivamente alla Guardia di Finanza, non coinvolgendo l'Autorità nazionale anticorruzione. Peraltro, il medesimo obiettivo avrebbe potuto essere raggiunto mediante la messa in atto di istituti già collaudati nella prassi amministrativa come la vigilanza collaborativa, che potrebbe giocare un ruolo fondamentale di fronte alle sfide poste dal PNRR.

Gli altri riferimenti all'Autorità nazionale anticorruzione che si ritrovano nel Piano nazionale di ripresa e resilienza riguardano adempimenti amministrativi, come la messa in atto della piattaforma unica della trasparenza o della banca dati dei contratti pubblici. Si tratta di adempimenti di cruciale importanza che non sono ancora stati portati a compimento e che rappresentano solo una minima parte del ruolo che potrebbe svolgere l'Autorità nazionale anticorruzione in materia.

Infine, il depotenziamento del ruolo dell'Autorità nazionale anticorruzione è dimostrato dalle conseguenze della riforma del PIAO, operata dall'art. 6 d.l. n. 80 del 2021. Come visto, infatti, pur permanendo in capo all'Autorità le funzioni di indirizzo, quest'ultima sembra depauperata della

⁶⁴ Su questa tipologia di controllo in riferimento al *Next generation EU*, cfr. G. COLOMBINI, *I decreti semplificazione e rilancio alla luce dei principi generali di contabilità pubblica ovvero dei falsari di parole*, in [federalismi.it](https://www.federalismi.it), 2021, 30 ss.

⁶⁵ Il controllo concomitante è disciplinato dall'articolo 11, comma 2 della legge n. 15 del 2009 e il controllo sulla gestione è disciplinato dall'art. articolo 3, comma 4, della legge n. 20 del 1994.

⁶⁶ G. RIVOCCHI, *La Corte dei conti ai tempi del 'Recovery plan'*, cit.

⁶⁷ In generale sul ruolo di Anac prima del PNRR, cfr. M. BUCALO, *Autorità indipendenti e soft law*, Torino, 139 ss.

⁶⁸ Piano nazionale di ripresa e resilienza, 240.

funzione di controllo sul principale strumento di programmazione della prevenzione alla corruzione nelle P.A., il PIAO e la relativa sezione anticorruzione, il quale dovrà essere trasmesso esclusivamente al Dipartimento della funzione pubblica e non più all'Anac, come precedentemente previsto (*supra* par. 5).

In generale, sembra potersi affermare che la normativa relativa ai controlli sul PNRR sembra caratterizzata da due problematiche già messe in luce in questo scritto: da un lato, anche in questo caso, l'istituzione degli organismi di controllo e la proliferazione delle competenze di monitoraggio dei diversi uffici analizzati rischiano di determinare una serie di adempimenti aggiuntivi che rischiano di rallentare le operazioni di controllo (c.d. *layer of bureaucracy*); dall'altro lato, l'istituzione di soggetti "nuovi" rischia di non valorizzare il ruolo prezioso di quei soggetti che tradizionalmente svolgono le funzioni di monitoraggio dell'operato delle pubbliche amministrazioni, prima fra tutti l'Autorità nazionale anticorruzione.

8. *Riflessioni conclusive*

L'analisi compiuta dimostra come sia impellente riportare al centro delle azioni connesse al PNRR la prevenzione della corruzione⁶⁹.

La concezione promossa dal Piano nazionale di ripresa e resilienza che vede la semplificazione normativa e amministrativa quale presupposto alla prevenzione della corruzione, che in linea teorica potrebbe essere condivisibile, non sembra poter concretamente contribuire a garantire la legalità.

La semplificazione non può costituire l'unica modalità di prevenzione alla corruzione, senza la previsione di idonee cautele e misure anticorruzione. Come visto, tali cautele avrebbero dovuto essere introdotte mediante una riforma legislativa della normativa in materia di anticorruzione e trasparenza, la quale tuttavia non è giunta ad approvazione.

La mancata riforma in materia, la rallentata attuazione del PIAO, le criticità relative al sistema dei controlli, connesse alla previsione di forme di limitazione della responsabilità degli amministratori inducono a ritenere che le misure anticorruzione messe in campo risultino inadeguate agli impegni imposti dal PNRR.

Lo snellimento legislativo e normativo operato, non essendo accompagnato da idonei presidi di legalità, non solo potrebbe non rappresentare un argine alla corruzione, ma potrebbe agevolare – come visto - la *maldministration*, soprattutto in quei settori considerati ad "alto rischio corruttivo". Paradossalmente, dunque, la ricerca dell'efficienza e della P.A. da volano per l'economia del Paese potrebbe divenire un freno all'operato amministrativo.

Ancora, l'opera di delegificazione comporta un arretramento del principio di legalità, determinando una proliferazione di fonti secondarie (es. regolamento sul "Piano tipo") e atti amministrativi (es. Piano nazionale anticorruzione), determinando maggior confusione nel funzionario pubblico chiamato a seguire tali regole e giustificando così la cd. «paralisi del fare»⁷⁰.

È opportuno invertire la logica e considerare che un'adeguata strategia di prevenzione alla corruzione non costituisce un peso all'efficienza della P.A., ma ne è anzi il presupposto. L'introduzione di misure di prevenzione alla corruzione non rende più macchinoso il procedimento, se adeguatamente "metabolizzate"⁷¹ dalla P.A.

⁶⁹ A proposito vi è chi evidenzia come l'anticorruzione non può essere "una moda" superata dalle esigenze di celerità, cfr. A. CORRADO, *I Pnrr e l'anticorruzione (che non può essere una moda)*, cit.

⁷⁰ Secondo A. CANALE la "paralisi del fare" è determinata dall'eccesso di burocrazia più che dal regime di responsabilità, cfr. ancora A. CANALE, *I d.l. semplificazioni e il regime transitorio in tema di Responsabilità amministrativa*, cit., 3.

⁷¹ Espressione utilizzata dal Consiglio di Stato in riferimento all'attuazione del PIAO, cfr. parere del Consiglio di Stato sullo schema di regolamento di attuazione dell'art. 6, d.l. n. 80 del 2921, cfr. Consiglio di Stato, Sezione Consultiva per gli Atti Normativi, Adunanza di Sezione del 8 febbraio 2022 e del 17 febbraio 2022

In questo senso è di utilità essenziale l'introduzione di una specifica tipologia di misure di prevenzione alla corruzione: la formazione dei funzionari pubblici. Al fine di prevenire il rischio corruttivo è indispensabile procedere alla formazione dei funzionari pubblici, sia per quanto attiene alle novità normative in tema di prevenzione alla corruzione, sia per quanto attiene alle nuove procedure previste dai decreti semplificazione in settori ad alto rischio corruttivo, sia per quanto attiene alla progettazione degli obiettivi posti dal PNRR.

Un'adeguata formazione dei funzionari pubblici concernente le molteplici sfide poste dal PNRR potrà agevolare l'individuazione del punto di equilibrio tra efficienza dei procedimenti amministrativi e rispetto della legalità.

Osservazioni minime a margine della sent. n. 56 del 2022 della Corte costituzionale*

ABSTRACT: *The paper examines the referendum declared admissible by the Constitutional Court concerning the ban on running as candidate in the elections and the suspension and the revocation of the electoral mandate, provided by the decree n. 235/2012, in the light of the previous constitutional disputes.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La “dottrina” della Corte. – 3. A mo’ di conclusione.

1. Premessa.

Con [sentenza n. 56 del 2022](#), la Corte ha dichiarato ammissibile la richiesta di *referendum*, avanzata *ex art. 75 Cost.* da nove Consigli regionali (Basilicata, Friuli-Venezia Giulia, Liguria, Lombardia, Piemonte, Sardegna, Sicilia, Umbria e Veneto), e diretta all’abrogazione del d.lgs. decreto legislativo 31 dicembre 2012, n. 235 (cd. legge Severino), in materia di incandidabilità e di divieto di ricoprire cariche elettive e di Governo conseguenti a sentenze definitive di condanna per delitti non colposi¹.

Il via libera della consultazione referendaria, sia pure in esito ad un articolato e disteso *check* che ha chiamato in causa praticamente tutta la giurisprudenza costituzionale in materia sia dal lato formale, sia da quello sostanziale, non ha, all’evidenza, incontrato intoppi di sorta.

Se, nella specie, dunque, il risultato referendario sarà risultato di segno abrogativo², si perverrà a “smontare” totalmente il complesso normativo in questione, rendendo forse lecito chiedersi se un “riassetto” minore da parte della Corte non avrebbe avuto, invece, l’effetto di conservare, almeno nei suoi contenuti essenziali, un meccanismo sicuramente indice della volontà di incrementare gli spazi di legalità e di efficienza dell’assetto politico ed amministrativo nel nostro Paese.

Per altro aspetto, un esito positivo del voto non farà solo *tabula rasa* della legislazione in parola, ma non sarà nemmeno in grado di far rivivere alcuna delle disposizioni previgenti abrogate o riassorbite nel t.u. recato dal d.lgs. n. 235 del 2012 (effetto, questo, che la Corte sembra ricavare non solo dagli effetti generali del *referendum*, ma anche da come esso appare in concreto configurato dall’intenzione dei suoi promotori: p. 4 del *diritto*).

Con ciò giustificando, anche al di là delle preclusioni temporali proprie dell’istituto di democrazia diretta, seri dubbi circa le probabilità dell’allestimento a breve di nuovi meccanismi dissuasivi e di protezione della gestione della cosa pubblica (si noti, per quel che può valere, che le Regioni promotrici “appartengono” tutte al centrodestra)³.

L’eventuale risultato demolitorio del *referendum* porrà, nel contempo, nel nulla un approdo legislativo, che, come si legge nella pronuncia, ha concluso una “lunga evoluzione legislativa che ha preso le mosse già prima dell’entrata in vigore della Costituzione repubblicana” (p. 3.2. del *diritto*), oltre ad essere stato salvaguardato nel tempo con scrupolosa ed irremovibile sollecitudine

*  Nota della direzione della Rivista.

¹ Emanato in forza della delega contenuta ai commi 63 e 64 dell’art. 1, della l. 6 novembre 2012, n. 190.

² Il *referendum*, insieme ad altri 4 ritenuti ammissibili, è in calendario per il 12 giugno 2022 (*G.U.* 7 aprile 2022, n. 82).

³ Restano, beninteso, le misure, queste sì pacificamente sanzionatorie, dell’interdizione dai pubblici uffici come pena accessoria nei casi previsti dalla normativa penalistica, ma anche l’incandidabilità per gli amministratori che abbiano dato causa allo scioglimento dei consigli degli enti locali ai sensi dell’art. 143, comma 11, del TUEL, e la sospensione di cui comma 12, ricondotte però, anch’esse, dalla Cassazione ad una sfera autonoma rispetto a quella penal-afflittiva: v. riferimenti in V. FOGLIAME, *La disciplina giuridica dell’incandidabilità in recenti esperienze applicative locali tra virtù civiche dei candidati e tutela della credibilità delle istituzioni democratiche*, in *Osservatorio costituzionale*, 1-2/2019, 534, e, più di recente, Cass. Sez. I civ., ord. 28 dicembre 2021, n. 41736.

dalla Corte medesima ([sentt. n. 236 del 2015](#)⁴, [n. 276 del 2016](#)⁵, [n. 214 del 2017](#), [n. 36 del 2019](#)⁶, [n. 35](#)⁷ e [n. 230 del 2021](#)).

Proprio su questo punto, ci sembra che valga la pena di effettuare qualche minima osservazione, avvertendo, peraltro, che non minore interesse presenterebbero i passaggi argomentativi tesi a liberare il campo dagli ostacoli che, per l'ordinario, si sarebbero potuti frapporre alla sottoposizione del quesito al corpo elettorale (inesistenza delle preclusioni materiali dirette od indirette esposte dall'art. 75 Cost.; sussistenza dei caratteri della chiarezza, dell'omogeneità, dell'univocità e di una matrice razionalmente unitaria; mancanza di un surrettizio intento propositivo: non afferenza dell'oggetto alle categorie delle leggi costituzionalmente necessarie e tampoco di quelle a contenuto costituzionalmente vincolato p. 5, 6, 7 del *Diritto*).

2. La "dottrina" della Corte.

Quasi, infatti, a voler chiudere un ipotetico cerchio, la Corte non sembra aver rinunciato, anche nella presente occasione, in taluni, per vero, sobrii passaggi, ad evocare la dottrina elaborata in materia.

Così, ancora una volta, è rimessa in auge (p. 3.3 del *Diritto*) la tesi per cui "le misure (...) previste [dal d.lgs. n. 235] (...) non costituiscano sanzioni o effetti penali della condanna, e siano piuttosto da ricollegare al venir meno di un requisito soggettivo per l'accesso alla cariche in questione o per il loro mantenimento".

Non è dubbio, del resto, che il baricentro della giurisprudenza costituzionale che qui interessa sia stato costituito proprio dal disconoscimento del carattere sanzionatorio ai provvedimenti (della sospensione e della decadenza) preconizzati per il caso che l'agente fosse incorso in una delle condanne penali previste. Tesi, questa, che è stata particolarmente argomentata già nella prima

⁴ Commentata, tra gli altri, da M.E. COGNIZZOLI, *Caso De Magistris: la Corte Costituzionale dichiara l'infondatezza della questione di legittimità della cd. Legge Severino*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 4 dicembre 2015 (ora in [Archivio dpc.dirittopenaleuomo](#)); C. MARCHESE, *Legge Severino: la Corte si pronuncia ... e resta nel solco dei passi!* in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 28 gennaio 2016; G. MAROLDA, *La non irragionevolezza della "legge Severino": nota a margine della sent. n. 236/2015 della Corte costituzionale*, ivi, 30 gennaio 2016; F. S. MARINI, *La "legge Severino" tra le Corti: luci e ombre dell'incandidabilità dopo la sentenza n. 236 del 2015*, in [Osservatorio costituzionale AIC](#), 6 febbraio 2016; L. LONGHI, *Il caso de Magistris*, in [federalismi.it](#), 10 febbraio 2016; M. D'Amico, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *Rivista AIC*, 2016, fasc. 4; V. PUPO, *La "legge Severino" al primo esame della Corte costituzionale: la natura non sanzionatoria della sospensione dalla carica elettiva e la ragionevolezza del bilanciamento*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 14 maggio 2016; ID., *La disciplina dell'incandidabilità alle cariche elettive regionali e locali alla luce della più recente giurisprudenza*, in [Rivista AIC](#), 2017, 18.

⁵ Commentata, tra gli altri, da F. VIGANÒ, *La Consulta respinge le censure di illegittimità costituzionale della c.d. legge Severino in materia di sospensione dalle cariche politiche in conseguenza di sentenze di condanna*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 19 dicembre 2016; G. MENEGUS, *La sospensione di diritto ex "legge Severino" supera ancora una volta il vaglio della Corte. Nota a margine della sent. n. 276/2016*, in [Rivista AIC](#), n. 2/2017, 19 maggio 2017; S. BISSARO, *La Corte costituzionale alle prese con la giurisprudenza della Corte Edu: una prova difficile (e forse neppure necessitata) in materia di incandidabilità*, [ibid.](#), 31 maggio 2017; L. MASERA, *Il decreto Severino di fronte alla Corte costituzionale, in attesa della decisione di Strasburgo sul caso Berlusconi*, in *Diritto penale e processo*, 2017, fasc. 9, 1218; V. PUPO, *Sospensione di diritto dalle cariche elettive: la Corte conferma l'infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale sulla "legge Severino"*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 22 gennaio 2018.

⁶ Su cui, tra gli altri, V. PUPO, *La Corte costituzionale di nuovo sulla "legge Severino": legittima la sospensione di diritto degli amministratori locali anche in caso di condanne non definitive antecedenti all'elezione*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 2 luglio 2019.

⁷ Su cui, tra gli altri, C. DI MARTINO, *"Reati-presupposto" e applicabilità della "legge Severino". Considerazioni a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 35 del 2021*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 19 novembre 2021.

occasione in cui alla Corte si è fatto appello nei confronti del d.lgs. n. 235 del 2012⁸, ed è sempre valsa ad oscurare completamente il *coté* afflittivo di siffatti provvedimenti, anche quando se ne sarebbe potuta forse ammettere la natura sanzionatoria si pure in senso ampio sulla base dei criteri sviluppati dalla Corte Edu⁹.

Si noti, *per incidens*, come l'adesione al *dictum* della Corte abbia motivato anche il diniego dell'Ufficio centrale per il *referendum* ad etichettare il quesito come richiesto dai proponenti, che avrebbero infatti voluto mettervi in risalto la natura sanzionatoria delle misure in questione¹⁰. Si è trattato, per vero, nell'occasione, anche di un gioco di specchi nell'ambito della stessa Cassazione, che, tra le prime, assieme al Consiglio di Stato, si era pronunciata per la natura semplicemente cautelare della sospensione e della decadenza dalle cariche¹¹. Com'è noto, poi, siffatta asserita natura ha costituito il presupposto per concepire come plausibili sia la retroattività delle misure disposte, sia la loro non modulabilità/graduabilità al momento dell'irrogazione della condanna.

Il secondo principale nodo problematico emerso nell'esperienza giurisprudenziale, richiamato anch'esso nella decisione in esame, è stato risolto dalla Corte col ritenere le scelte discrezionali recate dal d.lgs. n. 235 del 2012 frutto di un equilibrato "bilanciamento operato dal legislatore". In questo senso, cioè, sarebbero state ragionevolmente contemperate tra loro la necessità di far fronte alla "diffusa illegalità nella pubblica amministrazione", ritenuta, peraltro, anche alla base della dilatazione soggettiva ed oggettiva della disciplina, e l'esigenza di tutelare gli interessi costituzionalmente protetti dagli artt. 97, secondo comma, e 54, secondo comma, Cost. e quelli sottesi agli artt. 48 e 51 Cost.

Essenzialmente, dunque, su questa duplice premessa, si è basata la sostanziale blindatura, nel corso di un decennio, da parte della Corte stessa, della disciplina ora sottoposta a *referendum*.

3. *A mo' di conclusione.*

Ora, si è spesso ritenuto che, nei confronti dei principi sviluppati dalla Corte costituzionale nella sua giurisprudenza, il più appropriato *lit de justice* fosse rappresentato dall'intervento dello stesso legislatore di revisione. Nell'attuale circostanza specie, forse per la prima volta, si assisterà

⁸ Ma riallacciandosi esplicitamente al filone giurisprudenziale già formatosi sull'art. 15 della l. 19 marzo 1990, n. 55 e succ. modif. e sull'art. 59 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 ([sentenze n. 118, 184 e 295 del 1994](#), [n. 206 del 1999](#), [n. 132 del 2001](#) e [n. 25 del 2002](#)): su tale sviluppo normativo, v. M. MENGOZZI, *Incandidabilità e rappresentanza politica nazionale, Profili problematici*, Roma, 2018, 11 ss.

⁹ Com'è noto, tuttavia, il tentativo esperito in questo senso è fallito, essendosi la stessa Corte di Strasburgo (Sez. I, sentt. 17 giugno 2021, [Galan c. Italia](#), req. n. 63772/16, e [Miniscalco c. Italia](#), req. n. 55093/13), singolarmente appiattita sulla giurisprudenza costituzionale interna in omaggio al principio del margine di apprezzamento (evidentemente operativo anche nel campo giurisdizionale) e sul presupposto, tra gli altri, dell'irrelevante misura del *quantum* di afflittività (ma la proporzionalità non riguarda solo le sanzioni?) insita nei provvedimenti in questione: sulla dec., v. P. BRAMBILLA, *Il decreto "Severino" al vaglio della Corte di Strasburgo: escluso il "carattere penale" dell'incandidabilità parlamentare e del divieto di ricoprire cariche elettive regionali*, in [Sistema Penale](#), 8 luglio 2021.

¹⁰ Così recita l'ordinanza del 29 novembre 2021, depositata il 1° dicembre 2021, dell'Ufficio centrale per il *referendum*: "Ritenuto che non può essere accolta la proposta di denominazione formulata dai delegati poiché nulla, nella lettera e nella ratio del decreto legislativo 31 dicembre 2012, n. 235, induce ad asserire che l'incandidabilità ivi stabilita abbia natura sanzionatoria, rappresentando invece essa il risultato di una valutazione discrezionale del legislatore, il quale ha ritenuto che l'intervenuta condanna definitiva per delitto non colposo sia incompatibile con l'accesso alle cariche ivi indicate; il legislatore, dunque, ha soltanto previsto un requisito per l'accesso alle cariche in esame, costituito, per l'appunto, dall'assenza delle predette condanne; inoltre, la formula proposta dai delegati, attraverso il riferimento al «diritto» di ricoprire cariche elettive e di governo «in conseguenza» di sentenze definitive di condanna per delitti non colposi, di cui al D.lgs. 235/2012», appare foriera di equivoci, inducendo a ritenere che il diritto di ricoprire cariche elettive e di governo sia conseguenza della sentenza definitiva di condanna per delitti non colposi, di cui al decreto legislativo n. 235 del 2012, mentre è evidente che nessun diritto scaturisce, in materia, dalla predetta condanna"

¹¹ Giurisprudenza mai smentita: esemplarmente, da ultimo, Cass. Penale, sez. I., sent. 12 aprile 2022, n. 14025.

all'arbitrato rimesso direttamente al corpo elettorale, mercè l'istituto del *referendum* abrogativo, appunto tra la Corte e le ripetute richieste di un riequilibrio della disciplina avanzate nella sede applicativa (stante anche l'ordinaria latitanza del legislatore)¹².

Sembra, però, di potersi sottolineare chela Corte stessa si sia, ad ogni buon conto, premurata di avvertire come non risulterebbe alcun obbligo costituzionale che qualche disciplina dell'incandidabilità sia disponibile nell'ordinamento (p. 7.2 del *Diritto*) (P.C.).

¹² Per non dover, per diverso aspetto, rievocare il valzer di decisioni attraverso le quali al Sindaco pro-tempore di Napoli è riuscito di passare indenne dal provvedimento prefettizio di sospensione adottato dopo la sentenza di condanna del Tribunale di Roma per abuso di ufficio (24 settembre 2014) e, a sua volta, sospeso dal Tribunale civile di Napoli a latere della sollevazione della questione di costituzionalità che ha originato la [sent. n. 236 del 2015](#) della Corte costituzionale. La ripresa di efficacia del provvedimento prefettizio ha seguito il dispositivo di infondatezza della questione recato da quest'ultima decisione, ma è stato di fatto emarginato dal sopravvenire dell'assoluzione del Sindaco pronunciata dalla Corte d'appello di Roma (21 ottobre 2015).

Cosimo Lotta**La legislazione emergenziale per contrastare la pandemia da Covid-19 tra scienza e diritto: il ruolo del Comitato tecnico-scientifico***

ABSTRACT : *The paper aims to analyse the relationship between the opinions of the technical-scientific committee and the legislative measures adopted during the health emergency. In particular, it will be a question of understanding whether the opinions issued by the Technical-Scientific Committee on the epidemiological situation in Italy are to be considered recommendations which the Government and Parliament can comply with or whether, by reason of the body from which they emanate and its importance in the emergency management system, must be considered binding opinions to which the emergency legislator must adapt.*

Against the background of these questions, the question of the relationship between science and law arises: it is necessary to ask who, in general, is the ultimate decision-maker in political choices that have scientific parameters as their object.

If it is true that the final acts of the decision-making processes concerning measures to combat Covid-19 are taken by Parliament, by the Government (by decree-laws or legislative decrees) or by the President of the Council of Ministers with his decrees, the fact that their content is (to a certain extent) strongly constrained, if not bound tout court, by scientific evidence can nevertheless be overlooked.

Therefore, the role of the Technical-Scientific Committee must be understood in order to understand its role and its impact on emergency legislation.

SOMMARIO: 1. Istituzione e compiti del Comitato tecnico-scientifico. – 2. I pareri del Comitato tecnico-scientifico e i provvedimenti assunti dal Governo. – 2.1. Il d.p.c.m. del 1° marzo 2020 e il verbale n. 12 della riunione del 28 febbraio 2020 del Comitato tecnico-scientifico. – 2.2. Il d.l. n. 19 del 2020, il d.p.c.m. del 4 novembre 2020 e i verbali del Comitato tecnico scientifico nn. 121 del 24 ottobre 2020, 122 del 31 ottobre 2020 e 123 del 3 novembre 2020. – 2.3. Il d.l. n. 172 del 2021 e il verbale del Comitato tecnico-scientifico n. 54 del 24 novembre 2021. – 3. Legislatore e CTS sinergicamente al servizio del contrasto alla diffusione del virus Covid-19. – 4. (Segue) I controlli, di natura politica e giurisdizionale, sugli atti di natura legislativa e amministrativa recettivi dei pareri del Comitato tecnico-scientifico. – 5. Conclusioni. Il ruolo del Comitato tecnico-scientifico quale anello di congiunzione tra scienza e diritto.

1. Istituzione e compiti del Comitato tecnico-scientifico.

Il Comitato tecnico-scientifico (CTS) veniva istituito con [decreto del Capo del Dipartimento della Protezione Civile n. 371 del 5 febbraio 2020](#)¹, «per garantire il necessario supporto tecnico alle attività da porre in essere per la realizzazione degli obiettivi previsti dalla [...] ordinanza» n. 630 del 3 febbraio 2020 dello stesso Capo del Dipartimento di Protezione civile (art. 1)². Esso, pertanto, era organo dello stesso Dipartimento di Protezione Civile, a sua volta struttura afferente alla Presidenza del Consiglio dei ministri³. L’Ordinanza del Capo della Protezione civile (ocdpc) n. 630 del 2020, adottata nell’ambito del potere di ordinanza previsto dal c.d. Codice di protezione civile⁴ e adottata



¹ A seguito della cessazione dello stato di emergenza, prevista dall’art. 1 del d.l. n. 24 del 2022, è stato disposto lo [scioglimento del Comitato tecnico-scientifico](#), la cui ultima riunione si è svolta in data 30 marzo del 2022.

² L’esperienza dei Comitati tecnico-scientifici istituiti per il contrasto alla pandemia da Covid-19 non appartiene solo all’Italia. In una prospettiva comparata, v. AA.VV., *I diritti costituzionali di fronte all’emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in *Osservatorio Emergenza Covid -19 Aggiornato al 5 maggio 2020*, in [federalismi.it](#), n 1 - 13/03/2020, 3 ss.; G. MINGARDO, *Il ruolo del Comitato tecnico-scientifico in Italia e Francia nell’emergenza Covid-19*, in *Biolaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 1, 2020, 89 ss.

³ Per una ricostruzione dell’evoluzione della normativa di protezione civile, cfr. V. PEPE, *La gestione dei rischi nel codice della protezione civile. Brevi note sul sistema italiano e francese*, in [federalismi.it](#), 1, 2020, 213 ss.

⁴ In un primo momento i provvedimenti per fronteggiare l’emergenza sanitaria da Covid-19 – tra i quali rientra anche l’[ordinanza del Capo del dipartimento della protezione civile n. 630 del 2020](#) – erano stati adottati sulla base del d.lgs. n. 1 del 2018 (c.d. Codice di protezione civile). Successivamente è stato creato un sistema parallelo costituito principalmente dal d.l. n. 19 del 2020. Sulle “ragioni costituzionali della ‘fuga dal codice di protezione civile’” da parte del legislatore

alla luce della delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020 di dichiarazione dello stato di emergenza⁵, attuava i primi interventi urgenti di protezione civile in relazione all'emergenza relativa alla diffusione del Covid-19 e, tra questi, all'art. 2, prevedeva l'istituzione di un Comitato tecnico-scientifico. Nello specifico, il Comitato tecnico-scientifico, ai sensi del summenzionato art. 2, era «composto dal segretario generale del Ministero della salute, dal direttore generale della prevenzione sanitaria del Ministero della salute, dal direttore dell'ufficio di coordinamento degli uffici di sanità marittima, aerea e di frontiera del Ministero della salute, dal direttore scientifico dell'Istituto nazionale per le malattie infettive "Lazzaro Spallanzani", dal Presidente dell'Istituto superiore di sanità, da un rappresentante della Commissione salute designato dal Presidente della Conferenza delle regioni e province autonome e dal coordinatore dell'ufficio promozione e integrazione del Servizio nazionale della protezione civile del Dipartimento della protezione civile, con funzioni di coordinatore del Comitato. Il Comitato può essere integrato rispetto a specifiche esigenze»⁶. In merito alle sue attribuzioni era previsto che avesse «funzioni di consulenza al Capo del Dipartimento della protezione civile in merito all'adozione delle più opportune misure di prevenzione necessarie a fronteggiare la diffusione della patologie derivanti da agenti virali trasmissibili»⁷. Ai sensi dell'art. 2, comma 2, «[i]l Comitato definisce, alla prima convocazione, i criteri e le modalità per l'organizzazione e lo svolgimento delle proprie attività». Alla prima convocazione, il Comitato Tecnico Scientifico «ha ritenuto utile mettere a disposizione delle Autorità, che stanno quotidianamente affrontando questa emergenza, una ipotesi precauzionale di aggiornamento delle misure sin qui adottate. Tale ipotesi è segnalata al fine di continuare a garantire sempre il principio di massima precauzione in relazione all'evoluzione dell'epidemia da 2019-nCov»⁸.

2. I pareri del Comitato tecnico-scientifico e i provvedimenti assunti dal Governo.

Ciò posto, proprio per verificare il rapporto tra pareri del Comitato tecnico-scientifico e legislazione emergenziale (anche al fine di comprendere come i primi siano stati recepiti dalla seconda), è apparso opportuno prendere in considerazione i singoli verbali delle riunioni del Comitato tecnico-scientifico e porli in relazione con taluni provvedimenti del Governo adottati per contrastare la diffusione del virus Covid-19⁹.

emergenziale, cfr. A. SAIITA, [Il codice della protezione civile e l'emergenza pandemica anche alla luce di C. cost. n. 198 del 2021](#), in questa [Rivista 2021/III](#), 846 ss. Sulle ragioni che hanno indotto il Governo a preferire alle ordinanze di protezione civile ai d.p.c.m., cfr. R. MICCÙ, *Il governo dell'emergenza tra tecnica e politica*, in *Emergenza, costituzionalismo e diritti fondamentali*, Annuario 2020 dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, 169 ss.

⁵ Cfr. la Delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, "Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili", adottata ai sensi dell'art. 24 del d.lgs. n. 1 del 2018.

⁶ Art. 2, comma 1, dell'ocdpc n. 630 del 2020. Detto articolo è stato poi da ultimo sostituito dall'art. 1 dell'ocdpc n. 751 del 17 marzo 2021, con il quale è stata modificata la composizione del Comitato tecnico-scientifico. Sulla composizione del Comitato tecnico-scientifico sono intervenute più ordinanze del Capo del dipartimento di protezione civile. Ci si riferisce, in particolare, alle ordinanze del 18 aprile 2020, del 15 maggio 2020, del 7 ottobre 2020, del 25 novembre 2020, del 29 gennaio 2021 e del 17 marzo 2021.

⁷ Art. 2 ("Composizione del Comitato"), comma 3, del decreto del Capo del dipartimento di protezione civile n. 371 del 5 febbraio 2020. La composizione del Comitato tecnico-scientifico è stata ridefinita dapprima con le ordinanze del Capo del dipartimento della protezione civile n. 663 del 18 aprile 2020 e 673 del 15 maggio 2020 e, da ultimo, con l'ordinanza n. 751 del 17 marzo 2021.

⁸ Comitato Tecnico Scientifico ai sensi dell'ocdpc n. 630 del 3 febbraio 2020 ([verbale n. 1 della riunione del 7 febbraio 2020](#)) Tutti i verbali delle riunioni del Comitato tecnico-scientifico sono consultabili nell'apposita pagina del [sito](#) del Dipartimento della Protezione civile.

⁹ Dato l'elevatissimo numero di provvedimenti aventi forza di legge adottati dal Governo nel corso della pandemia, si prenderanno in considerazione solo taluni provvedimenti governativi, ritenuti significativi, e raffrontarli rispetto ai pareri del Comitato tecnico-scientifico.

2.1. *Il d.p.c.m. del 1° marzo 2020 e il verbale n. 12 della riunione del 28 febbraio 2020 del Comitato tecnico-scientifico.*

Ora, pare opportuno dar conto *in primis* del Decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 1° marzo 2020 e porlo a raffronto con i verbali del Comitato tecnico-scientifico delle riunioni che si sono tenute dal 7 febbraio al 29 febbraio 2020 per comprendere se il contenuto del primo sia stato determinato dai secondi.

Ebbene, il d.p.c.m. del 1° marzo 2020¹⁰ all'art. 2, dettava, tra le altre, disposizioni atte a contenere il contagio sospendendo le manifestazioni sportive, le manifestazioni organizzate, i servizi educativi dell'infanzia, l'apertura al pubblico dei musei, le procedure concorsuali, lo svolgimento delle attività di ristorazione che non fossero in possesso di determinati requisiti. Significativo appare il raffronto tra i verbali del Comitato tecnico-scientifico delle convocazioni avvenute nell'intervallo temporale suindicato – e in particolare il verbale n. 12 della riunione del 28 febbraio 2020¹¹ – con il contenuto del Decreto del Presidente del Consiglio dei ministri del 1° marzo 2020.

Nello specifico, dal verbale n. 12 emerge chiaramente come il Comitato tecnico-scientifico abbia sottoposto a revisione le misure adottate fino a quel momento per il contenimento del contagio e, nella stessa sede, ha formulato proposte in merito alla loro adeguatezza «alla luce della migliore evidenza scientifica ad oggi disponibile».

Il Comitato tecnico-scientifico riteneva che, rispetto al d.p.c.m. 25 febbraio 2020¹² e avuto riguardo alle misure a carattere nazionale, «[doveva] essere confermato su tutto il territorio nazionale e per tutta la durata dell'emergenza»; «[veniva] confermata la sospensione della domenica gratuita dei “musei a porte aperte” per il 1° marzo 2020 e non si ritiene utile prorogare tale misura»; «non [appariva] utile la conferma delle misure di sospensione degli esami della patente di guida e di razionalizzazione delle attività di motorizzazione civile»; «con riferimento al lavoro agile si [proponeva] di estenderlo a tutta Italia e fino al termine dello stato di emergenza in quanto trattasi di misura coerente con la prioritaria esigenza del virus».

Invece, con riferimento alle singole Regioni, pare utile segnalare che per l'Emilia-Romagna, Lombardia e Veneto, le quali presentavano una situazione epidemiologica più complessa rispetto alle altre Regioni, il Comitato tecnico-scientifico riteneva che dovessero essere confermate tutte le misure di contenimento già adottate «opportunamente riviste» secondo le sue indicazioni contenute nel verbale n. 12 del 28 febbraio 2020. Nel suddetto verbale il CTS concludeva asserendo che «restano confermate tutte le misure previste per la c.d. “zona rossa”, ovvero per gli 11 comuni di cui all'allegato 1 del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 23 febbraio 2020, ivi compresa la scadenza prevista dal richiamato decreto (8 marzo 2020)». Andando ad analizzare il contenuto del d.p.c.m. del 1° marzo 2020 è evidente che esso sia stato determinato dal parere reso dal Comitato tecnico-scientifico nella seduta del 28 febbraio 2020. Il decreto in questione, infatti, recepisce *in toto* le raccomandazioni date dal Comitato tecnico-scientifico.

2.2. *Il d.l. n. 19 del 2020, il d.p.c.m. del 4 novembre 2020 e i verbali del Comitato tecnico scientifico nn. 121 del 24 ottobre 2020, 122 del 31 ottobre 2020 e 123 del 3 novembre 2020.*

Altro provvedimento significativo che appare utile prendere in considerazione è il d.l. 25 marzo 2020 n. 19¹³, il quale all'art. 2 (“Attuazione delle misure di contenimento”) ha formalizzato il ruolo

¹⁰ D.p.c.m. 1° marzo 2020, “Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19”, che ha cessato di produrre effetti a decorrere dall'entrata in vigore del d.p.c.m. 8 marzo 2020.

¹¹ Cfr. il [verbale n. 12 della riunione tenuta, presso il Dipartimento della Protezione civile, il giorno 28 febbraio 2020](#).

¹² Il d.p.c.m. 25 febbraio 2020, “Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19”.

¹³ D.l. 25 marzo 2020, n. 19, “Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da Covid-19”. Sulla non illegittimità costituzionale del d.l. n. 19 del 2020 (“correttivo” del d.l. n. 6 del 2020) e dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri adottati sulla base del primo: cfr. [Corte cost. sent. n. 198 del 2021](#). In particolare, la Corte ha

del Comitato tecnico-scientifico, stabilendo che «per i profili tecnico-scientifici e le valutazioni di adeguatezza e proporzionalità, i provvedimenti di cui al presente comma¹⁴ sono adottati sentito, di norma, il Comitato tecnico scientifico di cui all’ordinanza del Capo del Dipartimento della Protezione civile 3 febbraio 2020, n. 630».

Ebbene, com’è noto, sulla base del d.l. n. 19 del 2020 è stata adottata una lunga serie di decreti del Presidente del Consiglio dei ministri attuativi del primo¹⁵. Tra questi rientra anche il d.p.c.m. del 3 novembre 2020, che ha introdotto delle differenziazioni delle aree del territorio nazionale in base al livello di diffusività del virus Covid-19. In particolare, veniva introdotto un regime differenziato di misure atte a prevenire il contagio in tre fasce di rischio, a seconda della gravità dello scenario epidemiologico. Se quindi l’art. 1 del d.p.c.m. in parola prevedeva delle restrizioni valevoli su tutto il territorio nazionale (c.d. “zona gialla”), l’art. 2 (istituzione della c.d. “zona arancione”) e l’art. 3 (istituzione della c.d. “zona rossa”) prevedevano delle restrizioni via via più stringenti, da adottarsi sulla base dei ventuno parametri determinati con decreto del ministro della salute del 30 aprile 2020¹⁶.

Posto ciò, nei verbali n. 121 del 24 ottobre 2020¹⁷, n. 122 del 31 ottobre 2020¹⁸ e n. 123 del 3 novembre 2020¹⁹, il Comitato tecnico-scientifico esprimeva considerazioni in merito all’emanando d.p.c.m. del 3 novembre 2020²⁰, proponendo modifiche al testo del d.p.c.m. in questione. In particolare, nell’allegato n. 3 del verbale n. 121 (così come anche nell’allegato n. 1 del verbale n. 123 in merito alla istituzione del territorio nazionale in base alla gravità dello scenario epidemiologico) il Comitato tecnico-scientifico interveniva proprio sul testo del Decreto presidenziale, indicando quali misure fossero da confermare, quali da modificare e quali da eliminare rispetto alla bozza originaria.

Inoltre, nel verbale n. 123 del 3 novembre 2020, si legge che il CTS, avuto riguardo alla bozza di d.p.c.m. pervenuta dalla Presidenza del Consiglio in quella stessa data, «valuta[va] congruo l’impianto generale del DPCM relativo all’adozione di ulteriori misure volte al contenimento del contagio dal virus SARS-CoV-2 commisura all’attuale fase epidemiologica attraverso la condivisione dei dati aggiornati». Anche in questo caso, raffrontando il testo del d.p.c.m. emanato e i pareri del Comitato tecnico-scientifico espressi nei verbali n. 121 e 122, 123, appare evidente come il Governo abbia recepito integralmente le modifiche e le integrazioni apportate dal CTS al decreto presidenziale.

ritenuto che «la tassatività delle misure urgenti di contenimento acquisita dal d.l. n. 19 del 2020 induce ad accostare le stesse, per certi versi, agli “atti” necessitati”, in quanto “emessi in attuazione di norme legislative che ne prefissano il contenuto”, sicché non è dato riscontrare quella delega impropria di funzione legislativa dal Parlamento al Governo che il rimettente ipotizza nel denunciare la violazione degli artt. 76 e 77 Cost» (punto 8 del *Considerato in diritto*). Inoltre, ad avviso della Corte «le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 1, 2 e 4 del d.l. n. 19 del 2020 vanno dichiarate non fondate, poiché le disposizioni oggetto di censura non hanno conferito al Presidente del Consiglio dei ministri una funzione legislativa in violazione degli artt. 76 e 77 Cost., né tantomeno poteri straordinari da stato di guerra in violazione dell’art. 78 Cost., ma hanno ad esso attribuito unicamente il compito di dare esecuzione alla norma primaria mediante atti amministrativi sufficientemente tipizzati». Sulla [Corte cost. sent. n. 198 del 2021](#), cfr. A. SAIITA, [Il codice della protezione civile e l'emergenza pandemica anche alla luce di C. cost. n. 198 del 2021](#), cit.; M. CAVINO, *La natura dei DPCM adottati nella prima fase di emergenza COVID. Lettura di Corte cost. n. 198/2021*, in [federalismi.it](#), 25, 2021, 81 ss.

¹⁴ Tra i provvedimenti previsti all’art. 2 del d.l. n. 19 del 2020 rientrano anche i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri.

¹⁵ Sul punto, cfr. [Corte cost. sent. n. 198 del 2021](#).

¹⁶ Decreto del Ministro della Salute del 30 aprile 2020, “Adozione dei criteri relativi alle attività di monitoraggio del rischio sanitario di cui all’allegato 10 del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri del 26 aprile 2020”. Nello specifico, venivano presi in considerazione gli “indicatori di processo sulla capacità di monitoraggio” (sei), gli “indicatori di processo sulla capacità di accertamento diagnostico, indagine e di gestione dei contatti” (sei), gli “indicatori di risultato relativi a stabilità di trasmissione e alla tenuta dei servizi sanitari” (nove).

¹⁷ Cfr. il [verbale n. 121 della riunione tenuta, presso il Dipartimento della Protezione civile, il giorno 24 ottobre 2020](#).

¹⁸ Cfr. il [verbale n. 122 della riunione tenuta, presso il Dipartimento della Protezione civile, il giorno 31 ottobre 2020](#).

¹⁹ Cfr. il [verbale n. 123 della riunione tenuta, presso il Dipartimento della Protezione civile, il giorno 3 novembre 2020](#).

²⁰ “Richiesta di pareri del Ministero della Salute su quesiti relativi all’emanazione del DPCM di prossima emanazione”, pag. 2 del verbale n. 121 del Comitato tecnico-scientifico; “Richiesta del Ministro della salute sulla identificazione delle aree territoriali del Paese da sottoporre ad eventuali ulteriori restrizioni delle misure di contenimento per il contrasto all’epidemia da Sars-Cov-2”, pag. 2 del verbale n. 122 del Comitato tecnico-scientifico.

2.3. Il d.l. n. 172 del 2021 e il verbale del Comitato tecnico-scientifico n. 54 del 24 novembre 2021.

Ultimo raffronto che in questa sede si effettuerà tra l'attività del Comitato tecnico scientifico e la legislazione emergenziale attiene al rapporto tra il verbale n. 54 del 24 novembre 2021 del primo e il d.l. 26 novembre 2021 n. 172.

Ebbene, nel verbale n. 54 del 2021 del CTS²¹ si dava atto che in data 22 novembre 2021 il Ministero della salute richiedeva al Comitato un parere tecnico-scientifico «in merito alla possibilità di rivedere la durata della validità della certificazione verde COVID-19²² rilasciata sulla base del suddetto titolo»²³, che fino a quel momento aveva una validità pari a dodici mesi ai sensi dell'art. 9, comma 3, del d.l. 22 aprile 2021, n. 52, come modificato dalla legge 16 settembre 2021, n. 126 (di conversione del d.l. 23 luglio 2021, n. 105)²⁴. Quindi, «(...) dovendosi identificare una soglia di durata che contemperasse adeguatamente le esigenze di protezione della popolazione con quelle, organizzative e logistiche, che caratterizzano le campagne di vaccinazione, il CTS stima[va] ragionevole e adeguata una riduzione degli attuali dodici mesi a un periodo più breve, suggerendo che a far corso dal nono mese dall'ultima somministrazione dei vaccini anti-SARS-CoV-2 possa arrestarsi il periodo di validità della certificazione verde COVID-19 attestante lo stato di avvenuta vaccinazione»²⁵.

Il Governo decideva pertanto di far proprio il parere del Comitato tecnico-scientifico e nel d.l. n. 172 del 2021²⁶, all'art. 3 (“Durata delle certificazioni verdi COVID-19”), comma 1, prevedeva che “[a]ll'art. 9 del d.l. 22 aprile 2021, n. 52, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 giugno 2021, n. 87, sono apportate le seguenti modificazioni: [...] b) al comma 3: 1) al primo periodo, le parole «dodici mesi a far data dal completamento del ciclo vaccinale» sono sostituite dalle seguenti «nove mesi a far data dal completamento del ciclo vaccinale primario»; 2) dopo il primo periodo, è inserito il seguente: «In caso di somministrazione della dose di richiamo successiva al ciclo vaccinale primario, la certificazione verde COVID-19 ha una validità di nove mesi a far data dalla medesima somministrazione»”.

3. Legislatore e CTS sinergicamente al servizio del contrasto alla diffusione del virus Covid-19. Il ruolo del Comitato tecnico-scientifico quale anello di congiunzione tra scienza e diritto.

Alla luce di quanto emerso, se è vero che i provvedimenti legislativi adottati nel corso dell'emergenza erano almeno in prima battuta da imputare al Governo - e non al Parlamento che, nel

²¹ Cfr. il [verbale n. 54 della riunione tenuta, presso il Dipartimento della Protezione civile, il giorno 24 novembre 2021](#).

²² Sulla conformità alla Costituzione della c.d. “certificazione verde”, cfr. F. RIGANO, M. TERZI, «Certificazioni verdi Covid-19» e obbligo vaccinale: appunti di legittimità costituzionale, in [Osservatorio costituzionale](#), 5, 2021. Nello specifico, gli AA., richiamando anche la [sentenza n. 824 del 2021 del Conseil constitutionnel](#), concludono per l'assenza di «infrazioni costituzionali» (157). Sul tema v., inoltre, R. ROMBOLI, *Aspetti costituzionali della vaccinazione contro il Covid-19 come diritto, come obbligo e come onere (certificazione verde Covid-19)*, in [Questione Giustizia](#), 6 settembre 2021. Secondo quest'ultimo A. «(...) il CVC deve essere visto non come un elemento che determina una limitazione delle libertà, bensì come uno strumento che, con l'intento certamente anche di incentivare la vaccinazione spontanea, determina le condizioni in presenza delle quali determinati diritti, anche fondamentali, possano essere esercitati in sicurezza, evitando situazioni che possano causare una diffusione del virus» (11). In una prospettiva anche comparata, con particolare riferimento all'introduzione della c.d. “certificazione verde” in Israele, Francia, Spagna, v. I. SPADARO, *Green pass in Italia e all'estero, tra garanzie costituzionali e obbligatorietà vaccinale indiretta*, in [federalismi.it](#), 29, 2021.

²³ [Verbale n. 54](#), cit., 2.

²⁴ L'art. 9, comma 3, in questione è stato da ultimo modificato con il d.l. 24 dicembre, n. 221 il quale ha previsto che la durata della c.d. “certificazione verde” avrà durata pari a mesi sei a decorrere dal 1° febbraio 2022.

²⁵ [Verbale n. 54](#), cit., 3.

²⁶ D.l. 26 novembre 2021, n. 172, “Misure urgenti per il contenimento dell'epidemia COVID-19 e per lo svolgimento in sicurezza delle attività economiche e sociali”.

caso di decreti-legge, può intervenire solo in sede di loro conversione (e quindi successivamente)²⁷-, è evidente che gli atti normativi del primo e i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri abbiano fatto propri i pareri del Comitato tecnico-scientifico al cui vaglio passano tutte le decisioni assunte dal Governo (e non solo²⁸) riguardanti il contrasto alla diffusione del virus Covid-19.

Ecco che allora viene alla luce la questione del rapporto tra scienza e diritto. Il punto centrale della questione attiene, perciò, a come il parametro scientifico debba integrarsi nelle scelte legislative e a come debba essere dalle stesse recepito.

Sul punto la giurisprudenza della Corte costituzionale ha a più riprese affermato il primato della scienza sulla legislazione. In particolare, la Corte con le [sentenze n. 185 del 1998](#)²⁹, relativa al c.d. caso di Bella, [n. 282 del 2002](#) e [n. 338 del 2003](#) ha sancito il primato della prima sulla seconda («le due decisioni del 2002 e del 2003 (...) affermano indiscutibilmente un “primato” della scienza e della medicina sulla legislazione, la quale, in campo terapeutico, non può muoversi indipendentemente dalle acquisizioni tecnico-scientifiche, e deve anzi piegarsi a tali acquisizioni e farle proprie»³⁰).

Inoltre, con la [sentenza n. 151 del 2009](#)³¹ la Corte, richiamando le summenzionate pronunce, ha specificato che «[...] la giurisprudenza costituzionale ha ripetutamente posto l’accento sui limiti che

²⁷ Sul rapporto tra Governo e Parlamento, a decorrere in particolare dalla c.d. “seconda fase” dell’emergenza, v. E. RAFFIOTTA, *I poteri emergenziali del governo nella pandemia: tra fatto e diritto un moto perpetuo nel sistema delle fonti*, in [Rivista AIC](#), 2, 2021, 71 ss.

²⁸ A tal proposito – a titolo esemplificativo e non esaustivo – basti segnalare che al Comitato venivano richiesti pareri non solo dal Governo (con ciò intendendosi i Ministeri – in particolare dal Ministero della Salute – con i loro Dipartimenti e la Presidenza del Consiglio dei Ministri con i suoi Dipartimenti), ma anche dall’Avvocatura dello Stato in merito a procedimenti pendenti dinanzi al TAR aventi ad oggetto le misure adottate per il contrasto al diffondersi dell’epidemia (verbali n. 143, 145 e 162 e 2 del 2021), dalle Prefetture in merito all’organizzazione di eventi pubblici (ancora verbale n. 143 del 2021), dalla Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome (verbale n. 151 del 2021) e dalle singole Regioni (verbale n. 105 del 2020 relativo, tra l’altro, alle istanze della Regione Lombardia per la partecipazione del pubblico al Gran Premio di Italia di Formula Uno e alle partite della Supercoppa italiana di basket 2020), dalla Conferenza Episcopale Italiana (verbale n. 2 del 2021), dall’Ente organizzatore del Salone Nautico di Genova e dall’Ente organizzatore della Manifestazione denominata “Abilmente Roma 2020” in merito ai protocolli di sicurezza da predisporre in occasione delle summenzionate manifestazioni (verbale n. 105 del 2020), dai Segretari generali dell’Avvocatura dello Stato e della Corte dei conti per l’adozione di protocolli sanitari da impiegare in occasione dello svolgimento delle prove concorsuali per l’assunzione di personale amministrativo (verbale n. 59 del 2022).

²⁹ Su [Corte cost. sent. n. 185 del 1998](#), v. C. COLAPIETRO, *La salvaguardia costituzionale del diritto alla salute e l’effettività della sua tutela nella sperimentazione del “multitratamento Di Bella”*, in *Giur. it.*, 1991, 151, 160 ss.

³⁰ Sul punto, cfr. M. CARTABIA, *La giurisprudenza costituzionale relativa all’art. 32, secondo comma, della Costituzione italiana*, in *Quad. Cost.*, 2, 2012, 462. Sul punto, ancora, M. CARTABIA, [intervento](#) al seminario *Giustizia costituzionale e diritti fondamentali nel contesto della integrazione europea*, Messina, 21 gennaio 2022. V., ancora, R. BIN, *Libertà della ricerca scientifica in campo genetico*, in *Alle frontiere del Diritto costituzionale (scritti in onore di Valerio Onida)*, Giuffrè, Milano, 2011, 219 («[...] il legislatore deve fondare su dati che provengono dal mondo scientifico le prognosi relative ai possibili effetti negativi di determinate sperimentazioni e verificare sulla base di essi la necessità di intervenire con norme restrittive e l’efficacia delle misure predisposte. Sono i dati forniti dalla scienza e l’opinione prevalente della comunità scientifica a costituire il tracciato entro il quale il legislatore deve muoversi. Ma non basta, perché anche nella scelta delle finalità da perseguire, degli interessi da proteggere, il legislatore non è del tutto libero di agire»). Sul tema v. G. D’AMICO, *Tecniche argomentative e questioni scientifiche controverse in materia di biodiritto: U.S. Supreme Court e Corte costituzionale e confronto*, in C. Casonato, C. Pichiochi, P. Veronesi (a cura di) *Forum BioDiritto. Percorsi a confronto. Inizio vita, fine vita e altri problemi*, Cedam, Padova, 2009, 27: «L’idea che viene fuori dalla lettura di queste decisioni è quella di una scienza, intesa come complesso monolitico di conoscenze, di cui può disporre il solo legislatore statale. In questo quadro, il giudice delle leggi svolge un compito quasi marginale, essendo chiamato a dichiarare l’incostituzionalità delle sole norme che si pongono in palese ed indiscusso contrasto con determinati presupposti scientifici. Questa configurazione del proprio ruolo evita alla Corte di lasciarsi travolgere dalle controversie scientifiche, limitandosi ad intervenire solo in caso di assoluta carenza o di aperto contrasto della normativa censurata con gli assunti scientifici di fondo».

³¹ Su [Corte cost. sent. n. 151 del 2009](#), v. M. CARTABIA, *La giurisprudenza costituzionale relativa all’art. 32, secondo comma, della Costituzione italiana*, cit.; S. AGOSTA, *Dalla Consulta finalmente una prima risposta alle più vistose contraddizioni della disciplina sulla fecondazione artificiale (a margine di Corte cost., sent. n. 151/2009)*, in *Forum Quad. cost.*, 19 settembre 2009; L. TRUCCO, *Procreazione assistita: la Consulta, questa volta, decide di (almeno in parte) decidere*, in *Giur. it.*, 2010, 287 ss.; E. MALFATTI, *L’accesso alla procreazione assistita, tra “integrazioni” della legge e nuove aperture giurisprudenziali*, in *Quad. cost.*, 2010, 4, 833 ss.

alla discrezionalità legislativa pongono le acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione e sulle quali si fonda l'arte medica [...]»³².

Sebbene la giurisprudenza costituzionale abbia ribadito a più riprese che il legislatore non può prescindere dalle acquisizioni della scienza medica, è nota la circostanza per cui il rapporto tra scienza e diritto sia (stato) un rapporto in parte sofferto, segnato talora dalla incomunicabilità³³.

Come sottolineato, infatti, «[...] i problemi per il giurista non si pongono quando riesce ad instaurarsi un rapporto di mutua alimentazione fra asserzioni scientifiche e giuridiche, quanto piuttosto nei casi in cui ognuna di queste due sfere del sapere pretende di imporre all'altra il proprio "ordine di validità". [...]»³⁴.

Per superare lo "scontro" tra scienza e diritto, è quindi necessario creare e alimentare canali di comunicazione tra essi, soprattutto in un contesto – come quello attuale – caratterizzato da un'epidemia virale il cui contagio deve essere contenuto³⁵. È, infatti, indispensabile che le due dimensioni convergano in un'unica via, «a cui ognuna di esse, seguendo logiche sovrapponibili a quelle che muovono il principio di sussidiarietà, partecipi secondo le proprie caratteristiche e peculiarità, nella consapevolezza dei propri limiti e delle proprie funzionalità»³⁶. Come è stato efficacemente sostenuto, l'intreccio tra il sapere medico e il diritto contribuisce ad integrare lo statuto del diritto alla salute³⁷: «i pubblici poteri non possono in alcun modo prescindere nell'esercizio delle loro funzioni in materia di tutela della salute (individuale e collettiva) dal prezioso apporto recato da medici, cultori di scienze naturali, professionisti a vario titolo coinvolti. [...] [L'] integrazione tra conoscenza tecnico-scientifica e cultura giuridica (e, ancor di più, prassi dei pubblici poteri) si pone come eloquente manifestazione dell'incessante dialettica tra dimensione fattuale e universo giuridico formale nella quale riposa la fisiologia del sistema costituzionale»³⁸.

Ecco che quindi, a parere di chi scrive, proprio alla necessità di integrazione tra sapere scientifico e legislazione risponde il CTS, in grado di operare una sintesi tra il parametro scientifico oggettivamente inteso alla luce della più accreditata letteratura e scienza medica³⁹ (considerato che, come ricordato, esso deve prevalere sulla discrezionalità del legislatore) e le scelte di politica sanitaria che spettano in definitiva al legislatore. Come infatti è emerso dai verbali del CTS presi in considerazione nella presente trattazione, essi riportano valutazioni marcatamente tecnico scientifiche (dando aggiornamenti di natura medica sull'andamento epidemiologico del Covid-19) e al contempo

³² Corte cost. sent. n. 151 del 2009, punto n. 6.1. del Considerato in diritto.

³³ A riguardo v. P. VERONESI, *La scienza secondo la Costituzione italiana (e le sue applicazioni)*, in *Biolaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 3, 2021, 151 ss. L'A. evidenzia che «[...] è sempre risultato difficile creare "ponti" e porre le basi per una pacifica ed equilibrata convivenza tra queste due realtà (a loro modo) assiologiche e totalizzanti. [...] [L'] uno o l'altro "sistema" adott[a] (più o meno occasionalmente) orbite, logiche e preoccupazioni diverse da quelle seguite dal suo "concorrente".

³⁴ G. D'AMICO, *Scienza e diritto*, cit., 10. L'A. sostiene in particolare che «[l'] elemento caratterizzante una scienza [è] individuato nell'esistenza di specifiche "garanzie di validità" della stessa, ma a ben riflettere questa affermazione vale pure per la scienza giuridica; anche il diritto ed in particolare quello costituzionale si fonda sull'esistenza di garanzie di validità dello stesso che, in minima parte, sono codificate, ma che, per la gran parte, sono presupposte. Se così è, non vi è dubbio che le ragioni dello "scontro" vanno individuate nella naturale e irrefrenabile tendenza di ciascuno dei due saperi di imporre il proprio complesso di garanzie di validità».

³⁵ Sul punto, cfr. M. CARTABIA, *Per amore o per forza? I vaccini al cospetto della Corte costituzionale*, [webinar](#) del 4 febbraio 2021, Università di Milano. Parla di «co-produzione» tra scienza e diritto «nel vicendevole interagire e legittimarsi» M. TALLACCHINI, *Scienza e diritto. Prospettive di coproduzione*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2, 2012, 314.

³⁶ C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, 2, 2016, 5.

³⁷ L. D'ANDREA, *Il dovere di cura della salute ed il c.d. "Paradosso di Böckenförde"*, in F. Marone (a cura di), *La doverosità dei diritti: analisi di un ossimoro costituzionale?* Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, 67.

³⁸ L. D'ANDREA, *Op. loc. ult. cit.*

³⁹ C. CASONATO, *La scienza come parametro*, cit., 2. Si ritiene di dover condividere la definizione di scienza medica offerta dall'A. secondo cui essa è quella disciplina che deve essere valutata «alla stregua della pratica e della più accreditata e autorevole letteratura scientifica in ambito medico, quale vero e proprio indice della costituzionalità delle leggi intervenute in materia».

forniscono indicazioni in merito alla congruità delle misure adottate e da adottare rispetto al parametro scientifico e alla luce della letteratura medica⁴⁰.

Ora, data la necessità di operare una sinergia tra sapere scientifico e legislazione, sembra che l'operato del CTS debba essere ritenuto costituzionalmente legittimo, in quanto esso non si pone al di fuori del circuito della rappresentanza politica.

A riguardo, la prima notazione che occorre fare attiene alla composizione del Comitato tecnico-scientifico tra i cui membri rientrano non solo le massime autorità nazionali in ambito sanitario⁴¹, ma anche un rappresentante indicato dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, ciò che lascia intendere come il Comitato non sia insensibile alle esigenze rappresentate dalle autonomie territoriali e in particolare dalle Regioni, i cui Presidenti, ai sensi dell'ocdpc n. 630 del 2020 e dei successivi decreti di attuazione, sono stati individuati quali soggetti attuatori per l'emergenza Covid-19⁴².

In secondo luogo, si deve sottolineare che il Comitato-tecnico scientifico rilascia pareri di natura né vincolante né obbligatoria, «dal momento che il legislatore [...] ha attribuito al Presidente del Consiglio il potere di prescindere»⁴³. Proprio per la natura non vincolante dei pareri del Comitato tecnico-scientifico, struttura afferente al Dipartimento della Protezione civile della Presidenza del Consiglio dei ministri (e quindi organo consultivo governativo), si ritiene che la loro funzione sia quella di delineare la cornice nell'ambito della quale il legislatore emergenziale effettua le sue valutazioni di politica sanitaria, potendosi o meno attenere alle indicazioni fornite dal CTS.

In terzo luogo, i provvedimenti di natura legislativa o amministrativa adottati dal Governo o da altre Autorità, che recepiscono (*in toto* o in parte) quanto espresso nei richiesti pareri del Comitato tecnico-scientifico, sono soggetti a plurimi controlli di natura politica e/o giurisdizionale.

4. (Segue) *I controlli, di natura politica e giurisdizionale, sugli atti di natura legislativa recettivi dei pareri del Comitato tecnico-scientifico.*

L'ultimo aspetto sopra accennato, attinente ai controlli di natura politica e giurisdizionale cui sono sottoposti gli atti che abbiano fatto propri (o meno) quanto riferito dal Comitato tecnico-scientifico, merita un approfondimento a se stante.

Sotto il primo profilo, il Parlamento, nell'ambito del rapporto fiduciario, effettua un controllo politico sull'operato del Governo tramite gli strumenti delle interrogazioni, delle interpellanze, delle inchieste, delle indagini e delle attività conoscitive e può financo approvare una mozione di sfiducia⁴⁴

⁴⁰ Non sono infrequenti all'interno dei verbali richiami alla letteratura medica.

⁴¹ Tra gli altri, il Presidente del Consiglio superiore di sanità del Ministero della salute, il presidente dell'Istituto superiore di sanità, il presidente dell'Agenzia italiana del farmaco e il direttore generale della prevenzione sanitaria del Ministero della salute.

⁴² L'art. 1, comma 1, dell'ocdpc n. 630 del 3 febbraio 2020, stabilisce che “per fronteggiare l'emergenza derivante dagli eventi citati in premessa, il Capo del Dipartimento della protezione civile assicura il coordinamento degli interventi necessari, avvalendosi del medesimo Dipartimento, delle componenti e delle strutture operative del Servizio nazionale della protezione civile, nonché di soggetti attuatori, individuati anche tra gli enti pubblici economici e non economici e soggetti privati, che agiscono sulla base di specifiche direttive, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica”. Ebbene, con distinti decreti, sono stati resi soggetti attuatori per l'emergenza Covid-19 i Presidenti delle Regioni (cfr., tra tutti il [Decreto del Capo del Dipartimento della Protezione Civile del 27 febbraio 2020](#) di nomina del Presidente della Regione Siciliana quale soggetto attuatore ai sensi dell'ocdpc n. 630 del 3 febbraio 2020)

⁴³ M. CAVINO, *La natura dei DPCM*, cit., 85. Trattasi pertanto di pareri facoltativi «richiesti ove l'amministrazione procedente ritenga possano essere utili ai fini della decisione», M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, il Mulino, Bologna, 2017, 247.

⁴⁴ Sul funzionamento dei menzionati istituti v. T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2020, 331 ss. Nell'ambito della funzione parlamentare di controllo, in merito alla necessità del Parlamento italiano di dotarsi di c.d. *Parliamentary Technology Assessment* (PTA), «quale attività che si occupa delle relazioni tra scienza, tecnologia e società al fine di valutare l'impatto dello sviluppo delle prime due sulla terza» (175), v. D. SERVETTI, *Brevi considerazioni sulla rilevanza di un adeguato supporto tecnico-scientifico al controllo parlamentare*, in *Il Governo tra tecnica e politica*, Atti del Seminario Annuale dell'Associazione “Gruppo di Pisa” del 20 novembre 2015, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016,

per recidere il legame intercorrente tra il legislativo e l'esecutivo. Ebbene, il Parlamento sarà chiamato a operare la sua attività di controllo anche nei confronti degli atti del Governo che abbiano fatto propri i pareri adottati dal Comitato tecnico scientifico e, nel caso specifico dei decreti-legge, potrà optare per la loro non conversione nel termine perentorio previsto dall'art. 77 Cost.

Invece, per quanto riguarda il controllo giurisdizionale⁴⁵, i decreti-legge, aventi ad oggetto misure di politica sanitaria che abbiano recepito i pareri del CTS, potranno essere sottoposti allo scrutinio di legittimità costituzionale tramite il giudizio in via incidentale e, teoricamente, anche con il giudizio in via d'azione intentato da parte delle Regioni. Inoltre, gli atti di natura amministrativa del Governo⁴⁶ e delle altre Amministrazioni centrali o periferiche, che abbiano richiesto pareri al CTS e che noi loro provvedimenti li abbiano fatti propri, potranno essere sottoposti al sindacato del giudice amministrativo.

A tal proposito è necessario interrogarsi su come si attegga, sotto il profilo della ragionevolezza, il sindacato giurisdizionale costituzionale per gli atti aventi forza di legge che facciano propri (o disattendano) i pareri del Comitato tecnico-scientifico.

Ora, «il giudizio di ragionevolezza, lungi dal comportare il ricorso a criteri di valutazione assoluti e astrattamente prefissati, si svolge attraverso ponderazioni relative alla proporzionalità dei mezzi prescelti dal legislatore nella sua insindacabile discrezionalità rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare o alle finalità che intende perseguire, tenuto conto delle circostanze e delle limitazioni concretamente sussistenti»⁴⁷.

Quindi, «[l'] incessante progredire della tecnica ha [...] costretto a ripensare i processi decisionali per non lasciare il legislatore solo nel compito di elaborare scelte di *policy*, formulate sulla base di mere valutazioni di opportunità, al fine di non vedere incrinati gli stessi presupposti logici del

167 ss. Inoltre, v. V. LIPPOLIS, *Il rapporto tra Parlamento e Governo nel tempo della Pandemia*, in *Emergenza, costituzionalismo e diritti fondamentali*, Annuario 2020 dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021 27 ss. L'A. evidenzia come, «nei limiti del valore giuridico di atti di indirizzo come le risoluzioni rispetto a decisione che sono di competenza del Governo», «per successivi accrescimenti è stata definita, sia pure in maniera contorta, una sorta di parlamentarizzazione delle decisioni riguardanti lo stato di emergenza e i Dpcm» (34). Sottolinea ancora l'A. come l'interlocuzione tra il Parlamento e il Governo sia stata continua, essendo tra l'altro state votate mozioni e svoltesi «numerose sedute di interrogazioni e interpellanze urgenti» (35).

⁴⁵ Sul tema del rapporto tra dato scientifico e giurisdizione e su come il primo influenzi la seconda (in particolare quella della Corte costituzionale) v. [Corte cost. sent. n. 84 del 2016](#), in tema di ricerca scientifica sugli embrioni. Su [Corte cost. sent. n. 84 del 2016](#), cfr., in particolare, A. RUGGERI, *Questioni di costituzionalità inammissibili per mancanza di consenso tra gli scienziati (a margine di Corte cost. n. 84 del 2016, in tema di divieto di utilizzo di embrioni crioconservati a finalità di ricerca)*, in *Biolaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 2, 2016, 245 ss.; l'A. riprende il tema anche in A. RUGGERI, *Diritti fondamentali e scienza: un rapporto complesso*, in questa *Rivista 2022/I*, 145 s. e in A. RUGGERI, *La "federalizzazione" dei diritti fondamentali, all'incrocio tra etica, scienza e diritto*, in *MediaLaws*, 2, 2018, 28 s.; A. SPADARO, *Embrioni crio-congelati inutilizzabili: la Corte costituzionale se ne lava le mani, ma qualcosa dice...* (nota a C. cost. sent. n.84/2016), in *Biolaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 2, 2016, 253 ss.; M. D'AMICO, *La Corte costituzionale chiude la porta agli scienziati in nome della dignità dell'embrione*, in *Biolaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 2, 2016, 171 ss. Più in generale, sul rapporto tra scienza e giurisdizione, v. G. SILVESTRI, *Scienza e coscienza: due premesse per l'indipendenza del giudice*, in *Dir. pubbl.*, 2, 2004, 411 ss. A proposito dell'indipendenza del giudice dalla scienza, appare significativo quanto sostenuto dall'A.: «[o]gni decisione giudiziaria, in quanto frutto della combinazione soggettiva di scienza e coscienza, si presenta come un *unicum*, che non garantisce certo dall'errore o dalla scorrettezza del giudice, ma non può essere istituzionalmente surrogato da una verità istituzionale imposta ai giudici dall'esterno o dai propri stessi vertici, così come la libera ricerca scientifica non può essere surrogata da una scienza di Stato prodotta da istituzioni gerarchiche e verticalizzate» (437). Sul tema, inoltre, G. D'AMICO, *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, SGB Edizioni, Messina, 2008; R. BIN, *La Corte e la scienza*, in A. D'Aloia (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, Torino, Giappichelli, 2005, 1 ss.; M. AINIS, *Le questioni scientifiche controverse nella giurisprudenza costituzionale*, *ibid.* 23 ss. Per una prospettiva internazionalistica v. C. RAGNI, *Scienza, diritto e giustizia internazionale*, Giuffrè, Milano, 2020.

⁴⁶ Ci si riferisce ai dd.P.C.m. sulla cui natura amministrativa v. [Corte cost. sent. n. 198 del 2021](#) e Cons. St. parere n. 850 del 2021. Sul tema A. SAITTA, [Il codice della protezione civile e l'emergenza pandemica anche alla luce di C. cost. n. 198 del 2021](#), cit. 845 s.

⁴⁷ [Corte cost. sent. n. 1130 del 1988](#), punto n. 2 del *Considerato in diritto*.

ragionamento (razionale) del decisore politico»⁴⁸. Invero, come sottolineato, «[...] alla graduale contrazione del parametro giuridico, fa sempre più spesso da contraltare una corrispondente (talora incontenibile) dilatazione di quello tecnico»⁴⁹. Muta, perciò, in un contesto caratterizzato dall'ingresso del fatto nel giudizio di costituzionalità⁵⁰, la conformazione del parametro nel processo costituzionale «[...] in quanto composto, cioè, non soltanto da elementi di natura propriamente normativa ma, pure, di ordine fattuale»⁵¹.

Pertanto, data questa circostanza e considerato che «il controllo di ragionevolezza esige una ragione concreta, “situata”, che conosca l'ordinamento nella sua vitale commistione con l'esperienza giuridica»⁵², vi è chi ritiene che il dato scientifico debba ritenersi «parametro interposto di costituzionalità»⁵³. Secondo questa impostazione, infatti, «una legge che non tenga conto o, peggio, contraddica i risultati medici più accreditati (imponendo un trattamento nocivo o vietandone uno efficace) risulterebbe incostituzionale non perché (direttamente) in contrasto con la scienza ma perché tale contrasto svelerebbe (indirettamente) una violazione, questa sì incostituzionale, del diritto alla salute. Ecco che, in base a quanto sostenuto da questa dottrina, la scienza [...] oltre che assumere la funzione di indicatore della “ragionevolezza scientifica” di una legge, giungerà a svolgere un ruolo, appunto, di parametro interposto di costituzionalità»⁵⁴. In altre parole, la Corte, «sollecit[a] un'interpretazione conforme alla ... scienza ed alla tecnica, ovvero alla Costituzione *scientificamente intesa*»⁵⁵.

Ebbene, anche a non voler considerare il dato scientifico quale «parametro interposto di costituzionalità» in senso stretto⁵⁶, il controllo di ragionevolezza di leggi o atti aventi forza di legge, aventi ad oggetto parametri scientifici e scelte di politica sanitaria che su di essi si fondano, diventa un sindacato «proporzionalmente più stretto» in quanto «[coinvolge] anche il controllo delle scelte normative fondate sui dati tecnico-scientifici»⁵⁷.

⁴⁸ D. ZANONI, *Razionalità scientifica e ragionevolezza giuridica a confronto in materia di trattamenti sanitari obbligatori*, in [Costituzionalismo.it](#), 1, 2020, 140.

⁴⁹ S. AGOSTA, *Spingersi dove neppure alle più avanzate acquisizioni tecnico-mediche è consentito: la sfida del diritto all'epoca della rivoluzione biologica*, in [Rivista AIC](#), 4, 2014, 12. V., sul punto, A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2019, 152 («Non può trascurarsi la straordinaria rilevanza che il canone di ragionevolezza avrà sempre più sia nell'ambito delle definizioni di tipo scientifico, non da ultimo nel campo della bioetica, anche in contrasto con accertamenti o *evidenze scientifiche* [...]»).

⁵⁰ Per una “classificazione dei fatti” rilevanti nel giudizio di legittimità costituzionale v. M. AINIS, *Sul rilievo dei «fatti» nel giudizio di legittimità costituzionale. Appunti per una ricerca*, in AA.VV., *Scritti in onore di Franco Modugno*, I, 2010, Napoli, 2011, 3 ss. L'A. distingue sei categorie di fatti (fatti naturali, fatti sociali, fatti economici, fatti scientifici, fatti politici, fatti amministrativi).

⁵¹ S. AGOSTA, *Spingersi*, cit., 3.

⁵² M. CARTABIA, [I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana](#), Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma, Palazzo della Consulta 24-26 ottobre 2013, 16. Sulla natura relazionale, dinamica e ‘situata’ della ragionevolezza che è «meta-valore», «architrave dell'edificio costituzionale e istituzionale», «“ontologicamente” bilanciamento e congruità del diritto al fatto» v. L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Giuffrè, Milano, 2005, 365 ss. Per un'ampia disamina sul ricorso ai fatti nel giudizio di legittimità costituzionale v. G. D'AMICO, *Scienza e diritto*, cit., 59-72. L'A. conclude la disamina ritenendo che «la ragionevolezza, insomma, è la proiezione, in seno al giudizio di costituzionalità, di una concezione “aperta” della Costituzione, in virtù della quale quest'ultima deve necessariamente rapportarsi alla realtà sociale; con la conseguenza che proprio dalla sfera fattuale si possono trarre elementi decisivi per valutare la legittimità di una norma» (72).

⁵³ C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in [Rivista AIC](#), 2, 2016, 8.

⁵⁴ C. CASONATO, *Op. loc. ult. cit.*

⁵⁵ G. D'AMICO, *Op. ult. cit.*, 285

⁵⁶ A parere di chi scrive, qualificare il dato scientifico come «parametro interposto di costituzionalità» impedisce al legislatore di avere margine di manovra sulla scelta finale. Piuttosto, sembra che esso debba essere inteso quale indice rispetto al quale rapportare la ragionevolezza della scelta stessa, rimanendo così in Capo al Parlamento o al Governo, con la legislazione emergenziale o delegata, la discrezionalità legislativa ancorché essa non possa ritenersi svincolata dal dato scientifico.

⁵⁷ S. PENASA, *La “ragionevolezza scientifica delle leggi” nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. cost.*, 4, 2009, 822. Sulla “estensione” della ragionevolezza v., in generale, L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)* (Voce), in *Enc. Dir., Aggiornamento I*, Giuffrè, Milano, 1997, 907. Secondo quest'ultimo A. «[...] anche in Italia comincia a fare ingresso

La Corte costituzionale, invero, fa un uso ristretto del controllo in parola, mostrandosi talora restia ad affrontare le questioni scientifiche decidendo (per non invadere la sfera della discrezionalità legislativa) di non decidere nel caso in cui esse siano controverse (come accaduto, ad esempio, in [Corte cost. sent. n. 84 del 2016](#)⁵⁸), anche perché «[...] vuole evitare di apparire come il giudice del “fatto”»⁵⁹. Per questo motivo, come sostenuto, il controllo di ragionevolezza scientifica «deve limitarsi ad un controllo esterno di *non evidente irragionevolezza* della prognosi legislativa o delle valutazioni tecniche richiamate dal contenuto legislativo»⁶⁰ (corsivo dell’Autore). Pertanto, dovendo rimanere impregiudicata la discrezionalità del legislatore, la Corte potrà intervenire sulla norma con una pronuncia di illegittimità costituzionale nella misura in cui sia palese il mancato recepimento, da parte del primo, delle acquisizioni scientifiche⁶¹.

Ebbene, alla luce di quanto rilevato, la Corte costituzionale sarà chiamata ad operare un controllo di ragionevolezza “stretto” su quegli atti, aventi forza di legge, che abbiano recepito il contenuto dei pareri espressi dal Comitato tecnico-scientifico e potrà scrutinare, dichiarandone l’illegittimità costituzionale, solo quelle scelte di politica sanitaria (contenute a monte nei pareri del CTS) che abbiano disatteso in modo evidente il dato scientifico.

5. Conclusioni. Il ruolo del Comitato tecnico-scientifico quale anello di congiunzione tra scienza e diritto.

Alla luce delle suesposte ragioni, si ritiene, diversamente da quanto sostenuto da parte della dottrina⁶², che non risulti indebolita la discrezionalità del legislatore per via dell’intreccio tra tecnica

il linguaggio di tipo statunitense, per cui la Corte si limita ad uno “scrutinio deferente” o concessivo nei confronti della ragionevolezza delle scelte legislative, quando occorra riconoscere uno spazio più ampio alla cosiddetta discrezionalità del legislatore ordinario, mentre svolge uno “scrutinio stretto”, quando entrino in gioco valori particolarmente significativi; tanto è vero che il riferimento ai “principi del più rigoroso scrutinio” è ormai divenuto esplicito nella stessa giurisprudenza costituzionale». V., sul punto, G. GEMMA, *Giurisprudenza costituzionale e scienza medica*, in A. D’Aloia (a cura di), *Bioteologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, cit., 40 («[...] anzitutto è stato ben dimostrato che sussiste una sindacabilità delle valutazioni tecniche e scientifiche del legislatore da parte del giudice costituzionale, e che si può configurare un diverso grado dei controlli di scientificità. Che poi sia “estremamente limitato... il controllo della nostra Corte sulle valutazioni tecniche complesse ed opinabili” non smentisce l’applicabilità della bipartizione di scrutini, bensì comprova solo l’adozione diffusa di un *deferential review*»).

⁵⁸ [Corte cost. sent. n. 84 del 2016](#), punto n. 11 del *Considerato in diritto*: «A fronte, dunque, di quella che qualcuno ha definito “una scelta tragica”, tra il rispetto del principio della vita (che si racchiude nell’embrione ove pur affetto da patologia) e le esigenze della ricerca scientifica – una scelta, come si è detto, così ampiamente divisiva sul piano etico e scientifico, e che non trova soluzioni significativamente uniformi neppure nella legislazione europea – la linea di composizione tra gli opposti interessi, che si rinviene nelle disposizioni censurate, attiene all’area degli interventi, con cui il legislatore, quale interprete della volontà della collettività, è chiamato a tradurre, sul piano normativo, il bilanciamento tra valori fondamentali in conflitto, tenendo conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzi come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale. [...] È quella, dunque, recata dalla normativa impugnata una scelta di così elevata discrezionalità, per i profili assiologici che la connotano, da sottrarsi, per ciò stesso, al sindacato di questa Corte».

⁵⁹ G. D’AMICO, *Op. loc. ult. cit.*

⁶⁰ S. PENASA, *La “ragionevolezza scientifica delle leggi*, cit., 825.

⁶¹ G. D’AMICO, *Op. ult. cit.*, 286. L’A. ritiene che «l’idea di “scienza” che viene fuori dalle [...] decisioni [della Corte] è quella di un complesso monolitico di conoscenze, di cui può disporre il solo legislatore statale. In questo quadro, il giudice delle leggi svolge un compito quasi marginale, essendo chiamato a dichiarare l’incostituzionalità delle sole norme che si pongano in palese ed indiscusso contrasto con determinati presupposti scientifici».

⁶² M. TERZI, *Brevi considerazioni sul rapporto tra tecnica e politica nella prospettiva dell’emergenza sanitaria in corso*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 2, 2020, 45. Secondo l’A., «L’ideale legame tra tecnica e politica nella decisione rischia, tuttavia, di allontanarsi oltremodo dall’orbita costituzionale, riflettendosi negativamente sulle dinamiche della forma di governo parlamentare, se il dialogo tra quei due complementari elementi finisce con l’esaurirsi al di fuori del circuito della rappresentanza, escludendo dalla comunicazione il Parlamento, organo vitale della nostra democrazia rappresentativa al quale compete, oltre all’esercizio della funzione legislativa, il fondamentale compito di controllare l’operato dell’Esecutivo. [...] L’intreccio continuo dei decreti presidenziali governativi, estromettendo le Assemblee elettive dall’area decisionale (o, quantomeno, dal controllo sulla stessa) e appalesando una presunta

e diritto, in quanto, anche se basate su dati tecnici, vengono comunque adottate decisioni di natura politica⁶³. Quindi, «non vi è solo l'opportunità, ma anche la necessità di una commistione fra i due elementi in modo tale da consentire una corretta decisione»⁶⁴.

Infatti, il dato scientifico oggettivamente inteso e le valutazioni sulle adottande scelte di politica sanitaria che il Comitato tecnico-scientifico ha espresso nei suoi pareri hanno costituito un valido supporto al legislatore perché questi potesse adottare misure efficaci al contrasto dell'epidemia virale da Covid-19.

Insomma, il Comitato tecnico-scientifico, organo consultivo del Governo, ha giocato – a parere di chi scrive – un ruolo di primario rilievo nel contrasto alla diffusione del virus. Ciò non è avvenuto a scapito degli altri poteri dello Stato, dal momento che, come argomentato, fermo restando che il dato scientifico “puro” orienta le scelte del legislatore e deve “guidarle”, le valutazioni di politica sanitaria effettuate dal CTS avrebbero potuto anche non essere recepite e, se fossero state accolte (così come accaduto), sarebbero in ogni caso sottoponibili a controlli di natura politica e giurisdizionale⁶⁵.

Del resto, in un contesto come quello attuale il legislatore, ferma restando la sua “insostituibilità”, non può (*rectius*, non deve) prescindere da valutazioni di natura tecnica provenienti anche da organi (di natura consultiva) dotati di un elevato tasso di tecnicità⁶⁶. Come evidenziato da autorevole dottrina, ancora oggi «sopravvive un'idea di legalità declinata in modo volontaristico quasi che la decisione legislativa del Parlamento o del Governo [...] si producesse nel vuoto. Quella famosa decisione di Schmitt che stava appesa a se stessa: il decisionismo è l'idea mitica della decisione politica appesa a se stessa, cioè appesa al vuoto. Non è così e non è mai stato così. È stata solo un'ideologia, un mito [...]. [Infatti] ogni legge, ogni norma trae la sua origine, la sua ragion d'essere

asimmetria a vantaggio del contributo tecnico, modella le scelte politiche in un quadro nel quale l'essenza della democrazia, che in quelle Assemblee trova una delle sue più immediate espressioni, appare essere sottoposta a innegabili forzature». Sul tema v., inoltre, M. TERZI, *Ancora sul rapporto tra tecnica e politica nell'attuale emergenza di sanità pubblica: dal Comitato tecnico-scientifico al Comitato di esperti in materia economica e sociale*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 2, 2020, 294. Più in generale, sulla crisi della rappresentanza politica dovuta all'avanzare del sapere tecnico-scientifico destinato a intrecciarsi con la legislazione, cfr. G. SERGES, *Crisi della rappresentanza parlamentare e moltiplicazione delle fonti*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 3, 2017. In particolare, l'A. (p. 17) ritiene, in merito alle linee guida in materia sanitaria, che «[l'] apporto di soggetti estranei e diversi rispetto all'universo delle scelte politiche può rivelarsi insomma fruttuoso ma a condizione che non si traduca in elemento di confusione di un sistema – quello delle fonti – percorso da una moltiplicazione ed una frammentazione, forse inevitabile di fronte ad una società complessa ed al più ampio e sfuggente fenomeno della globalizzazione, che mette in crisi l'idea stessa del sistema ed i cui esiti tuttavia non appaiono oggi del tutto decifrabili». Ancora sul tema v. R. MICCÙ *Il governo dell'emergenza tra tecnica e politica*, in *Emergenza, costituzionalismo e diritti fondamentali*, cit., 196 ss. Quest'ultimo A. sottolinea la necessità di riportare la politica e il Parlamento al centro in quanto quest'ultimo non è «[...] un mero ufficio di conversione dei decreti, né un centro di ascolto cui riferire, a cose fatte sulla base di consulenze tecnico-scientifiche, quali provvedimenti derogatori si sono adottate» (197).

⁶³ Sul punto v. G. AZZARITI, *Tecnica, politica, Costituzione. Perché non solo la politica ma anche la tecnica deve essere limitata dalla Costituzione*, in *Il Governo tra tecnica e politica*, Atti del Seminario Annuale dell'Associazione “Gruppo di Pisa” del 20 novembre 2015, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, 129 («La creazione di determinati apparati tecnici, l'attribuzione di competenze (e non altre) e la loro composizione costituiscono espressione di una significativa valutazione di carattere politico. Di conseguenza i risultati che da questi organi provengono sono anch'essi influenzati dalla decisione politica che è alla base. Da qui l'inevitabile constatazione che ogni decisione di governo è fondamentalmente una decisione politica anche se indirizzata dalla tecnica»).

⁶⁴ G. AZZARITI, *Tecnica, politica, Costituzione*, cit., 130.

⁶⁵ Sulla mancata possibilità, fino alla pronuncia del TAR del Lazio, n. 8615 del 2020 (confermata in sede cautelare dal Consiglio di Stato con decreto n. 4574 del 2020) di accedere ai verbali del CTS v. F. LAVIOLA, *La decisione politica science – based e il ruolo del Comitato tecnico-scientifico nella gestione dell'emergenza Covid-19 tra arbitrarie pretese di segretezza e riaffermazione del diritto alla trasparenza*, in [federalismi.it](#), 20, 2021, 127 ss. Bisogna evidenziare che ora i verbali del Comitato tecnico-scientifico sono accessibili e, come riportato nel sito istituzionale del Dipartimento della Protezione Civile, essi vengono pubblicati 45 giorni dopo la riunione. Sul punto, cfr. R. MICCÙ, *Il governo dell'emergenza tra tecnica e politica*, cit., 180 ss.

⁶⁶ G. GUARINO, *Tecnici e politici nello Stato contemporaneo*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia e dell'energia*, Milano, Giuffrè, 1962, 28. L'A. evidenzia che «i tecnici svolgono una funzione insostituibile e di essi dovranno avvalersi gli Stati contemporanei in modi e in quantità sempre maggiori. Del pari insostituibile è la funzione dei politici, i quali a loro volta possono considerarsi dei tecnici, del volere e dell'operare collettivo».

in una serie di rapporti, di acquisizioni, di consapevolezze etiche e scientifiche ancora di più, tutte concorrenti a determinare la scelta che è sempre temporanea e provvisoria del legislatore»⁶⁷.

Quindi, il Comitato tecnico-scientifico, nell'ottica della «coproduzione»⁶⁸ auspicata dalla dottrina e nella consapevolezza che la decisione normativa non può prodursi nel vuoto, ha funto da anello di congiunzione tra scienza e diritto che, pur con diversi approcci metodologici⁶⁹, sono sinergicamente impegnati al contrasto del virus Covid-19.

⁶⁷ G. SILVESTRI, intervento al [seminario](#) *Giustizia costituzionale e diritti fondamentali nel contesto della integrazione europea*, Messina, 21 gennaio 2022.

⁶⁸ M. TALLACCHINI, *Scienza e diritto*, cit., 314

⁶⁹ L. VIOLINI, *Sui contrasti tra valutazioni giuridiche e valutazioni scientifiche nella qualificazione della fattispecie normativa: la Corte compone il dissidio ma non innova l'approccio*, in *Giur. cost.*, 2, 1998, 975 («mentre infatti la norma cristallizza le fattispecie per obbedire ai dettami imposti dalla certezza del diritto, la scienza non conosce che risultati transitori, continuamente sottoposti a verifiche empiriche di stampo sperimentale, e propone ai suoi cultori, in ossequio ai dettami della ragione scientifica, certezze «forti» ma mai definitive»).

Valentina Pupo

Sulle discriminazioni degli stranieri nel settore della sicurezza sociale: una nuova pronuncia della Corte costituzionale all'esito di un caso di doppia pregiudizialità*

ABSTRACT: *The paper examines Constitutional Court's dec. n. 54/2022, which declared the unconstitutionality of certain provisions on social assistance to foreigners, that the Court of Justice of European Union, in the preliminary ruling action brought by the Constitutional Court itself, had already considered contrary to the Charter of Fundamental Rights of the European Union and to secondary european law with regard to the prohibition of discrimination against legally resident third-country nationals. The story is part of the debate on dual prejudiciality (constitutional and european) and of the c.d. dialogue between the Courts, with a view to strengthening the protection of rights, and highlights the importance of wider dissemination of loyal cooperation at institutional level.*

SOMMARIO: 1. Premessa: il quadro normativo di riferimento. – 2. La giurisprudenza costituzionale sulle prestazioni di sicurezza sociale agli stranieri: un terreno di dialogo con la Corte di Giustizia dell'Unione europea. – 3. Il rinvio pregiudiziale con [ord. n. 182/2020](#). – 4. L'illegittima esclusione degli stranieri extracomunitari non titolari di permesso di soggiorno di lungo periodo dalle possibilità di accesso agli assegni di natalità e di maternità. – 5. Diversi esiti nel caso in cui non sia stato richiamato il parametro della Carta dei Diritti. Notazioni conclusive.

1. Premessa: il quadro normativo di riferimento

Con la [sentenza n. 54 del 2022](#)¹, la Corte costituzionale ha risolto una questione di costituzionalità relativa ad alcune disposizioni legislative che sancivano una disparità di trattamento nei confronti degli stranieri extracomunitari, rispetto ai cittadini degli Stati membri, in relazione alla tipologia di permesso di soggiorno posseduta, ai fini dell'accesso alle prestazioni sociali riguardanti l'erogazione dell'assegno di natalità e dell'assegno di maternità, con ciò violando anche specifiche disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e norme di diritto derivato riguardanti la parità di trattamento tra cittadini di Paesi terzi e cittadini europei. La Consulta si è pronunciata all'esito di un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea, da essa stessa promosso.

Il tema è di particolare rilievo, dal momento che interseca questioni sostanziali, di carattere socio-politico, come quelle attinenti agli strumenti di integrazione degli stranieri extracomunitari, e, più in generale, di garanzia dei loro diritti, in special modo di quelli sociali, ma anche questioni di carattere procedurale, se, come in questa circostanza, si configura un'ipotesi di “doppia pregiudizialità”, determinata dalla contestuale violazione del parametro costituzionale interno e di quello scaturente dalla Carta di Nizza-Strasburgo. Com'è noto, difatti, la Corte costituzionale, soprattutto con riguardo a previsioni legislative statali o regionali che dispongono discriminazioni irragionevoli per gli stranieri, si trova sempre più spesso ad includere, tra i propri criteri di giudizio, non soltanto disposizioni costituzionali – peraltro sovente intese al di là della loro portata meramente “letterale”, quando esse si riferiscano espressamente ai “cittadini”² –, ma altresì, a seconda dei casi, disposizioni



¹ La [sentenza n. 54 del 2022](#), emessa l'11 gennaio, è stata depositata il 4 marzo 2022 (G.U. 9 marzo 2022, n. 10).

² Cfr. C. SALAZAR, [Lo “statuto costituzionale dello straniero” e il diritto d’asilo](#), in questa [Rivista, Studi 2021/II](#), 339 s.; A. RAUTI, *Diritto degli stranieri e modelli di cittadinanza*, in F. Astone, R. Cavallo Perin, A. Romeo, M. Savino (curr.), *Immigrazioni e diritti fondamentali*, Atti dei Convegni di Siracusa 4 maggio 2017 e Torino 27 ottobre 2017, il quale rileva come nella giurisprudenza costituzionale sia recessiva un'interpretazione meramente letteralistica delle disposizioni costituzionali riferite espressamente ai cittadini; M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali. L'esperienza italiana*, in *Riv. crit. dir. priv.*, n. 2/1992, 203 ss., il quale nota come il solo dato certo che

della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo o altre norme scaturenti dal diritto primario o derivato dell'Unione europea, come veicolati dagli artt. 11 e 117 della Costituzione.

A distanza di pochi giorni, peraltro, la Corte costituzionale, con la [sent. n. 67/2022](#), si è pronunciata, con diverso esito, su un'ulteriore questione relativa all'attribuzione dell'assegno per il nucleo familiare, riconosciuto dalla normativa ai cittadini italiani indipendentemente dal luogo di residenza dei familiari, e precluso, invece, ai cittadini di Paesi terzi, i cui familiari non siano residenti in Italia, salva l'ipotesi di condizioni di reciprocità o la vigenza di convenzioni internazionali con lo Stato di provenienza degli stranieri. In tale ultimo caso, è stata la Corte di Cassazione a promuovere il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea, prima di sollevare la questione di legittimità costituzionale.

L'attribuzione di provvidenze sociali come quelle in questione rappresenta, d'altra parte, un'espressa previsione della Costituzione, che la sancisce, in particolare, agli artt. 31 e 38, quale attuazione dei principi solidarista e di eguaglianza, in riferimento a fasi particolari di fragilità e vulnerabilità dell'esistenza umana che chiunque può sperimentare, indipendentemente dalla cittadinanza. Quest'ultima, a sua volta, come a più riprese chiarito dalla giurisprudenza costituzionale, non può neppure rappresentare un criterio cui il legislatore possa ispirare il contenimento delle spese pubbliche, in ragione della concreta limitatezza delle risorse disponibili, dovendo gli interventi legislativi essere definiti in ossequio al principio di ragionevolezza, per non creare differenziazioni arbitrarie, tanto con riferimento al soddisfacimento di bisogni primari ed essenziali della persona, quanto con riguardo a benefici eccedenti il limite dell'essenzialità³.

Anche la legislazione ordinaria specifica tali principi, prevedendo, ad esempio, nel Testo unico sull'immigrazione, che vengano riconosciuti agli stranieri «comunque presenti alla frontiera o nel territorio dello Stato [...] i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti»⁴ e, con particolare riguardo alle prestazioni di assistenza sociale, che siano equiparati ai

emerge dalla giurisprudenza costituzionale sia che la Corte «ritiene irrilevante il dato testuale». Del resto, in generale, il tema della condizione giuridica dello straniero e quello della cittadinanza hanno da sempre trovato ampio spazio in dottrina [tra gli innumerevoli contributi, cfr. F. Biondi Dal Monte, E. Rossi (curr.), *Diritto e immigrazioni. Percorsi di diritto costituzionale*, Bologna, 2022 e, degli stessi curatori, *Diritti oltre frontiera. Migrazioni, politiche di accoglienza e integrazione*, Pisa, 2020; A. RAUTI, *La decisione sulla cittadinanza. Tra rappresentanza politica e fini costituzionali*, Napoli, 2020; P. BONETTI, *Migrazioni e stranieri di fronte alla Costituzione: una introduzione*, in *Dir. cost.*, 2/2020, 13 ss.; C. Panzera, A. Rauti (curr.), *Dizionario dei diritti degli stranieri*, Napoli, 2020; M. Giovannetti, N. Zorzella (curr.), *Ius migrandi. Trent'anni di politiche e legislazione sull'immigrazione in Italia*, Milano 2020; A. PITINO, *Gli stranieri nel diritto pubblico italiano. Profili attuali della parità di trattamento con i cittadini*, Torino, 2018; A. RUGGERI, [I diritti fondamentali degli immigrati e dei migranti, tra la linearità del modello costituzionale e le oscillazioni dell'esperienza](#), in questa [Rivista](#), [Studi 2017/II](#), 365 ss.; M. SAVINO, *Lo straniero nella giurisprudenza costituzionale: tra cittadinanza e territorialità*, in *Quad. cost.*, 1/2017, 41 ss.; C. Panzera, A. Rauti, M. Salazar, A. Spadaro (curr.), *Metamorfosi della cittadinanza e diritti degli stranieri*, Napoli, 2016; A. LOLLO, *Eguaglianza e cittadinanza. La vocazione inclusiva dei diritti fondamentali*, Milano, 2016; L. RONCHETTI, *La Repubblica e le migrazioni*, Giuffrè, Milano, 2014; C. CORSI, *Straniero (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, Annali VI, Milano, 2013, 861 ss.; ID., *Lo Stato e lo straniero*, Padova, 2001; R. CHERCHI, *Lo straniero e la Costituzione. Ingresso, soggiorno e allontanamento*, Napoli, 2012; AA.VV., *Lo statuto costituzionale del non cittadino. Atti del XXIV Convegno annuale dell'AIC*, Cagliari, 16-17 ottobre 2009, Napoli, 2010; G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali*, Napoli, 2007; B. Nascimbene (cur.), *Diritto degli stranieri*, Padova, 2004; E. GROSSO, *Straniero (status costituzionale dello)*, in *Dig. disc. pubbl.*, XV, Torino, 1999, 159 ss.; G. D'ORAZIO, *Lo straniero nella Costituzione italiana*, Padova, 1992]. Il tema della condizione giuridica dello straniero, sia esso appartenente a un Paese terzo o a uno Stato membro dell'Unione, è altresì oggetto degli orientamenti giurisprudenziali della Corte costituzionale, soprattutto in relazione alla ragionevolezza delle previsioni di trattamenti diversificati rispetto ai cittadini, con riguardo ai diritti coinvolti (per alcuni riferimenti, cfr. *infra*), nonché della giurisprudenza della Corte di Giustizia, in particolare con riferimento ai divieti di discriminazione e al principio di parità di trattamento (per alcuni riferimenti, cfr. *infra*).

³ Cfr. Corte cost., [sent. n. 432/2005](#), par. 5.2 cons. in dir.; ma anche, *ex multis*, sentt. nn. [120/1967](#), [252/2001](#), [306/2008](#), [4/2009](#), [187](#) e [269/2010](#), [61](#) e [329/2011](#), [40/2013](#), [22/2015](#), [106](#), [107](#) e [166/2018](#), [40/2019](#) e [186/2020](#).

⁴ Cfr. L'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 286/1998.

cittadini italiani gli stranieri titolari del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo, i titolari di permesso di soggiorno non inferiore a un anno e i minori in essi inclusi⁵. Inoltre, in relazione a recenti modifiche (incidentalmente richiamate anche dalla Corte costituzionale nella sentenza in commento), si prevede che siano equiparati ai cittadini italiani gli stranieri titolari di permesso unico di lavoro, i titolari di permesso di soggiorno per motivi di studio che svolgano attività lavorativa o l'abbiano svolta per un periodo non inferiore a 6 mesi e i titolari di permesso di soggiorno per motivi di studio, ai fini della fruizione delle prestazioni costituenti diritti alle quali si applica il regolamento (CE) n. 883/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale⁶.

Dal punto di vista della normativa europea, vengono in rilievo in primo luogo i principi della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea⁷, a partire da quelli generali di uguaglianza e non discriminazione, sanciti agli artt. 20 e 21, pietre angolari anche dell'edificio normativo europeo, e, in merito al tema specifico qui in oggetto, la previsione dell'art. 34 della Carta dei Diritti, riguardante il diritto di accesso alle prestazioni di sicurezza sociale e ai servizi sociali. Principi che trovano la loro attuazione nel diritto derivato e, segnatamente, nelle clausole di pari trattamento rispetto ai cittadini dello Stato membro dell'Unione che li ospita, sancite nei confronti dei cittadini di Stati terzi che siano soggiornanti di lungo periodo (*ex art. 11, Direttiva 2003/109/CE*⁸), o titolari del permesso unico di soggiorno e lavoro [*ex art. 12, Direttiva 2011/98/UE*⁹, che, al co. 1, lett. e), sancisce il diritto alla parità di trattamento nei settori della sicurezza sociale definiti nel regolamento CE n. 883/2004]. Con riguardo alla Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo, inoltre, può ricordarsi l'art. 14, che sancisce il divieto di discriminazione nel godimento dei diritti e delle libertà fondamentali.

Le questioni attinenti all'accesso degli stranieri alle prestazioni di carattere previdenziale e socio-assistenziale, anche in ragione del concorso della molteplicità di fonti che, a più livelli, ne disciplinano la fruizione e della frequenza con la quale vengono in rilievo, come parametri nei giudizi di costituzionalità, disposizioni normative europee in tema di parità di trattamento e disposizioni interne, rappresentano lo scenario rispetto al quale, soprattutto negli ultimi decenni, si è maggiormente sviluppata una profonda rimediazione dei rapporti tra Corte costituzionale e Corte di Giustizia dell'Unione europea¹⁰, nel senso di una collaborazione in cui ciascun collegio ha cercato

⁵ Cfr. l'art. 41, comma 1, d.lgs. n. 286/1998.

⁶ Cfr. l'art. 41, comma 1-bis, d.lgs. n. 286/1998, come modificato dalla l. n. 238/2021 (*Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea - Legge europea 2019-2020*).

⁷ Com'è noto, in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, l'art. 6, comma 1, del TUE contiene ora l'esplicito riconoscimento dei diritti, delle libertà e dei principi sanciti nella Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea e conferisce ad essa e alle relative disposizioni il valore giuridico primario dei trattati. Come rilevato dalla Corte costituzionale (*sent. n. 269/2017*, punto 5.2 cons. in dir.), la Carta europea presenta un "contenuto di impronta tipicamente costituzionale", al punto che per autorevole dottrina, dovrebbe ad essa venir riconosciuta, al pari di tutte le *Carte dei diritti*, la stessa dignità di una Costituzione (cfr. in tal senso A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto euorunitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in *Rivista di Diritti comparati*, n. 3/2017, 239).

⁸ Si tratta della Direttiva 2003/109/CE del Consiglio, del 25 novembre 2003, relativa allo *status* dei cittadini di Paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo.

⁹ Si tratta della Direttiva 2011/98/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, relativa a una procedura unica di domanda per il rilascio di un permesso unico che consente ai cittadini di Paesi terzi di soggiornare e lavorare nel territorio di uno Stato membro e a un insieme comune di diritti per i lavoratori di Paesi terzi che soggiornano regolarmente in uno Stato membro.

¹⁰ Cfr. C. CORSI, *La parità di trattamento dello straniero nell'accesso alle prestazioni di sicurezza sociale: tra disapplicazione e giudizio di costituzionalità*, relazione al Convegno *La doppia pregiudizialità alla prova dell'effettività della tutela: riflessioni a margine dei casi «bonus bebè» e «ANF»* svoltosi a Firenze il 21 dicembre 2021, in *Questione Giustizia*, 8 gennaio 2022 e, *ivi*, N. LAZZERINI, *La doppia pregiudizialità alla prova dell'effettività della tutela: riflessioni a margine dei casi «bonus bebè» e «ANF»*. Introduzione al dibattito; F. RIZZI, *Ancora sulla doppia pregiudizialità. I diritti dimenticati nel dialogo tra le Corti, tra resistenze e deresponsabilizzazioni nell'attuazione del diritto dell'Unione*; E. TARQUINI, *La doppia pregiudizialità alla prova dell'effettività della tutela: riflessioni di un giudice di merito a*

progressivamente di delineare il proprio ruolo, senza disconoscere il rilievo di quello dell'altro¹¹, tracciando, così, un «sistema a “rete”» di protezione dei diritti fondamentali nel contesto europeo¹².

2. La giurisprudenza costituzionale sulle prestazioni di sicurezza sociale agli stranieri: un terreno di dialogo con la Corte di Giustizia dell'Unione europea

È noto come negli ultimi anni vi siano stati diversi momenti cruciali nelle relazioni tra giudici comuni, Corte costituzionale e Corte di Giustizia, dalla questione dei controlimiti¹³, al tema della

marginale del caso ANF; A. GARILLI, *Immigrati e discriminazioni nel settore della sicurezza sociale*, in *Riv. dir. sic. soc.*, n. 3/2020, 561 ss.; L. TOMASI, *Stranieri e prestazioni sociali tra giurisprudenza costituzionale ed europea*, in [Diritti Lavori Mercati](#), n. 2/2021, 330 ss.; B. SBORO, *Definendo il concorso di rimedi: le recenti vicende del “dialogo” tra Corti in materia di diritti fondamentali*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), n. 1/2021, 681 ss.; G. REPETTO, *Il significato della più recente giurisprudenza della Corte costituzionale sulla “doppia pregiudizialità” in materia di diritti fondamentali*, in [Rivista AIC](#), n. 4/2019, 2 ss.; L. CAVALLARO, *La tutela dei diritti a prestazione tra diritto dell'Unione europea e Costituzione italiana: profili problematici*, in [Giustizia Insieme](#), 4 ottobre 2019.

¹¹ Sul tema del “dialogo” tra le Corti quale strumento per una progressiva integrazione europea, i contributi sono innumerevoli. Tra i più recenti: A. RUGGERI, *Alla Cassazione resta a far luogo all'applicazione diretta del diritto euorunitario la Consulta replica alimentando il fecondo “dialogo” tra le Corti (a prima lettura della sent. n. 67/2022)*, in questa [Rivista](#), [Studi 2022/I](#), 359 ss.; ID., *Il “dialogo” tra le Corti: una precisazione di metodo per una nozione apparentemente bonne à tout faire*, [ibid.](#), [Studi 2021/III](#), 666 ss.; A. LO CALZO, *Dagli approdi giurisprudenziali della Corte costituzionale in tema di controlimiti alle recenti tendenze nel dialogo con le Corti nel contesto europeo*, in [federalismi.it](#), n. 1/2021, 85 ss.; F. BIONDI, *Quale dialogo tra le Corti?*, in [federalismi.it](#), n. 18/2019, 2 ss.; F. SALMONI, *Unità nella diversità o diversità nell'unità? I concetti di identità nazionale e identità costituzionale e il dialogo simulato tra Corte di giustizia e Corte costituzionale*, in [Rivista AIC](#), n. 2/2019, 531 ss.; C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di Giustizia e Corte costituzionale dopo l'obiter dictum della sentenza n. 269/2017*, in [Osservatorio sulle fonti](#), n. 2/2019, 2 ss.; S. POLIMENI, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del “dialogo” tra le Corti*, Napoli, 2018; A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in [Rivista AIC](#), n. 4/2017, 1 ss.; P. Falzea, A. Spadaro, L. Ventura (cur.), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Torino, 2003; per diversi rilievi critici alla tesi del “dialogo” tra Corti, cfr. M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in [Rivista AIC](#), n. 2/2016, 11; R. BIN, *L'interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in [Rivista AIC](#), n. 1/2015, 1 ss.; A. GUAZZAROTTI, *Un “atto interruttivo dell'usucapione” delle attribuzioni della Corte costituzionale? In margine alla sentenza n. 269/2017*, in [Quad. cost.](#), n. 1/2018, 194 ss.

¹² Cfr. N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema a “rete” di tutela dei diritti in Europa*, in [federalismi.it](#), n. 13/2019, 2 ss.

¹³ Sul tema dei controlimiti, *ex multis*, cfr. F. TORRE, *“Taricco iactum est” ovvero l'incidenza della Saga Taricco nel processo costituente europeo*, in [dirittifondamentali.it](#), n. 1/2019, 1 ss.; A. RUGGERI, *Dopo “Taricco”: identità costituzionale e primato della Costituzione o della Corte costituzionale?*, in [La legislazione penale](#), 4 febbraio 2019, 1 ss.; C. PINELLI, *Controlimiti e principi supremi*, in *Giur. cost.*, n. 1/2019, 491 ss.; R. CALVANO, *Un finale di partita, in attesa della prossima*, in *Giur. cost.*, n. 3/2018, 1296 ss.; S. POLIMENI, *Il caso Taricco e il gioco degli scacchi: l'“evoluzione” dei controlimiti attraverso il “dialogo” tra le Corti, dopo la sent. cost. n. 115/2018*, in [Osservatorio AIC](#), n. 2/2018, 1 ss.; C. Amalfitano (cur.), *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della “saga” Taricco*, Milano, 2018; A. GUAZZAROTTI, *I paradossi della vicenda Taricco*, in [laCostituzione.info](#), 18 febbraio 2017; P. MORI, *Taricco II o del primato della Carta dei diritti fondamentali e delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri*, in [Il Diritto dell'Unione europea](#), 31 dicembre 2017; M. LUCIANI, *Intelligenti pauca. Il Caso Taricco torna (catafratto) a Lussemburgo*, in [Osservatorio costituzionale](#), n. 1/2017, 1 ss.; ID., *Il brusco risveglio*, cit.; F. BAILO, *Il principio di legalità in materia penale quale controlimite all'ordinamento euorunitario: una decisione interlocutoria (ma non troppo!) della Corte costituzionale dopo il caso Taricco*, in questa [Rivista](#), [Studi I/2017](#), 95 ss. e, *ivi*, G. PICCIRILLI, *L'unica possibilità per evitare il ricorso immediato ai controlimiti: un rinvio pregiudiziale che assomiglia a una diffida (nota a Corte cost., ord. n. 24/2017)*, 125 ss.; R. MASTROIANNI, *La Corte costituzionale si rivolge alla Corte di giustizia in tema di “controlimiti” costituzionali: è un vero dialogo?* in [federalismi.it](#), n. 7/2017, 2 ss.; A. Bernardi (cur.), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017; G. REPETTO, *Una ragionevole apologia della supremacy. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in [Rivista di Diritti comparati](#), 20 febbraio 2017; I. PELLIZZONE, *La Corte costituzionale sul caso Taricco: principio di determinatezza, separazione dei poteri e ruolo del giudice penale*, in [Quad. cost.](#), n. 1/2017, 112 ss.; G. TARLI BARBIERI,

doppia pregiudizialità, e come si sia progressivamente provato a risolvere il problema dei conflitti tra diritto interno e diritto sovranazionale in un'ottica orientata ad assicurare, secondo il principio di leale collaborazione multilivello¹⁴, la massima tutela multilivello dei diritti fondamentali¹⁵. Ciò ha indotto una riconfigurazione delle priorità in caso di concorso di rimedi giurisdizionali costituzionali ed europei¹⁶, anche se, come rilevato, non tutti i dubbi sono chiariti e le difficoltà operative risolte¹⁷.

L'originario e consolidato orientamento, delineato con la storica [sentenza della Corte costituzionale n. 170/1984](#)¹⁸, conferiva priorità alla questione di comunitarietà, e all'eventuale rinvio pregiudiziale, rispetto alla questione di costituzionalità, determinando l'irrelevanza delle questioni inerenti al contrasto tra normativa interna e normativa europea direttamente applicabile. La conseguenza era che sarebbe spettato ai giudici comuni disapplicare le disposizioni nazionali di cui, previa eventuale interlocuzione pregiudiziale con la Corte di Giustizia, si fosse ravvisato il contrasto con il diritto dell'Unione direttamente applicabile; nondimeno, il giudice costituzionale si riservava l'attivazione dei controlimiti nelle ipotesi in cui si profilasse la possibile lesione, da parte della normativa europea, di principi costituzionali supremi o diritti fondamentali protetti dall'ordinamento italiano.

Con un intervento di impronta minimalista, ma di rilievo¹⁹, contenuto nella sentenza n. 269/2017²⁰, la Corte ha in buona misura messo in discussione l'obbligo per il giudice comune di sollevare

La "scommessa" dei controlimiti. Problemi e prospettive del giudizio di costituzionalità a margine della vicenda Taricco, in [Criminalia](#) 2015, 275 ss.

¹⁴ Cfr. G. PISTORIO, *L'operatività multilivello della leale collaborazione. Nota all'ordinanza n. 182 del 2020 della Corte costituzionale*, in [Nomos-Le attualità nel diritto](#), n. 1/2021, 1 ss.

¹⁵ Cfr. N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019*, cit., 21 ss.

¹⁶ Cfr. D. TEGA, *La sentenza n. 269 del 2017 e il concorso di rimedi giurisdizionali costituzionali ed europei*, in *Quad. cost.*, n. 1/2018, 197 ss.

¹⁷ Cfr. A. CARDONE, *Dalla doppia pregiudizialità al parametro di costituzionalità: il nuovo ruolo della giustizia costituzionale accentrata nel contesto dell'integrazione europea*, in [Osservatorio sulle fonti](#), n. 1/2020, 48 ss.; A. RUGGERI, *Il giudice e la "doppia pregiudizialità": istruzioni per l'uso*, in [federalismi.it](#), n. 6/2021, 211 ss.

¹⁸ Si tratta della storica [sentenza Granital](#), direttamente connessa ai principi affermati dalla sentenza della Corte di Giustizia 9 marzo 1978, in [causa C-106/77 \(Simmenthal\)](#). Sul rilievo di tale pronuncia quale caso emblematico dell'essenzialità in assoluto della motivazione delle sentenze costituzionali, anche per gli effetti da essa prodotti sul piano del sistema delle fonti, non altrimenti rilevabili sulla base del mero dispositivo di inammissibilità della stessa, cfr. L. VENTURA, *Motivazione degli atti costituzionali e valore democratico*, Torino, 1995, 85 e ID., *Frammenti costituzionali e disordine politico*, Torino, 2015, 186 s. Sulla rilevata natura "mostruosa" di *sentenza di revisione costituzionale* di tale pronuncia cfr. A. RUGGERI, *Le attività "conseguenziali" nei rapporti fra la Corte costituzionale e il legislatore (Premesse metodico-dogmatiche ad una teoria giuridica)*, Milano, 1988, 222 ss.

¹⁹ Si tratta del noto *obiter dictum* di cui ai punti 5.1 e 5.2 cons. in dir. della [sent. n. 269/2017](#).

²⁰ Sulla sentenza, *ex multis*, cfr. A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti*, cit.; A. GUZZAROTTI, *Un "atto interruttivo dell'usucapione" delle attribuzioni della Corte costituzionale? In margine alla sentenza n. 269/2017*, cit., 194 ss.; G. REPETTO, *Concorso di questioni pregiudiziali (costituzionale ed europea), tutela dei diritti fondamentali e sindacato di costituzionalità*, in *Giur. cost.*, n. 6/2017, 2955 ss.; L.S. ROSSI, *La sentenza 269/2017 della Corte costituzionale italiana: obiter "creativi" (o distruttivi?) sul ruolo dei giudici italiani di fronte al diritto dell'Unione europea*, in [federalismi.it](#), n. 3/2018; A. ANZON DEMMIG, *La Corte riprende il proprio ruolo nella garanzia dei diritti costituzionali e fa un altro passo avanti a tutela dei "controlimiti"*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 28 febbraio 2018; D. TEGA, *La sentenza n. 269 del 2017 e il concorso di rimedi giurisdizionali*, cit., 197 ss.; F.S. MARINI, *I diritti europei e il rapporto tra le Corti: le novità della sentenza n. 269 del 2017*, in [federalismi.it](#), n. 4/2018, 2 ss.; G. PISTORIO, *Conferme e precisazioni nel "cammino comunitario" della Corte costituzionale. Commento a prima lettura della sentenza n. 269 del 2017*, in [Rivista di Diritti comparati](#), 11 gennaio 2018; M. CAREDDA, *Carta di Nizza e giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale. Note a margine della sent. n. 269 del 2017 della Corte costituzionale*, in *Dir. soc.*, n. 1/2018, 99 ss.; A.O. COZZI, *Diretta applicabilità e sindacato accentrato di costituzionalità relativo alla violazione della Carta europea dei diritti fondamentali*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 1 febbraio 2018; C. CHIARIELLO, *Il valore costituzionale della Carta di Nizza: un problema ancora aperto anche alla luce della sentenza n. 269/2017 della Corte costituzionale*, in questa *Rivista*, [Studi II/2018](#), 377 ss.; G. SCACCIA, *L'inversione della "doppia pregiudiziale" nella sentenza della Corte costituzionale n. 269/2017: presupposti teorici e problemi applicativi*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 25 gennaio 2018; ID., *Giudici comuni e diritto dell'Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in [Osservatorio AIC](#), n. 2/2018, 1 ss.; F.

previamente il rinvio pregiudiziale, formulando, secondo gran parte dei commentatori, una sostanziale inversione dell'ordine di priorità delle questioni, qualora si profilino dubbi di legittimità sia in riferimento a diritti protetti dalla Costituzione, sia in riferimento a diritti garantiti dalla Carta di Nizza-Strasburgo. Il giudice delle leggi, difatti, ribaditi i principi della sentenza *Granital*, in base ai quali «il contrasto con il diritto dell'Unione europea condiziona l'applicabilità della norma censurata nel giudizio *a quo* – e di conseguenza la rilevanza delle questioni di legittimità costituzionale che si intendano sollevare sulla medesima [...] – soltanto quando la norma europea è dotata di effetto diretto»²¹, puntualizza che, in caso di contrasto tra disposizione interna e norme dell'Unione non direttamente applicabili, spetti alla Corte costituzionale «giudicare sia in riferimento ai parametri europei (come veicolati dagli artt. 11 e 117 Cost.), sia in relazione agli altri parametri costituzionali interni»²². Considerata, poi, la posizione che ha assunto la Carta dei Diritti nelle fonti dell'Unione europea e la sua «impronta tipicamente costituzionale», nei casi in cui si generino dubbi di legittimità della normativa nazionale in riferimento alla Costituzione e, al contempo, in riferimento ai diritti protetti dalla Carta dei Diritti, in ambito di rilevanza comunitaria, la Corte costituzionale ha dapprima previsto che i giudici *dovessero* sollevare prioritariamente l'incidente di costituzionalità (fatto salvo il rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 267 del TFUE)²³, e successivamente chiarito come si trattasse di una *possibilità* e non di un *obbligo* per i giudici comuni²⁴. Con la sent. n. 20/2019, peraltro, è stato esteso il complesso degli atti europei in grado di fungere da parametro nelle questioni doppiamente pregiudiziali, comprendendo non più soltanto i casi di contrasto della normativa nazionale con un diritto sancito dalla Carta di Nizza-Strasburgo, ma altresì quelli relativi al diritto derivato dell'Unione, quando questo riguardi diritti garantiti dalla Carta europea²⁵. Di conseguenza, la Corte costituzionale, interpellata in via incidentale, potrà così anche farsi carico dell'eventuale rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, nella prospettiva di quella che la Consulta ha definito «costruttiva e leale cooperazione fra i diversi sistemi di garanzia», in cui le Corti costituzionali degli Stati membri sono chiamate a «dialogare» con la Corte di Giustizia «affinché sia assicurata la massima salvaguardia dei diritti al livello sistemico

SALMONI, *Controlimiti, diritti con lo stesso nomen e ruolo accentrato della Consulta. L'integrazione del parametro con le fonti europee di diritto derivato e il sindacato sulla "conformità" alla Costituzione e la mera "compatibilità" con la Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, in federalismi.it, n. 8/2019, 2 ss.; S. CATALANO, *Doppia pregiudizialità: una "svolta" opportuna della Corte costituzionale*, in federalismi.it, n. 10/2019, 2 ss.; A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 2/2019, 251 ss.; C. CARUSO, *Granital reloaded o di una «precisazione» nel solco della continuità*, in *Giustizia Insieme*, 19 ottobre 2020; C. Caruso, F. Medico, A. Morrone (curr.), *Granital revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, Bologna 2020.

²¹ Cfr. Corte cost., [sent. n. 269/2017](http://www.corteconstituzionale.it), punto 5.1 cons. in dir.

²² Cfr. Corte cost., [sent. n. 269/2017](http://www.corteconstituzionale.it), punto 5.1 cons. in dir. In tal senso, cfr., altresì, [ord. n. 207/2013](http://www.corteconstituzionale.it); sentt. nn. [284/2007](http://www.corteconstituzionale.it), [28](http://www.corteconstituzionale.it) e [227/2010](http://www.corteconstituzionale.it) e [75/2012](http://www.corteconstituzionale.it).

²³ Cfr. Corte cost., [sent. n. 269/2017](http://www.corteconstituzionale.it), punto 5.2 cons. in dir., in cui il giudice delle leggi ricorda come anche la Corte di Giustizia abbia ammesso la compatibilità con il diritto dell'Unione del carattere prioritario dei giudizi di costituzionalità di competenza delle Corti costituzionali nazionali, a condizione che i giudici ordinari «restino liberi di sottoporre alla Corte di Giustizia, "in qualunque fase del procedimento ritengano appropriata e finanche al termine del procedimento incidentale di controllo generale delle leggi, qualsiasi questione pregiudiziale a loro giudizio necessaria"; di "adottare qualsiasi misura necessaria per garantire la tutela giurisdizionale provvisoria dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione"; di disapplicare, al termine del giudizio incidentale di legittimità costituzionale, la disposizione legislativa nazionale in questione che abbia superato il vaglio di costituzionalità, ove, per altri profili, la ritengano contraria al diritto dell'Unione (tra le altre, Corte di Giustizia dell'Unione Europea, quinta sezione, sentenza 11 settembre 2014, nella causa C-112/13 A contro B e altri; Corte di Giustizia dell'Unione Europea, grande sezione, sentenza 22 giugno 2010, nelle cause C-188/10, Melki e C-189/10, Abdeli)».

²⁴ Cfr. Corte cost., sentt. nn. [20](http://www.corteconstituzionale.it), [63](http://www.corteconstituzionale.it), [117](http://www.corteconstituzionale.it) e [119/2019](http://www.corteconstituzionale.it). In merito, cfr. D. TEGA, *Tra incidente di costituzionalità e rinvio pregiudiziale: lavori in corso*, in *Quad. cost.*, n. 3/2019, 615 ss.; M. MASSA, *Dopo la «precisazione». Sviluppi di Corte cost. n. 269/2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2019, 2 ss.

²⁵ Cfr. Corte cost., [sent. n. 20/2019](http://www.corteconstituzionale.it), punto 2.2 cons. in dir. Concorda espressamente con la prospettiva della Corte A. CARDONE, *Dalla doppia pregiudizialità al parametro di costituzionalità*, cit., 51.

(art. 53 CDFUE)»²⁶. Tutto ciò, quindi, con il duplice obiettivo: di puntualizzare il ruolo del sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi quale «fondamento dell'architettura costituzionale», il solo che possa assicurare una tutela *erga omnes* dei diritti della persona eventualmente violati; e «di assicurare che i diritti garantiti dalla [...] Carta dei diritti siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali, [...] richiamate dall'art. 6 del Trattato sull'Unione europea e dall'art. 52, comma 4, della CDFUE»²⁷.

Una parte della dottrina, in proposito, ha individuato la coesistenza di un duplice modello di relazioni tra giudici comuni, Corte costituzionale e Corte di Giustizia, l'uno definito dalla storica sentenza *Granital*, l'altro basato sul punto di diritto delineato nell'*obiter dictum* della [sent. n. 269/2017](#) e dalle sue successive modulazioni²⁸; modelli imperniati, rispettivamente, su un criterio funzionale²⁹ (o strutturale³⁰), legato all'assenza di efficacia diretta della norma dell'Unione, e l'altro assiologico³¹ (o assiologico-sostanziale³²), che valuta l'opportunità di una preventiva questione di costituzionalità qualora si rilevi la contestuale violazione di un diritto fondamentale sancito dalla Carta di Nizza-Strasburgo e a prescindere dall'efficacia diretta della norma dell'Unione.

Alla luce delle successive precisazioni giurisprudenziali, quindi, potrebbe dirsi che la Corte costituzionale non abbia posto una rigida priorità di una questione pregiudiziale rispetto all'altra, ma abbia voluto ribadire la crucialità del proprio controllo, precedente o successivo al rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, quando sia in gioco la tutela di diritti fondamentali, incidendo sull'obbligo in precedenza gravante sui giudici comuni di immediata disapplicazione della norma nazionale non compatibile con le disposizioni della Carta dei Diritti³³. Ciò che, tuttavia, parrebbe rimanere ancora incerto è il criterio in grado di guidare il giudice comune nella scelta della questione da sollevare prioritariamente ed il ruolo del parametro europeo nel giudizio costituzionale.

A tal riguardo, il settore della legislazione in tema di accesso degli stranieri alle prestazioni sociali è stato quello dal quale sono scaturiti alcuni dei casi che hanno messo particolarmente alla prova la concreta attuazione di tali scelte. Prima della [sentenza del 2017](#), sulle questioni di legittimità costituzionale vertenti sul requisito del permesso di soggiorno a tempo indeterminato per fruire delle prestazioni sociali, introdotto per ridurre la portata dell'art. 41 del Testo Unico sull'Immigrazione in tema di assistenza sociale agli stranieri³⁴, la Corte costituzionale era intervenuta in diverse circostanze, in relazione a singole provvidenze previste sia dalla normativa nazionale che da quella regionale³⁵, dichiarandone l'illegittimità soprattutto per la loro irragionevolezza in riferimento all'art.

²⁶ Cfr. Corte cost., [sent. n. 269/2017](#), punto 5.2 cons. in dir.

²⁷ Cfr. Corte cost., [sent. n. 269/2017](#), punto 5.2 cons. in dir. In tal senso, vi è chi ha ritenuto l'inversione dell'ordine delle pregiudiziali funzionale a far riacquistare alla Corte «ulteriore terreno nell'assolvimento del suo compito di garanzia dei diritti» (cfr. S. CATALANO, *Doppia pregiudizialità: una "svolta" opportuna*, cit., 13) e alla Costituzione di recuperare il proprio «predominio assiologico» (cfr. C. AMALFITANO, *Il dialogo*, cit., 16, nt. 44).

²⁸ Cfr., in tal senso, C. AMALFITANO, *Il dialogo*, cit., 14 s.

²⁹ Cfr. C. AMALFITANO, *Il dialogo*, cit., 15.

³⁰ Cfr. A. RUGGERI, *Svolta della Consulta*, cit., 237 ss.

³¹ C. AMALFITANO, *Il dialogo*, cit., 15.

³² Cfr. A. RUGGERI, *Svolta della Consulta*, cit., 239.

³³ Cfr. C. MASCIOTTA, *La doppia pregiudizialità nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in [Osservatorio sulle fonti](#), n. 3/2020, 1278 ss.

³⁴ La formulazione originaria dell'art. 41, d.lgs. n. 286/1998, in tema di assistenza sociale, sanciva l'equiparazione agli italiani degli stranieri titolari di carta di soggiorno (a tempo indeterminato; la carta è poi divenuta permesso di soggiorno per soggiornanti di lungo periodo con il d.lgs. n. 3/2007, attuativo della direttiva 2003/109/CE) o di permesso di soggiorno di durata non inferiore a un anno. Con l. n. 388/2000 (art. 80, comma 19), la portata di tale disposizione era stata ristretta, per l'assegno sociale e per «le provvidenze economiche che costituiscono diritti soggettivi in base alla legislazione vigente in materia di servizi sociali» ai soli titolari di carta di soggiorno. Sul punto, cfr. C. CORSI, *La parità di trattamento dello straniero*, cit., 1).

³⁵ Cfr., ad esempio, Corte cost., sent. nn. [306/2008](#); [11/2009](#); [187/2010](#); [329/2011](#); [4, 40](#) e [172/2013](#); [22/2015](#); [230/2015](#). Per una rassegna giurisprudenziale in materia, cfr. M. FIERRO, *Prestazioni sociali e cittadinanza. La giurisprudenza costituzionale*, settembre 2016, in [www.cortecostituzionale.it](#).

3 della Costituzione. Dopo l'approvazione, al livello europeo, della direttiva 2011/98/UE, che, all'art. 12, impone lo stesso trattamento tra nazionali e stranieri titolari di permesso di soggiorno di lungo periodo, per asilo o per protezione sussidiaria, rispetto alle prestazioni socio-assistenziali, oltre a richiedere, nei confronti dei lavoratori di Paesi terzi, lo stesso trattamento dei nazionali nei settori di sicurezza sociale definiti dal regolamento CE n. 883/2004, in diversi casi la Corte costituzionale aveva dichiarato manifestamente inammissibili le questioni sollevate dai giudici *a quibus*. Ad esempio, con riferimento alla normativa sul riconoscimento dell'assegno di maternità, che ne limitava la fruizione alle sole donne straniere in possesso del permesso di soggiorno di lungo periodo³⁶ e pertanto era stata impugnata, tra l'altro, per violazione dell'art. 117, comma 1, Cost., in relazione agli articoli 21 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea e 14 della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo, la Corte aveva ritenuto manifestamente inammissibile la questione per difetto di motivazione circa la sua rilevanza dal momento che, in ossequio all'orientamento classico, inaugurato con la [sent. n. 170/1984](#), si sottolineava la mancata diretta applicazione, da parte del giudice *a quo*, dell'art. 12 della direttiva 2011/98/UE. Quest'ultima disposizione, richiamando il regolamento CE n. 883/2004 [art. 3, par. 1, lett. b)] sulla parità di trattamento in materia di sicurezza sociale fra cittadini europei e cittadini di Stati terzi regolarmente soggiornanti, avrebbe consentito al giudice di disapplicare la normativa interna contrastante e, pertanto, di riconoscere il beneficio previsto anche alle categorie escluse³⁷.

Analogamente, in relazione ad una successiva questione di legittimità relativa alla limitazione, per gli stranieri non lungo soggiornanti, nell'accesso alla provvidenza dell'assegno per i nuclei familiari numerosi³⁸, la Corte costituzionale aveva dichiarato l'inammissibilità della questione, non avendo il giudice *a quo* delineato in modo esatto e completo il quadro normativo, con particolare riferimento al mancato rilievo dell'art. 12 della direttiva 2011/98/UE³⁹. Pur trattandosi di una pronuncia che seguiva la riconfigurazione degli obblighi e delle priorità, sancito con la sent. n. 269/2017, la Corte era sembrata, quindi, ancora voler indicare all'autorità giudiziaria rimettente di procedere all'applicazione diretta della normativa europea⁴⁰.

Nel caso risolto con la sentenza in commento, tuttavia, la Consulta ha compiuto una scelta diversa, anche in forza della maggiore motivazione del giudice comune (ancora una volta la Corte di Cassazione, sez. Lavoro) nel privilegiare la via del preliminare incidente di costituzionalità⁴¹. In tal caso, difatti, sono state sollevate varie questioni di legittimità costituzionale relative alle provvidenze

³⁶ La questione verteva sull'art. 74 d.lgs. n. 151/2001 (*Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, a norma dell'articolo 15 della legge 8 marzo 2000, n. 53*).

³⁷ Cfr. Corte cost., [ord. n. 95/2017](#).

³⁸ La questione verteva sull'art. 65, comma 1, l. n. 448/1998 "*Misure di finanza pubblica per la stabilizzazione e lo sviluppo*".

³⁹ Cfr. Corte cost., [ord. n. 52/2019](#), in cui la Corte, richiamando il precedente rappresentato dall'[ord. n. 95/2017](#), sottolinea come «il giudice rimettente avrebbe dovuto prendere in esame la suddetta direttiva 2011/98/UE – e in particolare il principio di parità di trattamento, come interpretato dalla Corte di Giustizia – e valutarne l'applicabilità nel caso sottoposto al suo giudizio». Con la [sent. n. 50/2019](#), invece, la Corte ha dichiarato l'infondatezza della questione di legittimità relativa al requisito del permesso di soggiorno di lungo periodo per la fruizione dell'assegno sociale, misura considerata come «corrispettivo solidaristico dell'apporto al progresso materiale e spirituale della società» prestato dal beneficiario.

⁴⁰ Peraltro, com'è stato rilevato, sulla questione specifica oggetto del giudizio, in seguito all'ordinanza di rimessione e nelle more dell'emissione della pronuncia da parte della Corte costituzionale, era intervenuta una sentenza della Corte di Giustizia (21 giugno 2017, causa C-449/16 *Kerly Del Rosario Martinez Silva*) a sottolineare come l'assegno per i nuclei familiari numerosi fosse riconducibile alle "prestazioni familiari" per cui deve essere garantita la parità di trattamento agli stranieri titolari di un permesso unico di soggiorno e lavoro, in base alla direttiva 2011/98/UE e al regolamento n. 883/2004 (cfr. C. CORSI, *La parità di trattamento dello straniero*, cit., 2; L. TOMASI, *Stranieri e prestazioni sociali*, cit., 333).

⁴¹ Sull'iniziale resistenza della Corte di Cassazione, sez. Lavoro, ad adattarsi al nuovo schema delineato dalla Corte costituzionale a partire dalla [sent. n. 269/2017](#) e dalle successive puntualizzazioni, cfr. l'ampia disamina giurisprudenziale condotta sul punto da L. TOMASI, *Stranieri e prestazioni sociali*, cit., 333, nt. 35.

previste dall'art. 1, co. 125, l. n. 190/2014 (assegno di natalità e successive proroghe)⁴² e all'art. 74, d.lgs. n. 151/2001 (assegno di maternità)⁴³, nella parte in cui ne subordinano la fruizione, per i cittadini di Paesi terzi, alla titolarità del permesso di soggiorno per soggiornanti di lungo periodo, anziché alla titolarità del permesso di soggiorno e lavoro per almeno un anno. E ciò per contrarietà non soltanto all'art. 3 e all'art. 31 della Costituzione, ma altresì all'art. 117, co. 1, Cost., in relazione agli artt. 20, 21, 24, 31 e 34 della Carta europea. Dalle motivazioni fornite, emerge come la sezione Lavoro della Corte di Cassazione abbia avuto presente la possibilità di definire i giudizi limitandosi a verificare se la normativa italiana fosse o meno compatibile con la disposizione di cui all'art. 12, par. 1, della direttiva 2011/98/UE, previo eventuale ricorso pregiudiziale alla Corte di Giustizia, disapplicando, in caso di esito negativo della verifica, le disposizioni interne, in ragione del primato del diritto euro-unitario e delle sue previsioni direttamente applicabili. Ciò, almeno, in riferimento alle cause relative all'assegno di natalità, poiché inerenti a fattispecie perfezionate dopo la scadenza del termine di attuazione della direttiva; laddove, invece, nei casi relativi all'assegno di maternità, non sarebbe stato possibile disapplicare la normativa italiana in quanto, all'epoca dei fatti, non era ancora scaduto il termine di recepimento della direttiva europea.

Ad ogni modo, la Corte di Cassazione si è orientata nel senso di percorrere prioritariamente la via della pregiudiziale di costituzionalità, in ragione delle differenze che contraddistinguono i giudizi dinanzi al giudice comune e quelli di costituzionalità. Difatti, viene in particolare sottolineato come il funzionamento della disapplicazione, che compete al giudice comune, avrebbe effetti limitatamente al caso di specie, laddove invece soltanto il giudizio della Corte costituzionale sarebbe suscettibile di produrre effetti *erga omnes*, dal momento che soltanto nell'ambito del giudizio di costituzionalità è possibile condurre una valutazione della ragionevolezza delle scelte discrezionali del legislatore e del bilanciamento da esso compiuto, al fine di verificare il rispetto delle prescrizioni costituzionali che tutelino eventuali interessi contrapposti. E, occorre rilevare, ciò ancor più quando si tratti, come nei casi in questione, di interventi "condizionati" anche alle disponibilità finanziarie, dal momento che il vaglio dell'eventuale lesione del nucleo incompressibile dei diritti a prestazione e la verifica che i criteri di selezione dei beneficiari non sottendano forme di discriminazione spettano indubbiamente alla Corte costituzionale.

Nel caso di specie, il requisito del permesso di soggiorno di lungo periodo per fruire delle prestazioni a tutela della maternità e dell'infanzia, secondo il giudice rimettente, sarebbe totalmente sganciato dai bisogni immediati che tali provvidenze mirano a soddisfare, non legate soltanto all'incentivazione della natalità, ma a fornire anche un concreto sostegno economico alle famiglie meno abbienti. Difatti, i presupposti previsti per l'ottenimento del permesso per lungo soggiornanti⁴⁴ rischierebbero di escludere proprio le famiglie che si trovano in situazione di maggior bisogno, vanificando la *ratio* stessa delle misure in questione, e contrastando, per questo, con il principio di eguaglianza, con l'art. 31 della Costituzione, nonché con le disposizioni europee che vietano discriminazioni in base alla nazionalità e prescrivono la parità di trattamento, nel settore della sicurezza sociale e delle prestazioni familiari, tra cittadini italiani e cittadini di Paesi terzi titolari di permesso unico (direttiva 2011/98/UE). Di conseguenza, sarebbe violato anche l'art. 117 Cost., in relazione alle disposizioni della Carta di Nizza-Strasburgo che sanciscono il principio di eguaglianza e di non discriminazione (tra gli altri, anche in base alla cittadinanza), e che riconoscono i diritti dei bambini alla protezione e cura del loro benessere, tutelano la famiglia sul piano giuridico, economico

⁴² Con ordinanze iscritte ai nn. 175, 178, 180, 181, 182, 188, 189, 190 del registro ordinanze 2019 della Corte costituzionale.

⁴³ Con ordinanze iscritte ai nn. 177 e 179 del registro ordinanze del 2019 della Corte costituzionale.

⁴⁴ Ai sensi dell'art. 9, d.lgs. n. 286/1998, sono richiesti il possesso, da almeno 5 anni, di un permesso di soggiorno in corso di validità, la dimostrazione della disponibilità di un reddito non inferiore all'importo annuo dell'assegno sociale e di un alloggio idoneo che rientri nei parametri minimi previsti dalla legge regionale per gli alloggi di residenziali pubblici o di cui sia riconosciuta l'idoneità igienico-sanitaria dalle competenti autorità territoriali.

e sociale e garantiscono il diritto di accesso alle prestazioni e ai servizi di sicurezza sociale (artt. 20, 21, 24, 33 e 34 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea).

3. Il rinvio pregiudiziale con [ord. n. 182/2020](#)

La Corte costituzionale, dunque, con l'[ord. n. 182/2020](#)⁴⁵, rilevato come fosse stato lo stesso giudice rimettente a delineare una violazione della Costituzione e della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea, e ribadita la propria competenza a valutare l'eventuale contrasto tra disposizioni nazionali e principi enunciati dalla Carta dei diritti, ha sospeso la propria decisione e, in quanto giurisdizione nazionale⁴⁶, ha promosso un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, al fine di garantire la «uniforme interpretazione dei diritti e degli obblighi che discendono dal diritto dell'Unione»⁴⁷. Data, quindi, l'evidente intersezione tra principi e diritti costituzionali evocati dal giudice rimettente e quelli sanciti dalla Carta, implementati dal diritto derivato, la strada seguita dalla Consulta è stata quella di valorizzare «il dialogo con la Corte di Giustizia, in quanto depositaria del “rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati”»⁴⁸, nella prospettiva di massima espansione e salvaguardia dei diritti coinvolti⁴⁹. Nello specifico, è stato chiesto alla Corte di Giustizia di chiarire se l'art. 34 della Carta dei diritti, nella parte in cui, al par. 2, garantisce ad ogni persona che risieda o si sposti legalmente all'interno dell'Unione il diritto di accesso alle prestazioni di sicurezza sociale e ai benefici sociali, nel rispetto del diritto dell'Unione e delle legislazioni nazionali, ricomprenda nel suo significato anche gli assegni di natalità e di maternità, e dunque di precisare se la normativa europea osti ad una legislazione nazionale che non attribuisce ai titolari di permesso unico tali prestazioni, riconoscendole, invece, ai soli soggiornanti di lungo periodo.

La scelta della Corte, per molti versi, è stata anche oggetto di critiche, dal momento che, ad esempio, in relazione alla formulazione del quesito interpretativo, si è rilevato come sarebbe stata in esso conferita una centralità eccessiva al parametro di cui all'art. 34 della Carta dei Diritti, atteso che il cuore della questione avrebbe avuto invece a che fare con l'applicazione del diritto derivato rilevante – segnatamente della direttiva 2011/98/UE – e con il divieto di discriminazione e l'obbligo di parità di trattamento da esso previsti, che, in altri casi, hanno indotto la Corte a demandare al

⁴⁵ A commento, cfr.: S. GIUBBONI, *L'accesso all'assistenza sociale degli stranieri alla luce (fioca) dell'art. 34 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (a margine di un recente rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale)*, in *Giur. cost.*, n. 4/2020, 1982 ss.; S. D'ASCOLA, *Sulle prestazioni di natalità discriminatorie la Consulta interroga la Corte di Giustizia*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, n. 4/2020, parte II, 545 ss.; L. FASSINA, *Bonus bebè per extracomunitari (20 luglio 2020 n. 182)*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, n. 5-6/2020, parte II, 5 ss.; A. GARILLI, *Immigrati e discriminazioni nel settore della sicurezza sociale*, cit., 561 ss.; D. GALLO, A. NATO, *L'accesso agli assegni di natalità e maternità per i cittadini di Paesi Terzi titolari di permesso unico nell'ordinanza n. 182/2020 della Corte costituzionale*, in [Eurojus.it](#), 19 novembre 2020; C. CORSI, *La parità di trattamento dello straniero nell'accesso alle prestazioni di sicurezza sociale: tra disapplicazione e giudizio di costituzionalità*, in [Giustizia Insieme](#), 8 gennaio 2021.

⁴⁶ Ai sensi dell'art. 267 del TFUE.

⁴⁷ Cfr. Corte cost., [ord. n. 182/2020](#), punto 3.1 cons. in dir. La Corte richiama i propri precedenti di cui all'ord. n. 117/2019.

⁴⁸ Cfr. Corte cost., [ord. n. 182/2020](#), punto 3.2 cons. in dir.

⁴⁹ Il preciso quesito posto alla Corte di Giustizia è di chiarire «se l'art. 34 [...] della CDFUE [...] debba essere interpretato nel senso che nel suo ambito di applicazione rientrano l'assegno di natalità e l'assegno di maternità, in base all'art. 3, par. 1, lett. b) [prestazioni di maternità e di paternità assimilate] e j) [prestazioni familiari] del regolamento CE n. 883/2004, [...] relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale, richiamato dall'art. 12, par. 1, lett. e), della direttiva 2011/98/UE [...], relativa a una procedura unica di domanda per il rilascio di un permesso unico, e se, pertanto, il diritto dell'Unione debba essere interpretato nel senso di non consentire una normativa nazionale che non estende agli stranieri titolari del permesso unico di cui alla medesima direttiva le provvidenze sopra citate, già concesse agli stranieri titolari di permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo».

giudice comune la disapplicazione delle norme con essi contrastanti⁵⁰; ed il quesito avrebbe dovuto essere rovesciato nel senso di chiedere alla Corte di Giustizia se le disposizioni della direttiva e del regolamento, eventualmente lette in base all'art. 34 della Carta dei Diritti, impedissero alla normativa nazionale di prevedere l'esclusione dalle provvidenze dei titolari del permesso unico di soggiorno previsto dalla direttiva 2011/98/UE, concedendole soltanto ai lungo soggiornanti⁵¹.

Inoltre, con riferimento alla normativa sull'assegno di maternità, per la quale, *ratione temporis*, l'immediata applicabilità della direttiva al caso di specie non era prospettabile, si è rilevato che la Corte costituzionale avrebbe potuto decidere sulla base di parametri interni, anche in conseguenza del cenno meramente fugace alla Carta dei Diritti fatto nell'ordinanza di rimessione⁵²; e, più in generale, come le questioni poste dalla Cassazione avrebbero anche potuto essere risolte sulla base della consolidata giurisprudenza della Corte di Lussemburgo che, pur non riguardando specificamente le misure degli assegni di maternità e natalità, riconduce alle "prestazioni familiari" quelle provvidenze erogate in base a criteri oggettivi e integranti un contributo pubblico all'assolvimento degli oneri familiari di mantenimento dei figli; caratteristiche riscontrabili nelle misure in questione, erogate – come riconosciuto nella stessa [ordinanza n. 182/2020](#) – sulla base di criteri oggettivi e tendenti in via esclusiva o prevalente ad affrontare i predetti carichi di famiglia⁵³.

Probabilmente, per la Consulta, il richiamo prevalente all'art. 34 della Carta di Nizza-Strasburgo è stato funzionale a ricomprendere nel rinvio pregiudiziale le questioni relative ad entrambe le normative, in virtù del riferimento ad una disposizione di diritto primario dell'Unione, meno dettagliata di un regolamento o di una direttiva, ma avente lo stesso valore giuridico dei Trattati⁵⁴, sottolineando la «connessione inscindibile tra i principi e i diritti costituzionali [...] e quelli riconosciuti dalla Carta» europea, «arricchiti dal diritto secondario». La Corte costituzionale difatti, rileva a tal fine come l'art. 34, nell'enunciare il diritto di accesso alle prestazioni di sicurezza sociale, richiami espressamente le "legislazioni e prassi nazionali", e quindi il riferimento prevalente a tale disposizione, anche rispetto agli altri parametri indicati nell'ordinanza di rimessione e considerati poi assorbiti dalla Corte, è diretto a evidenziare il collegamento sistemico tra i diritti presidiati dalla Costituzione «anche in sinergia con la Carta di Nizza», e a basare su tale collegamento il compito di salvaguardia della Consulta «in una prospettiva di massima espansione delle garanzie»⁵⁵. Ciò anche in ragione – come sottolinea la Corte nell'ordinanza di rinvio – dell'ampiezza del contenzioso pendente, che attesta le gravi incertezze sui significati da attribuire al diritto dell'Unione e rende controversa la riconducibilità alle "prestazioni familiari" [reg. n. 883/2004, art. 1, lett. z)] di una provvidenza caratterizzata da una pluralità di funzioni, qual è l'assegno di natalità (misura premiale che incentiva la natalità, ma altresì contributo pubblico al bilancio familiare per i nuclei che si trovano in condizioni economiche maggiormente precarie). Difatti, la Corte rileva come l'orientamento della giurisprudenza di merito, tendente a riconoscere diretta applicabilità alle disposizioni della direttiva, non venga poi portato avanti in via generale dall'amministrazione competente ad erogare le prestazioni, la quale applica l'eventuale correzione al solo caso di specie⁵⁶, facendo così perdurare le ambiguità e le disparità di trattamento. Pertanto, all'esigenza di comporre l'incertezza individuando un bilanciamento di sistema degli interessi costituzionali coinvolti, che sia in grado di produrre effetti

⁵⁰ Cfr. i casi decisi con le [ordd. nn. 95/2017](#) e [52/2019](#). In merito, cfr., F. CORVAJA, *Straniero e prestazioni di assistenza sociale: la Corte costituzionale fa un passo indietro e uno di lato*, in [Diritto, Immigrazione e Cittadinanza](#), n. 3/2019, 244 ss.; B. NASCIBENE, I. ANRÒ, *Primato del diritto dell'Unione europea e disapplicazione*, cit., 13.

⁵¹ Cfr. S. GIUBBONI, *L'accesso all'assistenza sociale degli stranieri*, cit., 1988 ss.; L. TOMASI, *Stranieri e prestazioni sociali*, cit., 335.

⁵² Cfr. C. CORSI, *La parità di trattamento dello straniero*, cit., 3.

⁵³ Cfr. L. TOMASI, *Stranieri e prestazioni sociali*, cit., 336.

⁵⁴ Di conseguenza, l'art. 12 della direttiva 2011/98/UE, rimanendo assorbito, ha rappresentato solo una specificazione attuativa della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea: cfr. C. MASCIOTTA, *La doppia pregiudizialità nella più recente giurisprudenza costituzionale*, cit., 1287.

⁵⁵ Cfr. Corte cost., [ord. n. 182/2020](#), punto 3.2 cons. in dir. e [sent. n. 54/2022](#), punto 10 cons. in dir.

⁵⁶ Cfr. Corte cost., [ord. n. 182/2020](#), punto 8 cons. in dir.

erga omnes, la Corte costituzionale ha deciso di rispondere avviando un'interlocuzione con il giudice di Lussemburgo, anche al fine di dissipare i dubbi in merito a possibili "arroccamenti" sulle sue posizioni e di assorbimento dei parametri europei nel giudizio di legittimità costituzionale⁵⁷. Ha quindi privilegiato la via della collaborazione al fine di concorrere – in una posizione che non pregiudica il ruolo di nessuna delle due Corti e, anzi, consente ad entrambe di fornire il proprio contributo – a corroborare la tutela dei diritti nella misura più ampia possibile, nel vicendevole integrarsi degli strumenti di tutela.

La Corte di Giustizia, grande sezione, nella sentenza del 2 settembre 2021⁵⁸, sottolineando il fatto che la presunzione di rilevanza di cui godono le questioni interpretative del diritto dell'Unione si rafforza allorché ad effettuare il rinvio sia un giudice costituzionale, ha risposto ai quesiti pregiudiziali, chiarendo che entrambe le provvidenze, per come configurate dalla normativa italiana, sono riconducibili alle prestazioni di sicurezza sociale previste dal regolamento n. 883/2004, riguardo alle quali i cittadini di Paesi terzi, titolari di permesso unico di soggiorno, godono di parità di trattamento rispetto ai nazionali, ai sensi della direttiva 2011/98/UE. La Corte di Giustizia, dunque, più che all'art. 34 della Carta, ha dato centralità all'interpretazione del diritto derivato, probabilmente considerandolo già dotato di un grado sufficiente di chiarezza, precisione e non condizionalità, e quindi suscettibile di applicazione diretta⁵⁹. Il giudice europeo, difatti, rileva come la direttiva in questione, all'art. 12, par. 1, lett. e), dia «espressione concreta al diritto di accesso alle prestazioni di sicurezza sociale di cui all'articolo 34, paragrafi 1 e 2, della Carta»⁶⁰. Di conseguenza, dal momento che gli Stati membri che «adottano misure rientranti nell'ambito di applicazione di una direttiva che concretizza un diritto fondamentale previsto dalla Carta [...], devono agire nel rispetto di tale direttiva»⁶¹, una normativa nazionale che escluda i titolari del permesso unico dalla fruizione delle provvidenze non risulta conforme al diritto europeo.

La Corte di Giustizia ha chiarito, quindi, come la direttiva 2011/98/UE, all'art. 12, non circoscriva la parità di trattamento ai soli titolari di permesso unico di lavoro, ma ricomprenda, altresì, coloro i quali sono stati ammessi per fini diversi dall'attività lavorativa (ad esempio, per attività di ricerca), ai quali sia consentito di lavorare nello Stato membro ospitante e siano titolari del permesso di soggiorno di cui al regolamento CE n. 1030/2002⁶². Tale parità vale nei settori della sicurezza sociale individuati dal regolamento n. 883/2004, e in particolare relativi alle «prestazioni di maternità e paternità assimilate»⁶³ e alle «prestazioni familiari»⁶⁴, ai quali sono riconducibili gli assegni di natalità e di maternità, in virtù delle loro caratteristiche.

La direttiva, peraltro, ammette che gli Stati possano apportare delle deroghe alla regola generale della parità di trattamento prevista nel settore della sicurezza sociale, ma esclusivamente entro limiti rigorosi e tranne che «per i lavoratori di Paesi terzi che svolgono o hanno svolto un'attività lavorativa per un periodo minimo di sei mesi e sono registrati come disoccupati»⁶⁵. La giurisprudenza europea, peraltro, nell'ottica di una trasparente attività di trasposizione delle direttive nei sistemi normativi interni, ha enucleato un onere procedurale a carico degli Stati, riguardante la necessaria dichiarazione

⁵⁷ Cfr., R. PALLADINO, *Rapporti tra ordinamenti e cooperazione tra Corti nella definizione di un "livello comune di tutela" dei diritti fondamentali. Riflessione a seguito dell'ordinanza 182/2020 della Corte costituzionale*, in *Freedom, Security and Justice*, n. 3/2020, 74 ss.

⁵⁸ Si tratta della sentenza 2 settembre 2021, nella causa [C-350/2020, O.D. e altri](#).

⁵⁹ Cfr. D. GALLO, *Assegni di natalità e maternità nella recente sentenza della Corte di giustizia: riflessioni "a caldo"*, in *Eurojus.it*, 9 settembre 2021; B. NASCIBENE, I. ANRÒ, *Primato del diritto dell'Unione europea e disapplicazione*, cit., 13.

⁶⁰ Cfr. Corte di Giustizia dell'Unione europea, grande sezione, sent. 2 settembre 2021, causa [C-350/20](#), punto 46.

⁶¹ Cfr. Corte di Giustizia dell'Unione europea, grande sezione, sent. 2 settembre 2021, causa [C-350/20](#), punto 47.

⁶² Cfr. Corte di Giustizia dell'Unione europea, grande sezione, sent. 2 settembre 2021, causa [C-350/20](#), punto 49.

⁶³ Art. 3, par. 1, lett. b), reg. n. 883/2004.

⁶⁴ Art. 3, par. 1, lett. j), reg. n. 883/2004.

⁶⁵ Art. 12, par. 2, lett. b), dir. 2011/98/UE.

espressa della volontà di derogare al principio della parità di trattamento⁶⁶. E, a tal proposito, la Corte di Giustizia, nella sentenza, rileva come lo Stato italiano, in sede di recepimento, non si sia avvalso della facoltà di deroga prevista⁶⁷.

4. *L'illegittima esclusione degli stranieri extracomunitari non titolari di permesso di soggiorno di lungo periodo dalle possibilità di accesso agli assegni di natalità e di maternità*

Alla luce delle coordinate delineate dal giudice europeo, la Corte costituzionale, con la [sent. n. 54/2022](#)⁶⁸, ha definito la questione di legittimità, ribadendo l'importanza delle sinergie che si delineano tra Costituzione e Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea nella «prospettiva di massima espansione delle garanzie» e di inveramento, «in contesti mutevoli e spesso inediti, [del] principio di eguaglianza e [della] più ampia tutela della maternità e dell'infanzia»⁶⁹.

La Corte richiama, innanzitutto, il quadro normativo di riferimento, in merito al quale, dopo il rinvio pregiudiziale del luglio del 2020, sono intervenute rilevanti modifiche, tutte peraltro orientate nel senso di superare quegli stessi profili di illegittimità costituzionale che costituivano oggetto del giudizio dinanzi alla Consulta ma che, in quanto efficaci soltanto *pro futuro*, non hanno rappresentato novità tali da incidere su fattispecie perfezionate nella vigenza delle precedenti discipline e, pertanto, non erano idonee a costituire *ius superveniens* alla luce del quale restituire gli atti al giudice *a quo* per una rinnovata valutazione della rilevanza della questione.

Si tratta, in particolare, delle innovazioni intervenute con la legge n. 46/2021⁷⁰, tramite la quale il Governo è stato delegato a procedere al riordino delle misure di sostegno ai figli, attraverso l'introduzione dell'assegno unico universale; delega attuata con il d.lgs. n. 230/2021⁷¹, che ha introdotto il nuovo beneficio economico, a decorrere dal 1° marzo 2022.

Analoga valutazione ha riguardato le innovazioni introdotte dall'art. 3, legge n. 238/2021 (Legge europea)⁷², con la quale sono state ridefinite, in generale, le condizioni di accesso dei cittadini di Paesi terzi alle prestazioni sociali e, in particolare, le provvidenze di maternità e natalità. Oggetto della modifica è stato l'art. 41, d.lgs. n. 286/1998. In precedenza, ai fini dell'accesso alle prestazioni di assistenza sociale, la disposizione equiparava ai cittadini italiani gli stranieri titolari di carta di soggiorno o di permesso di soggiorno di durata non inferiore a un anno, e i minori in essi iscritti. Con la modifica, il comma 1 dell'art. 41, d.lgs. n. 286/1998 prevede ora che l'equiparazione riguardi gli stranieri titolari del permesso di soggiorno UE per lungo soggiornanti, i titolari del permesso di soggiorno di durata non inferiore a un anno diversi da quelli di cui ai commi 1-*bis* e 1-*ter* dello stesso art. 41 e i minori titolari di uno dei permessi di cui all'art. 31 del medesimo decreto.

⁶⁶ Cfr. Corte di Giustizia dell'Unione europea, sentt. 25 novembre 2020, [causa C-302/19 INPS](#), punto 27 e 21 giugno 2017, causa C-449/16 *Kerly Del Rosario Martinez Silva*, punto 29, richiamata dalla Corte cost. al punto 9.4.1 della sentenza in commento.

⁶⁷ Cfr. Corte di Giustizia dell'Unione europea, grande sezione, sent. 2 settembre 2021, causa [C-350/20](#), punto 64.

⁶⁸ Sulla sentenza, cfr. F. FERRARO-V. CAPUANO, *Bonus bebè e assegno di maternità: convergenza tra Corti e Carte in nome della solidarietà*, in [Lavoro Diritti Europa](#), n. 1/2022, 2 ss.; B. NASCIBENE-I. ANRÒ, *Primato del diritto dell'Unione europea e disapplicazione. Un confronto fra Corte costituzionale, Corte di Cassazione e Corte di giustizia in materia di sicurezza sociale*, in [Giustizia Insieme](#), 31 marzo 2022; B. SBORO, *Ancora in tema di assegni di natalità e maternità: la sent. 54 del 2022 della Corte costituzionale dopo il verdetto della Corte di giustizia*, in [Rivista di Diritti comparati](#), 31 marzo 2022.

⁶⁹ Così Corte cost., [sent. n. 54/2022](#), punto 10 cons. in dir.

⁷⁰ Legge 1° aprile 2021, n. 46, rubricata "*Delega al Governo per riordinare, semplificare e potenziare le misure a sostegno dei figli a carico attraverso l'assegno unico e universale*".

⁷¹ Legge 29 dicembre 2021, n. 230, rubricata "*Istituzione dell'assegno unico e universale per i figli a carico, in attuazione della delega conferita al Governo ai sensi della legge 1° aprile 2021, n. 46*".

⁷² Legge 23 dicembre 2021, n. 238, rubricata "*Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea – Legge europea 2019-2020*".

I commi 1-*bis* e 1-*ter* richiamati sono stati aggiunti dalla suddetta legge europea⁷³ e disciplinano: il primo, la fruizione delle prestazioni costituenti diritti alle quali si applica il regolamento CE n. 883/2004 (sul coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale europei) ed equipara ai cittadini italiani gli stranieri titolari di permesso unico di lavoro e di titolari di permesso di soggiorno per motivi di studio, che svolgano attività lavorativa o l'abbiano svolta per non meno di sei mesi e abbiano dichiarato la propria disponibilità a svolgerla, nonché gli stranieri titolari del permesso di soggiorno per motivi di ricerca; il secondo, una deroga alla previsione generale di cui al comma 1-*bis*, in merito alle "prestazioni familiari" previste dal regolamento CE n. 883/2004 (art. 3, par. 1), stabilendo l'equiparazione ai cittadini italiani soltanto degli stranieri titolari di permesso unico di lavoro autorizzati a svolgere un'attività lavorativa per un periodo superiore a sei mesi, nonché gli stranieri titolari di permesso di soggiorno per motivi di ricerca autorizzati a soggiornare in Italia per un periodo superiore a sei mesi.

Con specifico riguardo agli assegni di maternità e di natalità, la legge n. 238/2021 ha ora previsto un'estensione dei requisiti soggettivi, prevedendo che siano erogate ai cittadini stranieri residenti, titolari del permesso di soggiorno ed equiparati agli italiani «ai sensi dell'art. 41, comma 1-*ter*, del d.lgs. n. 286/1998, ovvero titolari di permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo»⁷⁴. Con la novità legislativa, quindi, le provvidenze in questione non vengono concesse più soltanto ai titolari di permesso di lungo periodo, secondo la limitazione legislativa sulla quale è stata prospettata la questione di legittimità costituzionale, ma si estendono anche ai cittadini di Paesi terzi titolari di permesso unico di lavoro autorizzati a svolgere attività lavorativa per un periodo superiore a sei mesi e ai titolari di permesso di soggiorno per motivi di ricerca autorizzati a soggiornare in Italia per un periodo superiore ai sei mesi. Il legislatore ha scelto, in sostanza, di ampliare i requisiti di accesso degli stranieri alle prestazioni di assistenza sociale, e su tali basi ha innovato anche la disciplina relativa all'assegno di natalità e all'assegno di maternità.

Come accennato, la Corte, in ragione del fatto che ai casi in questione avrebbe comunque dovuto essere applicata la normativa vigente al momento della presentazione delle domande, poiché non vi erano indicazioni a ciò contrarie nelle nuove disposizioni, ha ritenuto di non dover procedere a restituire gli atti al giudice *a quo* ai fini di una nuova valutazione della rilevanza. Tuttavia, nell'ipotesi, il giudice rimettente, in base allo *ius superveniens*, avrebbe probabilmente potuto ribadire e corroborare ulteriormente la rilevanza, evidenziando come, per gli stessi soggetti e in relazione alle stesse situazioni, si sarebbe creata una chiara discriminazione, in quanto, per il passato, le stesse persone non avrebbero potuto accedere alle provvidenze, per mancanza dei requisiti, mentre con la modifica ampliativa, conseguente all'entrata in vigore delle innovazioni legislative, avrebbero potuto richiederle per il futuro; e, peraltro, la precedente esclusione non la si sarebbe potuta motivare neppure in ragione dell'esigenza di tener conto della limitatezza delle risorse disponibili, dal momento che l'innovazione legislativa aveva successivamente esteso la platea dei possibili beneficiari, palesando, in modo ancor più evidente, l'irragionevolezza delle precedenti limitazioni. E, difatti, la Corte ha dichiarato l'infondatezza della richiesta formulata in subordine dalla difesa erariale, per l'ipotesi di accoglimento della questione, nel senso di differire l'efficacia della dichiarazione di illegittimità, in modo da consentire un termine necessario per il reperimento delle risorse finanziarie indispensabili per far fronte alle conseguenze economiche della pronuncia. Il giudice delle leggi ha sottolineato come la sentenza di accoglimento avrebbe avuto una limitata incidenza sugli equilibri di bilancio, dal momento che, per un verso, lo *ius superveniens* ha finito con l'ampliare i potenziali destinatari delle misure e, per altro verso, il contenzioso aperto sarebbe stato in larga parte esaurito con il riconoscimento delle prestazioni in questione agli stranieri che ne avevano fatto richiesta⁷⁵.

⁷³ In particolare, i nuovi commi sono stati inseriti dall'art. 3, comma 1, lett. *b*), della l. n. 238/2021.

⁷⁴ Cfr. art. 3, comma 3, lett. *a*) (per l'assegno di maternità) e comma 4 (per l'assegno di natalità), l. n. 238/2021.

⁷⁵ Cfr. Corte cost., [sent. n. 54/2022](#), punto 17 cons. in dir.

Nello specifico, la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità delle restrizioni previste per la fruizione delle misure in questione, alla luce dei parametri di cui all'art. 3, 31 e 117 Cost., quest'ultimo connesso all'art. 34 della Carta dei Diritti. In particolare, si ricorda come il principio di parità di trattamento nel settore della sicurezza sociale, delineato dalla Carta europea e ribadito dal diritto derivato, «si raccorda ai principi consacrati dagli artt. 3 e 31 Cost. e ne avvalorata e illumina il contenuto assiologico, allo scopo di promuovere una più ampia ed efficace integrazione dei cittadini dei Paesi terzi»⁷⁶. Difatti, prevedendo il requisito del permesso per lungo soggiornanti, che viene concesso a condizioni assai stringenti, il legislatore ha imposto vincoli non attinenti alla situazione di bisogno che le provvidenze in questione intenderebbero fronteggiare, e che anzi finiscono col pregiudicare esattamente le famiglie di quei lavoratori di Paesi terzi che maggiormente necessiterebbero di interventi di sostegno. La pur legittima finalità di riconoscere i benefici a coloro i quali soggiornino in modo regolare e non episodico nel territorio dello Stato viene, quindi, perseguita attraverso criteri selettivi sproporzionati e irragionevoli, precludendo, così, l'accesso alle provvidenze a coloro i quali siano legittimamente presenti sul territorio nazionale, ma non dispongano dei requisiti reddituali per il rilascio del permesso di lungo periodo⁷⁷. Di conseguenza, secondo la Corte, tale circostanza finisce col disattendere completamente la *ratio* che permea la previsione delle prestazioni in oggetto. Il giudice delle leggi, inoltre, completa la sentenza di accoglimento estendendo consequenzialmente la dichiarazione di illegittimità costituzionale anche alle disposizioni legislative che avevano prorogato l'erogazione dell'assegno di natalità fino al 31 dicembre 2021, pur modulandone diversamente l'entità, ma subordinandone in ogni caso l'attribuzione al possesso del permesso di lungo periodo⁷⁸.

La vicenda, in sostanza, attraverso lo strumento del rinvio pregiudiziale⁷⁹, ha consentito alla Corte costituzionale di ribadire il proprio ruolo nella tutela dei diritti fondamentali, ma senza pretese di accentramento del giudizio e conseguente isolamento dalle questioni euro-unitarie⁸⁰, ponendosi, anzi, in una prospettiva di collaborazione con il giudice europeo, affinché, con l'apporto di entrambi, nel rispetto delle rispettive competenze, vengano corroborate le garanzie dei diritti.

5. *Diversi esiti nel caso in cui non sia stato richiamato il parametro della Carta dei Diritti. Notazioni conclusive*

Probabilmente tale tendenza alla valorizzazione della prospettiva “dialogante” non è smentita dal diverso tenore di un'ulteriore recente pronuncia della Corte costituzionale⁸¹, anch'essa in tema di accesso degli stranieri alle prestazioni sociali, emessa a pochi giorni di distanza dalla sent. n. 54/2022. Si tratta della questione relativa alla concessione dell'assegno al nucleo familiare, previsto a favore di lavoratori dipendenti e pensionati con figli minori o soggetti equiparati⁸², anche non residenti, che

⁷⁶ Cfr. Corte cost., [sent. n. 54/2022](#), punto 13 cons. in dir.

⁷⁷ Tale permesso viene concesso a chi abbia un permesso di soggiorno da almeno cinque anni, un reddito annuo non inferiore all'importo dell'assegno sociale, nonché la disponibilità di un alloggio idoneo.

⁷⁸ Cfr. Corte cost., [sent. n. 54/2022](#), punto 16 cons. in dir. In particolare, la declaratoria di illegittimità costituzionale consequenziale riguarda l'art. 1, comma 248, l. n. 205/2017; l'art. 23-*quater*, comma 1, d.l. n. 119/2018, come convertito; l'art. 1, comma 340, l. n. 160/2019; l'art. 1, comma 362, l. n. 178/2020, nella formulazione antecedente all'entrata in vigore dell'art. 3, comma 4, l. n. 238/2021.

⁷⁹ Riconosce al rinvio pregiudiziale il ruolo di “strumento dialogico” tra giudice costituzionale e giudice europeo A. LO CALZO, *Dagli approdi giurisprudenziali della Corte costituzionale*, cit., 117 ss., in una prospettiva di implementazione del contributo delle Corti costituzionali nazionali e della Corte di Giustizia alla formazione delle tradizioni costituzionali comuni, ciascuna nel rispetto delle rispettive competenze.

⁸⁰ Cfr. D. TEGA, *Tra incidente di costituzionalità e rinvio pregiudiziale*, cit., 629, che rileva come, negli anni, diverse Corti costituzionali nazionali europee abbiano lasciato le tradizionali posizioni isolazioniste rispetto alle questioni euro-unitarie, per assumere «atteggiamenti [...] di maggiore consapevolezza».

⁸¹ Si tratta della [sent. n. 67/2022](#).

⁸² Cfr. art. 2, d.l. n. 69/1988, conv. l. n. 153/1988.

tuttavia non è riconosciuto al cittadino straniero qualora i familiari siano residenti all'estero, a meno che lo Stato di appartenenza non applichi condizioni di reciprocità rispetto ai cittadini italiani o siano state stipulate convenzioni internazionali in materia di trattamenti di famiglia⁸³. Rispetto al diritto al beneficio in questione si intrecciano evidentemente tutele costituzionali ed altresì tutele previste dal diritto euro-unitario, con il quale, di conseguenza, la normativa italiana presenta profili di contrasto. Nello specifico, si tratta dell'art. 11, par. 1, lett. d), direttiva 2003/109/CE, che prevede il diritto alla parità di trattamento dei soggiornanti di lungo periodo rispetto alle prestazioni sociali, nonché del già richiamato art. 12, par. 1, lett. e), direttiva 2011/98/UE, che riconosce la parità di trattamento nei settori della sicurezza sociale definiti dal regolamento n. 883/2004.

In questo caso, tuttavia, la Corte di Cassazione non ha adito in prima battuta la Corte costituzionale, ma ha promosso due ricorsi pregiudiziali alla Corte di Giustizia, formulando i propri dubbi di conformità rispetto alla normativa dell'Unione⁸⁴. Il giudice europeo ha in seguito chiarito che le direttive richiamate ostavano a una normativa che escludesse i familiari del cittadino straniero soggiornante di lungo periodo o titolare del permesso unico di lavoro, non residenti nello Stato membro, anche in considerazione del fatto che analoga esclusione non opera per i familiari del cittadino dello Stato membro che eventualmente risiedono in uno Stato terzo⁸⁵. In particolare, la direttiva 2011/98/UE non prevede possibilità di deroga per l'ipotesi che i familiari risiedano in un Paese terzo; mentre la direttiva 2003/109/CE prevedrebbe la possibilità, ma l'Italia non ha indicato espressamente, in sede di recepimento, di volersene avvalere.

L'esito da più parti atteso, in seguito al pronunciamento della Corte di Lussemburgo, sarebbe stato quello di una decisione di merito della Corte di Cassazione, nel senso della disapplicazione della normativa italiana (art., 2, comma 6-bis, d.l. n. 69/1988, conv. l. n. 153/1988) contrastante con le direttive in tema di divieto di discriminazione, alle quali avrebbe dovuto, quindi, essere riconosciuto effetto diretto. La Cassazione, tuttavia, non si è determinata in tale senso e ha promosso, invece, una questione di legittimità costituzionale, per violazione dell'art. 11 e dell'art. 117, comma 1, Cost., in riferimento alle direttive citate, ritenendo che la normativa europea non fosse *self-executing* e dunque non potesse essere direttamente applicabile al giudizio in corso, dal momento che il diritto dell'Unione non detta una disciplina per la materia dei trattamenti di famiglia, da applicare in luogo di quella dichiarata incompatibile⁸⁶. La Corte di Cassazione non ha quindi invocato né altri parametri costituzionali, come ad esempio l'art. 3 Cost.⁸⁷, né disposizioni della Carta europea, e pertanto si nota come la via seguita non sia stata quella delineata con l'*obiter dictum* della [sent. n. 269/2017](#) per il caso in cui la norma nazionale appaia in contrasto, al contempo, con le disposizioni costituzionali e con quelle della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, quanto piuttosto la via «tradizionale di *Granital*», percorribile quando si rilevi un contrasto tra normativa interna e disciplina europea priva di effetto diretto⁸⁸. Al riguardo, è stato rilevato come, non ritenendosi direttamente applicabile la normativa europea, avrebbe potuto essere sollevata già in prima battuta la questione di legittimità costituzionale in luogo del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia⁸⁹; di conseguenza,

⁸³ Cfr. art. 2, comma 6-bis, d.l. n. 69/1988, conv. l. n. 153/1988.

⁸⁴ Cfr. ordd. nn. 9021 e 9022 del 1° aprile 2019.

⁸⁵ Cfr. Corte di Giustizia dell'Unione europea, 25 novembre 2020, sentt. nn. [C-302/19 INPS c. WS](#) e [C-303/19 INPS c. VR](#).

⁸⁶ Cfr. Corte Cass., sez. Lavoro, ordd. nn. 9378 e 9379 dell'8 aprile 2021, iscritte ai nn. 110-111/2021, in cui la Cassazione motiva il rinvio sottolineando come, in materia, il diritto dell'Unione non realizzi l'effetto di sostituire la disciplina nazionale con una propria regolamentazione, mancando un meccanismo normativo immediatamente applicabile che tale sostituzione consenta, senza un intervento del legislatore.

⁸⁷ Cfr. S. GIUBBONI, N. LAZZERINI, *L'assistenza sociale degli stranieri e gli strani dubbi della Cassazione*, in [Questione giustizia](#), 6 maggio 2021; C. COLOSIMO, *Stranieri dei Paesi terzi e assegno per il nucleo familiare: parità di trattamento e integrazione nel dialogo tra le Corti*, in [Giustizia insieme](#), 29 gennaio 2021.

⁸⁸ Cfr. B. NASCIMBENE, I. ANRÒ, *Primato del diritto dell'Unione europea e disapplicazione*, cit., 8 ss.

⁸⁹ Cfr. L. CAVALLARO, *Il "dialogo" tra le Corti e le prestazioni di sicurezza sociale*, in [Giustizia insieme](#), 20 luglio 2021; C. CORSI, *La parità di trattamento dello straniero*, cit., 6.

che la scelta della Cassazione sembrerebbe denotare una sorta di sua «auto-deresponsabilizzazione»⁹⁰; ma soprattutto, che l'argomentazione del giudice rimettente parrebbe in realtà confondere due piani diversi, quello della competenza a disciplinare una materia e quello dell'efficacia dei divieti di discriminazione, dal momento che la giurisprudenza europea non ha mai sostenuto che l'effetto diretto delle disposizioni in tema di parità di trattamento si ricollegli soltanto alle materie di competenza dell'Unione e sia, pertanto, escluso in altri ambiti materiali⁹¹.

La Corte costituzionale, dal canto suo, con la [sent. n. 67/2022](#), ha dichiarato l'inammissibilità delle questioni per carenza di rilevanza⁹², poiché il giudice rimettente, all'esito del rinvio pregiudiziale, attivato in forza dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, avrebbe dovuto riconoscere effetto diretto alle direttive in tema di parità di trattamento e divieto di discriminazione dei cittadini di un Paese terzo rispetto ai cittadini degli Stati in cui essi legalmente soggiornano, e, conseguentemente, disapplicare la normativa interna contrastante. Ciò anche in virtù del fatto che le preclusioni previste dalla legislazione italiana non risultavano espressive di una pur prevista facoltà di deroga agli obblighi imposti da una delle due direttive, bensì di una scelta normativa precedente e, in quanto tale, discriminatoria, non essendo stata manifestata in modo esplicito, in sede di recepimento, alcuna volontà derogatoria da parte dello Stato.

Pur se di tenore diverso rispetto a quella qui in commento, tale ultima sentenza evidenzia comunque una valorizzazione della prospettiva dell'integrazione delle tutele e del ruolo in proposito svolto dai giudici costituzionali nazionali e da quello euro-unitario. La Corte costituzionale, difatti, pur rivolgendosi direttamente al giudice rimettente, non manca l'occasione per riconoscere la funzione cruciale svolta dalla Corte di Giustizia quale interprete del diritto dell'Unione e della sua uniforme applicazione all'interno degli Stati membri⁹³; funzione che «comporta, in virtù del principio di effettività delle tutele, che le decisioni adottate sono vincolanti, innanzi tutto nei confronti del giudice che ha disposto il rinvio»⁹⁴. In tal senso, la procedura pregiudiziale rappresenta il fondamentale canale di raccordo fra giudici nazionali e Corte di Giustizia, concorrendo a rafforzare il primato del diritto dell'Unione. Quest'ultimo, sottolinea il giudice delle leggi, costituisce «l'architrova su cui poggia la comunità di Corti nazionali tenute insieme da convergenti diritti e obblighi» e, in tale sistema, il giudizio accentrato di costituzionalità non si configura come alternativo al meccanismo di attuazione diffusa del diritto europeo, «ma con esso confluisce nella costruzione di tutele sempre più integrate»⁹⁵.

In questo caso, tuttavia, com'è stato immediatamente rilevato⁹⁶, in mancanza di uno specifico richiamo alla violazione di norme della Carta dei Diritti fondamentali, non ha operato la «logica della «connessione»» delineata con la [sent. n. 269/2017](#) e con le sue successive modulazioni, nel senso di privilegiare la via della questione di costituzionalità nei casi in cui sorgano dubbi di legittimità sia in riferimento alla Costituzione e, al contempo, a diritti protetti dalla Carta europea. E questo nonostante fosse di tutta evidenza, anche in tale circostanza, la parametricità di varie disposizioni della Carta dei

⁹⁰ Cfr. A. GUAZZAROTTI, *Integrazione europea attraverso il diritto? Due recenti ordinanze della Cassazione in tema di assegni familiari per i lavoratori extra-UE*, in [laCostituzione.info](#), 10 maggio 2021, 5, che scrive di «amaro calice» che la Corte di Cassazione, in questo caso, ha preferito passare alla Corte costituzionale; F. RIZZI, *Ancora sulla doppia pregiudizialità. I diritti dimenticati nel dialogo tra le Corti, tra resistenze e deresponsabilizzazioni nell'attuazione del diritto dell'Unione*, cit., 9 ss.

⁹¹ Cfr. S. GIUBBONI-N. LAZZERINI, *L'assistenza sociale degli stranieri e gli strani dubbi della Cassazione*, cit.; A. GUARISO, *La Cassazione sugli ANF agli stranieri: l'applicazione del diritto UE spetta alla Consulta*, in ASGI, 14 aprile 2021; C. CORSI, *La parità di trattamento dello straniero*, cit., 6; L. TOMASI, *Stranieri e prestazioni sociali*, cit., 339 s.; Corte di Giustizia dell'Unione europea, causa C-2/74, *Reyners c. Stato belga*, 21 giugno 1974; causa C-281/98, *Angonese c. Cassa di Risparmio di Bolzano s.p.a.*, 6 giugno 2000.

⁹² Cfr. Corte cost., [sent. n. 67/2022](#), punto 10, cons. in dir.

⁹³ Cfr. Corte cost., [sent. n. 67/2022](#), punto 10.2, cons. in dir.

⁹⁴ Cfr. Corte cost., [sent. n. 67/2022](#), punto 10.2, cons. in dir.

⁹⁵ Cfr. Corte cost., [sent. n. 67/2022](#), punto 11, cons. in dir.

⁹⁶ Cfr. A. RUGGERI, *Alla Cassazione*, cit., 255.

Diritti (tra le quali, lo stesso art. 34); a meno di ammettere, sottotraccia, l'improbabile intento di vedere ribadito, pur a costo della bocciatura della questione sollevata, il primato del diritto dell'Unione e la «*Grundnorm* posta alla base delle relazioni tra diritto eurounitario e diritto interno», vale a dire la regola della disapplicazione del diritto nazionale contrastante con norme sovranazionali *self-executing*, e in tal modo eludere il “riaccentramento” apertosi con la predetta sentenza costituzionale del 2017⁹⁷. Del resto, in questa circostanza, la Corte di Giustizia si era già pronunciata sul punto e al giudice costituzionale non sarebbe stato possibile effettuare un ulteriore rinvio pregiudiziale in proposito, e dunque «l'esito della disapplicazione» non poteva che apparire «quello più lineare»⁹⁸. Com'è stato rilevato, quindi, quest'ultima pronuncia, nel richiamare la rigorosa applicazione dei principi della sent. *Granital*, pare aver sottolineato la centralità del primato del diritto dell'Unione e «del ruolo di “architrave” del rinvio pregiudiziale», portando alla conclusione che la disapplicazione del diritto interno contrastante, in presenza di un divieto di discriminazione chiaro, preciso e incondizionato contenuto nel diritto dell'Unione, sia «già più che sufficiente per assicurare l'effettività dei diritti in questione»; pur lasciando sullo sfondo l'interrogativo circa i possibili diversi esiti del giudizio della Consulta nel caso in cui fosse stata invocata tra i parametri di legittimità una disposizione della Carta europea⁹⁹.

Ma, al di là del fatto che queste vicende hanno evidenziato come, su questi temi, sovente l'esito del giudizio di legittimità sembri dipendere dalla sensibilità e dalle valutazioni discrezionali dei giudici comuni rimettenti¹⁰⁰, in special modo quando siano di ultima istanza, e dal fatto che vengano o meno richiamate le norme della Carta di Nizza-Strasburgo, è possibile rilevare che, in quest'ultima sentenza, come nell'altra in commento, la Corte costituzionale abbia voluto porsi in una prospettiva di particolare cooperazione con il giudice europeo, ribadendo, dove necessario, il valore del meccanismo del rinvio pregiudiziale, nella prospettiva dell'integrazione, anche sovranazionale, della tutela dei diritti, nonché il ruolo spettante alla Corte di Giustizia ([sent. n. 67/2022](#)); ma riservandosi, altresì, con lo stesso intento garantista, un preciso ruolo nel governo delle complesse e delicate questioni scaturenti dalle intersezioni del panorama normativo nazionale e sovranazionale della tutela dei diritti, facendosi, altresì, carico della promozione della questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia, qualora non sia stata adita in precedenza, per rispettarne il ruolo di interprete del diritto dell'Unione ([sent. n. 54/2022](#))¹⁰¹. Con l'innegabile constatazione che il coinvolgimento della Corte costituzionale nelle questioni che, come quelle qui in oggetto, attengono alla tematica dei diritti

⁹⁷ Cfr. A. RUGGERI, *Alla Cassazione*, cit., 253.

⁹⁸ Cfr. A. GUAZZAROTTI, *Integrazione europea attraverso il diritto?*, cit., 5.

⁹⁹ Cfr. B. NASCIMBENE, I. ANRÒ, *Primato del diritto dell'Unione europea e disapplicazione*, cit., 12 ss., che rilevano, tuttavia, come in mancanza del richiamo anche di un parametro costituzionale diverso dagli artt. 11 e 117 Cost. «non si sarebbe comunque creata una situazione di “doppia pregiudizialità” e, dunque, non si sarebbe aperta la via tracciata dalla sent. 269/2017, ma si sarebbe verificata quanto meno una situazione di rilevanza dei diritti fondamentali e della Carta».

¹⁰⁰ In tema di doppia pregiudizialità e ruolo dei giudici, cfr. A. RUGGERI, *Il giudice e la “doppia pregiudizialità”*: istruzioni per l'uso, cit., 211 ss.; ID., *Corte costituzionale, Corti europee, giudici comuni: le aporie di una costruzione giurisprudenziale in progress e a geometria variabile*, in questa *Rivista Studi* III/2018, 548 ss.; F. DONATI, *La questione prioritaria di costituzionalità: presupposti e limiti*, in [federalismi.it](#), n. 3/2021, 1 ss.; A. CARDONE, *Dalla doppia pregiudizialità al parametro di costituzionalità*, cit., 48 ss.; C. AMALFITANO, *Il rapporto tra rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia e rimessione alla Consulta e tra disapplicazione e rimessione alla luce della giurisprudenza “comunitaria” e costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 1/2020, 296 ss.; I. MASSA PINTO, *Il giudizio d'incostituzionalità delle leggi in caso di doppio parametro (interno ed europeo): il conflitto sulle regole d'ingaggio*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 1/2020, 66 ss.; E. LAMARQUE, *I poteri del giudice comune nel rapporto con la Corte costituzionale e le Corti europee*, in *Questione Giustizia*, n. 4/2020, 89 ss.; A. COSENTINO, *Doppia pregiudizialità, ordine delle questioni, disordine delle idee*, in *Questione Giustizia*, 6 febbraio 2020; V. CASAMASSIMA, *I diritti fondamentali europei tra processi di positivizzazione normativa e ruolo dei giudici (e della politica). Riflessioni intorno ad alcuni recenti sviluppi in materia di rapporti tra Corte costituzionale, Corte di giustizia e giudici comuni*, in *Rivista AIC*, n. 3/2019, 404 ss.

¹⁰¹ Cfr. M. MASSA, *La prima parola e l'ultima. Il posto della Corte costituzionale nella tutela integrata dei diritti*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 3/2019, 737 ss.; A. CARDONE, *Dalla doppia pregiudizialità al parametro di costituzionalità*, cit., 48 ss.

sociali degli stranieri e del loro accesso alle relative prestazioni ha il vantaggio, in caso di loro accoglimento, di approntare una garanzia *erga omnes* dell'effettività dei diritti, intervenendo sulle fonti del sistema; mentre la disapplicazione garantisce una tutela immediata, ma ha un'efficacia circoscritta al caso specifico e, come sottolineato anche dalla Corte costituzionale nell'[ord. n. 182/2020](#), non vincola (anche se forse dovrebbe) l'amministrazione competente ad erogare le prestazioni, e quest'ultima, di conseguenza, sovente limita il proprio intervento soltanto al caso sottoposto a giudizio, senza modificare in generale i propri orientamenti¹⁰².

In conclusione, a fronte delle molteplici configurazioni che potrebbero darsi del “dialogo” tra i soggetti della tutela multilivello dei diritti, in caso di doppia pregiudizialità¹⁰³, l'ottica del giudice costituzionale parrebbe comunque quella di voler evitare possibili invasioni di competenze, e di ricercare, invece, in modo leale e collaborativo con il giudice europeo, la via dell'integrazione di tutele e garanzie dei diritti e delle libertà delle persone. Ciò in vista, peraltro, della piena inclusione sociale dei cittadini di Stati terzi che regolarmente soggiornano all'interno degli Stati membri per motivi di lavoro o di ricerca, e considerata, altresì, la natura ormai strutturale del fenomeno migratorio¹⁰⁴, che impone risposte certe, sinergiche e condivise, da parte di tutti gli operatori coinvolti, ai livelli nazionale e sovranazionale. Dissidi o contrapposizioni, altrimenti, avrebbero come unica vittima la certezza dei diritti e rischierebbero di indebolire una delle basi (e probabilmente quella negli anni rivelatasi più solida) della complessiva impalcatura del progetto comune europeo, già messo a dura prova da oltre due anni di pandemia e, più di recente, dalle vicende belliche scoppiate esattamente nel cuore del “vecchio continente”.

Si può notare, del resto, come l'emergenza pandemica, prima, e poi, quella bellica abbiano messo e continuino a mettere in evidenza proprio la necessità di una Europa che agisca in modo realmente unito al livello politico e in maniera più solidale, in cui i veti e i dissensi, portati avanti da singoli Stati, in nome di presunte istanze sovraniste o populiste, sovente in completo spregio di qualsiasi sollecitazione di tipo solidaristico, cedano di fronte ai benefici che un'azione davvero coesa può essere in grado di portare anche alle singole realtà nazionali e nonostante le difficoltà dei vari sistemi politici. Un'azione che altrimenti possa essere paralizzata da veti incrociati, da opposizioni e da rifiuti contribuirebbe a consolidare una costruzione attenta soltanto ai profili economico-finanziari e monetari. E una tale impostazione rischia di mostrare il fianco e tutti i suoi limiti nel momento in cui gli eventi impongano sinergie in primo luogo politiche, sia per i profili attinenti agli aspetti economici (la messa in opera del poderoso piano europeo per la ripresa postpandemica ha posto in luce tutto il valore di un'azione veramente concorde), ma altresì per quelli di carattere tecnologico, energetico e anche militare. La leale collaborazione, dunque, negli ambiti in cui già abbia dimostrato di essere in grado di funzionare, come tra Corti nazionali ed europee, con l'obiettivo di implementare la salvaguardia dei diritti ed il loro generale godimento, dovrebbe essere guardata con favore, anche con l'auspicio di una sua più ampia diffusione sul piano istituzionale.

¹⁰² A riprova, vi è il fatto che, in relazione a controversie aventi ad oggetto le prestazioni qui considerate, a fronte delle disapplicazioni disposte in numerosi casi dai giudici di merito, l'amministrazione chiamata ad erogare le prestazioni abbia circoscritto gli interventi ai soli casi concreti oggetto del giudizio: cfr. alcuni casi di merito richiamati in L. TOMASI, *Stranieri e prestazioni sociali*, cit., 342.

¹⁰³ In tal senso, cfr. A. CARDONE, *Dalla doppia pregiudizialità al parametro di costituzionalità*, cit., 67 ss.; critica la mancanza di criteri univoci, per la selezione, da parte dei giudici comuni, del percorso europeo o interno da seguire, in casi di doppia pregiudizialità F. RIZZI, *Ancora sulla doppia pregiudizialità. I diritti dimenticati nel dialogo tra le Corti, tra resistenze e deresponsabilizzazione*, cit., 8 ss.

¹⁰⁴ Cfr. C. SALAZAR, *Lo “statuto costituzionale dello straniero”*, cit., 347; A. MORELLI, [Solidarietà, diritti sociali e immigrazione nello Stato sociale](#), in questa [Rivista, Studi 2018/III](#), 533 ss.

Francesco Alberto Santulli*

«Quando il mio ultimo giorno verrà»¹: brevi riflessioni a margine di [Corte cost. n. 50/2022](#) in materia di omicidio del consenziente

ABSTRACT: *With judgement n. 50 of 2022, the Constitutional Court declared the inadmissibility of the referendum on the partial abrogation of the felony of consensual homicide, provided for by art. 579 of the penal code. Nevertheless, it is clear that public opinion believed that the referendum would have had euthanasia as its object. This short article intends to highlight the reasons followed by the Court to clarify how a new legislation on the matter of the “end of life” cannot pass through the expulsion from our legal system of a constitutionally necessary law – as art. 579 represents for the protection of vulnerable subjects – but requires an organic measure, preferably by the Parliament.*

SOMMARIO: 1. Le premesse di una necessaria inammissibilità. – 2. Una vicenda segnata da “parole fuorvianti”. Le ragioni della inammissibilità. – 3. Quali sviluppi?

1. *Le premesse di una necessaria inammissibilità*

Come è stato notato, la richiesta di *referendum* avente per oggetto la parziale abrogazione dell’art. 579 del codice penale, rubricato “Omicidio del consenziente”, ha polarizzato l’opinione pubblica: da un lato, coloro che intendevano porsi in senso favorevole all’eutanasia, schierati sul fronte dell’ammissibilità del *referendum*; dall’altro, coloro che volevano rimarcare l’indisponibilità del bene vita da parte del suo titolare e favorevoli all’inammissibilità del quesito².

In verità, come si dirà più avanti, la vicenda referendaria ha scontato – proprio a causa di come è stata posta dai promotori durante la campagna per la raccolta delle firme³ – un’ambiguità terminologica che ha confuso la libertà della scelta sul fine vita con l’espunzione dal nostro ordinamento della fattispecie incriminatrice dell’omicidio del consenziente, pur con l’eccezione delle ipotesi di cui al terzo comma dell’art. 579 c.p. (persona minore di diciotto anni; persona inferma di mente o che si trova in condizioni di deficienza psichica per un’altra infermità o per abuso di sostanze alcoliche o stupefacenti; persona il cui consenso sia stato estorto con violenza, minaccia o suggestione, o carpito con inganno).

Quanto ai propositi e agli intenti dei promotori, non si ritiene certo che essi intendessero affermare la totale disponibilità del bene vita, permettendo a chiunque, indipendentemente dalle sue condizioni personali, e fatti salvi i casi di incapacità o vizio conclamato del consenso, di autodeterminarsi ad autorizzare la propria morte; tuttavia, neppure si può affermare che il risultato oggettivo della domanda abrogativa sarebbe stato quello di leggere le ipotesi residuali dell’art. 579 c.p. alla luce dei limiti già affermati dalla Corte nella [sentenza n. 242 del 2019](#), vale a dire escludendo la punibilità dell’omicidio del consenziente nei soli casi di persone affette da patologie irreversibili, fonti di sofferenze psicologiche e fisiche ritenute intollerabili, tenute in vita con mezzi di sostegno vitale ma capaci di prendere decisioni libere e consapevoli⁴.



¹ F. GUCCINI, *L’albero ed io*, in *Due anni dopo*, Milano, 1970.

² Così, R. ROMBOLI, *Riflessioni costituzionalistiche circa l’ammissibilità del referendum sull’art. 579 c.p.*, in G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *La via referendaria al fine vita. Ammissibilità e normativa di risulta del quesito sull’art. 579 c.p.*, Atti del Seminario Ferrara 26 novembre 2021, 2022, 1.

³ L’associazione Luca Coscioni, insieme a ventisette associazioni e trentuno movimenti politici, ha promosso la campagna referendaria “[Eutanasia legale – liberi fino alla fine](#)”.

⁴ Cfr., *ex multis*, S. CATALANO, *La sentenza 242 del 2019: una pronuncia additiva molto particolare senza ‘rime obbligate’*, in [Osservatorio costituzionale](#), 2, 2020, 288 ss.; C. CUPELLI, *Il Parlamento decide di non decidere e la Corte*

La Corte, infatti, ha già chiarito che ciò che conta è la domanda abrogativa in sé, da valutarsi nella sua portata oggettiva e nei suoi effetti diretti⁵, né è possibile attribuire al *referendum* abrogativo un significato ricostruttivo di una nuova e diversa disciplina. Se così non fosse, difatti, si sarebbe addirittura al di fuori di quei casi che – pure con numerose limitazioni – hanno assegnato al *referendum* di cui all’art. 75 un valore sostanzialmente manipolativo o trasformativo⁶ della normativa di risulta. Casi che – per ragioni giuridiche⁷ o comunque circoscritte a una particolare stagione politica⁸ – comunque non intendevano introdurre nuove statuizioni che non fossero ricavabili *ex se* dall’ordinamento.

Nella vicenda in commento a concretizzarsi non è allora quel bagliore di potere costituente⁹ quale ulteriore sentiero di legittimazione della sovranità previsto dal costituente: il *referendum*, invece, avrebbe potuto perdere la propria natura abrogativa, diventando approvativo di nuovi principi e perciò surrettiziamente propositivo¹⁰; oppure – e come si dirà è stata la via praticata dalla Corte – il quesito avrebbe inciso su una normativa costituzionalmente necessaria, da qui la sua inammissibilità.

2. Una vicenda segnata da “parole fuorvianti”. Le ragioni della inammissibilità

Con la [sentenza n. 50 del 2022](#) la Corte costituzionale si è espressa sulla ammissibilità della richiesta di *referendum* popolare per l’abrogazione parziale dell’art. 579 del codice penale. Tale norma incriminatrice – insieme alla fattispecie dell’aiuto al suicidio del successivo art. 580 – farebbe evincere, secondo la Corte, l’intento del legislatore del 1930 di tutelare la vita umana anche nei casi in cui il titolare del diritto vorrebbe rinunciarvi, per mano propria o altrui o comunque con l’ausilio di altri, erigendo una “cintura di protezione” indiretta rispetto all’attuazione di decisioni in suo danno¹¹. Se infatti l’autore del gesto estremo non è punibile dall’ordinamento¹², sorte diversa tocca

costituzionale risponde a se stessa, in [Sistema Penale](#), 12, 2019, 33 ss.; M. PICCHI, *Considerazioni a prima lettura sulla sentenza n. 242/2019 della Corte costituzionale*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 3, 2019, 2 ss.; L. POLI, *La sentenza n. 242 del 2019 della Corte costituzionale alla luce della giurisprudenza di Strasburgo*, in [Osservatorio costituzionale](#), 1, 2020, 363 ss.

⁵ [Corte cost. sent. n. 17/1997](#).

⁶ Si pensi a quanto accaduto all’inizio degli anni Novanta in materia elettorale, con quesiti referendari formalmente abrogativi ma sostanzialmente manipolativi, ritenuti ammissibili dalla Corte in ragione della autosufficienza, completezza e autoapplicatività della disciplina residuale. In questo senso si vedano Corte cost., [sentt. nn. 29/1987; 47/1991; 32 e 33/1993; 5 e 10/1995; 26 e 28/1997; 13/1999; 33 e 34/2000; 15, 16 e 17/2008](#). Sul punto, A. DI CHIARA, *Dalla non autoapplicatività della normativa di risulta alla eccessiva manipolatività del quesito: andata (e ritorno) delle cause di inammissibilità del referendum elettorale*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 2, 2020, 194 ss.

⁷ Vale a dire le ragioni appena menzionate, caratterizzanti referendum puntuali che non escludevano un’autoapplicatività conclusiva della normativa residuale, non intaccata dal referendum medesimo. In ordine a un caso più recente ([sent. n. 10/2020](#)), su cui la Corte ha confermato il proprio orientamento, cfr. N. LUPO, *L’ammissibilità dei referendum abrogativi in materia elettorale, nella stretta tra (necessaria) auto-applicatività e (moderata) manipolatività*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 1, 2020, 218 ss.

⁸ A partire dal 1991, al termine della stagione del multipartitismo, anche sulla scia di novità di ordine internazionale, la strada dei referendum abrogativi poteva considerarsi una via quasi obbligata, cioè una “breccia” costituita dalla società civile per interrompere l’immobilismo del sistema partitico parlamentare che aveva ingessato il sistema elettorale italiano, quasi a volerlo rendere impermeabile alle trasformazioni che stavano interessando il mondo occidentale. In chiave diacronica, si veda A. BARBERA, A. MORRONE, *La repubblica dei referendum*, Bologna, 2003.

⁹ Quei “bagliori costituenti” di cui parlava C. MEZZANOTTE, *Referendum e legislazione*, testo della relazione al convegno AIC “Democrazia maggioritaria e referendum”, Siena, 3-4 dicembre 1993, 28.

¹⁰ Corte cost., [sent. n. 36/1997; ord. 23/2000; sent. n. 28/2011](#).

¹¹ Punto 3.1 del “Considerato in diritto”.

¹² Sul c.d. paternalismo penale che avrebbe caratterizzato taluni ordinamenti, si vedano i riferimenti presenti in R.E. OMODEI, *L’istigazione e aiuto al suicidio tra utilitarismo e paternalismo: una visione costituzionalmente orientata dell’art. 580 c.p.*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 10, 2017, 143 ss.

al terzo che, nei modi differenti tipizzati dalla legge, concorre a cagionarne la morte. Ecco allora predisposta un'ipotesi incriminatrice autonoma, con un trattamento sanzionatorio più mite di quello previsto dall'art. 575 c.p. In particolare, il primo comma dell'art. 579 c.p. esclude che, in relazione all'omicidio, possa operare la scriminante del consenso dell'avente diritto di cui all'art. 50 c.p., configurando come indisponibile da parte del suo titolare il bene giuridico della vita umana; il secondo comma rende inapplicabili alla fattispecie in parola le circostanze aggravanti comuni di cui all'art. 61 c.p.; il terzo comma, infine, riporta nell'alveo dell'omicidio comune le ipotesi in cui il consenso non sia libero – per svariate ragioni – o sia comunque viziato dalla minore età della persona offesa.

Secondo la Corte, dunque, attraverso la c.d. tecnica del ritaglio¹³, il quesito referendario avrebbe domandato agli elettori un'abrogazione parziale della norma incriminatrice, il cui risultato oggettivo sarebbe stato quello di «rendere penalmente lecita l'uccisione di una persona con il consenso della stessa, fuori dai casi in cui il consenso risult[asse] invalido per l'incapacità dell'offeso o per un vizio della sua formazione»¹⁴. Perciò, diversamente da quanto ora disciplinato, la normativa di risulta avrebbe sancito la piena disponibilità della vita da parte di chiunque fosse stato in grado di prestare un consenso valido alla propria morte, né limiti sarebbero stati rilevanti in ordine alle motivazioni sottese a prestare tale consenso, alle forme in cui questo doveva esprimersi, alle qualità del soggetto attivo (non necessariamente un esercente la professione sanitaria), alle ragioni di quest'ultimo, ai mezzi usati per provocare la morte.

Fin da ora si può cogliere un punto cruciale, già accennato in premessa, che ha caratterizzato questa vicenda referendaria e che ha persuaso il Presidente della Corte costituzionale a tenere una [conferenza stampa in data 16 febbraio](#), volta a spiegare con parole semplici all'opinione pubblica le ragioni della decisione¹⁵. Segnatamente, il punto in questione è quello delle “parole fuorvianti”.

Nella sorpresa che ha coinvolto parte dell'opinione pubblica all'indomani della lettura del dispositivo¹⁶, infatti, ha giocato un ruolo determinante l'uso generalizzato dell'espressione “referendum sull'eutanasia”¹⁷. Essa avrebbe germinato nei cittadini la legittima aspettativa di un referendum avente per oggetto una precisa categoria di persone sofferenti, indotte a chiedere la propria morte perché «legate a un corpo prigioniero di uno stato di malattia con particolari

¹³ La disposizione risultante dall'abrogazione avrebbe stabilito quanto segue: «Chiunque cagiona la morte di un uomo, col consenso di lui, è punito con le disposizioni relative all'omicidio se il fatto è commesso: 1. Contro una persona minore degli anni diciotto; 2. Contro una persona inferma di mente, o che si trova in condizioni di deficienza psichica, per un'altra infermità o per l'abuso di sostanze alcoliche o stupefacenti; 3. Contro una persona il cui consenso sia stato dal colpevole estorto con violenza, minaccia o suggestione, ovvero carpito con inganno». Si noti che la c.d. tecnica del ritaglio non è di per sé foriera dell'inammissibilità del quesito referendario; a rilevare, come chiarito dalla Corte, sono gli effetti di stravolgimento conseguenti allo stesso, che possono di fatto andare oltre la connotazione tendenzialmente ablativa della decisione popolare. Sempre in materia elettorale, si veda P. TORRETTA, *Referendum elettorale: manipolativo... ma non "troppo"*. Nota a Corte cost. n. 10 del 2020, in [Rivista AIC](#), 3, 2020, 310 ss.

¹⁴ Punto 3.2 del “Considerato in diritto”.

¹⁵ Come accennato dal Presidente Amato, la conferenza si ricollega idealmente a un'usanza del passato che prevedeva, in seguito a decisioni della Corte in materie particolarmente sentite dall'opinione pubblica, un incontro di *redde rationem* dell'attività svolta. Invero, questo atteggiamento si inserisce nel solco di massima trasparenza e vicinanza alla comunità civile di cui pure sono espressione, da un lato, l'istituto dell'*amicus curiae* (su cui, G.L. CONTI, *La Corte costituzionale si apre (non solo) alla società civile. Appunti sulle modifiche apportate dalla Corte costituzionale alle norme integrative in data 8 gennaio 2020*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 1, 2020, 78 ss.), e dall'altro, le numerose iniziative promosse dalla Corte per la diffusione della cultura costituzionale (si pensi alla “Libreria dei Podcast della Corte costituzionale” sviluppata nel giugno 2020 in collaborazione con l'Istituto Treccani).

¹⁶ Talune delle reazioni di esponenti pubblici sono consultabili in [Rai News](#) del 16 febbraio 2022.

¹⁷ Locuzione impropria perpetrata non solo durante la campagna referendaria (cfr. *supra*, nota 3), ma anche all'indomani della lettura del dispositivo dai media nazionali. *Ex multis*, “La Corte costituzionale ha respinto il referendum sull'eutanasia” ([IIPost.it](#), 15 febbraio 2022); “Consulta, inammissibile referendum su eutanasia perché non si tutela vita umana” ([IISole24ore.com](#), 15 febbraio 2022); “Consulta: ‘È inammissibile il referendum sull'eutanasia’” ([ansa.it](#), 15 febbraio 2022).

caratteristiche»¹⁸, persone di cui in verità la Corte si era già occupata aprendo la depenalizzazione del suicidio assistito nella [sentenza n. 242 del 2019](#). Tuttavia, mentre in quest'ultimo caso si trattava di persone tenute in vita da trattamenti di sostegno vitale e affette da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche ritenute intollerabili, ma pienamente capaci di prendere decisioni libere e consapevoli in ordine a un proposito suicidario autonomamente formatosi (requisiti, questi, già enunciati dalla Corte nell'[ordinanza n. 207 del 2018](#)), il quesito referendario in parola, invece, avrebbe finito per legittimare l'omicidio del consenziente ben al di fuori del "mondo eutanasi", come i promotori lo hanno definito¹⁹: casi, cioè, caratterizzati da situazioni di disagio di diversa natura (affettiva, familiare, sociale, economica o finanche il *tedium vitae*) o comunque implicanti l'accettazione della propria morte per mano altrui, senza venire in rilievo, peraltro, la "procedura medicalizzata" prevista dalla legge n. 219 del 2017 per l'espressione o la revoca del consenso a un trattamento terapeutico (o al rifiuto di esso).

In altre parole, il quesito referendario, volto verosimilmente in buona fede a risolvere il problema dell'eutanasia, avrebbe aperto un'area di impunità riguardante casi assai diversi tra loro, non circoscritti alle sole persone in stato di sofferenza: una *truffa delle etichette*²⁰, vale a dire, di cui la Corte sarebbe stata responsabile.

Al di là, peraltro, della percezione con cui l'opinione pubblica avrebbe potuto accogliere questo referendum, l'inammissibilità del quesito risiederebbe, secondo la Corte, nel porsi esso in contrasto con la Costituzione. Al di là della lettera del secondo comma dell'art. 75 Cost.²¹, infatti, la Corte ha chiarito come siano da escludersi dalla procedura referendaria, da un lato, le leggi a contenuto costituzionalmente vincolato²², e, dall'altro (caso che ci riguarda), le leggi ordinarie la cui eliminazione a opera del referendum priverebbe totalmente di efficacia un principio o un organo costituzionale la cui esistenza è invece voluta e garantita dalla Costituzione²³. Si tratta di leggi – queste ultime – che non solo garantiscono una tutela minima per situazioni che tale tutela esigono dalla Costituzione²⁴, ma vieppiù sono dirette a rendere effettivo un diritto fondamentale della persona, e perciò sono suscettibili di essere al più modificate o sostituite dal legislatore, ma non abrogate *sic et simpliciter* attraverso un referendum, poiché tale operazione lascerebbe privo di tutela quel diritto, la cui effettività è garantita dalla legge che si vorrebbe intaccata dal quesito referendario²⁵. Il diritto alla vita, pertanto, collocandosi in posizione apicale tra i diritti fondamentali della persona, poiché

¹⁸ Punto 3.2 del "Considerato in diritto".

¹⁹ Per un approfondimento sulle varie tipologie di eutanasia, nonché sul *discrimen* rispetto al suicidio assistito e omicidio del consenziente, si vedano T. CHECCOLI, *Brevi note sulla distinzione tra eutanasia attiva e passiva*, in C. CASONATO, C. PICIOCCHI, P. VERONESI, *Forum Biodiritto 2008. Percorsi a confronto*, Padova, 2009, 314 ss.; U. ADAMO, *Il diritto convenzionale in relazione al fine vita (eutanasia, suicidio medicalmente assistito e interruzione di trattamenti sanitari prodotti di una ostinazione irragionevole). Un'analisi giurisprudenziale sulla tutela delle persone vulnerabili*, in [Rivista AIC](#), 2, 2016, 2 ss.; F. MANTOVANI, *Suicidio assistito: aiuto al suicidio od omicidio del consenziente?*, in *Iustitia*, 1, 2017, 137 ss.; G. RAZZANO, *La proposta di legge sulle «Disposizioni in materia di morte volontaria medicalmente assistita»: una valutazione nella prospettiva costituzionale anche alla luce della sent. n. 50/2022*, in [federalismi.it](#), 9, 2022, 55 ss.

²⁰ Sia concesso il prestito della locuzione – in altro contesto – impiegata da E. KOHLRAUSCH, *Sicherungshaft. Eine Besinnung auf den Streitstand*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1924, 33

²¹ A partire dalla [sentenza n. 16 del 1978](#), la Corte costituzionale, andando oltre le materie espresse all'art. 75, co. 2 Cost., ha individuato limiti ulteriori all'ammissibilità del referendum abrogativo. Sul punto, G. AZZARITI, *Il "modello" della sentenza n. 16 del 1978 e il carattere abrogativo del referendum: un ritorno al futuro?* in [Costituzionalismo.it](#), 2, 2005, 1 ss.; F. PARUZZO, *Referendum abrogativo sull'eutanasia legale. Tra (in)ammissibilità del quesito e opportunità dello strumento referendario*, [ibid.](#), 20221, 107 ss.

²² Corte cost. sentt. [nn. 16/1978](#), [26/1981](#), [27/1987](#).

²³ Corte cost. sent. [n. 25/1981](#).

²⁴ Corte cost. sent. [n. 35/1997](#).

²⁵ Corte cost. sent. [n. 49/2000](#).

condizione per l'esercizio di tutti gli altri diritti²⁶, appartiene, secondo la Corte, all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione repubblicana²⁷ e da esso discende il dovere dello Stato di tutelare la vita di ogni individuo, e non quello opposto di riconoscere all'individuo la possibilità di ottenere dallo Stato o da terzi un aiuto a morire²⁸. Altro sarebbe, infatti la depenalizzazione del suicidio assistito secondo i limiti esposti dalla Corte nell'[ordinanza n. 217 del 2018](#), altro invece aprire l'immunità penale a chiunque uccide qualcun altro con il suo consenso, sia egli persona che soffre oppure no.

Come spiega la sentenza in commento, un *referendum* meramente caducatorio dell'art. 579 c.p., sbilanciando la tutela della vita a esclusivo favore della libertà di autodeterminazione individuale, farebbe venire meno il livello minimo richiesto dalla Carta per assicurare la dovuta salvaguardia del bene della vita umana. E se è vero che non di legge a contenuto costituzionalmente vincolato si tratta – ben potendo il legislatore intervenire per ridisegnare la materia in altro modo sempre compatibile con la tutela costituzionale della vita – la rilevanza penale dell'omicidio del consenziente non può essere però circoscritta ai casi di vizio di consenso conclamato o incapacità del soggetto che lo presta: le situazioni di debolezza, vulnerabilità e fragilità in cui potrebbero incappare le persone che prestano un siffatto consenso non si risolvono solo a questi casi sparuti, ma abbracciano ipotesi di varia natura, incluse le scelte autodistruttive del titolare del diritto non adeguatamente ponderate e, in definitiva, non libere.

Il risultato, e prima ancora l'oggetto del *referendum*, sarebbe inammissibilmente stato non l'eutanasia, né il suicidio assistito per persone affette da patologie irreversibili, bensì l'omicidio indiscriminato di chiunque vi consenta senza incorrere nei vizi di consenso e incapacità, prescindendo dai motivi per cui il consenso è prestato, dalle forme in cui è espresso, dalla qualità dell'autore del fatto e dai modi in cui la morte è provocata.

3. Quali sviluppi?

Fermo restando che la decisione di inammissibilità da parte della Corte costituzionale sul quesito referendario non equivale affatto a una pronuncia di illegittimità di una futura e possibile normativa sul fine vita²⁹, è stato lo stesso Ufficio centrale per il *referendum* presso la Corte di Cassazione ad avere chiarito che, nel bilanciamento tra il diritto alla vita e il diritto alla autodeterminazione, i limiti di un *referendum* abrogativo si arrestano dinanzi a un «terreno di scelte eventualmente spettanti agli organi istituzionalmente competenti all'adozione di una disciplina organica della materia»³⁰.

Anche per questo motivo la Corte costituzionale, piuttosto che dichiarare ammissibile il quesito, magari estendendo all'ipotesi dell'omicidio del consenziente quella medesima scriminante procedurale prevista per l'art. 580 c.p. e fondata sul consenso di cui alla legge n. 219/2017³¹, ha

²⁶ Intorno all'art. 2 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) si vedano G. RAZZANO, *Il diritto di morire come diritto umano? Brevi riflessioni sul potere di individuazione del best interest, sull'aiuto alla dignità di chi ha deciso di uccidersi e sulle discriminazioni nell'ottenere la morte*, in [Archivio Penale](#), 3, 2018, 12 ss.; L. PIROZZI, *Appunti per una riflessione sul diritto alla vita nella Costituzione italiana (a partire sull'ord. n. 207/2018 sul "caso Cappato"*, in [federalismi.it](#), 13, 2019, 3 ss.; P. VALENTI, *Il diritto ad autodeterminarsi: il "fine vita" nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in [Dirittifondamentali.it](#), 1, 2022, 12 ss.

²⁷ Corte cost. sent. [n. 1146/1988](#).

²⁸ Corte cost. sent. [n. 223/1996](#).

²⁹ Come notato da S. TROZZI, *Aspetti de iure condito e prospettive de iure condendo in materia di fine vita. La Consulta si pronuncia per l'inammissibilità del referendum sull'art. 579 c.p.*, in [Dirittifondamentali.it](#) 1, 2022, 357.

³⁰ [Ordinanza del 15 dicembre 2021](#).

³¹ Ipotesi presa in considerazione in via teorica da U. ADAMO, *Intorno al giudizio sull'ammissibilità del referendum per l'abrogazione parziale dell'art. 579 del codice penale (omicidio del consenziente)*, in [Osservatorio costituzionale](#), 1, 2022, 247 ss.

ritenuto doveroso propendere per l'inammissibilità, posto che nulla autorizzava a ritenere che l'esenzione di responsabilità restasse subordinata al rispetto della citata "procedura medicalizzata".

E se ad oggi pende al Senato il [disegno di legge n. 2553](#) (*Disposizioni in materia di morte volontaria medicalmente assistita*), secondo il testo unificato approvato dalla Camera il 10 marzo 2022, il cui fine è quello di disciplinare la facoltà della persona affetta da una patologia irreversibile e con prognosi infausta o da una condizione clinica irreversibile di richiedere assistenza medica, per porre fine volontariamente e autonomamente alla propria vita, nel rispetto dei principi della Costituzione, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, è pur vero che un'altra strada potrebbe essere percorsa.

Nella conferenza stampa del 16 febbraio scorso, infatti, il Presidente della Corte costituzionale ventilava la possibilità del giudizio di legittimità costituzionale proprio in ordine all'art. 579 c.p., così da replicare quanto accaduto in materia di suicidio assistito, e quindi verosimilmente con gli stessi limiti e alle stesse condizioni. Tuttavia, a fronte di una sempre maggiore «forza politica»³² della Corte, che la vede in sostanza inserita nel circuito di indirizzo politico, che condiziona nelle sue varie fasi, a causa della tendenza a sostituirsi a un legislatore *dormiente*³³, è auspicabile che siano le Camere, forti della legittimazione che deriva dal mandato politico, a (ri)conquistare la funzione che è loro propria, specie in materia così delicata³⁴.

³² Così, T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Torino, 2020, 541.

³³ Già G. ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale e il legislatore*, in *Il foro italiano*, 10/104, 1981, 246, a proposito delle c.d. sentenze-indirizzo, parlava di decisioni «destinate ad avere effetti normativi indiretti poiché – anche se non sono mancati casi nei quali i giudici si sono riferiti immediatamente a proposizioni contenute in queste decisioni – la parola successiva è rimessa ad altro soggetto legislativo». Su una vera e propria inerzia del legislatore, per la materia che qui è di interesse, si veda invece P. ZICCHITU, *Inerzia del legislatore e dialettica istituzionale nell'ordinanza della Corte costituzionale in tema di aiuto al suicidio*, in [Dirittifondamentali.it](#), 1, 2019, 1 ss. e bibliografia ivi richiamata.

³⁴ Come afferma la Corte al punto 10 del "Considerato in diritto" dell'[ord. n. 207/2018](#): «I delicati bilanciamenti ora indicati restano affidati, in linea di principio, al Parlamento, il compito naturale di questa Corte essendo quello di verificare la compatibilità di scelte già compiute dal legislatore, nell'esercizio della propria discrezionalità politica, con i limiti dettati dalle esigenze di rispetto dei principi costituzionali e dei diritti fondamentali delle persone coinvolti».

Francesca Mauri

**La Corte costituzionale tra questione di genere, discrezionalità del legislatore ed esigenza di preservare l'armonia del sistema
(a margine della [sentenza 1/22](#) della Corte costituzionale)***

ABSTRACT: *The paper analyzes [the decision 1/2022](#) of the Italian Constitutional Court on the constitutionality of the gender-based selection of boarding school educators. Focusing on the Court's reasoning, the paper investigates the relationship between the Constitutional court and the legislator concerning sensitive issues requiring an interpretation of the collective will.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La disciplina delle assunzioni del personale delle istituzioni educative al vaglio della Corte. – 3. La Corte costituzionale tra norme anacronistiche e tutela dell'armonia del sistema. – 4. La posizione della Corte tra discrezionalità del legislatore e coscienza sociale.

1. *Premessa*

Con la [prima sentenza dell'anno 2022](#), la Corte costituzionale si è pronunciata in modo per qualche aspetto inatteso su una questione che, ad un primo sguardo, sarebbe potuta apparire invece con un esito scontato, ovvero sulla legittimità di una norma che prevede, nell'ambito dell'assunzione del personale educativo delle istituzioni educative, una distinzione di genere.

L'art. 4-ter, comma 3, del d.l. 3 luglio 2001, n. 255, conv., con modif., nella legge 20 agosto 2001, n. 333, dispone, infatti, che “la distinzione tra alunni convittori e alunne convittrici opera ai soli fini dell'individuazione dei posti di organico per le esigenze delle attività convittuali da affidare a personale educativo rispettivamente maschile e femminile”, determinando così una eccezione al principio di parità di genere nell'accesso ai pubblici uffici.

La relativa vicenda aveva preso avvio dal ricorso proposto da un'educatrice che, pur collocatasi prima nella graduatoria a scorrimento, per il solo fatto di essere donna era risultata esclusa dai due posti disponibili in quanto riservati dall'ente ad “aspiranti di sesso maschile”. A seguito dell'esclusione dall'incarico, la donna aveva presentato ricorso dinanzi al Tribunale chiedendo che venisse accertata la natura discriminatoria del decreto che aveva disposto la copertura per l'anno scolastico 2020/2021 di due posti disponibili per il personale educativo, riservandoli ai soli aspiranti di sesso maschile.

Il giudice adito sollevava, dunque, la questione di legittimità costituzionale della precitata disposizione del d.l. n. 255 del 2001 in relazione agli artt. 3 e 51 Cost., sull'assunto che, incidendo sull'accesso al lavoro del personale docente, la disciplina avesse introdotto una “vistosa deroga al principio di non discriminazione per questioni di genere”¹. Deroga, questa, ritenuta dal giudice *a quo* anacronistica e, certamente, non più in linea con le esigenze educative che caratterizzano il sistema formativo degli studenti d'oggi, “specie se si considera che la società odierna è caratterizzata da una forte impronta educativa ‘globale’ e ‘unisex’ tramite la rete internet”². Non solo, ma la relativa motivazione, oltretutto superficiale e certamente poco calata nello specifico contesto delle istituzioni educative, determinerebbe secondo il remittente una attenuazione delle esigenze - peraltro evidenziate da una parte della giurisprudenza³ - di evitare traumi nel periodo di



¹ Tribunale di Trapani, ord. n. 71, 18 febbraio 2021 (G.U. n. 21 del 26 maggio 2021).

² *Ibid.*, 3.

³ «Considerato che destinatari dell'attività educativa sono per lo più giovani in età minore, e dunque nella delicatissima fase della formazione della propria personalità, il contatto con educatori del medesimo sesso può avere una legittima ragion d'esser nella misura in cui consente un rapporto tra le parti più paritario e confidenziale, viene recepito come forma di ingerenza meno invasiva - evitando forme di comprensibile soggezione da parte di chi non abbia ancora maturato una piena capacità di relazionarsi con l'altro esso in maniera consapevole ed ordinaria - ed

‘formazione della personalità’ del minore, o di evitare ‘ingerenze invasive’ da parte di un adulto di sesso opposto⁴.

Del pari, non avrebbe avuto portata decisiva – a parere del giudice *a quo* – la circostanza per cui gli istituti educativi siano anche strutture residenziali nelle quali il personale educativo svolge funzione di sorveglianza notturna. Come sottolinea, infatti, nell’ordinanza di rimessione, è facoltà dei dirigenti organizzare i turni di lavoro del personale educativo che, a ben vedere, potrebbero essere gestiti in maniera tale da garantire la presenza di un educatore del medesimo sesso degli studenti sottoposti a sorveglianza notturna – senza tuttavia precludere che altre attività ritenute meno sensibili (ad. esempio l’assistenza pomeridiana) – siano gestite indifferentemente da educatori di ambo i sessi, così da ovviare al problema delle disponibilità di organico.

In punto di rilevanza, il giudice rimettente evidenziava come, in caso di fondatezza della questione di legittimità costituzionale, il ricorso avrebbe trovato accoglimento, in quanto il provvedimento oggetto del giudizio, adottato in conformità alla disposizione censurata, sarebbe risultato in via derivata illegittimo e, conseguentemente, sarebbe stato disapplicato. Quanto, poi, alla non manifesta infondatezza, il medesimo sollevava dubbi circa la compatibilità della disciplina oggetto del giudizio di legittimità con i principi espressi agli artt. 3 e 51 della Costituzione, osservandone la disarmonia rispetto al contesto normativo interno e sovranazionale, orientati “in modo univoco a sancire l’illegittimità di qualsivoglia disparità di trattamento per ragioni di genere, anche con riferimento all’accesso al lavoro”⁵.

La Corte costituzionale, con una sentenza alquanto concisa, ha dichiarato la questione inammissibile chiamando in causa, da un lato, questioni attinenti all’armonia del sistema normativo che regola le istituzioni convittuali e, dall’altro, il tema della discrezionalità del legislatore nell’interpretare la volontà della collettività.

2. La disciplina delle assunzioni del personale delle istituzioni educative al vaglio della Corte

Per meglio comprendere le ragioni che hanno condotto la Corte costituzionale alla decisione in commento, sembra utile ricostruire brevemente il quadro normativo che disciplina le assunzioni del personale educativo delle c.d. istituzioni educative, che si dividono in convitti ed educandati.

Sorti in epoca postunitaria con l’idea di ampliare la platea d’utenza della formazione, gli istituti educativi hanno avuto il periodo di massimo splendore durante l’epoca fascista, allorché divennero uno strumento nelle mani del regime per erodere lo spazio tradizionalmente occupato dalle istituzioni formative cattoliche⁶.

Fondati su un modello educativo che faceva della distinzione fra sessi il suo carattere peculiare, convitti nazionali (nati come istituzioni maschili) ed educandati (sorti come istituzioni femminili) hanno contribuito, almeno fino agli anni Cinquanta, a promuovere il processo di formazione della personalità degli studenti che vi risiedevano, fungendo da veri e propri centri di preparazione alle “attitudini” proprie del genere maschile e femminile⁷.

L’educatore, come sottolineato dalla difesa statale, s’inserisce nel sistema educativo dei convitti e degli educandati quale figura peculiare che si affianca agli insegnanti (indistintamente maschi e

inculca nell’educando un senso di disciplina e rispetto della diversità tra i sessi fondamentale nella fase della crescita»: così Tribunale di Bari, sez. lav., 13 luglio 2003

⁴ Tribunale di Trapani, ord. n. 71, 18 febbraio 2021, cit., 4.

⁵ [Corte costituzionale, sentenza 1 del 2022](#), §§ 2-2.1, *Ritenuto in fatto*.

⁶ Per un approfondimento sulla disciplina delle istituzioni educative si veda C. SICCARDI, *La sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2022: tra coscienza sociale e uguaglianza*, in [federalismi.it](#), 7/2022, 259-274.

⁷ Sul “requisito attitudinale”, già utilizzato dalla Corte costituzionale nella nota [sentenza 33 del 1960](#), si veda il commento di B. PEZZINI, *Uno sguardo di genere sulla sentenza 33 del 1960*, in [Osservatorio costituzionale](#), 5/2021, 31-48.

femmine), ed è investito del compito di “promuovere i processi di crescita umana, civile, e culturale, e di socializzazione degli allievi convittori e semiconvittori”⁸.

Occorre in ogni caso sottolineare come l’impatto sociale della questione sia assai limitato, contandosi attualmente un totale di 41 convitti e 6 educandati in tutto il territorio nazionale⁹ frequentati sia da alunni convittori – che aderiscono al servizio di pernottamento offerto dalla struttura – sia, per la maggior parte, da studenti semi-convittori, che usufruiscono solamente dei servizi scolastici.

Ciò basta, però, per evidenziare che, sebbene sia caduta la tradizionale separazione tra istituti maschili e femminili e l’accesso ad entrambi sia consentito a studenti di ambo i sessi, persiste nella disciplina del d.lgs. n. 297 del 1994 la distinzione tra istituzioni educative maschili, disciplinate, all’art. 203¹⁰, e femminili, disciplinate all’art. 204¹¹. A tale distinzione ha corrisposto, fino al 2001, una separazione di ruoli nel personale educativo¹², affidando l’art. 446 del d.lgs. n. 297 del 1994 la gestione degli educandati femminili alle istitutrici e quella dei convitti nazionali agli istitutori. Con il d.l. n. 255 del 2001 il legislatore è, peraltro, intervenuto unificando i già menzionati ruoli in un’unica graduatoria formata per il personale educativo maschile e femminile su base provinciale¹³.

⁸ [Corte costituzionale, sentenza n. 1 del 2022](#), § 4, *Ritenuto in fatto*.

⁹ <https://www.miur.gov.it/istituzioni-educative>

¹⁰ “1. I convitti nazionali hanno per fine di curare l’educazione e lo sviluppo intellettuale e fisico dei giovani che vi sono accolti.

2. I predetti istituti hanno personalità giuridica pubblica e sono sottoposti alla tutela dei provveditori agli studi, cui sono inviati, per l’approvazione, gli atti e le deliberazioni dei consigli di amministrazione che sono indicati dal regolamento da emanarsi ai sensi dell’articolo 205.

3. L’amministrazione di ciascun convitto è affidata ad un consiglio di amministrazione, composto:

a) dal rettore, presidente;

b) da due delegati, l’uno dal consiglio provinciale e l’altro dal consiglio comunale del luogo dove ha sede il convitto, scelti dai consigli medesimi anche fuori del loro seno;

c) da due persone nominate dal Ministro della pubblica istruzione, una delle quali fra il personale direttivo e docente delle scuole medie frequentate dai convittori;

d) da un funzionario dell’amministrazione finanziaria, designato dal direttore dell’ufficio corrispondente alle sopresse intendenze di finanza secondo la tabella allegata al decreto del Presidente della Repubblica 27 marzo 1992, n.287. [...]

¹¹ “1. Gli educandati femminili dello Stato hanno per fine di curare l’educazione e lo sviluppo intellettuale e fisico delle giovani che vi sono accolte.

2. Ai predetti istituti è attribuita personalità giuridica pubblica; essi sono sottoposti alla tutela dei provveditori agli studi, cui sono inviati per l’approvazione, gli atti e le deliberazioni dei consigli di amministrazione, che saranno indicati dal regolamento da emanarsi ai sensi dell’articolo 205.

3. L’amministrazione di ciascun educandato è affidata ad un consiglio di amministrazione, composto da un presidente e due consiglieri, salvo diversa disposizione dello statuto e salvo aggregazione, deliberata dallo stesso consiglio, di altri due membri designati da opere od enti di assistenza e previdenza che assumano l’obbligo di affidare all’educandato un ragguardevole numero di giovani; alle sedute del consiglio partecipa, con voto consultivo, la direttrice dell’educandato, la cui presenza è prescritta, ai fini della validità della seduta, quando si tratti dell’ordinamento e dell’andamento educativo e didattico dell’istituto; le proposte della direttrice in questa materia, qualora non siano state accolte, saranno allegate, insieme alle sue osservazioni, al verbale da sottoporsi all’autorità vigilante. [...]

¹² Nell’organizzazione delle attività delle istituzioni educative si inserisce la peculiare figura dell’educatore, presente solamente negli educandati e nei convitti nazionali. La sua azione professionale – che si svolge in parallelo a quella didattica dei professori – è sostanzialmente volta alla promozione del processo di crescita umana, morale, civile, culturale degli alunni, guidati nei vari momenti di vita comune, accompagnati e consigliati nelle difficoltà e nei loro problemi personali, assistiti nello studio, nelle attività culturali, sportive, ricreative e nella vita residenziale propria del convitto. Per un approfondimento sulla figura dell’educatore nelle istituzioni educative si veda G. CONDEMI, *Ruolo, funzioni, identità dell’educatore professionale nelle istituzioni educative statali: convitti ed educandati*, Romagnano al Monte, 2020.

¹³ D.l. n. 255 del 2001, art 4 *ter*, comma 2, “Per l’assunzione del personale educativo individuato in relazione alle esigenze delle attività convittuali e semiconvittuali, e comunque nel rispetto dei criteri di cui al medesimo articolo 446 del citato testo unico, si utilizzano graduatorie provinciali unificate”. Mediante tale norma, precisa la stessa Corte che, come si evince dai lavori parlamentari, il legislatore aveva inteso “garantire la parità di genere e porre rimedio all’incertezza, sorta nel previgente assetto normativo circa la necessità di applicare alla formazione delle graduatorie del

La disciplina delle dotazioni organiche del personale educativo è oggi dettata dall'art. 20, comma 1, del d.p.r. 20 marzo 2009 n. 81, il quale prevede che la loro consistenza debba essere determinata in base alla somma degli alunni convittori e delle alunne convittrici. Al secondo comma, poi, si aggiunge che spetta ai dirigenti delle istituzioni educative definire la ripartizione dei posti da assegnare, distintamente, al personale educativo maschile e a quello femminile.

Nonostante, dunque, la formale unificazione della graduatoria, permane una distinzione dei posti da assegnare con scorrimento per genere sulla base delle esigenze di organico individuate, di volta in volta, dai dirigenti delle istituzioni¹⁴.

L'art. 4-ter, oggetto di censura dinnanzi alla Corte, dà attuazione, appunto, a tale disposizione¹⁵, prevedendo che la distinzione tra alunni convittori e alunne convittrici possa operare solamente ai fini dell'individuazione dei posti di organico per le esigenze delle attività convittuali da affidare a personale educativo rispettivamente maschile e femminile. Ne deriva – come sottolineato dalla stessa Avvocatura generale dello Stato in qualità di interveniente – che il reclutamento del personale educativo da inserire nelle graduatorie provinciali avviene senza alcuna distinzione di genere, e la temporanea sospensione delle posizioni in graduatoria rispetto all'assunzione in servizio opera in maniera del tutto casuale a seconda che si liberi un posto da educatore per un gruppo di convittori maschi o femmine¹⁶.

Una simile previsione, come sostenuto dalla stessa Corte, contribuirebbe, dunque, a mantenere quella stessa simmetria prevista dal legislatore nel configurare un sistema educativo che già *a priori* opera una distinzione tra alunni convittori ed alunne convittrici.

3. La Corte costituzionale tra norme anacronistiche e tutela dell'armonia del sistema

Sarebbe però sbrigativo, anche a causa della sua stringatezza, inquadrare ad un primo sguardo la questione in termini di parità di genere e leggere la sentenza come un lasciapassare della Corte nei confronti della discriminazione sulla base del sesso. A ben vedere, infatti, il ragionamento della Consulta pare solamente sfiorare la questione di genere, facendo invece ruotare la propria argomentazione su due principali elementi: da un lato, un profilo sistemico, ovvero l'esigenza di tutelare l'armonia del complessivo apparato normativo in cui la norma censurata si inserisce, dall'altro, un profilo di merito, ovvero la discrezionalità del legislatore nell'interpretare la volontà della collettività.

Invero, la Consulta, nel dare rilievo alla distinzione operata dal legislatore in base al sesso degli educatori – focalizzandosi non solo sulla norma censurata, ma sull'intero impianto normativo formatosi negli anni – sottolinea che “il legislatore ha inteso evidentemente configurare un sistema educativo attuato con l'istituzione di strutture convittuali, nel quale la distinzione tra educatori ed educatrici è funzionale e speculare alla separazione tra allievi convittori e allieve convittrici”¹⁷. Tanto che – in caso di accoglimento della questione – si determinerebbe una “disarmonia nel sistema complessivamente considerato”, laddove la distinzione censurata dal giudice *a quo* limitatamente al sistema di assunzioni degli educatori trarrebbe la sua origine da una differenziazione presupposta tra allievi convittori e allieve convittrici.

personale educativo la stessa distinzione tra gli istitutori e le istitutrici, rispettivamente destinati alle istituzioni convittuali maschili e femminili”, [Corte costituzionale, sentenza n. 1 del 2022](#), § 2.1, *Considerato in diritto*.

¹⁴ Distinzione, questa, peraltro non nuova all'ordinamento se si pensa alla regolamentazione delle assunzioni del personale di polizia penitenziaria prevista dall'art. 6 legge 15 dicembre 1990, n. 395 che prevede una distinzione di genere nell'individuazione dei posti in organico per le istituzioni carcerarie maschili e femminili.

¹⁵ L'art. 20, comma 1, del d.p.r. 20 marzo 2009, n. 81, ha infatti abrogato il comma 1 dell'art. 446 del decreto legislativo 16 aprile 1994, n. 297 relativo agli organici del personale educativo di cui l'art. 4ter comma 3 del decreto-legge 3 luglio 2001, n. 255 fungeva da norma attuativa.

¹⁶ [Corte costituzionale, sentenza 1 del 2022](#), § 4, *Ritenuto in fatto*.

¹⁷ *Ibid.*, § 3, *Considerato in diritto*.

Il giudice rimettente, d'altro canto, avanzando una richiesta meramente ablatoria della singola disposizione in esame, avrebbe omesso di considerare l'intero apparato normativo che disciplina le istituzioni educative e da cui deriva, in via principale, la distinzione di genere. Per tali ragioni, l'ablazione della sola norma censurata – secondo la Corte – produrrebbe una asimmetria del sistema normativo come concepito dal legislatore, il quale, ha previsto *a priori* una distinzione a seconda del genere fra educatori ed educatrici in relazione alla presenza di convivtrici e convittori. A maggior ragione, poi, rileverebbe il fatto che la disposizione censurata circoscriva l'operatività di tale distinzione “ai soli fini dell'individuazione dei posti organico”, con la conseguenza che, in caso di accoglimento, la distinzione basata sul sesso avrebbe continuato ad esistere e, per di più, non solamente in relazione all'individuazione dei posti in organico.

Ecco che, allora, la sentenza sembrerebbe deviare dalle ormai consolidate aperture della Corte nei confronti della parità di genere¹⁸ - già evidenziate anche in ambito educativo¹⁹ - per un'esigenza di coerenza del sistema. L'accoglimento della questione così come posta dal rimettente, invero, avrebbe generato conseguenze certamente non volute e in alcun caso sarebbe stato funzionale alla garanzia del principio della parità di genere al di fuori dell'aspetto dell'accesso al posto.

Non si tratterebbe, dunque, di un passo indietro della Corte rispetto a precedenti come la [sentenza n. 225 del 1990](#), con cui la Corte dichiarò l'illegittimità costituzionale della differenziazione delle cattedre di insegnamento dell'educazione fisica a seconda del sesso degli alunni²⁰. Invero, mentre nel caso in esame la norma censurata si colloca all'interno di un più ampio quadro normativo che presuppone fin da principio una distinzione di genere caratterizzante essa stessa il sistema delle istituzioni educative, il caso dell'insegnamento dell'educazione fisica si poneva come unico residuo ambito di discriminazione di genere in un più ampio quadro di parificazione tra sessi.

Se, dunque, non fu difficile per la Corte dichiarare, in quel caso, la palese irrazionalità della netta separazione tra uomini e donne, ben diverso è il caso di specie. Invero, dichiarare l'illegittimità costituzionale di una norma che mantiene una distinzione di genere nell'assegnazione dei posti in organico a educatori e educatrici senza modificare l'impianto normativo su cui tale distinzione si basa, avrebbe rischiato di provocare effetti opposti rispetto a quelli voluti. La mera ablazione della previsione di cui all'art. 4-ter, avrebbe infatti potuto determinare un esubero di personale, maschile o femminile, non direttamente impiegabile nell'organico scolastico in virtù della persistente previsione di cui all'art. 20, comma 1, del d.p.r. 20 marzo 2009 n. 81.

Una simile lettura permette di guardare all'inammissibilità pronunciata dalla Corte sotto altra luce, lontana da qualsivoglia timore di arretramento rispetto al principio della parità di genere, e immaginare che una questione formulata in modo diverso potrebbe, invece, trovare accoglimento.

¹⁸ Tra i precedenti più significativi nella giurisprudenza costituzionale in materia di discriminazioni di genere ricordiamo la [sentenza n. 33 del 1960](#), con cui la corte dichiarò l'illegittimità della norma che escludeva le donne da tutti gli uffici pubblici che implicano l'esercizio di diritti e potestà politiche; per commenti si vedano *ex multis*, B. PEZZINI, *Uno sguardo di genere sulla sentenza 33 del 1960*, cit., 31 ss.; A. DEFFENU *Parità di genere e pubblici uffici nel dialogo tra giudice costituzionale e legislatore*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 5/2021, 70 ss.; e la [sentenza n. 422 del 1995](#) in materia di quote di genere e legge elettorale, su cui, *ex multis*, si segnalano i commenti di U. DE SIERVO, *La mano pesante della Corte sulle quote nelle liste elettorali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1995, 3268 ss.; S. CATALANO, *Le misure a favore del riequilibrio della rappresentanza di genere come oggetto di contenzioso elettorale*, in E. CATELANI, F. DONATI, M. C. GRISOLIA, (a cura di), *La giustizia elettorale – Atti del seminario svoltosi a Firenze 2012*, Napoli, 2013, 339 ss..

¹⁹ È utile ricordare, a tal proposito, due precedenti rilevanti in materia educativa: la [sentenza n. 173 del 1983](#), con cui la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità della norma che escludeva gli studenti maschi dalle scuole magistrali e gli insegnanti maschi dalle scuole del grado preparatorio, e la [sentenza n. 225 del 1990](#), con cui la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità della norma che prevedeva la differenziazione delle cattedre di insegnamento dell'educazione fisica a seconda del sesso degli alunni.

²⁰ Sul punto si veda S. BISSARO, *Discipline anacronistiche e questioni di genere all'esame della Corte costituzionale. Alcune riflessioni a margine della sentenza n. 1 del 2022, in materia di selezione del personale per convitti ed educandati*, in *Osservatorio costituzionale*, 2/2022, 277-296.

In tal caso, oggetto della censura dovrebbe essere non già l'effetto, ma direttamente la causa, ovvero l'esigenza, individuata dalla Corte quale oggetto di tutela da parte del legislatore, di "applicare alla formazione delle graduatorie del personale educativo la stessa distinzione tra gli istituti e le istitutrici, rispettivamente destinati alle istituzioni convittuali maschili e femminili". Pertanto, per garantire il rispetto del principio della parità di genere, sarebbe necessario coinvolgere tutte le altre disposizioni richiamate dalla Consulta, prima fra tutte l'art. 20 del d.p.r. 20 marzo 2009, n. 81, che fa proprio della distinzione fra sessi il presupposto necessario, stabilendo che "i dirigenti delle istituzioni educative definiscono la ripartizione dei posti da assegnare distintamente, al personale educativo maschile e a quello femminile". Per garantire, insomma, la parità di genere nell'accesso alla professione di educatore, si dovrebbe eliminare qualsivoglia distinzione tra educatori ed educatrici in seno alle predette disposizioni, stabilendo che l'assegnazione dei posti in organico sia determinata "senza distinzioni di sesso".

4. La posizione della Corte tra discrezionalità del legislatore e coscienza sociale

L'ulteriore passaggio motivazionale proposto dalla Corte costituzionale a sostegno della dichiarazione di inammissibilità della questione chiama in causa la discrezionalità del legislatore nella verifica della perdurante rispondenza della finalità presidiata dalla norma censurata agli orientamenti e valori radicati nella coscienza sociale, considerando la disciplina delle istituzioni educative nella sua interezza.

Citando come precedente la [sentenza n. 84 del 2016](#), infatti, la Consulta, trovandosi di fronte ad un argomento di una certa sensibilità sociale, sceglie di non pronunciarsi cedendo il passo e la parola, al legislatore. Solamente a quest'ultimo, infatti, spetterebbe il compito di "rimodulare il sistema normativo in esame" apprezzando "la persistente opportunità del filtro selettivo prescritto dalla disposizione in scrutinio attraverso una rivalutazione delle ragioni che sorreggono la distinta configurazione delle istituzioni convittuali per allieve e allievi"²¹.

Finora, un simile approccio è stato adottato prevalentemente nei casi in cui si fosse ravvisato uno spazio costituzionalmente neutro in cui la Corte, non ritrovando regole costituzionali specifiche da applicarsi al caso di specie, ha deciso di demandare la questione al legislatore al fine di colmare uno spazio costituzionalmente vuoto²².

Il legislatore, quale interprete della volontà collettiva, sarebbe, a parere della Corte, l'unico soggetto autorizzato a "tradurre il bilanciamento dei valori fondamentali in conflitto, tenendo conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzi come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale"²³.

Come già sottolineato, il caso di specie ha un ambito applicativo alquanto limitato, contandosi sul territorio nazionale una percentuale davvero esigua di istituti convittuali. Nel ragionamento della Corte, anche se non esplicitamente richiamata, tale circostanza pare, tuttavia, assumere un ruolo rilevante, nel sottolineare il rapporto tra discrezionalità del legislatore e volontà della collettività in relazione alla persistente opportunità del mantenimento di una distinta configurazione delle

²¹ [Corte costituzionale, sentenza n. 1 del 2022](#), § 3, *considerato in diritto*

²² N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in [federalismi.it](#), 3/2021, 94 ss.

²³ È il caso, ad esempio, della citata [sentenza n. 84 del 2016](#), nella quale la Corte, pronunciandosi sul divieto di sperimentazione sugli embrioni, ha dichiarato la questione inammissibile poiché attinente "all'area degli interventi con cui il legislatore, quale interprete della volontà collettiva, è chiamato a tradurre [...] il bilanciamento tra valori fondamentali in conflitto, tenendo conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzi come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale"; o, ancora, della [sentenza n. 230 del 2020](#), nella quale la Corte costituzionale, pronunciandosi sul diritto ad essere genitori di due donne unite civilmente a seguito della nascita di un figlio da una delle due mediante PMA, ha dichiarato la questione inammissibile ritenendola perseguibile non già mediante il sindacato di costituzionalità, ma attraverso la "via normativa, implicando una svolta che, anche e soprattutto per i contenuti etici ed assiologici che la connotano, non è costituzionalmente imposta".

istituzioni convittuali per allieve e per allievi. È chiaro, infatti, che in un caso così specifico e così circoscritto, il concetto di collettività viene quasi esclusivamente a coincidere con il bacino di utenza delle suddette strutture, ovvero quei genitori e quegli alunni che, nel variegato panorama del sistema educativo italiano, scelgono di accordare fiducia proprio a quella forma di insegnamento – certamente di nicchia – che ancora prevede una distinzione tra alunni convittori ed alunne convittrici.

Chiamata dal giudice *a quo* a smantellare questo sistema, la Corte ha ritenuto di doversi chiedere se rientrasse nelle sue prerogative stabilire se sia anacronistico un modello educativo basato sulla differenziazione tra maschi e femmine (seppur solamente dal punto di vista “organizzativo” degli educatori, essendo le istituzioni già da tempo aperte ad allievi di entrambi i sessi) oppure – come evidentemente propende – se fosse compito del legislatore intercettare anche il sentimento di quella ristretta collettività che fa ancora affidamento su quel metodo peculiare di insegnamento e, eventualmente, rimeditare la disciplina delle istituzioni educative nella sua globalità.

Simone Frega

L'accordo di "donazione futura" dell'aspirante candidato con il partito per le elezioni politiche e la successiva richiesta di detrazione fiscale per l'erogazione effettuata (alcuni spunti di riflessione sulla [sentenza n. 207 del 2021](#))*

ABSTRACT: *The article regards a judgment of the Italian Constitutional Court, which declares unfounded the request to affirm unconstitutional the Article 11, c. 4-bis, of Decree-Law No. 179/2014, formulated by the Trento Tax Commission. Especially, the sentence allows to explore a particular practice, which consists in a stipulation of a contract between candidate or elected people and the politician party or movement. This practice may not respect the principles of the Italian Constitution in the field of political rights (such as, i.e., Articles 3 and 49 of the Italian Constitution) but, in any cases, it is certainly not an appropriate practice.*

SOMMARIO: 1. La detraibilità delle erogazioni ai partiti o movimenti politici, effettuate da candidati/eletti ad incarichi pubblici in base ad un accordo di "donazione futura", violerebbe il divieto di mandato imperativo. – 2. La questione non è fondata: i contratti stipulati tra parlamentare e partito di appartenenza sono, dunque, legittimi? – 3. Alcuni spunti conclusivi: brevi riflessioni sull'opportunità di concludere accordi sinallagmatici tra candidati/eletti ad incarichi pubblici e formazioni politiche nell'imminenza delle scadenze elettorali.

1. *La detraibilità delle erogazioni ai partiti o movimenti politici, effettuate da candidati/eletti ad incarichi pubblici in base ad un accordo di "donazione futura", violerebbe il divieto di mandato imperativo.*

La questione, sollevata con ordinanza della Commissione tributaria di primo grado di Trento dell'11 settembre 2020 e dichiarata infondata dalla Corte con la [sentenza n. 207 del 2021](#), ha riguardato la vicenda di un soggetto il quale, qualche settimana prima delle elezioni politiche del 2008, aveva concluso un contratto di donazione con il partito politico nelle cui liste si sarebbe, appunto, candidato. Da tale accordo sarebbe derivato l'obbligo, per lo stesso candidato, di versare al partito politico la somma di € 145.000 nel caso in cui fosse stato eletto membro del Parlamento, circostanza che ebbe poi in effetti a verificarsi. La cifra così quantificata, secondo le clausole contrattuali, sarebbe dovuta essere spalmata in 60 rate mensili (corrispondenti alla durata naturale del mandato parlamentare) e non sarebbe stata più dovuta in caso di premorienza, rispetto alla conclusione del mandato, del "parlamentare-donante"¹.

A seguito del pagamento dei ratei concordati, il parlamentare provvedeva a imputare le somme versate al partito in detrazione fiscale, sulla base dell'art. 11, comma 4-bis, del decreto-legge 28 dicembre 2013, n. 149², per cui, «[a] partire dall'anno di imposta 2007[,] le erogazioni in denaro effettuate a favore di partiti politici, esclusivamente tramite bonifico bancario o postale e tracciabili secondo la vigente normativa antiriciclaggio, *devono comunque considerarsi detraibili*» e che «[I]e medesime erogazioni continuano a considerarsi detraibili [...] anche quando i relativi versamenti sono effettuati, anche in forma di donazione, dai candidati e dagli eletti alle cariche pubbliche in conformità a previsioni regolamentari o statutarie deliberate dai partiti o movimenti politici beneficiari delle erogazioni medesime» (stile corsivo del carattere aggiunto)³.



¹ Cfr. Commissione tributaria di primo grado di Trento, sezione seconda, [ordinanza 11 settembre 2020, n. 21 \(G.U. n. 9, prima serie speciale, 2021\)](#).

² Successivamente convertito con modificazioni nella [l. 21 febbraio 2014, n. 13](#).

³ Art. 11, c. 4-bis, [d.l. 28 dicembre 2013, n. 149](#).

Dalla disposizione testé citata, tuttavia, non appare immediatamente perspicuo se il legislatore, facendo riferimento genericamente alle “erogazioni”, abbia inteso far rientrare nella categoria delle somme portabili in detrazione anche quelle erogate al partito o movimento politico da parte dei candidati o dagli eletti a prescindere che la causa della prestazione sia liberale o meno. Tanto che l’Agenzia delle Entrate – Direzione provinciale di Trento, col disconoscere la natura di “erogazione liberale” al pagamento effettuato dal parlamentare, ha negato la possibilità della detrazione fiscale richiesta⁴.

Tesi, quest’ultima, condivisa dalla Commissione tributaria adita (dallo stesso parlamentare attraverso l’impugnativa dell’avviso dell’Agenzia delle Entrate con cui si disconosceva la detrazione e si accertava per l’anno 2008 una maggiore imposta di 8.622,00 euro dovuti all’Erario), benché, tuttavia, la stessa non abbia ritenuto – alla luce del disposto di cui all’art. 11, c. 4-*bis*, d.l. n. 179/2014 – necessario il carattere della liberalità per portare in detrazione fiscale l’erogazione effettuata dal parlamentare o candidato in favore del partito o movimento politico⁵.

Sotto tale profilo, non rileva neppure la circostanza per cui il contratto, concluso tra il futuro candidato (poi parlamentare) e il partito, sia stato dalle stesse parti definito come contratto di donazione. Infatti, l’accordo di donazione avente ad oggetto beni futuri sarebbe da intendersi nullo ai sensi dell’art. 771 c.c.; peraltro, la previsione di donazioni periodiche sarebbe possibile, ai sensi dell’art. 772 c.c., esclusivamente per “prestazioni alimentari e di soccorso”; da ultimo, come detto poc’anzi, nell’accordo tra le parti difetterebbe proprio il carattere della liberalità, «elemento essenziale della causa del contratto di donazione»⁶.

Tuttavia, pur ritenendo ammissibile che il legislatore possa estendere la detrazione fiscale anche a erogazioni che non siano, di fatto, liberali, il giudice *a quo* ha ritenuto che la possibilità (seppur, appunto, astrattamente legittima) data al parlamentare o candidato di detrarre l’erogazione – priva del carattere di liberalità – lo esporrebbe a «possibili condizionamenti» della sua «indipendenza [...] nell’espletamento delle [...] funzioni»⁷ che gli sono proprie, violando, dunque, il divieto di mandato imperativo⁸. Più particolarmente, è stato osservato come potrebbero essere fonte di

⁴ Tra l’altro, la stessa Agenzia delle Entrate riteneva che la detrazione potesse essere richiesta solo per le “erogazioni liberali”, poiché sarebbe la stessa rubrica dell’art. 11 a far riferimento alle «[d]etrazioni per le erogazioni *liberali* in denaro in favore di partiti politici» (stile corsivo del carattere aggiunto): cfr. Commissione tributaria di primo grado di Trento, sezione seconda, [ordinanza 11 settembre 2020, n. 21 \(G.U. n. 9, prima serie speciale, 2021\)](#), *ritenuto in diritto*.

⁵ *Ibidem*. In particolare, la Commissione tributaria osserva che la volontà del legislatore di estendere la detraibilità anche alle erogazioni liberali si evincerebbe, in primo luogo, dal fatto che al termine “erogazione” non sia stato accostato l’aggettivo “liberale”, in secondo luogo, dalla circostanza che sia stato inserito l’inciso “devono comunque considerarsi detraibili” e, da ultimo, dall’indicazione che possono essere detraibili le erogazioni “anche in forma di donazione”, circostanza che porta ad escludere che il legislatore abbia voluto sottintendere, ai fini della detraibilità, la necessità di un’erogazione esclusivamente liberale.

⁶ Cfr. Commissione tributaria di primo grado di Trento, sezione seconda, [ordinanza 11 settembre 2020, n. 21 \(G.U. n. 9, prima serie speciale, 2021\)](#), *ritenuto in diritto*, e le argomentazioni che poi sono state riprese dalla Corte cost., [sent. 29 ottobre 2021, n. 207](#), punto 1 del *considerato in diritto*. In particolare, infatti, è la stessa Commissione tributaria a riconoscere che «si sarebbe in realtà costituito [“]un rapporto sinallagmatico[“]”, in forza del quale, [“]a fronte della disponibilità del partito di offrire al ricorrente la possibilità di essere candidato alle elezioni politiche del 13-14 aprile 2008[“]”, quest’ultimo avrebbe assunto l’obbligo, con contratto (solo apparentemente) di donazione [...], di corrispondere» al partito una somma prefissata (Corte cost., [sent. 29 ottobre 2021, n. 207](#), punto 1 del *considerato in diritto*).

⁷ Commissione tributaria di primo grado di Trento, sezione seconda, [ordinanza 11 settembre 2020, n. 21 \(G.U. n. 9, prima serie speciale, 2021\)](#), *ritenuto in diritto*.

⁸ Di cui all’[art. 67 della Costituzione](#): «[o]gni membro del Parlamento rappresenta la Nazione ed esercita le sue funzioni senza vincolo di mandato». Sul divieto di mandato imperativo si vedano, tra i molti, i contributi di C. MORTATI, *Art. 67*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, 1986, 179-184, spec. 182 ss. e N. ZANON, *Il libero mandato parlamentare: saggio critico sull’art. 67 della Costituzione*, Milano, 1991. Ancora sul divieto di mandato imperativo (in particolare relazione alla disciplina dei gruppi parlamentari) si veda, tra gli altri, il contributo di E. RINALDI, *Divieto di mandato imperativo e disciplina dei gruppi parlamentari*, in [Costituzionalismo.it](#), 2/2017, 133-186.

possibile menomazione dell'indipendenza del parlamentare, in primo luogo, la presenza di debiti di natura giuridica tra parlamentare e partito o movimento politico di afferenza, in quanto ciò comporterebbe l'ingresso di fattori esogeni al normale «rapporto rappresentativo» che dovrebbe intercorrere tra di essi, e, quindi, la vincolatività nel tempo dell'accordo (corresponsione di un importo uguale in tante rate mensili quanti sono i mesi di durata della legislatura), poiché un siffatto legame provocherebbe il rischio di «indurre il parlamentare ad una fedeltà forzata verso il partito politico creditore»⁹.

2. La questione non è fondata: i contratti stipulati tra parlamentare e partito di appartenenza sono, dunque, legittimi?

La Corte costituzionale, come anticipato, ha considerata infondata la questione poiché la disposizione oggetto del giudizio di costituzionalità, in realtà, non vincolerebbe a comportamenti che potrebbero avere un «effetto diretto sullo status di parlamentare o sulla libertà di esercizio del mandato»¹⁰. Infatti, la previsione della detraibilità fiscale dei versamenti effettuati dai parlamentari al loro partito di riferimento non comporterebbe, secondo la Corte, l'obbligo per i medesimi né di concludere tali accordi, né di avvalersi della detrazione fiscale. Inoltre, lo stesso parlamentare che decidesse, come nel caso di specie, di stipulare un contratto con il partito e, poi, di accedere alla detrazione fiscale, non sarebbe, solo per tali ragioni, vincolato alle determinazioni del partito stesso: avrebbe solo la possibilità di ridurre l'imposta IRPEF dovuta allo Stato.

Come ricordato dalla Consulta, nel nostro ordinamento il divieto di mandato imperativo (di cui all'art. 67 della Costituzione)¹¹ comporta che gli accordi conclusi tra parlamentare e formazione politica, capaci di vincolare la piena libertà del primo, non siano soggetti ad alcun tipo di garanzia, restando, «la loro osservanza» «rimessa alla coscienza del singolo parlamentare»¹².

Peraltro, la portata dell'art. 67 della Costituzione è da intendersi non come limite alla possibilità per il parlamentare di aderire – liberamente – alle direttive del partito di riferimento, ma come barriera, per la medesima formazione politica, volta ad impedire che lo stesso possa essere obbligato ad un determinato comportamento o sia sanzionato nel caso in cui si discosti dalle decisioni assunte dalla segreteria (o dal *leader*) del partito: è una disposizione posta a tutela della libertà del parlamentare dai condizionamenti esterni (considerando tali, anche quelli che potrebbero provenire – e provengono – dal partito di riferimento)¹³.

⁹ Commissione tributaria di primo grado di Trento, sezione seconda, [ordinanza 11 settembre 2020, n. 21 \(G.U. n. 9, prima serie speciale, 2021\)](#), ritenuto in diritto. Il giudice *a quo* osserva, tra l'altro, che il parlamentare sarebbe indotto a perseguire le indicazioni del partito a cui afferisce, poiché, viceversa, si troverebbe in una posizione (secondo la Commissione tributaria) «paradossale», ossia nella «situazione [...] di dover sostenere finanziariamente un partito politico del quale si è dissociato».

¹⁰ Corte cost., [sent. 29 ottobre 2021, n. 207](#), punto 4.2 del *considerato in diritto*, secondo cui, appunto, il contenuto della disposizione censurata dalla Commissione tributaria «non [...] determin[a] perciò effetti di sorta, né sullo status del parlamentare, né sulle modalità di esercizio del mandato, che può e deve continuare ad essere svolto liberamente, in conformità o meno agli indirizzi del partito o gruppo di riferimento». Infatti, sempre secondo la Consulta, «[l]'obiettivo» del legislatore era stato «quello di estendere a tali erogazioni il beneficio della detraibilità, in quanto [...] eseguite in conformità a previsioni regolamentari o statutarie del partito beneficiario» (punto 2 del *considerato in diritto*).

¹¹ Il divieto di mandato imperativo, secondo la Consulta, esige che non possano essere instaurati, nei confronti del parlamentare, vincoli, «da qualunque fonte derivino: legislativa, statutaria, negoziale», che siano in grado di condizionare l'indipendenza dello stesso parlamentare o comunque l'espletamento del suo mandato: cfr. Corte cost., [sent. 29 ottobre 2021, n. 207](#), punto 4.1 del *considerato in diritto*.

¹² Corte cost., [sent. 29 ottobre 2021, n. 207](#), punto 4.1 del *considerato in diritto*.

¹³ *Ibidem*. Sul punto, la medesima Corte costituzionale si riferisce ad una sua precedente decisione lontana nel tempo, in cui si affermava che «[i]l divieto di mandato imperativo importa che il parlamentare è libero di votare secondo gli indirizzi del suo partito ma è anche libero di sottrarsene; nessuna norma potrebbe legittimamente disporre

3. *Alcuni spunti conclusivi: brevi riflessioni sull'opportunità di concludere accordi sinallagmatici tra candidati/eletti ad incarichi pubblici e formazioni politiche nell'imminenza delle scadenze elettorali.*

La Corte costituzionale, pertanto, benché abbia riconosciuto che la disposizione oggetto del giudizio non sia in grado di incidere sullo *status* del parlamentare, ha comunque rilevato che la validità o meno dei contratti stipulati tra candidato/eletto e partito di afferenza debba essere valutata dal giudice dinnanzi a cui potrebbe essere sottoposta la questione¹⁴.

Infatti, non può non notarsi che la questione di costituzionalità abbia buttato nuova luce su una “prassi” dei partiti e movimenti politici dai confini incerti. Né pare irrilevante che alcune di queste formazioni politiche abbiano manifestato – espressamente, o in maniera più velata – la loro “insofferenza” nei confronti del divieto di mandato imperativo.

A titolo esplicativo, è possibile riferirsi a due esempi emersi nel panorama politico più di recente. Il primo riguarda i tentativi che sono stati posti in essere per provare a vincolare il parlamentare a non discostarsi dalle scelte del partito politico: il parlamentare che se ne fosse discostato, sarebbe stato, appunto, “obbligato” a dimettersi o, in alternativa, a pagare una cospicua sanzione economica¹⁵; alle stesse conseguenze sarebbe andato incontro il parlamentare che avesse deciso di aderire ad un altro gruppo parlamentare durante l’esercizio del suo mandato. Il secondo esempio si riferisce alla riforma del regolamento parlamentare del Senato della Repubblica, avvenuta nel 2017, che ha ristretto la possibilità, per i parlamentari, di costituire nuovi gruppi durante la legislatura e ha previsto che questi debbano comunque rappresentare un partito o una formazione politica presentata alle elezioni, in cui sono stati eletti suoi esponenti. Certamente, quest’ultima è una misura che mira a garantire un maggior legame tra i partiti, che, di fatto, restano “fuori” dalle aule parlamentari, ed i

che derivino conseguenze a carico del parlamentare per il fatto che egli abbia votato contro le direttive del partito» (cfr. Corte cost., [sent. 7 marzo 1964, n. 14](#), punto 2 del *considerato in diritto*). Tra l’altro, è stato sostenuto che la portata dell’art. 67 della Costituzione debba far prestare molta attenzione a «rendere sempre più serrato il rapporto fra scelta del Gruppo parlamentare e lista di elezione o di evitare il fenomeno cosiddetto del “transfughismo”, oppure la disciplina del contingentamento degli emendamenti, o ancora la crescente marginalità del voto a scrutinio segreto, nell’ambito di disposizioni che appaiono sempre più “gruppo-cratice”» (cfr. L. CIAURRO, *Costituzione e diritto parlamentare: un rapporto double face*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 2, 2018, 25). Più in generale, a commento della sentenza 7 marzo 1964, n. 14, si vedano, tra gli altri, i contributi di N. CATALANO, *Portata dell’art. 11 della Costituzione in relazione ai trattati istitutivi delle Comunità europee*, in *Il foro italiano*, 1964, 465-475; M. BON VALSASSINA, *Considerazioni sulla sentenza n. 14 della Corte Costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1964, 133-144.

¹⁴ [Ivi](#), punto 4.2 del *considerato in diritto*.

¹⁵ Nello specifico, si segnala il codice di comportamento del Movimento 5 Stelle per i candidati alle elezioni europee del 2014 e per gli eletti al Parlamento europeo: si “obbligava” il parlamentare a dimettersi nel caso in cui avesse ricevuto una condanna penale in primo grado o qualora fosse ritenuto inadempiente al codice di comportamento e/o agli impegni assunti nel rispetto delle sue regole; si prevedeva che 500 iscritti al Movimento residenti nella circoscrizione in cui il parlamentare era stato eletto di motivare la sua grave inadempienza o quando la maggioranza tra gli iscritti residenti nella medesima circoscrizione abbiano approvato la proposta di dichiararlo inadempiente; nel caso in cui non si fosse dimesso, il parlamentare avrebbe dovuto pagare 250.000 euro di sanzione (cfr. sulla questione, tra gli altri, il contributo di G. GRASSO, *Mandato imperativo e mandato di partito: il caso del Movimento 5 Stelle*, in [Osservatorio costituzionale](#), 2/2017; parimenti, si vedano, tra le altre, le osservazioni di G.L. CONTI, *Sfera pubblica e sfera provata della rappresentanza. La giustiziabilità dell’art. 67, Cost. nella sua attuazione da parte dello statuto di un gruppo parlamentare*, in [federalismi.it](#), 13/2018, spec. 5 s., 13 e di C. PINELLI, *Libertà di mandato dei parlamentari e rimedi contro il transfughismo*, in [federalismi.it](#), 13/2018. In modo simile, si era verificata la “prassi” di far firmare ai parlamentari le dimissioni in bianco, garantendo al segretario del partito – che le conservava – un potere ed un’influenza nei parlamenti non indifferente. Sul punto si veda, tra gli altri, il richiamo effettuato da L. CIAURRO, *Costituzione e diritto parlamentare: un rapporto double face*, cit., 25).

gruppi parlamentari stessi¹⁶, costituendo essi, appunto, l'associazione dei deputati (o senatori) che afferiscono allo stesso partito o a partiti con orientamento politico comune o affine; nel contempo, però, un siffatto intervento è scaturito anche dalla volontà, di alcune formazioni politiche¹⁷, di incidere maggiormente sulla libertà d'azione del parlamentare, senza approdare¹⁸, per il momento, al superamento del divieto di mandato imperativo¹⁹.

Tuttavia, la "prassi" di concludere accordi tra partiti e parlamentari o per indurli a rimanere fedeli al partito o, come nel caso in esame, per ottenere un finanziamento in cambio della candidatura/elezione parrebbe costituzionalmente problematica.

Innanzitutto, ci si interroga sulla natura dell'accordo e sulla loro conformità al modello costituzionale italiano.

Come evidenziato anche dalla Corte costituzionale nella decisione in commento, un accordo che preveda un'influenza sul parlamentare tale da non garantire allo stesso di poter esercitare liberamente il suo mandato o, comunque, in grado di ledere lo *status* di parlamentare, sarebbe in evidente contrasto con l'art. 67 della Costituzione. Del resto, pochi dubbi si nutrono sull'illegittimità delle pratiche della firma di una dimissione in bianco²⁰ o, più di recente, della disposizione statutaria che obbliga alle dimissioni all'avverarsi di alcune condizioni: simili

¹⁶ Affinché i gruppi parlamentari siano il «riflesso dei partiti in Parlamento»: cfr. N. LUPO, *La disciplina dei gruppi parlamentari, nel mutare delle leggi elettorali*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2017, 15; si tenga conto che, come sottolineato dall'A. a p. 21, la disciplina, volta «a disincentivare la mobilità dei parlamentari», si limita a richiedere «il requisito della corrispondenza con un partito o movimento politico» al «capo del gruppo e non [a]l singolo senatore»; infine, ricorda come «la disciplina [...] non sia idonea ad impedire l'iscrizione di un senatore ad un gruppo diverso da quello originario».

¹⁷ Il riferimento, evidentemente, non è a tutte le formazioni politiche (che anzi hanno permesso un intervento modificatorio rispettoso del principio di divieto di mandato imperativo), ma, in particolare, al Movimento 5 Stelle e alla Lega: non si dimentichi che, proprio nel «contratto per il governo del cambiamento» della successiva primavera del 2018 (la modifica regolamentare del Senato della Repubblica era stata approvata a dicembre dell'anno precedente) le due formazioni politiche citate si erano proposte di abolire il divieto di mandato imperativo, per evitare (anche) forme di «transfughismo» parlamentare: cfr. T.F. GIUPPONI, *La riforma del regolamento del Senato e il travagliato avvio della XVIII legislatura*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, luglio 2018, spec. 3 s. Sul punto, si vedano altresì le osservazioni di C. PINELLI, *Libertà di mandato dei parlamentari e rimedi contro il transfughismo*, cit., 13/2018, spec. 4 s., là dove condivisibilmente afferma che l'obiettivo del Movimento 5 Stelle (ma non solo) sia quello «di ridurre i parlamentari, non meno dei ministri, a esecutori di ordini impartiti da una società privata» (p. 5). Tuttavia, anche altre formazioni politiche, nel tempo, hanno manifestato la volontà di eliminare il divieto di mandato imperativo (non solo nella compagine di centro destra, ma anche in quella di centro sinistra): cfr. sul punto F. LANCHESTER, *Crisi della rappresentanza in campo politico e divieto di mandato imperativo*, in *Osservatorio costituzionale*, 1/2020, 106-121, spec. 107 ss.

¹⁸ E, si spera, mai si approderà: cfr., tra gli altri, i contributi di R. BIN, *La disciplina dei gruppi parlamentari*, in *AIC, Il Parlamento*, Padova, 2001, 87-108, spec. 87 s.; N. ZANON, *Il transfughismo parlamentare: attenti nel toccare quel che resta del libero mandato*, in *Quaderni Costituzionali*, 1/2001, 137-140, spec. 139 s., il quale conclude rilevando che «bisogn[erebbe] sempre domandarsi chi sia il «traditore»», ossia «se sia stato il parlamentare a «tradire» il programma elettorale, o se invece il «tradimento» sia stato perpetrato dal gruppo parlamentare: nel qual caso il dissenso o la ribellione», con anche la sua uscita dal gruppo (per la garanzia data dal divieto di mandato imperativo), «sarebbero testimonianza di fedeltà alle «promesse» fatte al corpo elettorale».

¹⁹ Sul rapporto tra divieto di mandato imperativo e rappresentanza politica, si vedano, tra le altre, le osservazioni di A. CONTIERI, *La nuova disciplina dei Gruppi parlamentari a seguito della riforma del regolamento del Senato*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 6 marzo 2018, spec. 10 ss., là dove l'A. si chiede «fino a che punto può essere compromesso il libero mandato parlamentare». Sempre sulla riforma del regolamento del Senato della Repubblica si veda, tra gli altri, N. LUPO, *La riforma del (solo) regolamento del Senato alla fine della XVII legislatura*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 5 gennaio 2018.

²⁰ Cfr. L. CIAURRO, *Costituzione e diritto parlamentare: un rapporto double face*, cit., 25. Sempre sul punto, si vedano, tra gli altri, il contributo di A. FRICANO, *Apologia del libero mandato parlamentare: quale futuro per una guarentigia in crisi*, in *La Rivista «Gruppo di Pisa»*, 1/2021, 247-282, spec. 262 s. e 274 ss. e i riferimenti degli studi di Mortati, Esposito e Crisafulli *ivi* citati e valorizzati. Infine, anche C. PINELLI, *Libertà di mandato dei parlamentari e rimedi contro il transfughismo*, cit., spec. 3, rileva l'incompatibilità con il dettato costituzionale delle «eventuali lettere di dimissioni con data lasciata in bianco, che i parlamentari abbiano firmato a garanzia della disciplina di partito».

accordi/imposizioni sviscerano la portata del divieto di mandato imperativo e si pongono in contrasto con il dettato costituzionale.

Un accordo che, invece, preveda il sostegno economico al partito politico lungo la durata del mandato, apparentemente, sembrerebbe presentare meno problemi o, comunque, problemi di minore portata. Infatti, si è dinnanzi ad un mero accordo economico che, tra l'altro, esplicherebbe i suoi effetti solo in caso di elezione ed il partito potrebbe incidere sul parlamentare solo richiedendo il pagamento dei ratei (tralasciando, in questa sede, l'elemento della validità – dal punto di vista civilistico – di tali accordi di donazione futura).

Ma anche quest'ultimo caso ci appare foriero di problemi, da individuarsi non tanto nel momento in cui il partito o il movimento politico sia intento al richiedere il pagamento o in cui il parlamentare adempia alla sua "obbligazione" contrattuale, quanto, piuttosto, nel periodo intercorrente dalla conclusione dell'accordo alle trattative che lo precedono: trattative, queste ultime, che riguardano la promessa di candidatura in cambio dell'impegno al finanziamento del partito. Certo: contribuire al partito politico è importante e garantisce la stessa esistenza della formazione politica. Però, non sussistendo disposizioni legislative riguardanti la modalità di partecipazione alle spese del partito, la contrattazione candidatura-donazione è lasciata alla discrezione del partito medesimo, del suo segretario e del futuro candidato-eletto (senza, peraltro, alcuna garanzia di pubblicità dell'accordo): non tutti coloro che intendono candidarsi possono contribuire in egual misura (e, dunque, si potrebbe ravvisare una possibile violazione dell'art. 3 della Costituzione) e la partecipazione alla vita politica da parte dei cittadini sarebbe subordinata ad un accordo economico (il che farebbe emergere quantomeno alcuni dubbi sul rispetto dello stesso art. 49 della Costituzione).

Si pone, pertanto, la questione se ritenere anche tali "prassi" conformi al dettato costituzionale, e come, nel caso negativo, si possa operare per risolvere il contrasto. Allo stato attuale, simili accordi, se conclusi, potrebbero, esemplarmente, essere dichiarati nulli direttamente dal giudice in quanto in contrasto con norme imperative o facenti riferimento all'ordine pubblico dell'ordinamento che prevedono il divieto di mandato imperativo e la garanzia di uguali condizioni per partecipare alla vita politica del Paese²¹.

Diversamente, qualora fosse ritenuta lecita la "prassi" di cui sopra, sarebbe pur da domandarsi se non sia, almeno, da qualificarsi inopportuna la circostanza in cui un soggetto, in vista della possibile candidatura delle elezioni politiche o, forse, proprio contestualmente alla promessa di una candidatura, si impegni a versare, in "controprestazione", una somma lungo l'arco del possibile mandato parlamentare.

Si consideri, tra l'altro, che il sistema elettorale vigente al momento dell'accordo tra futuro parlamentare e partito prevedeva le liste bloccate²²: è da ritenersi ammissibile una "prassi" che prevede una "contrattazione" – anche economica – per l'inserimento di un soggetto nella lista elettorale di un partito o movimento politico? Peraltro, non potrebbe escludersi di poter immaginare

²¹ Diversamente, in dottrina è stato ritenuto necessario che la Corte costituzionale si pronunciasse dichiarando incostituzionale le disposizioni in materia di contratto, là dove non escludano la possibilità di concludere accordi tra partito politico e candidato/eletto nei casi visti nel testo del presente paragrafo: «[I]a questione di legittimità costituzionale [...] [h]a per oggetto la norma che consente di stipulare il contratto e non il contratto» stesso (cfr. G.L. CONTI, *Sfera pubblica e sfera privata della rappresentanza. La giustiziabilità dell'art. 67, Cost. nella sua attuazione da parte dello statuto di un gruppo parlamentare*, cit., spec. 15 s.).

²² Cfr. [l. 21 dicembre 2005, n. 270](#), che ha introdotto un nuovo sistema elettorale, successivamente dichiarato incostituzionale in alcuni punti dalla [sentenza 13 gennaio 2014, n. 1](#): in particolare, sulla presenza di liste bloccate (e lunghe), formate sulla base della scelta esclusiva dei *leader* di partito, il giudice costituzionale ha ritenuto che siano «tali da alterare per l'intero complesso dei parlamentari il rapporto di rappresentanza fra elettori ed eletti» (punto 5.1 del *considerato in diritto*). A commento della sentenza si vedano, tra tanti, i contributi reperibili nella rassegna fornita da questa [Rivista](#), in [esergo](#) alla decisione di cui trattasi. Sulla relazione tra la decisione del Corte e le successive modifiche al sistema elettorale italiano si veda, altresì, il contributo di L. TRUCCO, [Il sistema elettorale "Italicum" alla prova della sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014 \(note a prima lettura\)](#), in [Consulta OnLine, 2014](#), spec., sulle liste "lenzuola", 2 ss.

che avvenga altresì una contrattazione in base al posizionamento all'interno della lista (con più alta probabilità, dunque, di elezione), nel senso di una maggiore offerta ("economica") in cambio di una candidatura più "sicura"²³. Indubbiamente, il contratto di "donazione" concluso nel caso di specie "esplicava" i suoi effetti solo a seguito dell'effettiva elezione del candidato-parte contrattuale; però, tale evenienza non permette di escludere che possa esserci chi, proprio nel momento in cui vengono stilate le liste elettorali, pur di vedersi garantito un seggio provi ad "offrire di più", con la conseguenza che si potrebbe assistere ad un gioco "del chi promette di più", che non farebbe sicuramente bene alla politica.

Per altro diverso aspetto, non si ignora come l'esigenza del partito politico di recuperare fondi per svolgere l'attività politica sia all'ordine del giorno; il legislatore dovrebbe, dunque, trovare soluzioni in grado di non svilire ulteriormente il rapporto rappresentante-partito e quello rappresentante-rappresentato, da un lato, e di garantire al partito o movimento politico un finanziamento adeguato, dall'altro²⁴. Ad esempio, si potrebbe almeno vietare la "prassi" di concludere accordi economici nel periodo che precede una consultazione elettorale oppure, prevedere che, per concorrere alle spese sostenute dalla formazione politica di appartenenza, tutti i titolari di incarichi elettivi versino al loro partito una percentuale fissa dell'indennità percepita per il medesimo incarico o, in alternativa, fissare un tetto massimo entro cui ciascuno possa compartecipare alle spese. Più in generale, bisognerebbe affrontare il nodo del finanziamento della politica: l'abolizione totale di ogni sovvenzione pubblica in favore della politica ha portato inevitabilmente il partito o movimento politico a cercare altre forme di finanziamento, non sempre trasparenti o, comunque, opportune²⁵.

Ancor più sul piano sistemico, si potrebbe, finalmente, prevedere l'abolizione delle liste bloccate ed il ritorno alle preferenze²⁶, inducendo i partiti ad inserire nelle liste da presentare per le elezioni coloro che per la preparazione o per il collegamento con la società (o, magari, per entrambe le caratteristiche) abbiano un seguito elettorale maggiore rispetto a chi, invece, sarebbe (anche proprio per il fatto stesso di non avere un seguito elettorale sufficiente) disposto a promettere una maggiore erogazione "liberale" al partito politico (o, comunque, ad assicurare il *leader* del partito o movimento politico che asseconderà le "indicazioni" di volta in volta impartite)²⁷.

²³ Tra l'altro, si è certi che il segretario del partito o movimento politico chiederà a tutti la promessa di versamento della medesima cifra, oppure ad alcuni potrebbe chiedere una quota e ad altri un'altra più bassa o più alta?

²⁴ Sul percorso effettuato dal legislatore sul tema del finanziamento della politica si veda, tra gli altri, il contributo di F. BIONDI, *Il finanziamento dei partiti italiani: dall'introduzione del finanziamento pubblico alla sua "abolizione"*, in G. Tarli Barbieri, F. Biondi (a cura di), *Il finanziamento della politica*, Napoli, 2016, 11-50. Per quanto riguarda, invece, il possibile ricorso a forme di finanziamento oscure si vedano, tra le altre, le osservazioni di F. CINGARI, *Il finanziamento della politica: tra "vecchi" e "nuovi" fenomeni corruttivi*, in G. Tarli Barbieri, F. Biondi (a cura di), *Il finanziamento della politica*, cit., 257-273.

²⁵ Si vedano, tra le altre, le osservazioni di F. CINGARI, *Il finanziamento della politica: tra "vecchi" e "nuovi" fenomeni corruttivi*, cit.

²⁶ Come, recentemente, è stato sostenuto anche da autorevoli costituzionalisti, che hanno presentato una proposta di legge al fine di reintrodurre una preferenza unica per la parte proporzionale della legge elettorale attualmente in vigore e per eliminare la possibilità di proporre candidature multiple (cfr. [Proposta di legge recante "Reintroduzione del voto di preferenza e divieto di candidature multiple"](#), elaborata da F. SALMONI, L. TRUCCO, A. MORELLI, M. RUOTOLO, B. DE MARIA, G. MOSCHELLA, A. APOSTOLI, C. DE FIORES, G. AZZARITI, M. DELLA MORTE, G. TARLI BARBIERI, V. MARCENÒ). Dalla relazione di accompagnamento al progetto, si rinviene la medesima preoccupazione, ossia quella che «ormai [sembra] sufficientemente comprovato che la presenza di meccanismi in cui spetta esclusivamente ai leader dei partiti politici fissare l'ordine di elezione dei candidati, specie in assenza di precise regole di reclutamento [...], favorisca la negoziazione di candidature inadeguate, data la facilità di garantire l'elezione soltanto a coloro che si intendono agevolare collocandoli nelle parti alte delle liste bloccate».

²⁷ Una simile previsione riporterebbe il rappresentante ad uscire, incontrare i cittadini e mantenere le relazioni, fondamentali, sì per un'eventuale rielezione, ma anche (e soprattutto) per rafforzare il rapporto rappresentante-rappresentato. Tuttavia, si dovrebbe intraprendere uno sforzo ulteriore affinché per la scelta delle persone da inserire nelle liste elettorali sia garantito un ampio coinvolgimento degli iscritti al partito o movimento politico. Si consideri, tra l'altro, che, purtroppo, «[p]iù che i limiti formali o le procedure tendente a coinvolgere gli iscritti, sembra che le uniche

preoccupazioni che hanno animati i partiti, almeno fino a qualche anno fa (vale a dire fino al 2005, quando con la nuova legge elettorale anche tale preoccupazione è venuta meno», anche perché senza preferenze e con le liste bloccate i candidati possono venire eletti senza neanche aver mai conosciuto un elettore della circoscrizione di riferimento), «siano consistite in ragioni di carattere sostanziale, ovvero l'opportunità di individuare persone capaci di attrarre consensi nell'elettorato (che poi queste siano o meno capaci di svolgere il ruolo per il quale sono state elette è elemento del tutto secondario)» (stile sottolineatura carattere aggiunto): cfr. E. ROSSI, *La democrazia interna nei partiti politici*, in *Rivista AIC*, 1/2011, spec. 12 s. Sul punto, più di recente, A. MORELLI, F. SALMONI, *Tre ottime ragioni per introdurre il voto di preferenza*, in *laCostituzione.info*, 22 febbraio 2022, affermano che l'introduzione delle preferenze (oltre a garantire una maggiore «rappresentatività» e «a rafforzare», appunto, «il rapporto tra eletti e territorio») permette «l'ingresso in Parlamento di persone competenti», in quanto «[i]l “merito” [...] si traduce», non solo «nell'idoneità del candidato di acquisire una diffusa fiducia circa le sue capacità di interpretare interessi avvertiti da ampie fasce della società e di dare loro soddisfazione», ma anche (e soprattutto) nel «poter sanzionare politicamente il candidato già eletto, che abbia svolto in modo insoddisfacente il proprio mandato, scegliendo di non votarlo più, anche se la sua fedeltà al capo gli continua a garantire un posto utile in lista».

Margherita Corvasce

L'intervento del Presidente del Consiglio dei ministri nel giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale: spunti ricostruttivi alla luce della recente prassi giurisprudenziale*

ABSTRACT: *with the following contribution we intend to analyze the Prime Minister's presence in the judicial review cases and highlight the problems raised by the participation of the Head of Government in the constitutional judgment, still considered an "enigma" by the doctrine. After examining the substantive and procedural profiles of the subject of study, will be addressed the issue of the relations between the Prime Minister and his legal representative - the State Legal Service - and between the Prime Minister and the other constitutional bodies - Council of Ministers and Parliament -, in the light of the provisions contained in Law 400/88. The institution in question is characterized by significant cognitive limits, generated by the impossibility of knowing the preliminary phase of the question of constitutional legitimacy, which takes place entirely within the Presidency of the Council, and of accessing the documents that the Presidency sends to the defense, in the case in which it opts to intervene in court. For this reason, in order to investigate the conduct of the Prime minister in court, a case study of the measures issued by the Constitutional Court in 2020 and 2021 was carried out.*

SOMMARIO: 1. Profili e difficoltà metodologiche - 2. Aspetti sostanziali e processuali dell'istituto - 3.1. L'intervento del Presidente del Consiglio nel contesto costituzionale: rapporti con il Consiglio dei ministri - 3.2. (segue) rapporti con l'Avvocatura dello Stato - 4. Rapporti con il Parlamento - 5. Studio casistico dei provvedimenti della Corte costituzionale dell'anno 2020 e 2021 - 6. Cenni conclusivi.

1. *Profili e difficoltà metodologiche*

La presenza del Presidente del Consiglio dei ministri nei giudizi di legittimità costituzionale in via incidentale ha spesso suscitato, in passato, l'interesse della dottrina per i diversi profili di problematicità sollevati e per la difficoltà di inquadrare la sua stessa ragion d'essere. Le ambiguità dell'istituto hanno, infatti, consentito alla scienza costituzionalistica di elaborare diverse ricostruzioni per spiegare la *ratio* dell'intervento e per individuare gli interessi e le istanze che tramite l'Avvocatura dello Stato si vogliono tutelare. Tuttavia, la riflessione dottrinale sul tema risulta oramai datata; di conseguenza, è solo alla luce della prassi attualmente vigente che se ne possono apprezzare gli esiti. Per tale motivo si è deciso di tralasciarne l'esposizione e incentrare il seguente contributo sulla fisionomia più attuale dell'intervento, mettendo in luce, altresì, le restrizioni conoscitive che limitano inevitabilmente qualsiasi ricostruzione teorica dell'istituto¹.



¹ Si ritiene di dover accennare alle diverse teorie elaborate dalla dottrina, fornendo i principali e più autorevoli riferimenti bibliografici. In linea con il dibattito parlamentare che ha portato all'emanazione della l. 87/1953, una delle prime teorie che si è sviluppata è quella del *defensor legis*, sostenuta da R. ROMBOLI, *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, Milano, 1985, 145 ss.; (più recentemente) *id.*, *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale 2017-2019*, Torino, 2020, 83; E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, VI ed., Torino, 2018, 117-118; si vedano anche A. M. SANDULLI, *Natura, funzione ed effetti delle pronunce della Corte costituzionale sulla legittimità delle leggi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1959, 21 ss. e C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, 1976, 1383. Invece, secondo F. MODUGNO, *Riflessioni interlocutorie sull'autonomia del giudizio costituzionale*, in *Rass. Dir. pubbl.*, 1996, 295 ss., e G. ABBAMONTE, *Il processo costituzionale italiano*, I, Napoli, 1957, 135 ss. (che adotta però una teoria mista) l'intervento in questione è stato concepito come un mero espediente tecnico-processuale volto a creare una situazione di contraddittorio. Vi sono, poi, tutta una serie di teorie che ricostruiscono il ruolo del Capo dell'esecutivo quale parte imparziale e ne universalizzano la funzione: per alcuni l'intervento del Presidente del Consiglio sarebbe spiegato a tutela di un interesse generale (*"pro populo"*), E. REDENTI, *Il "contraddittorio" davanti alla Corte costituzionale. Questioni di procedibilità e di integrazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, I, 434-435; *id.*, *Legittimità delle leggi e Corte costituzionale*, Milano, 1957, 56, S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico e il sistema punitivo della giurisdizione in generale e della giurisdizione costituzionale in particolare*, Milano, 1961, 167, altri gli affidano il compito di garantire l'interesse pubblico alla certezza del diritto, G. AZZARITI, *Discorso*

Massimo Severo Giannini, poco dopo l'entrata in funzione della Corte costituzionale, rilevava come apparisse «*incerta [...] la stessa figura generale dell'intervento dinanzi alla Corte*»²; Vezio Crisafulli, negli anni '80, lamentava la difficoltà di procedere «*ad una soddisfacente ricostruzione positiva dell'intervento*»³; Zagrebelsky, ancora oggi, definisce l'istituto in questione un vero e proprio «*enigma*»⁴.

Non si tratta di affermazioni iperboliche: le difficoltà ricostruttive che l'intervento in questione porta con sé sono diverse.

Ad un problema di inquadramento teorico dell'istituto – dettato da fattori quali l'atecnicità dell'intervento, non sottoposto ad alcun vaglio di ammissibilità da parte delle Corti, o la non necessità di una previa delibera autorizzativa da parte del Consiglio dei ministri, che non consente di collocare l'atto di intervento nell'ambito dell'attività del Governo nel suo complesso – se ne aggiunge un altro.

In assenza di una delibera autorizzativa consiliare la volontà di partecipare al giudizio incidentale appare frutto di una scelta discrezionale della Presidenza del Consiglio, effettuata all'esito di un procedimento istruttorio gestito da un apposito Ufficio⁵, che prevede il coinvolgimento dei Ministeri interessati dalla questione di legittimità e i cui risultati sono sottoposti al Sottosegretario alla Presidenza del Consiglio, al quale spetta, in concreto, la determinazione finale.

La difficoltà ricostruttiva a cui si è fatto cenno risiede, in particolare, nell'impossibilità di accedere, da un lato, a tutto il carteggio generato dalla fase istruttorie gestita dall'Ufficio contenzioso e, dall'altro, agli atti che vengono inviati, in caso di intervento, all'Avvocatura generale dello Stato, che rappresenta e difende il Presidente del Consiglio in giudizio. Rimangono, quindi, ignote quelle che sono le dinamiche interne alla Presidenza e che portano, poi, alla decisione di intervenire o meno in giudizio. Più nel dettaglio, non sono conoscibili: le attività che in concreto compie l'Ufficio; il tasso di discrezionalità che ne caratterizza l'operato; i pareri forniti dai Ministeri competenti; le dinamiche che intercorrono tra l'Ufficio e il Sottosegretario alla Presidenza del Consiglio; la determinazione di intervento inoltrata all'Avvocatura dello Stato. L'impossibilità di conoscere la comunicazione inviata alla difesa erariale rende di difficile lettura il rapporto che intercorre tra il Presidente del Consiglio e l'Avvocatura e, di conseguenza, l'ampiezza della discrezionalità di cui quest'ultima dispone nell'elaborare la linea difensiva da tenere in giudizio⁶.

Non soccorre nemmeno lo scarno quadro normativo che regola l'istituto, disciplinato dalla l. 87/1953 e dalle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale.

La disciplina positiva, infatti, si limita a regolamentare la presenza del Presidente del Consiglio all'interno del processo costituzionale e, in particolare, la fase della costituzione e i successivi poteri processuali.

L'art. 23, comma 4, l. 87/53, prevede che l'ordinanza con cui il giudice *a quo* solleva la questione di legittimità costituzionale debba essere notificata (a cura della cancelleria) al Presidente del

nella seduta inaugurale del secondo anno di attività della Corte, in *Giur. cost.*, 1957, II, 886, la stessa Corte ha affermato che «*quando la legge prevede il così detto intervento del Presidente del Consiglio dei ministri [...] essa vi ravvisa non il capo di un'amministrazione ma il rappresentante dello Stato inteso come ordinamento unitario*» ([Corte cost., 23 marzo 1960, n. 13](#)). Secondo la dottrina ancora oggi prevalente - come rilevato da A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, VI ed., Torino, 2019, 240; E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *op. cit.*, 2018, 118, A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2019, 158 - l'intervento del Presidente del Consiglio dei ministri nel giudizio incidentale è uno strumento di espressione e salvaguardia dell'indirizzo politico del Governo. Quest'ultima tesi è stata inizialmente prospettata in termini dubitativi da M.S. GIANNINI, *Sull'intervento nel processo dinanzi alla Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1956, I, 241 ss., e sviluppata, poi, da S. Tosi, *Il Governo davanti alla Corte nei giudizi incidentali di legittimità costituzionale*, Milano, 1963, 56 ss.

² M.S. GIANNINI, *Sull'intervento nel processo dinanzi alla Corte costituzionale*, cit., 241.

³ V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, 1984, 302.

⁴ G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, II, II ed., Bologna, 2018, 148.

⁵ Il riferimento è all'Ufficio contenzioso per la consulenza giuridica e per i rapporti con la Corte europea dei diritti dell'uomo del Dipartimento per gli Affari Giuridici e Legislativi (DAGL) della Presidenza del Consiglio dei ministri.

⁶ L'iter endogovernativo e le sue scansioni sono conoscibili grazie all'opera di R. ROMBOLI, *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, cit., 135 ss.

Consiglio dei ministri o al Presidente della Giunta Regionale, a seconda che venga impugnata una legge statale o regionale. Tale notificazione ha lo scopo di consentire l'intervento dell'organo in questione nel processo costituzionale; intervento che deve avvenire nel termine (perentorio) di venti giorni dalla pubblicazione dell'ordinanza nella Gazzetta Ufficiale (art. 4, comma 4, N.I.).

Quanto alle modalità, il Presidente del Consiglio interviene depositando le deduzioni, comprensive delle conclusioni, sottoscritte dall'Avvocato generale dello stato o da un suo sostituto (art. 4, comma 1, N.I.), senza necessità di una previa notificazione alle parti, che saranno, invece, informate da una comunicazione effettuata a cura della cancelleria della Corte (art. 4, comma 5, N.I.).

2. Aspetti sostanziali e processuali dell'istituto

La fisionomia dell'istituto è stata plasmata da due fondamentali pronunce della Corte costituzionale.

Fin dalla sua primissima sentenza, il Giudice delle leggi ha sentito la necessità di specificare che *«l'intervento ha [...] un carattere suo proprio, come mezzo di integrazione del contraddittorio prescritto dalla legge, e si distingue nettamente dall'istituto dell'intervento regolato dal codice di procedura e dalle norme processuali della giustizia amministrativa»* ([Corte cost., 14 giugno 1956, n. 1](#)).

La Corte, fin da subito, ha chiarito che quello del Presidente del Consiglio non è un intervento in senso tecnico e non è, dunque, regolato dalle norme del diritto processuale amministrativo in virtù del rinvio al Regolamento di procedura davanti al Consiglio di Stato effettuato dall' art. 22, l. 87/1953 (da intendersi, oggi, riferito al d.lgs. 104/2010). Pertanto, il Presidente del Consiglio non deve dimostrare, di volta in volta, la titolarità di uno specifico e concreto interesse ad intervenire e, non essendo interventore in senso proprio, nella pubblica udienza prende la parola per ultimo, concludendo la discussione orale⁷. Egli è portatore di un interesse istituzionale oggettivo all'intervento, della cui sussistenza è giudice esclusivo; è autore assoluto della scelta di intervenire, non essendo tale decisione soggetta ad alcun giudizio da parte della Corte costituzionale.

La discrezionalità in questione certamente favorisce la tesi della natura politica (o anche politica) dell'intervento, in quanto, al di là della valutazione strettamente tecnico-giuridica sulla legittimità costituzionale della norma impugnata, al Presidente è interamente devoluto l'apprezzamento della maggiore o minore rilevanza della legge nel complessivo sistema normativo: sotto questo profilo, dunque, l'opportunità del suo patrocinio difensivo non può non assumere – in determinati casi con più evidenza rispetto ad altri - una sfumatura di politicità⁸.

La situazione *de quo* risultava pacifica fino all'8 gennaio 2020, quando la Corte costituzionale ha introdotto un pacchetto di modifiche delle Norme Integrative che ha avuto delle ripercussioni sulla disciplina della presenza del Capo del Governo nel giudizio incidentale. La riforma è stata ampiamente commentata in dottrina; in questa sede ci si limita ad evidenziare, come è già stato notato, che la riscrittura dell'art. 4 delle N.I. e, in particolare, la collocazione topografica del sesto comma, parrebbero equiparare l'intervento del Presidente del Consiglio dei ministri a quello dei soggetti privati, sottoponendo anch'esso ad un controllo di ammissibilità da parte della Corte⁹. Nonostante il

⁷ V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in *Giur. cost.*, 1976, I, 1694; *id.*, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, 1984, 301. Al contrario, se il Presidente avesse dovuto dimostrare di avere un concreto interesse nella controversia, sarebbe dovuto intervenire per primo nella discussione orale al fine di dimostrare la sua legittimazione.

⁸ G. MANZARI, voce *Avvocatura dello Stato*, in *Dig. Pubblico* UTET, II, 1987, 113. *Contra*, R. ROMBOLI, *La presenza del Governo nei giudizi costituzionali dopo la l. 400/1988*, in *Foro it.*, 1989, 317, secondo il quale, mentre nel giudizio di legittimità costituzionale in via principale prevarrebbe una valutazione politica della costituzione, nel giudizio incidentale la determinazione del Presidente si reggerebbe esclusivamente su una valutazione tecnico-giuridica sulla fondatezza della questione.

⁹ G.P. DOLSO, *Recenti interventi sul processo costituzionale*, in *Diritto Pubblico*, 2020, 621 ss.; *id.*, *La modifica delle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale: una prima applicazione*, in *Il mulino-Rivistaweb*, 2020,

supporto del dato letterale, in ogni caso, nulla è finora cambiato e la giurisprudenza costituzionale ha sterilizzato la possibilità di sottoporre l'intervento del Presidente del Consiglio ad un vaglio di ammissibilità.

La seconda sentenza che ha contribuito a strutturare la fisionomia dell'istituto è quella del [6 luglio 1983, n. 210](#), con la quale la Corte costituzionale stabilisce, mutando l'orientamento giurisprudenziale precedente, che il Presidente del Consiglio, quando interviene nel giudizio incidentale, non assume la qualità di parte in senso tecnico-giuridico. Di conseguenza, la sua presenza non osta all'applicazione dell'art. 26, l. 87/1953, che prevede la possibilità della Corte di decidere la questione di legittimità costituzionale in camera di consiglio qualora non vi siano parti costituite, non ricoprendo il Capo del Governo tale qualità.

La sentenza in questione non è stata accolta in maniera univoca dalla dottrina¹⁰, che già da tempo discuteva sull'inquadramento dommatico dell'intervento del Presidente del Consiglio. Tuttavia, al di là del rilievo teorico dell'inquadramento, la distinzione tra parte e soggetto interveniente ha un'incidenza pratica di poco conto: il Presidente del Consiglio e gli altri soggetti eventualmente ammessi ad intervenire acquistano, sul piano processuale, i medesimi diritti delle parti in senso stretto.

Passando agli aspetti più strettamente processuali dell'istituto, l'intervento del Presidente del Consiglio dei ministri può essere suddiviso in due diverse fasi: una interna ed una esterna al processo costituzionale, il cui spartiacque è rappresentato dall'ingresso del Capo del Governo nel giudizio incidentale.

Mentre i profili riguardanti la presenza del Presidente del Consiglio all'interno del processo costituzionale (in particolare la fase della costituzione e le successive facoltà processuali) sono disciplinati dalla legge 87/1953 e dalle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, la fase esterna al processo costituzionale (ossia la procedura preparatoria alla decisione di intervento - o non intervento - del Presidente del Consiglio) è maggiormente controversa e solleva alcune problematiche. Queste ultime sono generate dal fatto che le dinamiche interne alla Presidenza del Consiglio e i rapporti tra questa e l'Avvocatura dello Stato non hanno alcun rilievo esterno: da un lato, non è necessaria una delibera del Consiglio dei ministri autorizzativa dell'intervento; dall'altro, non è possibile accedere alle memorie dell'ufficio competente o agli atti di indirizzo che vengono inviati all'Avvocatura dello Stato, poiché la stessa Presidenza li considera come atti riservati e non ritiene di poterli divulgare.¹¹

La fase interna alla Presidenza del Consiglio è gestita dall' "Ufficio contenzioso, per la consulenza giuridica e per i rapporti con la Corte europea dei diritti dell'uomo", facente parte del Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi.

L'ufficio si articola in tre diversi servizi - Servizio contenzioso costituzionale e rapporti con la Corte Europea dei diritti dell'uomo, Servizio istruttoria del contenzioso ordinario e amministrativo e Servizio esecuzioni titoli giudiziari e recupero - e, tra le attività svolte, ha il compito di sovrintendere e coordinare, in collaborazione con l'Avvocatura dello stato, le attività concernenti il contenzioso

398 ss; C. TANI, *La svolta Cartabia. Il problematico ingresso della società civile nei giudizi innanzi alla Corte costituzionale*, in *laCostituzione.info*, 18 febbraio 2020.

¹⁰ La sentenza citata ha diviso la dottrina tra coloro che l'hanno criticata, R. ROMBOLI, *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, cit., 192-193, F. CERRONE, *L'intervento del Presidente del Consiglio dei ministri nel giudizio incidentale*, in *Foro it.*, 1997, 316; coloro che, al contrario, l'hanno accolta favorevolmente, C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 1383, A. CERRI, *La "dialettica" nel giudizio incidentale: rimediazioni sul tema*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, I, Milano, 1988, 128; coloro che hanno assunto una posizione intermedia, G. ZAGREBELSKY, voce *Processo Costituzionale*, in *Enc. Dir.*, XXXVI, Milano, 1987, 611.

¹¹ Sia l'Avvocatura generale dello Stato che l'Ufficio contenzioso, ai quali ci si è rivolti per avere conoscenza delle memorie in questione, hanno negato l'accesso a tali atti. Di conseguenza, non risulta possibile avere conoscenza dell'intero procedimento e delle fasi che ne compongono l'iter essenziale. L'unica ricostruzione dettagliata dell'istituto e delle sue scansioni, come anticipato, si trova in R. ROMBOLI, *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, cit., 135 ss.

davanti alla Corte costituzionale, alle Corti internazionali e alle giurisdizioni nazionali nei casi in cui il Presidente del Consiglio sia legittimato attivo o passivo¹².

L'ufficio contenzioso (in particolare il primo servizio) è, quindi, il cuore pulsante della procedura preparatoria all'intervento nel giudizio incidentale in quanto cura l'istruttoria della questione di legittimità costituzionale e predispose le determinazioni del Presidente del Consiglio che verranno, poi, inviate all'Avvocatura dello Stato. Non esiste una disciplina relativa agli adempimenti che tale Ufficio è chiamato a compiere, ma il suo operato è frutto di una prassi instauratasi nel tempo e mantiene, in ogni caso, un certo grado di discrezionalità.

Ricevuta la notifica dell'ordinanza di rimessione con cui il giudice *a quo* solleva la questione di legittimità costituzionale, l'Ufficio effettua una sorta di istruttoria al fine di reperire tutte le informazioni utili per la valutazione circa la fondatezza o meno della questione di legittimità costituzionale. A tal fine vengono richiesti i pareri dei Ministeri competenti sulla base della disposizione impugnata (per il tramite dei rispettivi Uffici legislativi); viene sempre richiesto il parere del Ministro della giustizia e, talvolta, quello dell'Avvocatura dello Stato, interpellata in via consultiva.

I Ministeri esprimono il loro parere in modo molto sintetico, quasi telegrafico: la questione viene affrontata sotto un profilo strettamente tecnico-giuridico ed è limitata all'analisi della fondatezza della questione di legittimità così come sollevata dal giudice *a quo*. Solo eccezionalmente il Ministero fornisce un parere più ampio e discorsivo, prendendo in considerazione anche la *ratio* della norma e le sue conseguenze applicative. Si può immaginare che ciò avvenga nei casi in cui la disposizione oggetto della questione di legittimità costituzionale rivesta un particolare interesse per il Ministero, in quanto espressione dell'indirizzo politico attuale del Governo in carica o, comunque, dotata di un certo rilievo rispetto temi istituzionali di cui l'esecutivo si fa portatore.

In ogni caso, la prassi portata avanti dall'Ufficio contenzioso è quella dell'intervento a difesa della legge, per cui i pareri vengono utilizzati, per lo più, come fonte di convincimento per un'eventuale desistenza del Presidente del Consiglio¹³.

I pareri dei singoli Ministeri vengono raccolti dall'Ufficio contenzioso, il quale ha il compito di coordinarli e armonizzarli. Tale operazione non risulta sempre agevole in quanto può capitare che vengano espresse opinioni contrastanti circa la legittimità della medesima disposizione. La norma impugnata potrebbe costituire il bilanciamento tra diversi valori di rango costituzionale, così da suscitare un contrasto tra Gabinetti qualora si prendesse in considerazione solo uno degli interessi in gioco e non gli altri, essendo ogni amministrazione preordinata alla tutela e alla realizzazione di uno specifico interesse pubblico. L'eterogeneità di opinioni è altresì incrementata dalla circostanza che, in particolare nei governi di coalizione, i singoli Ministeri sono espressione di partiti politici diversi e di divergenti visioni e valori, tanto più in tale sede, ove il loro parere non è mediato dalla concertazione politica che si svolge nelle aule parlamentari.

L'Ufficio contenzioso, a questo punto, ha il compito di redigere un "Appunto", nel quale, da un lato, vengono riassunti schematicamente i caratteri della questione di legittimità costituzionale e le opinioni dei Ministeri e, dall'altro, viene presentato un parere motivato sull'opportunità o meno dell'intervento nel giudizio incidentale. Tale "Appunto" viene sottoposto, in seguito alla pubblicazione dell'ordinanza di rimessione nella Gazzetta Ufficiale¹⁴, al Sottosegretario alla Presidenza del Consiglio, al quale spetta la decisione definitiva. Quindi, se formalmente la decisione sull'intervento spetta al Presidente del Consiglio dei ministri, di fatto, essa è il frutto del risultato dell'istruttoria svolta dall'Ufficio contenzioso e del parere da questo elaborato¹⁵.

¹² Decreto del Segretario generale della Presidenza del Consiglio dei ministri del 24 agosto 2011, art. 8, comma 1 e 2.

¹³ R. ROMBOLI, *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, cit., 135 ss.

¹⁴ http://presidenza.governo.it/CONTENZIOSO/contenzioso_costituzionale/presentazione.html. Si attende la pubblicazione dell'ordinanza in G.U. per verificare che gli accertamenti preliminari compiuti dalla cancelleria della Corte costituzionale abbiano avuto esito positivo.

¹⁵ F. CERRONE, *L'intervento del presidente del Consiglio dei ministri nel giudizio incidentale*, cit., 315; A. CERRI, *La <<dialettica>> del giudizio incidentale*, cit., 114.

Vi sono rarissimi casi, connotati da importanti implicazioni sociali e politiche della questione sollevata, in cui l'Ufficio contenzioso, astenendosi dall'istruttoria e dalla redazione dell'"Appunto", rimette direttamente la questione al Sottosegretario alla Presidenza, il quale decide, se lo ritiene, di interpellare il Presidente del Consiglio in persona. Quest'ultimo, a sua volta, può decidere di coinvolgere l'intero Consiglio dei ministri. Si tratta di eventualità, in ogni caso, molto rare.

La decisione di intervento viene comunicata all'Avvocatura dello Stato in modo laconico; alla comunicazione sono, comunque, allegati i pareri dei Ministeri e la richiesta di invio di una copia dell'atto di intervento¹⁶. Sarà l'Avvocatura stessa, quindi, a dover elaborare la linea difensiva da tenere davanti alla Corte, basandosi sui pareri dei Ministri allegati, i quali, però, possono risultare in contrasto e sono, in ogni caso, molto sintetici.

Lo spazio riservato ai pareri ministeriali nella procedura decisionale sull'intervento o meno in giudizio appare piuttosto ampio, tanto che alcuni hanno sottolineato come la questione di legittimità costituzionale sembri essere rimessa, in ultima analisi, all'apprezzamento dell'apparato amministrativo.

Di conseguenza, è stato ipotizzato che la difesa, costante e aprioristica, della norma impugnata da parte del Capo del Governo potrebbe essere lo specchio, tra vari fattori causali, di un atteggiamento insito nelle pubbliche amministrazioni. D'altra parte, gli uffici ministeriali che compongono la compagine governativa sono, per natura, luoghi di esecuzione delle norme e, di conseguenza, non stupirebbe una loro propensione alla conservazione delle disposizioni, mossa dal timore di evitare vuoti legislativi¹⁷.

3.1. L'intervento del Presidente del Consiglio nel contesto costituzionale: rapporti con il Consiglio dei ministri

La legge 400/1988 ha posto fine al dibattito che da tempo divideva la dottrina circa la necessità o meno di una delibera autorizzativa all'intervento nel giudizio incidentale da parte del Consiglio dei ministri¹⁸, dettando una disciplina che, da un lato, avvalga la prassi già da tempo instauratasi all'interno della Presidenza e, dall'altro, introduce un interessante elemento di novità.

La legge in questione non menziona la decisione di intervento nel giudizio incidentale tra le deliberazioni del Consiglio dei ministri (art. 2, comma 3), risolvendo in senso negativo la questione relativa alla necessità o meno di una delibera governativa, in sintonia con quello che era l'orientamento espresso dalla stessa Corte costituzionale nella [sentenza del 6 febbraio 1969, n. 6](#).

Tuttavia, l'art. 5, lett. f), pone in capo al Presidente del Consiglio, nell'ambito delle attribuzioni della l. 87/1953, un obbligo di comunicazione periodica, in forza del quale questo «*riferisce (...) periodicamente al Consiglio dei ministri, e ne dà comunicazione alle Camere, sullo stato de contezioso costituzionale, illustrando le linee seguite nelle determinazioni relative agli interventi nei giudizi dinanzi alla Corte costituzionale*»¹⁹.

¹⁶ R. ROMBOLI, *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, cit., 135 ss.

¹⁷ F. CERRONE, *L'intervento del Presidente del Consiglio e del Presidente della Giunta Regionale*, in *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi*, a cura di V. Angiolini, Torino, 1998, 143; A. CERRI, *La "dialettica" del giudizio incidentale*, cit., 114.

¹⁸ Per l'esposizione dei diversi orientamenti dottrinali si manda R. ROMBOLI, *La presenza del Governo nei giudizi costituzionali dopo la legge 400/1988*, in *Foro it.*, 1989, 317 ss. Il dibattito non ha interessato il giudizio in via principale: in relazione a quest'ultimo, infatti, la necessità di una previa delibera del Consiglio dei ministri emerge già dall'art. 31, l. 87/1953, e, prima ancora, dall'art. 127 Cost.

¹⁹ Questa previsione accoglie, in sostanza, il contenuto di una risoluzione presentata il 1° febbraio del 1977 dal Partito comunista alla Commissione Affari costituzionali con la quale si lamentava la mancanza di informazioni da parte del Governo circa i criteri che venivano posti alla base dell'elaborazione della linea difensiva dello Stato nei giudizi incidentali. Risoluzione riportata in R. ROMBOLI, *Il giudizio costituzionale incidentale*, cit., 171; ID., *La presenza del Governo nei giudizi costituzionali*, cit., 319.

L'intervento del Presidente del Consiglio nei giudizi incidentali assume, dunque, una fisionomia particolare: da un lato, viene espressamente esclusa la necessità di una previa delibera del Consiglio dei ministri, per cui le decisioni processuali rimangono attribuzione esclusiva del Capo del Governo; dall'altro, si introduce un obbligo di comunicazione periodica al Consiglio dei ministri e alle Camere sullo stato del contenzioso costituzionale e sulle linee seguite nelle determinazioni relative agli interventi e - si aggiunge - ai non interventi, nei giudizi davanti alla Corte costituzionale (art. 5, lett. f)).

Tale previsione presenta notevoli sviluppi applicativi sia sul piano dei rapporti intergovernativi tra Presidente del Consiglio e Governo, sia sul piano dei rapporti tra Governo e Parlamento.

Sotto il profilo dei rapporti tra il Presidente del Consiglio e il Consiglio dei ministri la disposizione mette in luce la volontà del legislatore di attenuare l'autonomia del Presidente nella gestione dei giudizi costituzionali incidentali; volontà che emerge ancora più nitidamente se si va a confrontare il testo della disposizione entrata in vigore con quello risultante dal precedente progetto, dove si affidava al Presidente la formulazione degli «indirizzi concernenti la posizione del Governo nei giudizi avanti la Corte costituzionale», senza alcun obbligo aggiuntivo²⁰.

Imporre al Presidente un obbligo di comunicazione circa l'attività svolta nei giudizi incidentali comporta un potere/dovere di controllo del Governo sugli atti posti in essere dal primo ed, eventualmente, una possibilità di ingerenza del Consiglio dei ministri nella linea portata avanti dalla Presidenza.

Tuttavia, nonostante questa limitazione di autonomia, non si può certo ritenere che il Presidente del Consiglio intervenga nel giudizio incidentale in qualità di "rappresentante" del Governo²¹.

La volontà che viene esternata nel giudizio incidentale si forma all'interno della Presidenza del Consiglio, senza nemmeno coinvolgere, nella maggior parte dei casi, il Presidente in persona; al Governo spetta un mero ruolo di controllo da esercitarsi a posteriori, rimanendo questo del tutto estraneo alla determinazione di intervento. L'autonomia del Presidente del Consiglio diviene ancora più palese dal confronto con il giudizio in via principale, ove la volontà del Governo di impugnare una legge regionale o di resistere in un giudizio promosso da una regione emerge chiaramente da una delibera consiliare; sicché in tal caso il Presidente del Consiglio si fa portatore di una volontà chiaramente espressa dall'organo collegiale.

Non si vuole certo affermare che l'intervento nel giudizio incidentale sia frutto di un indirizzo politico elaborato autonomamente dal Presidente del Consiglio, in quanto ciò contrasterebbe con l'art. 95 della Costituzione; tuttavia, l'attività svolta dal Capo del Governo è spesso scollegata da quella del Governo stesso e, talvolta, anche dal suo indirizzo politico²².

Si tratta di un'attribuzione propria del Presidente, che interviene in quanto organo autonomo, e della cui gestione si assume la responsabilità politica davanti al Consiglio e alle Camere²³, come affermato dalla stessa Corte costituzionale nella citata sentenza del 1969.

Certamente al Governo, in quanto organo collegiale, spetta il potere/dovere di controllare l'operato del Presidente e di questo è politicamente responsabile. Tuttavia, la previsione della legge 400/1988

²⁰ R. ROMBOLI, *La posizione del governo*, cit., 320.

²¹ *Contra*, S. LABRIOLA, *Il Governo della repubblica, organo e poteri, commento alla legge 23 agosto 1988, n. 400*, II ed., Maggioli Editori, Rimini, 1989, 109.

²² È stato osservato che, alla luce della prassi di intervento quasi costantemente a difesa della norma impugnata, il Presidente del Consiglio potrebbe finire, con molta probabilità, «per ergersi in qualche caso a paladino di norme in aperto contrasto con la politica generale da lui stesso diretta. La risposta certa a questa domanda imporrebbe uno screening capillare dei programmi di governo per compararli con le normative impuginate in via incidentale, ma si può ritenere che tale eventualità non sia così rara». M. QUATTROCCHI, *Osservazioni su alcuni profili problematici dell'intervento del presidente del Consiglio nel giudizio incidentale*, in *Riv. giur. scuola*, 2005, 1053. Alcuni casi in cui il Presidente del Consiglio è intervenuto in difesa di leggi che si apprestavano ad essere riformate dal Governo vengono riportati da A. CERRI, *La "dialettica" nel giudizio incidentale: rimediazioni sul tema*, op. cit., 111. Si segnala, di recente, il giudizio conclusosi con l'[ord. 60/2021](#), ove il Presidente del Consiglio dei ministri ha chiesto il rigetto della questione di legittimità costituzionale vertente su una norma modificata da un decreto legislativo entrato in vigore poco dopo il suo intervento, tanto da indurre la Corte a posticipare la camera di consiglio per attenderne l'emanazione.

²³ G. SILVESTRI, *Legge (controllo di costituzionalità)*, in *Dig. pubbl.*, IX, Torino, 1994, 153.

viene sostanzialmente disattesa e l'obbligo di relazionare sullo stato del contenzioso costituzionale, sia al Consiglio che alle Camere, viene assolto di rado.

Anche questa circostanza risulta di difficile indagine. I verbali delle riunioni del Consiglio dei ministri non vengono pubblicati, tuttavia, il contenuto delle sedute emerge dai Comunicati stampa diffusi sul sito del Governo, che risultano, quindi, l'unica fonte di conoscenza del contenuto delle riunioni.

Si premette che non è dato sapere se quanto risulta da tali comunicati sia corrispondente all'attività effettivamente svolta nella seduta del Consiglio dei ministri, potendo questi essere incompleti o riassuntivi. Ad ogni modo, dalla lettura dei comunicati pubblicati dal 13.02.2021 al 29.12.2021 emerge la totale assenza di comunicazioni riguardanti il contenzioso costituzionale incidentale. Al contrario il Consiglio dei ministri appare particolarmente attivo per ciò che concerne il giudizio in via principale: delibera spesso in merito all'opportunità di impugnare o meno le leggi regionali, che vengono prontamente sottoposte al suo controllo su proposta del Ministro per gli affari regionali e per le autonomie, o di costituirsi nel giudizio promosso dalla regione, ovvero di accettare o meno la rinuncia di questa al ricorso previamente promosso.

Vero è che i casi sopra riportati richiedono una deliberazione del Consiglio dei ministri: dunque, si potrebbe ritenere che le semplici comunicazioni non vengano trascritte, per motivi di sintesi, nei comunicati stampa. Tuttavia, dalla lettura degli stessi emerge che vengono riportate non solo le questioni sulle quali il Consiglio delibera, ma anche semplici comunicati o resoconti effettuati dal Presidente e ciò, ovviamente, avvalora la mancanza di informativa circa l'intervento nei giudizi incidentali.

Infine, il legislatore del 1988 si è preoccupato di coordinare la presenza e l'azione del Presidente del Consiglio nel giudizio incidentale con l'attività del Governo stesso. Il giudizio davanti alla Corte costituisce un'importante fonte conoscitiva di mancanze e disarmonie dell'ordinamento e potrebbe essere sfruttato dal Governo, principale titolare dell'iniziativa legislativa, per elaborare disegni di legge o, se vi sono i presupposti, decreti-legge, finalizzati ad adeguare la legislazione ai valori costituzionali. Per questo l'art. 5, lett. f), prevede che il Presidente «*promuove gli adempimenti di competenza governativa conseguenti alle decisioni della Corte costituzionale [...] e segnala, altresì, anche su proposta dei Ministri competenti, i settori della legislazione nei quali, in relazione alle questioni di legittimità costituzionale pendenti, sia utile valutare l'opportunità di iniziative legislative del Governo*». Allo stato dei fatti non sembra che ciò avvenga: l'attività istruttoria svolta dall'Ufficio contenzioso è esclusivamente finalizzata alla decisione sull'intervento o meno nel giudizio incidentale e non è vista come un'occasione per una più profonda riflessione sulla legislazione coinvolta.

3.2. (segue) *rapporti con l'Avvocatura dello Stato*

Si procede ora all'analisi dei rapporti che intercorrono tra il Presidente del Consiglio dei ministri e la difesa erariale.

Il Presidente del Consiglio dei ministri interviene nel giudizio incidentale necessariamente rappresentato e difeso dall'Avvocato generale dello Stato o da un suo sostituto (art. 20, l. 87/1953 e art. 9, l. 103/1979).

La difesa del Governo da parte dell'Avvocatura erariale si pone perfettamente in linea con le previsioni generali in tema di assistenza dello Stato in giudizio, il quale è obbligatoriamente difeso dall'Avvocatura dello Stato (art. 1, comma 1, r.d. 1611/1933).

Il patrocinio erariale deve essere, in particolare, inquadrato (tra le diverse fattispecie in cui si declina) nell'ambito della tipologia del patrocinio istituzionale: presenta i caratteri tipici di questa (organicità, esclusività e unitarietà) e comporta l'applicazione della relativa normativa, contenuta principalmente nel r.d. 1611/1933 e nella l. 103/1979, seppur con alcune eccezioni.

È la stessa Corte costituzionale, con riferimento al giudizio incidentale, che conferma l'applicabilità alla difesa del Presidente del Consiglio dei ministri dell'art. 1, r.d. 1611/1933, e delle due principali regole dettate in tema di patrocinio erariale istituzionale: la non necessità, per la ritualità della costituzione, dell'esibizione di un mandato da parte dell'Avvocato generale o del sostituto, nè di un atto autorizzativo dell'intervento da parte del Presidente del Consiglio dei Ministri. Viene ribadito che quest'ultimo è il titolare esclusivo del potere decisionale in merito all'intervento o meno tuttavia, la difesa erariale non è tenuta a depositare alcun atto dal quale emerga la volontà del Presidente di intervenire in giudizio, avendo tale intenzione una rilevanza puramente interna ed essendo vietato al giudice qualsiasi indagine sull'esistenza del mandato e sul rapporto che intercorre tra l'Avvocatura e l'Amministrazione rappresentata²⁴.

Come anticipato, quando la Presidenza del Consiglio dei ministri opta per l'intervento in giudizio, essa invia telematicamente all'Avvocatura generale dello Stato una comunicazione contenente la decisione di intervento²⁵, con allegati i pareri forniti dai Ministeri interpellati dall'Ufficio contenzioso nell'ambito dell'istruttoria della questione di legittimità.

L'Avvocatura dovrà elaborare autonomamente la strategia difensiva da tenere in giudizio e le argomentazioni giuridiche sulle quali fondare la difesa della legittimità costituzionale della norma impugnata, o la diversa posizione decisa dal Presidente del Consiglio, tenendo sempre presente, tuttavia, i pareri ministeriali allegati²⁶.

Per tali motivi, si può sicuramente affermare che il compito assegnato all'organo di difesa dello Stato non è certamente di agevole svolgimento, ma richiede sensibilità e misura, oltre che grandi doti tecniche: la difficoltà è, dunque, duplice.

Prima di tutto, a monte, la determinazione di intervento o non intervento e, quindi, la valutazione di fondatezza o non fondatezza della questione di legittimità costituzionale sollevata dal giudice *a quo* viene presa dall'organo politico, senza che l'Avvocatura abbia alcuna possibilità di contestazione, salvi i casi in cui viene interpellata in funzione consultiva prima della determinazione di intervento.

In secondo luogo, l'Avvocatura si ritrova a dover redigere l'atto di intervento avendo come "canovaccio" pareri espressi, nella maggior parte dei casi, in forma laconica, se non addirittura discordanti tra di loro.

L'autonomia dell'Avvocatura dello Stato è, quindi, delimitata dalla determinazione di intervento del Presidente del Consiglio e dai pareri ministeriali raccolti. Si può, forse, ipotizzare uno spazio di manovra più ampio nella predisposizione delle memorie illustrative depositate successivamente all'atto di intervento, laddove non vi sia una costante interlocuzione con la Presidenza del Consiglio su tali atti; si tratterebbe, comunque, di uno spazio ristretto, non potendo l'Avvocatura stravolgere le argomentazioni precedentemente predisposte.

Essa, in ogni caso, non può discostarsi dalle indicazioni che le vengono fornite dall'organo politico (anche se le sue memorie non sono oggetto di una verifica di corrispondenza da parte della Corte); in alcuni casi dovrà, quindi, limitarsi a sviluppare da un punto di vista tecnico-giuridico una linea difensiva che è stata decisa altrove²⁷.

Per capire fino in fondo quanto sia ampio lo spazio di manovra dell'Avvocatura dello Stato sarebbe utile fare un raffronto tra l'atto di intervento depositato presso la segreteria della Corte costituzionale e l'atto di indirizzo inviato dalla Presidenza del Consiglio, così da poter ricavare una serie di dati

²⁴ [Corte cost., 6 febbraio 1969, n. 69](#), considerato in diritto, par. 2.

²⁵ La decisione viene comunicata all'Avvocatura con la seguente formula (forse non più attuale) riportata da R. ROMBOLI, *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, cit., 136: «comunicasi determinazione di intervento [oppure non (dicesi non) intervento] del Presidente del Consiglio dei ministri nel giudizio di legittimità costituzionale degli artt. ..., promosso da ..., Allegasi pareri dei Ministri ...Pregasi inviare copia atto di intervento».

²⁶ L'importanza delle indicazioni ministeriali può essere colta in un recente giudizio dove l'Avvocatura deposita una nota del Ministero della Giustizia ([ord. 60/2021](#)).

²⁷ In tal senso: G. P. DOLSO, *Recenti interventi sul processo costituzionale*, cit., 633; G. ALBENZIO, *Corte e Avvocatura dello Stato*, in *Foro it.*, 2006, V, 329; A. BRUNI, G. PALATIELLO, *La difesa dello Stato nel processo*, Utet giuridica, 2012, 335.

fondamentali per la valutazione dell'autonomia dell'Avvocatura dello Stato nella predisposizione delle difese. Il confronto permetterebbe, altresì, di individuare le questioni di legittimità costituzionale che destano maggior interesse: si può agevolmente ritenere, infatti, che non tutti i giudizi incidentali vengano trattati allo stesso modo dalla Presidenza del Consiglio e nei casi oggetto di maggiore attenzione ci si aspetta delle indicazioni maggiormente puntuali rivolte all'Avvocatura, che entrino anche nel merito della questione.

È necessario evidenziare, infine, che l'accesso a tali atti da parte della stessa Consulta comporterebbe un importante elemento di arricchimento del giudizio incidentale, consentendo alla Corte costituzionale di avere diretta percezione delle indicazioni della Presidenza del Consiglio e dei Ministri coinvolti.

Questo consentirebbe, altresì, un controllo da parte del Giudice delle leggi sulla corrispondenza tra le memorie erariali e le indicazioni presidenziali, esattamente come avviene nel giudizio in via principale, ove la deliberazione del Consiglio dei ministri viene allegata al ricorso introduttivo o all'atto di costituzione, così da consentire un vaglio di ammissibilità sotto tale profilo (effettuato in modo piuttosto puntuale dalla Corte). Nel giudizio in via incidentale, dunque, le eventuali eccedenze dell'Avvocatura non sarebbero sanzionabili. Non si comprende a pieno, dunque, come mai la disciplina sulla difesa erariale, che attribuisce rilevanza puramente interna ai rapporti tra l'Avvocatura e l'Amministrazione difesa, tale per cui non vi possa essere alcuna sindacabilità da parte del giudice, debba subire una deroga solo nel caso del giudizio in via principale e non anche in quello in via incidentale.

La disomogeneità di regolazione sotto tale profilo tra i due giudizi che si svolgono davanti alla Corte costituzionale è ancora più dubbia davanti alla constatazione che nella stessa fase istruttoria²⁸ del giudizio incidentale - non certo valorizzata dal Giudice delle leggi²⁹ - la Corte si rivolge agli stessi Ministeri per avere informazioni inerenti all'applicazione e all'efficienza della norma impugnata, aprendo un canale di interlocuzione con il Dicastero interessato. Consentire alla Corte l'accesso agli atti *de quo* renderebbe in molti casi tale istruttoria superflua e si acquisirebbe un vantaggio in termini di tempo e risorse. Allo stesso tempo, si può immaginare come i Ministeri interpellati in fase istruttoria, prima di fornire il parere richiesto, si confrontino previamente con l'Avvocatura, in modo da fornire una risposta in linea con l'impianto difensivo erariale.

Come accennato in precedenza, tuttavia, la Presidenza del Consiglio, così come l'Avvocatura generale dello Stato, considera la determinazione inviata alla difesa erariale un atto riservato, equiparandolo agli atti defensionali che intercorrono tra un avvocato e il suo assistito. Tale accostamento appare di dubbia legittimità, non essendo il Presidente del Consiglio un soggetto privato e non godendo, dunque, delle medesime esigenze di tutela di quest'ultimo, quali la segretezza delle comunicazioni che intercorrono con il proprio difensore. Al contrario, è proprio la natura di organo costituzionale del Presidente del Consiglio e il suo ruolo di Capo del Governo che impongono la conoscenza delle scelte da questo compiute nel giudizio incidentale, anche in ossequio al principio di trasparenza che dovrebbe governare l'azione di ogni Pubblica Amministrazione. L'unica strada percorribile per accedere agli atti in questione, tuttavia, sembrerebbe quella dell'accesso civico ai sensi dell'art. 5, d.lgs. 33/2013.

²⁸ La Corte esercita un compito fondamentalmente interpretativo, per cui, in genere, l'acquisizione delle prove consiste in una richiesta di informazioni ad un organo costituzionale (Governo, un Ministro, Giunta regionale, ecc.) circa la concreta applicazione delle norme, i suoi effetti, la sua congruenza rispetto alla realtà sociale, il modo in cui "vive" nell'ordinamento; vi sono anche dei casi in cui l'attività istruttoria ha ad oggetto fatti materiali la cui conoscenza è, comunque, strumentale all'interpretazione della disposizione. Per un approfondimento sui poteri istruttori della Corte si veda A. CERRI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nei giudizi sulle leggi e sui conflitti*, in *Giuri. Cost.*, 1978, 1335 ss.; V. MARCENÒ, *La solitudine della Corte costituzionale dinanzi alle questioni tecniche*, in *Interventi di terzi e amici curiae nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi*, anche alla luce dell'esperienza di altre corti nazionali e sovranazionali, Milano, 2020, 99 ss.

²⁹ Per una critica sulla mancata valorizzazione della fase istruttoria da parte della Corte costituzionale si veda V. MARCENÒ, *La solitudine della Corte costituzionale dinanzi alle questioni tecniche*, cit., 99 ss.

4. *Rapporti con il Parlamento*

L'art. 5, lett. f), della l. 400/88 prevede che il Presidente del Consiglio, accanto all'obbligo di comunicazione al Consiglio dei ministri sullo stato del contenzioso costituzionale, sia tenuto ad adempiere un obbligo analogo nei confronti delle Camere. Tale dovere assolve essenzialmente lo scopo di consentire un controllo da parte del Parlamento, finalizzato all'emersione di un'eventuale responsabilità politica del Governo per i comportamenti tenuti dal Presidente del Consiglio nei giudizi di legittimità costituzionale, in particolare in quello incidentale, dove l'autonomia del Presidente è, come si è visto, pressoché assoluta.

La finalità di controllo della comunicazione al Parlamento è palesata dal fatto che già la notificazione dell'ordinanza introduttiva da parte del giudice *a quo* ai Presidenti delle Camere è rivolta all'attivazione eventuale del procedimento legislativo; sicché tale seconda comunicazione del Presidente del Consiglio, tra l'altro periodica e, quindi, non contestuale ad una particolare questione pendente, non può che essere preordinata a consentire l'ispezione politica da parte del Parlamento³⁰.

La previsione di un controllo sull'operato del Presidente del Consiglio era auspicata da gran parte della dottrina ancor prima dell'emanazione della l. 400/1988. Infatti, negli anni successivi all'entrata in funzione della Corte costituzionale, molti studiosi e alcuni parlamentari³¹ hanno affrontato con atteggiamento decisamente critico la prassi presidenziale costantemente volta alla difesa della legge impugnata, pur se frutto dell'ideologia fascista e, quindi, espressione di valori nettamente in contrasto con i nuovi principi costituzionali.

Il legislatore del 1988 sposa, almeno in parte, questa sensibilità e prevede il menzionato obbligo di comunicazione.

Anche in relazione alle Camere, non risulta che la prassi di intervento del Presidente del Consiglio nel giudizio incidentale sia mai stata oggetto di discussione nelle aule parlamentari, né di alcuna iniziativa conoscitiva del Parlamento nei confronti dell'esecutivo (mediante un'interrogazione, un'interpellanza o una mozione).

Il problema risulta ancora oggi attualissimo: la Commissione affari costituzionali della Camera, nel febbraio 2015, affrontava proprio il problema dell'assenza di dibattito politico in tema di giudizi di costituzionalità, anche nell'ottica di elaborare degli strumenti idonei a tutelare i diritti e gli interessi oggetto della norma dichiarata illegittima. Veniva, inoltre, ribadito l'obbligo del Governo di comunicare periodicamente, quanto meno alla Commissione Affari costituzionali, i motivi dell'intervento o non intervento nei giudizi di legittimità costituzionale incidentale³².

Il controllo parlamentare sul comportamento del Presidente del Consiglio è reso difficoltoso, oltre che dalla mancanza di informazione, anche da altri due aspetti, che contribuiscono alla rarefazione della responsabilità politica del Capo del Governo e del Governo stesso³³.

Prima di tutto, si deve menzionare l'indecifrabilità della decisione di non intervento.

La decisione di intervenire nel giudizio incidentale corrisponde, nella prassi quasi costante, alla scelta di difendere la legge oggetto del giudizio costituzionale. Oggi, tuttavia, in seguito alla progressiva assimilazione dei principi costituzionali da parte del nostro ordinamento, è sempre più difficile immaginare episodi di intervento a sostegno di leggi assiologicamente incompatibili con i

³⁰ R. ROMBOLI, *La posizione del Governo*, cit., 320; R. ROMBOLI, E. ROSSI, voce *Giudizio di legittimità costituzionale delle leggi*, in *Enc. Dir.*, Agg., V, 2001, 524. *Contra* S. LABRIOLA, *op. cit.*, 110; A. BRUNI, G. PALATIELLO, *op. cit.*, 334, i quali ritengono che l'obbligo di comunicazione alle Camere sullo stato del contenzioso debba esser inteso al «*fine di consentire alla maggioranza parlamentare di assumere le proprie determinazioni relative agli interventi nei giudizi costituzionali, [...] per reagire all'effetto delle pronunce della Corte costituzionale[...], non di permettere al Parlamento di sindacare l'operato del Presidente nel giudizio costituzionale*».

³¹ Si veda l'interpellanza proposta dall'onorevole Terracini nel 1962, riportata da R. ROMBOLI, *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, cit., 169.

³² Riportato da L. VIOLANTE, *Il ruolo dell'Avvocatura dello Stato fra legittimazione dell'autorità e difesa della parte amministrazione*, in *Rass. Avv. Stato*, I, 2015, 11.

³³ *Ibidem*.

valori costituzionali come quelle vigenti nel momento in cui la Corte costituzionale è entrata in funzione, frutto di un retaggio storico-culturale non ancora irradiato dai principi che la Costituzione del 1948 avrebbe elevato a valori fondanti del nostro ordinamento: è, dunque, difficile che l'intervento a difesa della legge possa costituire motivo di particolare disapprovazione politica nei confronti del Governo³⁴. Al contrario, questo potrebbe essere ritenuto responsabile non per i valori che difende, quanto, piuttosto, per quelli che ignora. Tuttavia, come si vedrà, la decisione di non intervento costituisce uno "schermo" dietro al quale si nascondono le motivazioni più varie, anche di natura opposta.

In secondo luogo, la responsabilità politica può dissolversi a causa del fattore tempo, per cui il Presidente che si costituisce in giudizio o che interviene in udienza è diverso da quello che aveva determinato l'intervento. Da questo punto di vista emerge una novità rispetto alla prassi precedente: l'istruttoria viene sempre effettuata non appena la questione di legittimità costituzionale viene notificata alla Presidenza del consiglio; tuttavia, se un tempo il risultato dell'attività dell'Ufficio contenzioso veniva subito sottoposta alla decisione del Presidente del Consiglio (ovvero, del Sottosegretario alla Presidenza), oggi, la proposta motivata viene presentata solo dopo la pubblicazione dell'ordinanza in *Gazzetta Ufficiale*. Poiché, per varie ragioni, potrebbe intercorrere un periodo di tempo anche molto lungo tra la notificazione al Presidente del Consiglio e la pubblicazione in *G.U.*, tale nuova prassi ha contribuito a rendere omogenea la figura del Presidente del Consiglio che decide l'intervento, da un lato, con quella che interviene, dall'altro³⁵.

Ciò non toglie che tra la costituzione in giudizio e l'udienza pubblica (o la camera di consiglio) potrebbe intercorrere, comunque, del tempo. Si deve aggiungere, poi, che, se sicuramente assistiamo ad una velocizzazione del processo costituzionale, viviamo, allo stesso tempo, in un clima di instabilità istituzionale caratterizzato dal susseguirsi di Governi diversi e questo contribuisce, comunque, all'irrintracciabilità della responsabilità politica.

Da quanto esposto emerge come l'intervento del Presidente del Consiglio nel giudizio costituzionale incidentale sia frutto non solo di un'autonoma scelta ma, anche, di una scelta che non è sottoposta ad alcun controllo. Sicuramente la prassi di intervento, con tutte le sue problematicità, è generata, tra vari fattori, dall'assenza di supervisione. Il mancato coinvolgimento del Consiglio dei ministri e delle Camere, almeno sotto forma di un controllo *ex post*, fa sì che - come di fatto avviene - «il livello di incidenza dell'alta burocrazia centrale, e degli organi tecnici ausiliari, si [faccia] molto elevato, ed in molti casi decisivo»³⁶. Si giunge, dunque, alla conclusione precedente: la questione di legittimità costituzionale, sottratta alla deterrenza degli organi costituzionali, viene affidata e gestita dagli uffici amministrativi.

5. Studio casistico dei provvedimenti della Corte costituzionale dell'anno 2020 e 2021

³⁴ Si pensi, ad esempio, alla posizione che l'Avvocatura dello Stato ha assunto nel giudizio concluso con la [sent. 9/1965](#), oggetto del celebre commento di M. S. GIANNINI, *Per una maggior ponderazione degli interventi del Presidente del Consiglio dei ministri*, in *Giur. cost.*, 1965, I, 63 ss. In tale occasione il Capo del Governo era intervenuto a difesa di due norme che punivano la propaganda di pratiche contro la procreazione (art. 553 c.p. e 112 t.u.l.p.s.), tra l'altro attingendo al repertorio argomentativo tipico della propaganda fascista e portando in giudizio una tesi in contrasto con quella del Governo ed adottata dal ministro per lo Spettacolo. Secondo quest'ultimo, infatti, le regole del pudore sessuale non avrebbero dovuto considerarsi inglobate nel principio costituzionale del buon costume, per cui l'art. 21, Cost., non avrebbe potuto essere chiamato in causa a sostegno della legittimità della legislazione fascista, come sostenuto dalla difesa esariale. Posizioni come quella appena descritte, difficilmente potrebbero riproporsi e destare le medesime preoccupazioni che avevano interessato la dottrina dell'epoca, almeno sotto un aspetto esclusivamente valoriale.

³⁵ Vi sono, tuttavia, diversi giudizi in cui si è verificato nel corso del giudizio incidentale un cambio di Governo e che hanno, dunque, comportato un mutamento soggettivo dell'autore dell'intervento. Si vedano, ad esempio, le [sent. 11/2020](#) e [32/2020](#). In entrambi i casi, per di più, è ravvisabile un mutamento della linea difensiva inizialmente prospettata dall'Avvocatura dello Stato: questa ha avanzato nelle memorie successive, nel caso della [sent. 11/2020](#), e in sede di discussione orale della [sent. 32/2020](#), un'interpretazione adeguatrice delle disposizioni oggetto del giudizio, non prospettata nell'iniziale atto di intervento.

³⁶ S. LABRIOLA, *op. cit.*, 111.

Per completare l'analisi dell'istituto è stato effettuato uno studio casistico delle sentenze e delle ordinanze che la Corte costituzionale ha emanato nell'anno 2020 e 2021 all'esito dei giudizi incidentali di legittimità costituzionale aventi ad oggetto una legge (o un atto avente forza di legge) statale³⁷.

Dalla lettura di tali provvedimenti, infatti, è possibile capire se il Presidente del Consiglio, rappresentato e difeso dall'Avvocatura dello Stato, è intervenuto o meno in giudizio e, nel caso di intervento, quale posizione ha assunto circa la questione di legittimità costituzionale. Infatti, il contenuto delle memorie depositate dall'Avvocatura è sinteticamente riassunto nella prima parte delle sentenze della Corte ("ritenuto in fatto"); mentre, nella seconda parte della sentenza, ("considerato in diritto"), la Corte analizza con grande attenzione le deduzioni dell'Avvocatura e si esprime circa la fondatezza o meno delle stesse, motivando sempre in modo molto puntuale le ragioni per le quali queste debbano essere accolte o meno.

Nel 2020 a palazzo della Consulta sono state emanate 132 sentenze aventi ad oggetto una legge statale e su un totale di 132 giudizi il Presidente del Consiglio dei ministri è intervenuto in 108 processi; nel 2021 le sentenze emanate sono state 117 e i casi di intervento sono stati 108.

Sulla base di una visione complessiva delle sentenze analizzate, è evidente che, nella maggior parte dei casi, il Presidente interviene in difesa della legge impugnata, tanto che in dottrina si parla di intervento "a senso unico o a direzione obbligata"³⁸. Nella maggior parte dei casi, poi, oltre che sostenere l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale sollevata dal giudice *a quo*, l'Avvocatura ne eccepisce anche l'inammissibilità, sotto vari profili: ad esempio, con riguardo al 2020, su 108 interventi solamente in 24 casi il Presidente del Consiglio non ha sollevato eccezioni di natura processuale, concludendo per la semplice infondatezza della questione.

È facilmente ipotizzabile che le eccezioni di natura processuale siano frutto di un'autonoma determinazione dell'Avvocatura dello Stato in quanto, per essere sollevate, necessitano della conoscenza dell'intero fascicolo del giudizio *a quo*. Probabilmente, una volta che all'Avvocatura viene chiesto di intervenire nel giudizio incidentale, essa non fa altro che assolvere al proprio ufficio di difensore, utilizzando ogni argomento utile per conseguire il risultato che le viene richiesto, ossia "salvare" la norma che la Presidenza del Consiglio ritiene legittima, e per questo solleva di *default* eccezioni processuali, che molto spesso non vengono accolte.

L'intervento assume, dunque, una sua schematicità: il Presidente del Consiglio chiede che la questione sia dichiarata inammissibile o, in subordine, infondata nel merito.

Tale schematicità viene interrotta in tre casi: quelli in cui il Presidente del Consiglio riconosce l'illegittimità costituzionale della norma, quelli di non intervento e quelli in cui viene proposta un'interpretazione adeguatrice.

Il Presidente del Consiglio è intervenuto a sostegno dell'illegittimità della norma solo in rare occasioni: nell'arco della vita dell'istituto si sono registrate in tutto sei ipotesi. L'atteggiamento comune della dottrina è stato, dunque, quello di ridimensionare la portata eccezionale di una tale scelta.

In tre casi l'intervento a sostegno dell'illegittimità della legge è stato dettato dall'esigenza di intervenire a difesa di una norma diversa da quella contestualmente impugnata, laddove la legittimità di quest'ultima apparisse *ictu oculi* insostenibile: per cui l'intervento a sostegno di una disposizione comportava l'ammissione dell'illegittimità dell'altra³⁹.

³⁷ Le questioni di legittimità costituzionale aventi ad oggetto una legge regionale non costituiscono oggetto di interesse ai fini del presente studio. Quando viene promossa una questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto una legge regionale, il soggetto legittimato a costituirsi in giudizio è il Presidente della Giunta regionale e non il Presidente del Consiglio dei ministri. Quello dell'esecutivo regionale è un intervento che da un punto di vista sistematico ha un rilievo minore e che non suscita i medesimi problemi relativi all'intervento dell'analogo organo statale.

³⁸ *Ex multis*: A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, cit., 160; G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, op. cit., 149.

³⁹ [Ord. 289/1995](#); [sent. 305/1995](#); [sent. 1087/1988](#).

In un caso la questione di legittimità costituzionale era stata sollevata nel corso di un procedimento penale che vedeva come imputato il gerarca nazista Erich Priebke per i fatti commessi nella strage delle fosse Ardeatine. Data la situazione, il Presidente del Consiglio, seppur davanti ad una disposizione che si poneva apertamente in contrasto con i nuovi principi del codice di procedura penale, ha ritenuto di intervenire a sostegno dell'illegittimità della norma, piuttosto che optare per un non intervento⁴⁰.

In un episodio l'Avvocatura dello Stato ha riconosciuto il vizio di legittimità della norma al fine di ridimensionare la portata della sentenza di illegittimità costituzionale⁴¹.

Infine, si registra un recente giudizio in cui l'Avvocatura dello Stato ha più volte modificato le sue difese fino a presentare, durante la pubblica udienza, delle conclusioni in cui, da un lato, ribadiva in via principale l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale e, dall'altro, aderiva in via subordinata alla richiesta di accoglimento della questione⁴².

La prassi di intervento a difesa della legge viene interrotta, oltre che nelle rare ipotesi in cui il Presidente del Consiglio interviene a sostegno della questione di legittimità, nei ben più frequenti casi in cui il Capo dell'Esecutivo decide di non intervenire.

La dottrina prevalente attribuisce al mancato intervento un significato preciso, ossia la ritenuta illegittimità costituzionale della norma; per cui, laddove la disposizione impugnata con l'ordinanza di rimessione del giudice *a quo* sia del tutto indifendibile, il Presidente del Consiglio dei ministri si astiene dall'intervenire.

In realtà, dietro al non intervento del Presidente del Consiglio dei ministri si cela una molteplicità di ragioni diverse, anche in contrasto tra loro: dalla ritenuta fondatezza della questione di legittimità, alla considerazione che la questione è talmente infondata, o l'ordinanza palesemente inammissibile, da non richiedere nemmeno la necessità di un intervento; a ciò possono aggiungersi ragioni di carattere politico o tecnico, il disinteresse verso la norma, ovvero l'interesse (in genere di natura erariale) nell'accoglimento della questione di costituzionalità.

Indagare il motivo che si cela dietro all'assenza del Presidente del Consiglio risulta piuttosto difficile e, certo, sono alti i rischi di travisarne il significato. Tuttavia, vi sono alcuni elementi "collaterali" che possono essere presi in considerazione al fine di valutare il motivo per il quale il Capo del Governo si è astenuto, quali: la decisione adottata dalla Corte costituzionale, il tenore dell'ordinanza di rimessione, la precedente giurisprudenza costituzionale, la tipologia di norma impugnata e il contesto istituzionale (come, ad esempio, la presenza di progetti di riforma della disciplina).

Dal 2017 al 2020 si è registrata una tendenziale crescita dei casi di non intervento, che si è interrotta con il 2021.

Nel 2020 i casi in cui il Presidente del Consiglio non è intervenuto sono stati 24 su 132 giudizi incidentali decisi dalla Corte, corrispondenti ad una percentuale di circa il 18%. Nel 2017 la percentuale di non intervento è stata del 7,7% e nel 2018 e 2019 dell'11%⁴³.

Nel 2021 i casi di non intervento sono stati 11 su 117 giudizi, ossia il 13%, ai quali si aggiunge un caso in cui l'Avvocatura dello Stato ha ritirato il suo intervento nel corso del giudizio⁴⁴.

Le motivazioni che più di frequente sembrano giustificare il mancato intervento del Presidente del Consiglio sono due⁴⁵.

La prima ragione è dettata dalla considerazione che la norma è affetta da illegittimità costituzionale: nel 2020, su 24 giudizi in cui il Presidente non è intervenuto, 10 si sono conclusi con una pronuncia di accoglimento; nel 2021, su 11 casi di non intervento solo 3 si sono conclusi con una

⁴⁰ [Sent. 60/1996](#).

⁴¹ [Sent. 223/1996](#).

⁴² [Sent. 187/2019](#).

⁴³ Nel 2017 il Presidente del Consiglio è intervenuto in 132 giudizi su 143, nel 2018 in 106 su 119, nel 2019 in 128 su 144. Dati riportati da R. ROMBOLI, *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale 2017-2019*, cit., 81, n. 47.

⁴⁴ [Ord. 47/2021](#).

⁴⁵ L'elenco delle ragioni della mancata costituzione a cui si fa riferimento ai fini del presente studio è quello di R. ROMBOLI, *Il giudizio costituzionale incidentale*, cit., 156 ss.

pronuncia di illegittimità. Il dato numerico riportato appare molto significativo in quanto, se da un lato conferma il fatto che, certamente, l'assenza dell'Esecutivo nel giudizio incidentale è spesso dovuta alla ritenuta indifendibilità della legge, dall'altro smentisce quelle ricostruzioni che ritengono tale circostanza una costante e mette in luce i diversi e plurimi significati che si celano dietro al non intervento dell'Avvocatura.

L'illegittimità della norma è resa palese, in genere, dalla precedente giurisprudenza costituzionale⁴⁶ ovvero dalla circostanza che la norma collide con principi che la Corte ha più volte ribadito o meccanismi che ha più volte condannato (si pensi ai casi di automatismo sanzionatorio⁴⁷).

La seconda ragione è esattamente opposta alla prima e consiste nella certezza che la questione sarà risolta con una pronuncia di inammissibilità o infondatezza. Il Presidente del Consiglio può non intervenire: perché ritiene l'ordinanza di rimessione del giudice *a quo* manifestamente inammissibile in quanto affetta da vizi macroscopici;⁴⁸ perché ritiene la questione certamente infondata⁴⁹; qualora la disposizione sia già stata dichiarata illegittima da una pronuncia della Corte successiva all'ordinanza di rimessione⁵⁰. In questi casi è talmente evidente che la Corte emanerà una sentenza di inammissibilità o infondatezza che non si ritiene di dover disporre l'intervento dell'Avvocatura dello Stato.

Anche qualora la norma impugnata sia stata abrogata da una norma successiva ma, per il carattere non retroattivo dell'abrogazione, trovi ancora applicazione nel giudizio *a quo*, il Presidente del Consiglio tende ad evitare l'intervento (indipendentemente dalla ritenuta fondatezza o meno della questione di legittimità), poiché l'eliminazione ha implicitamente evidenziato che la norma presenta dei difetti: di conseguenza, un intervento a sostegno non appare ragionevole, né utile, trattandosi di una norma ormai eliminata dall'ordinamento⁵¹.

Vi sono, poi, altre ragioni che si celano dietro all'assenza del Presidente del Consiglio nel giudizio incidentale: si pensi al caso in cui la norma sia di scarso rilievo⁵², e venga dunque a mancare un interesse ad intervenire a difesa della stessa, oppure al caso in cui la norma abbia una rilevanza esclusivamente processuale⁵³.

Talvolta la scelta in merito al non intervento può dipendere da un recente o imminente mutamento normativo e, dunque, dal fatto che la norma impugnata sia oggetto di una contestuale discussione parlamentare di riforma⁵⁴, o dall'avvenuta modifica della norma (o della materia nella quale essa si

⁴⁶ Sent. [14/2020](#), [18/2020](#), [19/2020](#), [118/2020](#), [99/2020](#), [133/2021](#).

⁴⁷ Sent. [24/2020](#).

⁴⁸ ord. [42/2020](#); ord. [242/2021](#).

⁴⁹ Sent. [26/2020](#) (il giudice *a quo* ha attribuito efficacia retroattiva ad una disposizione che non aveva tale efficacia).

⁵⁰ Ord. [92/2020](#); ord. [105/2020](#); ord. [184/2020](#); ord. [225/2020](#); ord. [47/2021](#) (in tal caso il Presidente del Consiglio ha ritirato il suo intervento in seguito alla pronuncia della Corte); ord. [93/2021](#); ord. [184/2021](#); ord. [206/2021](#).

⁵¹ Sent. [26/2020](#); sent. [119/2021](#).

⁵² Sent. [179/2020](#) (avente ad oggetto la legittimità degli artt. 24 e 25, t.u. casellario giudiziale, nella parte in cui «*non prevedono che nel certificato generale e nel certificato penale del casellario giudiziale richiesti dall'interessato non siano riportate le iscrizioni della sentenza di condanna per il reato di cui all'art. 186, cod. strada, che sia stato dichiarato estinto per positivo svolgimento del lavoro di pubblica utilità*»); sent. [188/2020](#) (avente ad oggetto la legittimità di alcune disposizioni del R.G. 148/1931 in materia di disciplina del personale delle ferrovie).

⁵³ Sent. [34/2021](#) (avente ad oggetto l'art 593 c.p.p. «*nella parte in cui prevede che il pubblico ministero può appellare le sentenze di condanna solo quando modificano il titolo del reato o escludono la sussistenza di una circostanza aggravante ad effetto speciale o stabiliscono una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato*»); sent. [192/2020](#) (avente ad oggetto l'art. 141, comma 4-bis, del d.lgs. 271/1989, «*nella parte in cui non prevede che l'imputato è rimesso in termini per proporre domanda di oblazione qualora nel corso del dibattimento, emerga la prospettiva concreta di una definizione giuridica del fatto diversa da quella contestata nell'originaria imputazione e per la quale l'oblazione non era ammissibile*»); sent. [89/2021](#) (avente ad oggetto del combinato disposto degli artt. 395, n. 4), del c.p.c. e 14, d.lgs. 150/2011 «*nella parte in cui non consente di assoggettare al rimedio impugnatorio della revocazione per errore di fatto risultante dagli atti o documenti di causa l'ordinanza collegiale che decide sulla domanda di liquidazione degli onorari del difensore*»).

⁵⁴ È, ipoteticamente, il caso della sent. [248/2020](#), relativa all'art. 590-bis c.p., nella parte in cui non prevede la procedibilità a querela di parte per le lesioni colpose stradali non aggravate, ove il Presidente del Consiglio non è intervenuto in quanto, come rilevato dalla stessa Corte (considerato in diritto, paragrafo 9.3) vi sono diverse iniziative di legge in Parlamento miranti a reintrodurre il regime di punibilità a querela delle lesioni stradali di cui all'art. 590-bis.

inserisce) prima dell'instaurazione del giudizio⁵⁵. Bisogna peraltro evidenziare che si sono rilevati anche casi di intervento a difesa di norme che erano state oggetto di modifica in pendenza del giudizio incidentale⁵⁶.

Talvolta il Presidente non interviene in quanto l'accoglimento della questione di legittimità comporterebbe un vantaggio economico per lo Stato⁵⁷, oppure nel caso in cui la norma impugnata sia frutto di un indirizzo politico del passato o abbia un particolare rilievo politico/sociale⁵⁸, ovvero qualora si tratti di una norma che ha un riflesso che va al di là dell'ordinamento interno, in quanto volta a dare attuazione ad una disciplina internazionale⁵⁹.

Accanto ai casi di astensione, ad interrompere la prassi di intervento del Presidente del Consiglio vi sono quelle ipotesi in cui il Capo dell'esecutivo prospetta un'interpretazione adeguatrice della legge impugnata: l'Avvocatura riconosce che la censura mossa dall'ordinanza di rimessione ha un qualche fondamento, in quanto una delle norme che possono essere ricavate dalla disposizione è costituzionalmente illegittima; ritiene, tuttavia, che la disposizione possa essere interpretata in modo tale da renderla conforme ai principi costituzionali. La posizione del Presidente del Consiglio finisce per avallare, nella sostanza, la soluzione prospettata dal giudice *a quo*, ma senza incorrere in una dichiarazione di illegittimità della disposizione, poiché, tramite tale interpretazione, l'Avvocatura suggerisce alla Corte di emanare una sentenza interpretativa di rigetto.

Nel 2020 i casi in cui è stata proposta un'interpretazione adeguatrice sono stati 5⁶⁰ e nel 2021 sono stati 8⁶¹.

Si deve rilevare, tuttavia, che nella quasi totalità dei casi riportati la proposta di interpretazione conforme a Costituzione assume le fattezze di un'eccezione di inammissibilità per mancato tentativo di interpretazione conforme.

Secondo un ormai consolidato orientamento della Corte costituzionale, ai fini dell'ammissibilità della questione è sufficiente che il giudice abbia sufficientemente argomentato circa la non praticabilità, dal suo punto di vista, di un'interpretazione conforme a Costituzione, prendendo in considerazione la lettera della disposizione e dando prova di conoscere l'eventuale interpretazione praticata dalla giurisprudenza dominante, in particolare di legittimità (il c.d. "diritto vivente"), che però non ritiene di far propria. Nel momento in cui il giudice argomenta con sufficienza i motivi per

⁵⁵Un'ipotesi di mancato intervento ricollegato alla recente modifica della norma impugnata potrebbe essere esemplificata dalla [sent. 250/2021](#): l'art. 20, comma 9, d.lgs. 75/2017, sulla stabilizzazione dei lavoratori precari nelle pubbliche amministrazioni, era stata modificato, da ultimo, dalla recente legge 113/2021, di conversione del d.l. 80/2021, concernente "*Misure urgenti per il rafforzamento della capacità amministrativa delle pubbliche amministrazioni funzionali all'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e per l'efficienza della giustizia*". Nello specifico viene posticipato (dal 31 dicembre 2021 al 31 dicembre 2022) il termine previsto dalla norma in esame entro il quale le pubbliche amministrazioni devono attuare le procedure delineate dalla norma per la stabilizzazione del personale precario. Un altro caso interessante potrebbe essere rappresentato dalla [sent. 113/2020](#), che aveva ad oggetto la questione di legittimità costituzionale dell'art. 30-ter, comma 7, ord. pen., nella parte in cui estende il termine di 24 ore previsto per il reclamo contro i permessi per necessità al reclamo avverso i permessi premio. La Corte costituzionale, in una precedente sentenza, aveva dichiarato la medesima questione inammissibile in ragione dell'assenza nell'ordinamento di un'unica soluzione costituzionalmente obbligata, tale da consentire di porre rimedio al *vulnus* riscontrato, e aveva auspicato l'intervento del legislatore. In effetti, la materia era stata oggetto, poco prima della pronuncia della sentenza in camera di consiglio (27 maggio 2020) di una riforma, che però non aveva modificato la disposizione in questione ma un diverso comma dell'art. 30-bis, nello specifico il comma 1 (D.L. 30 aprile 2020, n. 28, convertito nella l. 25 giugno 2020 n. 70).

⁵⁶ [Ord. 60/2021](#); [sent. 190/2021](#).

⁵⁷ Si può ipotizzare sia il caso della [sent. 47/2020](#) riguardante la questione di legittimità dell'art. 112, T.U. in materia di spese di giustizia (d.p.r. 115/2002), che disciplina i casi di revoca del decreto di ammissione al gratuito patrocinio.

⁵⁸ Interessante appare, in tal senso, il mancato intervento del Presidente del Consiglio che emerge dalle due sentenze ([sent. 150/2020](#) e [sent. 254/2020](#)) aventi ad oggetto rispettivamente l'art. 4, d.lgs. 23/2015 e l'art. 1, comma 7, l. 183/2014 e gli artt. 1,3 e 10 del d.lgs. 23/2015. I provvedimenti impugnati, infatti, fanno parte dell'importante riforma del lavoro generalmente denominata "Jobs Act".

⁵⁹ Interessante notare che, nel 2020, in tre diverse occasioni ([sent. 121/2020](#), [ord. 203/2020](#), [sent. 249/2020](#)) sono state impugnate alcune norme della legge Pinto, l. 98/2001, e in tutti e tre i giudizi il Capo del Governo non è intervenuto.

⁶⁰ [Sent. 11/2020](#); [32/2020](#); [sent. 123/2020](#); [sent. 158/2020](#); [sent. 253/2020](#).

⁶¹ [Sent. 14/2021](#); [sent. 17/2021](#); [sent. 39/2021](#); [sent. 61/2021](#); [sent. 87/2021](#); [sent. 146/2021](#); [sent. 190/2021](#); [sent. 204/2021](#).

i quali non può praticare un'interpretazione della disposizione costituzionalmente orientata, la possibilità di un'interpretazione alternativa, che potrebbe rendere la legge conforme a Costituzione e che il giudice *a quo* non ha ritenuto di far propria, «*attiene al merito della controversia, e non alla sua ammissibilità*» (da ultimo, [sent.11/2020](#) e [158/2020](#)). Per cui, l'eccezione di inammissibilità è volta a censurare una carenza argomentativa dell'ordinanza di rimessione tale da precludere l'analisi della questione nel merito e ottenere una sentenza di inammissibilità. Al contrario, con la proposta di un'interpretazione adeguatrice non si ritiene la questione inammissibile, ma si entra nel merito di essa, avanzando un'interpretazione idonea a rendere la norma conforme a Costituzione ed evitarne la caducazione.

Nella quasi totalità dei casi riportati, l'Avvocatura dello Stato, nel sollevare un'eccezione di inammissibilità per mancato tentativo di interpretazione conforme non si è limitata a rilevare una carenza argomentativa dell'ordinanza di rimessione in tal senso, ma – come rilevato più volte dalla stessa Corte – ha proposto essa stessa un'interpretazione che potesse risultare in linea con i parametri costituzionali, entrando, dunque, nel merito della questione. Si tratta di casi in cui l'eccezione di inammissibilità nasconde, in realtà, un'interpretazione adeguatrice proposta dall'Avvocatura.

Con la proposta di un'interpretazione adeguatrice l'Avvocatura dello Stato si inserisce nel circuito interpretativo della disposizione, proponendo una lettura alternativa a quella fornita dal giudice *a quo*.

La proposta interpretativa dell'Avvocatura, a ben vedere, costituisce un apporto qualificato all'interlocuzione che intercorre tra il giudice rimettente e la Corte in quanto, per il suo tramite, l'organo esecutivo può chiarire il significato di una disposizione che (alla luce dello spostamento del baricentro della produzione legislativa) con molta probabilità ha esso stesso prodotto o che, comunque, è originata da una sua iniziativa legislativa.

Così come il legislatore può utilizzare le leggi di interpretazione autentica per risolvere eventuali dubbi ermeneutici vertenti su una disposizione, allo stesso modo, l'esecutivo può addurre la propria interpretazione nel contesto del giudizio incidentale, con la fondamentale differenza che quest'ultimo non può che limitare la propria ingerenza nel circuito interpretativo ad una mera prospettazione interpretativa che potrà essere accolta in una sentenza interpretativa di rigetto emanata dalla Corte costituzionale.

6. Cenni conclusivi

Non si può che prendere atto della difficoltà di elaborare una ricostruzione dell'intervento del Presidente del Consiglio che appaia coerente con se stessa e che sia in grado di razionalizzare i diversi aspetti dell'istituto: ci sarà sempre qualche elemento della disciplina che non si incasterà perfettamente con gli altri; qualche episodio o comportamento tenuto in giudizio dal Capo del Governo che costringerà a rimettere in discussione la teoria che si pensava più idonea a spiegare la *ratio* del suo intervento.

Forse, piuttosto che insistere nella ricerca di una quadratura del cerchio, appare preferibile analizzare la realtà dell'intervento (o, almeno, ciò è dato conoscere) così come appare: si tratta di un istituto ibrido, controverso, ricco di sfaccettature e incoerenze. Tali ambiguità, fonte per la scienza giuridica di lunghe riflessioni, vengono probabilmente sfruttate dagli addetti ai lavori della Presidenza del Consiglio per dissimulare l'assoluta discrezionalità che caratterizza le decisioni riguardanti l'*an* e il *quomodo* dell'intervento.

Si possono comunque muovere alcune considerazioni, emergenti, in particolare, dall'analisi casistica della giurisprudenza costituzionale.

La prassi di intervento nel giudizio incidentale, al pari di qualsiasi istituto giuridico che vive nella realtà, ha avuto una sua evoluzione: la costante difesa della legittimità costituzionale delle norme appare, rispetto al passato, sempre più alternata ad un aumento delle decisioni di non intervento e ad una maggiore apertura del Presidente del Consiglio alla prospettazione di interpretazioni adeguatrici. Se il ruolo di *defensor legis* poteva, magari, essere più calzante nei primi decenni di funzionamento

della Corte, specie davanti all'ostinata difesa delle leggi fasciste da parte del Presidente del Consiglio, oggi, davanti alla diversificazione della dinamica di intervento, dietro alla quale è possibile scorgere una molteplicità di interessi che lo determinano, tale ricostruzione appare riduttiva.

La decisione di intervento è, dunque, sintesi di scelte di natura diversificata, che possono apparire meramente tecniche o tendenzialmente politiche a seconda della rilevanza sociale o politica della questione di legittimità, ma che provengono, in ogni caso, da un organo, la presidenza del Consiglio, che rimane, prima di tutto, un organo politico.

La prassi di intervento analizzata consente, altresì, di scorgere una maggiore apertura dell'istituto ai valori costituzionali: la difesa della legge da parte del Presidente del Consiglio appare meno aprioristica e più ponderata (come auspicato da notissima dottrina⁶²); l'aumento dei casi di non intervento e dei casi in cui viene prospettata un'interpretazione adeguatrice ne è la dimostrazione più eloquente.

Certamente, si è ben lontani da una radicale metamorfosi, ma si può registrare, comunque, una novità che, se confrontata con il passato, merita attenzione e prefigura un'evoluzione dell'istituto nel senso di una prassi sempre più eterogenea e sempre meno legata alla costante richiesta di rigetto della questione.

Si aggiunge, ad ulteriore riprova della complessità dell'istituto, che il comportamento del Presidente del Consiglio non appare sempre coerente con quello che è l'indirizzo politico del Governo: ciò è confermato, del resto, dalla casistica assunta ad oggetto di studio da parte di quella dottrina che, più di ogni altra, si è occupata del fenomeno in esame⁶³.

Appare opportuno prendere atto del fatto che tali incongruenze siano frutto dell'assoluta mancanza di coinvolgimento del Consiglio dei ministri nella dinamica di intervento nel giudizio incidentale, a dispetto della previsione di cui alla l. 23 agosto 1988, n. 400 (art. 5, comma 1, lett. f)), che, ad oggi, rimane lettera morta. In ultima analisi, l'intervento in giudizio risulta gestito, in assoluta autonomia, dagli uffici della Presidenza del Consiglio dei ministri.

Volgendo, infine, lo sguardo al futuro, non si può che auspicare la conoscibilità del carteggio generato dall'istruttoria che precede e prepara l'intervento del Presidente del Consiglio e della determinazione di intervento inviata all'Avvocatura dello Stato. Solo l'accesso a tali atti consentirebbe, infatti, di comprendere appieno l'atteggiamento assunto dalla Presidenza del Consiglio nei confronti della questione di legittimità costituzionale e di come questo vari a seconda del rilievo politico o etico della norma soggetta a controllo costituzionale, da un lato, e della sua paternità politica, dall'altro.

⁶² M.S. GIANNINI, *Per una maggior ponderazione*, cit., I, 63 ss.

⁶³ R. ROMBOLI, *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, cit., 135 ss.


Alessia-Ottavia Cozzi
Per un elogio del primato, con uno sguardo lontano.
Note a Corte cost. n. 67 del 2022*

ABSTRACT: *The Italian Constitutional Court (ItCC) [judgment no. 67 of 2022](#) is marked by two aspects. Firstly, the recognition of primacy as the architrave of the European system and its values, and at the same time the driver of the domestic system, in a legal system in which the Courts assume and act as guarantors of reciprocal rights and obligations. Secondly, the persistent vitality of disapplication, the traditional way of guaranteeing the primacy of EU law, which the new approach introduced by the ItCC's [decision no. 269 of 2017](#) had made less certain. Arguably, the reasons for reaffirming the primacy do not depend on the case in question, but on the need, in the face of the rule of law crisis and, today, of a new war in the continent, to reaffirm the values on which the European Union is based.*

SOMMARIO: 1. Introduzione: il caso. - 2. Primi rilievi: una comunità di corti nazionali legate da convergenti diritti e obblighi. - 3. I criteri della disapplicazione. - 4. Il contesto: uno sguardo lontano, la *rule of law* e ora la guerra.

1. *Introduzione: il caso*

La [sentenza 11 marzo 2022, n. 67](#) della Corte costituzionale costituisce un nuovo tassello del quadro relativo al rapporto tra sindacato accentrato e sindacato diffuso nei casi di incompatibilità tra norma interna e diritto dell'Unione europea. Alla base della sentenza vi sono due ordinanze di rimessione della Corte di Cassazione, sezione lavoro, in due giudizi introdotti dall'INPS relativi al diritto all'assegno per il nucleo familiare di due cittadini di paesi terzi, l'uno proveniente dal Pakistan e l'altro dallo Sri Lanka, titolati rispettivamente di permesso di lungo soggiorno e di permesso unico di soggiorno e lavoro, anche per il periodo in cui i loro familiari avevano fatto rientro nei paesi di origine. Le controversie si sono incentrate sul principio di parità di trattamento tra cittadini di paesi terzi e cittadini italiani previsto rispettivamente dalla direttiva 2011/98/UE, sui titolari di permesso unico, e dalla direttiva 2003/109/CE, sui soggiornanti di lungo periodo, nel godimento di una prestazione, l'assegno per il nucleo familiare, dalla natura mista previdenziale e assistenziale. Il profilo di discriminazione è consistito nel fatto che la legislazione italiana richiedeva che i familiari di cittadini di paesi terzi fossero residenti nel territorio nazionale, mentre analogo requisito non era previsto, a parità di condizioni per il calcolo e il riconoscimento dell'assegno, per i cittadini italiani¹.

*  Nel titolo del contributo, il riferimento a uno sguardo lontano è ripreso da S. SCIARRA, *Lenti bifocali e parole comuni: antidoti all'accentramento nel giudizio di costituzionalità*, in B. Caravita (a cura di), *Un riaccentramento del giudizio costituzionale? I nuovi spazi del Giudice delle leggi, tra Corti europee e giudici comuni*, Torino, 2021, 49-66

¹ Art. 2, comma 6-bis, d.l. n. 69 del 1988, conv., con modif., nella l. n. 153 del 1988. Il d.l. n. 69 del 1988 ha istituito l'assegno per il nucleo familiare, di importo commisurato al numero di figli minori di 18 anni e al reddito del nucleo familiare stesso. Il comma 6 dell'art. 2 l. n. 153 del 1988 definisce la composizione del nucleo familiare, ma il comma 6-bis prevede che non fanno parte del nucleo familiare ai sensi della legge il coniuge e i figli ed equiparati di cittadino straniero che non abbiano la residenza nel territorio della Repubblica, salvo che dallo Stato di cui lo straniero è cittadino sia riservato un trattamento di reciprocità nei confronti dei cittadini italiani ovvero sia stata stipulata convenzione internazionale in materia di trattamenti di famiglia. La clausola di reciprocità pare esporsi a seri dubbi di costituzionalità sia rispetto all'art. 38 Cost., sia al principio di eguaglianza e di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost., ma il profilo non è stato sottoposto alla Corte costituzionale. Corte cost. [n. 67 del 2022](#) ha dato atto che il legislatore è intervenuto a disciplinare nuovamente l'assegno familiare con l. n. 46 del 2021, *Delega al Governo per riordinare, semplificare e potenziare le misure di sostegno dei figli a carico attraverso l'assegno unico e universale*, attuata con d.lgs n. 230 del 2021, istitutivo dell'assegno unico e universale per i figli a carico a decorrere dal 1° marzo 2022. La Corte ha, tuttavia, rilevato che le nuove norme non incidevano sui giudizi *a quibus*, concernenti fattispecie perfezionatesi nel vigore della precedente disciplina (§ 5.3.1 *Cons. dir.*).

Si noti che la normativa controversa era preesistente nell'ordinamento interno rispetto alle direttive invocate e ai rispettivi decreti legislativi di recepimento².

La particolarità della vicenda risiede nel fatto che i giudici di merito avevano già riconosciuto il diritto all'assegno, procedendo alla disapplicazione della norma interna in contrasto con il diritto europeo derivato, ma la Corte di Cassazione decise di sollevare questioni pregiudiziali di interpretazione alla Corte di giustizia sulle norme delle direttive in rapporto alla legislazione italiana³. Con due sentenze di pari data, 25 novembre 2020, la Corte di giustizia accertò che le rilevanti disposizioni delle direttive ostavano alle disposizioni interne impugnate⁴. A questo punto, la Corte di Cassazione avrebbe dovuto disapplicare la normativa interna, in quanto dichiarata in contrasto con norme del diritto secondario sul diritto alla parità di trattamento che producono un obbligo preciso in capo agli Stati membri e invocate in una controversia vertente con un'amministrazione pubblica. Al contrario, la Suprema Corte, con una scelta criticata in dottrina⁵, ritenne di sollevare questione di legittimità costituzionale per contrasto della medesima disposizione interna, già dichiarata incompatibile con il diritto europeo, con gli artt. 11 e 117, comma 1, Cost. Il presupposto dell'incidente di costituzionalità era duplice: che il diritto dell'Unione non regolasse direttamente la

² Direttiva 2011/98/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2011, in *GUUE* L 343 del 23 dicembre 2011, 1-9, sul permesso unico di soggiorno e lavoro, recepita con d.lgs n. 40 del 2014; direttiva 2003/109/CE del Consiglio, del 25 novembre 2003, in *GUCE* L 16 del 23 gennaio 2004, 44-53, sullo status dei cittadini di paesi terzi soggiornanti di lungo periodo, recepita con d.lgs n. 3 del 2007, che ha introdotto le norme della direttiva nel d.lgs n. 286 del 1998, T.U. immigrazione. Per una ricostruzione sistematica delle norme europee in tema di stranieri, S. AMADEO, F. SPITALERI, *Il diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea*, Torino, 2019.

³ Più precisamente, nella vicenda del diniego dell'assegno a cittadino di paese terzo titolare di permesso unico, il Tribunale di Alessandria aveva respinto il ricorso in primo grado, mentre la Corte di appello di Torino aveva riconosciuto l'incompatibilità tra art. 12 direttiva 2011/98/UE e art. 2, comma 6-bis, l. n. 153 del 1988; nella vicenda del soggiornante di lungo periodo, il Tribunale di Brescia aveva disapplicato la norma interna e condannato l'INPS al versamento dell'assegno, con sentenza confermata in secondo grado dalla Corte di appello di Brescia.

⁴ Corte di giustizia, sez. V, *INPS c. WS*, 25 novembre 2020, C-302/19, ECLI:EU:C:2020:957, e Corte di giustizia, sez. V, *INPS c. VR*, 25 novembre 2020, C-302/19, ECLI:EU:C:2020:958, su cui L. GROSSIO, *Who is entitled to family benefits? Lights and shadows in the ECJ rulings in WS and VR*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, n. 4 del 2021(28), 582-593.

⁵ Hanno ritenuto che la soluzione tecnica corretta sarebbe stata la disapplicazione A. GUARISO, *La Cassazione sugli ANF agli stranieri: l'applicazione del diritto UE spetta alla Consulta*, in *ASGI*, 14 aprile 2021; A. GUAZZAROTTI, *Integrazione europea attraverso il diritto? Due recenti ordinanze della Cassazione in tema di assegni familiari per i lavoratori extra-UE*, in *laCostituzione.info*, 10 maggio 2021; S. GIUBBONI, N. LAZZERINI, *L'assistenza sociale degli stranieri e gli strani dubbi della Cassazione*, in *Questione Giustizia*, 6 maggio 2021, questi ultimi auspicando una inammissibilità delle questioni di costituzionalità e un invito alla disapplicazione delle norme interne contrastanti con norme di direttive munite di efficacia diretta verticale, per tornare così «a prendere sul serio il diritto dell'Unione», *ivi*, 10, come in effetti è avvenuto. Per gli stessi AA., la fattispecie non si prestava ad una ipotesi di cosiddetta «doppia pregiudizialità», che avrebbe potuto fruttuosamente porsi in ipotesi diverse, nel caso cioè di possibile contrasto con un controlimite o nei casi in cui la tutela costituzionale risulti più elevata di quella derivante dal diritto dell'Unione, con rinvio a N. LAZZERINI, *Dual Preliminary Within the Scope of the EU Charter of Fundamental Rights in the Light of Order 182/2020 of the Italian Constitutional Court*, in *European Papers*, n. 3 del 2020, 1463-1476; nel caso di specie, invece, l'incidente di costituzionalità non avrebbe fornito alcuna garanzia in più al principio di parità di trattamento nell'accesso all'assistenza sociale, finendo, al contrario, per indebolirne oggettivamente rilievo e portata precettiva e alterando il rapporto tra diritto interno e diritto dell'Unione. Chi scrive condivide che la doppia pregiudizialità non aveva ragion d'essere per l'assenza di tono costituzionale nella formulazione delle questioni, di cui al testo; le questioni di costituzionalità, inoltre, sono apparse fuori luogo perché, a fronte di una sentenza già esaustiva della Corte di giustizia sul principio di parità di trattamento in un giudizio contro un'amministrazione dello Stato, esse hanno determinato di fatto un mero rallentamento dei tempi processuali per il riconoscimento della pretesa, di cui era già stata accertata la spettanza, se si considera che i ricorsi per Cassazione erano stati introdotti nel 2017. Non si condivide, invece, la tesi che vorrebbe arginare la doppia pregiudizialità ai soli controlimiti o al maggiore livello di tutela, sia perché la cosiddetta doppia pregiudizialità è utile a far interagire i parametri di diritti in questioni di legittimità costituzionale per così dire normali, certamente non limitate ai controlimiti, che sono un'*extrema ratio* già vicina alla rottura, sia perché il criterio delle maggiori o minori tutele è davvero di difficile misurazione. Sia consentito sul punto il rinvio a A.O. COZZI, *Sindacato accentrato di costituzionalità e contributo alla normatività della Carta europea dei diritti fondamentali a vent'anni dalla sua proclamazione*, in *Diritto pubblico*, n. 3 del 2020, 659-715, spec. 683.

materia del trattamento familiare⁶ e che le invocate norme delle direttive fossero sprovviste di effetto diretto⁷. Nessun altro parametro costituzionale, né altro profilo di diritto fu invocato dalla Corte di Cassazione. Nel giudizio di costituzionalità sia le parti private, che l'ASGI, nella veste di *amicus curiae*, reputarono la questione inammissibile perché la normativa interna non avrebbe dovuto trovare applicazione nel giudizio *a quo* in virtù del vincolo nascente dalla sentenza della Corte di giustizia⁸. In effetti, l'inammissibilità per irrilevanza, avendo dovuto procedersi alla disapplicazione, è l'esito cui giunge la stessa Corte costituzionale.

L'iter argomentativo della Corte costituzionale può essere sintetizzato in quattro passaggi. La Corte ha, innanzitutto, ricostruito la disciplina dell'assegno e la relativa definizione di "nucleo familiare", soffermandosi sul fatto che il requisito della residenza nel territorio italiano non è richiesto per i familiari del cittadino italiano, mentre lo è per i familiari del cittadino straniero, salvo che sussista un regime di reciprocità o sia in vigore una convenzione internazionale con il Paese di origine⁹. In secondo luogo, sulla scia della scelta, operata dalla Corte di Cassazione, di rivolgersi alla Corte di giustizia per l'interpretazione delle norme rilevanti delle direttive, ha ripercorso puntualmente gli argomenti del giudice europeo resi nelle sentenze adottate all'esito del rinvio pregiudiziale¹⁰. In terzo luogo, dando atto che queste decisioni sono vincolanti, innanzitutto nei confronti del giudice che ha promosso il rinvio, e insistendo sul principio del primato, ha essa stessa concluso, sulla base delle statuizioni della Corte di giustizia, che l'obbligo alla parità di trattamento è imposto dalle direttive in modo chiaro, preciso e incondizionato, e come tale dotato di effetto diretto, tanto da consentire al giudice rimettente la disapplicazione¹¹. Da ultimo, la Corte costituzionale si è

⁶ Per completezza, nelle sentenze della Corte di giustizia è immediatamente posto in luce, come da giurisprudenza consolidata, che non sono le direttive a stabilire quali prestazioni debbano erogare gli Stati membri ai cittadini di paesi terzi, poiché il diritto dell'Unione non limita la facoltà degli Stati di organizzare i loro regimi di sicurezza sociale e, in mancanza di armonizzazione a livello di Unione, spetta a ciascuno Stato membro stabilire le condizioni per la concessione delle prestazioni di sicurezza sociale, il loro importo e il periodo per il quale sono concesse. Tuttavia, nell'esercitare tale facoltà, gli Stati membri devono conformarsi al diritto dell'Unione (Corte di giustizia, *INPS c. WS*, cit., §23; *INPS c. VR*, cit., §20). Le direttive impongono, invece, di estendere agli stranieri cui si riferiscono, in regime di parità con i cittadini dello Stato membro, le provvidenze che gli Stati hanno deciso di erogare. Si inserisce nel quadro della critica a questi limiti strutturali del diritto europeo, che ruota intorno alla parità di trattamento e non si occupa direttamente di politiche sociali, l'annotazione di A. GUZZAROTTI, *Integrazione europea attraverso il diritto?*, cit., nel senso che un approccio tecnico-giuridico, come conflitto tra norme statali e sovranazionali, non è sufficiente a rispondere alle istanze socio-economiche e politiche che queste norme sottintendono; in questa ottica, pur ammettendo che la soluzione giuridica corretta alle questioni avrebbe dovuto essere la disapplicazione, le ordinanze della Cassazione sono intese dall'A. come segno di un contro-movimento da parte di una Corte che, per anni paladina dell'integrazione attraverso il diritto a colpi di disapplicazione, si troverebbe ora a disagio nel ruolo di avanguardia del mutamento costituzionale in contrasti normativi che esprimono, in realtà, un conflitto sociale tra *insiders* e *outsiders* che richiederebbe una soluzione sul piano politico.

⁷ Invero, le ordinanze della Cassazione di rimessione di questione di costituzionalità non avevano lo scopo di ribellarsi al giudicato della Corte di giustizia. Il considerato in diritto di ciascuna ordinanza – cfr. Cass. civ., sez. lavoro, ord. 8 aprile 2021, n. 9378 – si apriva, infatti, con l'affermazione netta per cui «occorre dare esecuzione alla sentenza della Corte di giustizia del 25 novembre 2020 ... in applicazione del principio generale di cooperazione, il quale impone a tutte le autorità statali di non adottare atti e/o comportamenti che possano determinare l'inadempimento di obblighi comunitari» (§ 12). Nel merito, tuttavia, l'ordinanza motivava ampiamente sull'assenza di effetto diretto delle direttive, a differenza dei regolamenti, perché non contengono una normativa *self-executing* in grado di sostituire integralmente la disciplina nazionale con una propria regolamentazione (§§ 16, 17), perché incomplete (§§ 19, 20), tanto che per il collegio la sostituzione del criterio della reciprocità o della convenzione internazionale, previsto dall'art. 2, comma 6-*bis*, l. n. 153 del 1988, con il criterio della parità di trattamento avrebbe realizzato un intervento manipolativo inibito al giudice, nel rispetto dei limiti delle sue competenze di interpretazione e applicazione delle leggi (§ 22). Una seconda parte della motivazione, di diverso segno, era tesa a sostenere che la violazione del principio di non discriminazione non comporta sempre e comunque la non applicazione del diritto interno contrastante perché residua un margine per interventi del legislatore nazionale, a condizione che siano proporzionati e adeguati. Per una risposta puntuale ai singoli argomenti della Cassazione, S. GIUBBONI, N. LAZZERINI, *L'assistenza sociale degli stranieri e gli strani dubbi della Cassazione*, cit.

⁸ [Sent. n. 67 del 2022](#), § 4 e § 7 *Ritenuto in fatto*.

⁹ [Sent. n. 67 del 2022](#), § 5 *Cons. dir.*, spec. § 5.2 ultimo periodo.

¹⁰ [Sent. n. 67 del 2022](#), §§ 6-9 *Cons. dir.*

¹¹ [Sent. n. 67 del 2022](#), § 12, ultimo periodo e § 12.2 *Cons. dir.*

soffermata sull'ulteriore argomento prospettato dalla Cassazione a sostegno della impraticabilità della disapplicazione, ossia l'esistenza di una discrezionalità del legislatore nella scelta dei rimedi con cui rimuovere gli effetti discriminatori. La Corte ha osservato che la Corte di giustizia aveva già accertato che il legislatore interno non si era avvalso della facoltà di limitare l'obbligo di trattamento paritario, non avendo azionato le deroghe consentite dalle rispettive direttive. Se è vero, perciò, che il legislatore è sempre libero di scegliere le modalità con cui eliminare una discriminazione, resta che il compito della rimozione degli effetti discriminatori già verificatisi rimane affidato al giudice¹². Le questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla Cassazione, pertanto, sono state dichiarate inammissibili per difetto di rilevanza.

2. Primi rilievi: una comunità di corti nazionali legate da convergenti diritti e obblighi

La sentenza [n. 67 del 2022](#) si connota per due aspetti: il riconoscimento dell'importanza del primato come architrave dell'ordinamento europeo e dei suoi valori, e insieme motore dell'ordinamento interno, in un sistema giuridico in cui le corti assumono e si fanno garanti di reciproci diritti e obblighi; in secondo luogo, la persistente vitalità della disapplicazione, potremo dire la strada vecchia, tradizionale, che la nuova strada *post obiter dictum* di Corte cost. sentenza [n. 269 del 2017](#) aveva reso meno certa. Entrambi questi elementi, la centralità del primato e la vitalità della disapplicazione, si fondano su un comune presupposto, ossia il riconoscimento di una interazione sempre più praticata con la Corte di giustizia.

Venendo al primo aspetto, la dottrina che per prima ha commentato la sentenza ha sottolineato un dato indubbio, ossia il fatto che la sentenza [n. 67 del 2022](#) costituisce una conferma della importanza che la Corte costituzionale assegna al rinvio pregiudiziale e al rapporto di collaborazione dialettica con la Corte di giustizia¹³. Si tratta di un elemento su cui la Corte costituzionale particolarmente insiste, tanto da pervadere l'intera motivazione. La decisione si allinea così alla di poco precedente sentenza [n. 54 del 2022](#), resa in seguito a rinvio pregiudiziale della stessa Corte costituzionale, e incentrata tutta sull'interpretazione di norme europee secondarie in rapporto all'art. 34 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea¹⁴.

Questo orientamento della Corte costituzionale, come si diceva, non è nuovo. Ad uno sguardo d'insieme, nelle pronunce che sono seguite alla [sent. n. 269 del 2017](#), la Corte costituzionale ha colto le occasioni che volta per volta si presentavano per insistere sulla necessità di cooperazione tra corti, operando con maggiore frequenza il rinvio pregiudiziale¹⁵. Così facendo, la Corte ha ricostruito il

¹² [Sent. n. 67 del 2022](#), § 13 *Cons. dir.*, in cui la Corte chiarisce che il richiamo operato dalla Cassazione alla precedente Corte cost. [sent. n. 227 del 2010](#) non era pertinente, in quanto relativa alla decisione-quadro sul mandato di arresto europeo, priva di effetti diretti, a differenza degli obblighi di parità imposti dalle direttive in esame.

¹³ A. RUGGERI, *Alla Cassazione restia a far luogo all'applicazione diretta del diritto eurounitario la Consulta replica alimentando il fecondo "dialogo" tra le Corti (a prima lettura della sent. n. 67/2022)*, in questa *Rivista*, 2022/I, 359-363.

¹⁴ Per un commento parallelo alle due sentenze, [n. 54](#) e [n. 67 del 2022](#), B. NASCIBENE, I. ANRÒ, *Primato del diritto dell'Unione europea e disapplicazione. Un confronto fra Corte costituzionale, Corte di Cassazione e Corte di giustizia in materia di sicurezza sociale*, in *Giustizia Insieme*, 31 marzo 2022. L'art. 12, par. 1, lett. e), direttiva 2011/98/UE era stato oggetto della questione pregiudiziale di interpretazione sollevata da Corte cost. con [ord. n. 182 del 2020](#), insieme ad altre disposizioni di diritto derivato e all'art. 34 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in rapporto allora a norme interne relative all'assegno di maternità e all'assegno di natalità, cui ha fatto seguito [Corte cost. sent. n. 54 del 2022](#).

¹⁵ I rinvii pregiudiziali effettuati dalla Corte costituzionale sono stati sino ad oggi sette: [ordd. nn. 103 del 2008](#), [207 del 2013](#), [24 del 2017](#) e, dopo la [sent. n. 269 del 2017](#), con significativa accelerazione, [ordd. nn. 117 del 2019](#), [182 del 2020](#) e, di recente, [216](#) e [217 del 2021](#), entrambe sul mandato di arresto europeo, la prima avente ad oggetto l'interpretazione della decisione quadro sul mandato alla luce degli artt. 3, 4, 35 CDFUE in fattispecie relativa a persona affetta da gravi patologie croniche e potenzialmente irreversibili e al rapporto tra consegna e tutela del diritto alla salute, riconosciuto sia alla luce degli articoli della Carta che dell'art. 32 Cost.; la seconda relativa all'interpretazione della decisione quadro alla luce del suo art. 1 e dell'art. 7 CDFUE in relazione alla valutazione in concreto dei legami del

proprio ruolo di giudice della legittimità costituzionale nel contesto europeo alla luce di una finalità comune, l'effettività delle tutele, e collocato il rimedio del sindacato di costituzionalità non come sostitutivo, ma come cumulativo, in un quadro unitario di strumenti interni ed europei volti a realizzare questa effettività. I rinvii pregiudiziali più recenti, inoltre, hanno riguardato ambiti materiali tra i più vitali del diritto europeo e della sua attuazione, in cui si presentavano incertezze applicative. Così è stato per l'ord. [n. 182 del 2020](#), cui ha fatto seguito la richiamata sentenza [n. 54 del 2022](#), sempre in tema di integrazione degli stranieri sotto il profilo della parità di trattamento nella spettanza di prestazioni connesse alla maternità e all'infanzia. Da ultimo, questo è accaduto in tema di mandato di arresto europeo, un ambito prevalentemente armonizzato che si radica nel principio del mutuo riconoscimento tra gli Stati, in cui, pure, la Corte di giustizia ha aperto margini per livelli di tutela nazionali negli aspetti non interamente disciplinati dalla relativa decisione-quadro¹⁶.

cittadino di paese terzo nello Stato di effettiva dimora e alla esclusione dell'allontanamento se è possibile l'esecuzione della pena *in loco*; in questa seconda ordinanza, la Corte costituzionale ha chiesto, in base all'art. 105 del regolamento di procedura della Corte di giustizia del 25 settembre 2012, che la questione di interpretazione sia decisa con procedimento accelerato. Per un commento, C. AMALFITANO, M. ARANCI, *Mandato di arresto europeo e due nuove occasioni di dialogo tra Corte costituzionale e Corte di giustizia*, in [Sistema Penale](#), n. 1 del 2022, 5-33; S. BARBARESCHI, *Tra scudo e fendente: la Corte costituzionale fa valere il diritto inviolabile alle cure nello spazio giuridico europeo. Considerazioni a margine dell'ord. n. 216 del 2021 e A. MASSARO, Mandato d'arresto europeo e rifiuto facoltativo di consegna del cittadino di un Paese Terzo: l'ordinanza n. 217 del 2021 della Corte costituzionale*, entrambi in [Nomos](#), n. 3 del 2021; S. BARBIERI, *La «restaurazione» del giudice penale e la «garanzia» della Consulta: in margine alle ordinanze n. 216 e n. 217 del 2021*, in [SIDIBlog](#), 7 dicembre 2021; A. DAMATO, *Mandato d'arresto europeo e diritti fondamentali: le ordinanze n. 216/2021 e n. 217/2021 della Corte costituzionale*, in [AISDUE](#), n. 1 del 2022, 22 gennaio 2022; F. VENTURI, *Le ordinanze n. 216 e 217 del 2021 della Corte Costituzionale: il rinvio pregiudiziale come calumet della pace nell'ordinamento (penale) multilivello*, in [Diritti Comparati](#), 20 gennaio 2022. Oltre alle ordinanze di rinvio pregiudiziale, per una analisi attenta e puntuali riferimenti dottrinali alla giurisprudenza più recente *post* [269](#), ossia Corte cost. sent. nn. [11](#), [44](#), [254 del 2020](#), [n. 182 del 2021](#), si rinvia a A. CONZUTTI, *“Granital Revisited” Revisited? Tendenze espansive nel nuovo cammino europeo della Corte costituzionale*, in [Rivista del Gruppo di Pisa](#), n. 1 del 2022, 44-73, che si interroga sulla tendenza all'estensione del sindacato accentrato al diritto secondario, per concludere che nella giurisprudenza costituzionale sono già presenti gli anticorpi per evitare una estensione generalizzata del giudizio nei confronti del diritto europeo e che proprio la messa in opera del rinvio pregiudiziale fa da contraltare al ritrovato spazio del sindacato accentrato (*ivi*, 65). Una sostanziale spinta all'armonizzazione delle tutele è ben presente anche nelle sentenze che costituiscono esito del rinvio pregiudiziale, come Corte cost. [sent. n. 84 del 2021](#), sul diritto al silenzio, su cui i commenti di A. MARCHESELLI, [Il diritto al silenzio tra diritti fondamentali e doveri fondamentali in materia tributaria \(spunti critici a margine di Corte cost. n. 84/2021\)](#), in questa [Rivista](#), 2021/II, 530-542; B. SBORO, *Il lieto epilogo del dialogo tra Corti sul diritto al silenzio: note minime a margine della sentenza n. 84 del 2021*, in [Diritti Comparati](#), 5 luglio 2021; D. CODUTI, *Il diritto al silenzio nell'intreccio tra diritto nazionale, sovranazionale e internazionale: il caso D.B. c. CONSOB*, in [federalismi.it](#), 22 settembre 2021; M. MICHETTI, *Diritto al silenzio e insider trading: il confronto tra Roma e Lussemburgo prosegue sulla via del dialogo (Corte costituzionale, sentenza n. 84/2021)*, in questa [Rivista](#), 2021/III, 701-709 e S. FILIPPI, *Sulle più recenti evoluzioni dei rapporti tra Corti: riflessioni a partire da Corte cost., sent. 30 aprile 2021, n. 84, [ivi](#)*, 767-780; P. GAMBATESA, *Riflessioni sulla prima occasione di “dialogo” tra Corte costituzionale e Corte di Giustizia in casi di doppia pregiudizialità*, in [federalismi.it](#), 6 ottobre 2021; T. GUARNIER, *Corte costituzionale, Corti sovranazionali, giudici comuni e legislatore. Lo scenario a seguito della sentenza n. 84 del 2021 della Corte costituzionale*, in [Nomos](#), n. 2 del 2021; S. CATALANO, *La vicenda decisa dalla sentenza n. 84 del 2021 della Corte costituzionale: un esempio di “buon dialogo” fra Corti*, in [Forum di quaderni costituzionali](#), n. 4 del 2021, 23 dicembre 2021; Corte cost. [sent. n. 54 del 2022](#), *supra*, in tema di assegni di natalità e maternità, su cui B. SBORO, *Ancora in tema di assegni di natalità e maternità: la sent. 54 del 2022 della Corte costituzionale dopo il verdetto della Corte di giustizia*, in [Diritti Comparati](#), 31 marzo 2022, e F. FERRARO, V. CAPUANO, *Bonus bebè e assegno di maternità: convergenza tra Corti e Carte in nome della solidarietà*, in [Lavoro Diritti Europa](#), n. 1 del 2022. Merita aggiungere, ancora, che il grado di cooperazione con la Corte di giustizia non può essere misurato solo entro il filone della doppia pregiudizialità, ma anche in tutte le occasioni in cui, come già faceva ben prima del 2017, la Corte costituzionale utilizza il diritto secondario europeo e la giurisprudenza della Corte di giustizia come parametri, per esempio nei giudizi in via principale, ai sensi dell'art. 117, comma 1, Cost., come nell'anno trascorso in Corte cost. [n. 23 del 2021](#), relativa a una legge della Regione Marche sugli organismi geneticamente modificati.

¹⁶ Alla chiusura di Corte di giustizia, Grande sezione, *Melloni*, 26 febbraio 2013, C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107, fondata proprio sul mutuo riconoscimento, hanno fatto seguito decisioni che hanno consentito margini di adattamento, come Corte di giustizia (Grande Sezione), *Aranyosi e Căldăraru*, 5 aprile 2016, C-404/15 e C-659/15 PPU,

In questa operazione volta a segnare progressivamente il terreno, a dettare le linee di fondo del rapporto tra corti e tra ordinamenti, la sentenza [n. 67 del 2022](#) si distingue per il particolare rilievo assegnato al primato del diritto europeo, di cui si ribadisce con forza l'essenzialità per garantire la tenuta della costruzione europea. Lo schema e il linguaggio che la Corte costituzionale fa propri sono quelli standard del diritto europeo, in cui il rinvio pregiudiziale è canale di comunicazione tra corti e insieme garanzia del primato del diritto dell'Unione, cui consegue il dovere di ciascun giudice di disapplicare il diritto interno contrastante. Volendo far emergere la spina dorsale, potremo dire, dell'ordinamento europeo, la Corte costituzionale richiama una serie di precedenti della Corte di giustizia che vanno – anche questo merita di essere osservato – dal *leading case* Simmenthal del 9 marzo 1978¹⁷, sulla cui sopravvivenza e portata si è interrogata molto la dottrina dopo l'*obiter* del 2017¹⁸, fino a casi più recenti in cui la Corte di giustizia ha ribadito che la mancata disapplicazione, ove ne ricorrano i presupposti, viola «i principi di uguaglianza tra gli Stati membri e di leale collaborazione tra l'Unione e gli Stati membri» riconducibili all'art. 4, commi 2 e 3, TUE¹⁹. La disamina si conclude con una affermazione dal forte significato simbolico, per cui proprio il principio del primato e le disposizioni dell'art. 4, commi 2 e 3, TUE «costituiscono l'architrave su cui poggia

ECLI:EU:C:2016:198, su cui, *ex multis*, N. LAZZERINI, *Gli obblighi in materia di protezione dei diritti fondamentali come limite all'esecuzione del mandato di arresto europeo: la sentenza Aranyosi e Căldăraru*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, 445-452. Sulla flessibilità della giurisprudenza della Corte di giustizia rispetto a tutele nazionali in funzione del grado di armonizzazione, anche con riferimento al MAE, M.E. BARTOLONI, *L'apporto delle tecniche di armonizzazione nella definizione dei rapporti tra sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, n. 1 del 2019, 55-85, spec. 61, 81-82, in cui il modello *Melloni* è l'estrema chiusura, ma nella prassi giurisprudenziale si danno altri modelli più flessibili, cosicché «il sistema nazionale dei diritti fondamentali si applicherebbe in maniera inversamente proporzionale alla intensità/densità normativa impressa alla disciplina UE sulla quale la norma o atto nazionale interferiscono. I diritti fondamentali di matrice statale, in altre parole, troverebbero un residuo margine di operatività in corrispondenza agli “spazi normativi” lasciati vuoti o parzialmente disciplinati dal legislatore UE». Vi sarebbe, perciò, un'applicazione della Carta e dei diritti nazionali secondo «moduli a geometria variabile in corrispondenza dello spazio normativo impegnato dalla legislazione europea», che non dipende solo dall'essere o meno nell'ambito di applicazione del diritto UE, ma dalla «densità» del diritto europeo in quel dato ambito normativo.

¹⁷ Interessante è che di Simmenthal si richiami proprio l'inciso sul dovere di disapplicazione: «A partire dalla sentenza Simmenthal (sentenza 9 marzo 1978, in causa 106/77, *Amministrazione delle finanze dello Stato*), la Corte di giustizia ha affermato che il giudice nazionale ha l'obbligo di garantire la piena efficacia delle norme europee dotate di effetto diretto, “disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale” (punto 24)», § 10 *Cons. dir.*

¹⁸ È stato ampiamente discusso in dottrina se l'*obiter* della [sent. n. 269 del 2017](#) e il suo seguito costituissero una deroga o potessero inserirsi in linea di continuità con *Granital*. Nella amplissima letteratura, senza alcuna pretesa di completezza, si richiamano per questo dibattito i contributi di R. BIN, A. AMATO, C. CARUSO, A.O. COZZI, M. DANIELI, D. GALLO, B. GUASTAFERRO, A. GUAZZAROTTI, S. LEONE, G. MANZONI, G. MARTINICO, F. MEDICO, A. RUGGERI, F. SAIITO, G. SCACCIA, A. MORRONE, in C. CARUSO, F. MEDICO, A. MORRONE, *Granital Revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, Bologna, 2020, in [openaccess](#). Da ultimo, come studio monografico sul rapporto tra disapplicazione e Carta europea, A. AMATO, *Disapplicazione giudiziale della legge e Carta di Nizza. Profili costituzionali*, Napoli, 2021.

¹⁹ [Sent. n. 67 del 2022](#), § 10.2 *Cons. dir.*: «In tempi molto più vicini, la stessa Corte [n.d.r. di giustizia] è tornata ad affermare la centralità del rinvio pregiudiziale, al fine di garantire piena efficacia al diritto dell'Unione e assicurare l'effetto utile dell'art. 267 TFUE, cui si salda il potere di “disapplicare” la contraria disposizione nazionale», richiamando Corte di giustizia, *Global Starnet Ltd.*, 20 dicembre 2017, C-322/16, ECLI:EU:C:2017:985, §§21-22; *XC e altri*, 24 ottobre 2018, C-234/17, ECLI:EU:C:2018:853, §44, quest'ultima in tema di giudicato nel processo penale e, merita aggiungere, molto netta nel ribadire l'originarietà e autonomia dell'ordinamento europeo rispetto al sistema CEDU sotto il profilo della equivalenza ed effettività dei rispettivi rimedi; *Deutsche Umwelthilfe*, 19 dicembre 2019, C-752/18, ECLI:EU:C:2019:1114, §42; *OC e altri*, 16 luglio 2020, C-686/18, ECLI:EU:C:2020:567, §30. Continua la Corte costituzionale: «La Corte di giustizia ha inoltre precisato che la mancata disapplicazione di una disposizione nazionale ritenuta in contrasto con il diritto europeo viola “i principi di uguaglianza tra gli Stati membri e di leale cooperazione tra l'Unione e gli Stati membri, riconosciuti dall'art. 4, paragrafi 2 e 3, TUE, con l'articolo 267 TFUE, nonché [...] il principio del primato del diritto dell'Unione”», con rinvio a Corte di giustizia, *RS*, 22 febbraio 2022, C-430/21, §88, ECLI:EU:C:2022:99.

la comunità di corti nazionali, tenute insieme da convergenti diritti e obblighi»²⁰. La Corte costituzionale, si legge di seguito, ha «costantemente affermato» il principio del primato «valorizzandone gli effetti propulsivi nei confronti dell'ordinamento interno». Si conferma, così, anche nella sentenza [n. 67 del 2022](#), che il sindacato accentrato di costituzionalità di cui all'art. 134 Cost. non è alternativo a un meccanismo diffuso di attuazione del diritto europeo, ma con esso confluisce nella costruzione di tutele comuni²¹.

Emerge netta, in queste affermazioni, l'immagine di un sistema in cui, per riprendere le parole pronunciate in altra sede e a titolo personale dal giudice redattore, le corti prestano lealtà a più sistemi di tutela e, così facendo, assumono consapevolmente la responsabilità della tenuta di quei sistemi e della loro integrazione²². Si tornerà sul punto nelle conclusioni di questo breve commento.

3. I criteri della disapplicazione

Come anticipato, il secondo aspetto che emerge dalla sentenza [n. 67 del 2022](#) è la vitalità della disapplicazione. Il fatto è che, a seguito del rinvio pregiudiziale e delle sentenze della Corte di giustizia, la Corte di Cassazione si era rifiutata di procedere alla disapplicazione della norma interna il cui contrasto con norme europee sulla parità di trattamento era già stato accertato. Intorno a questo punto si vorrebbe spendere alcune considerazioni.

Il tema più dibattuto dopo il nuovo corso della [sent. n. 269 del 2017](#) resta certamente quello del protocollo di giudizio, ossia dei criteri in base ai quali il giudice rimettente dovrebbe scegliere se operare il rinvio pregiudiziale o sollevare questione di legittimità costituzionale²³. Dalla sentenza n.

²⁰ Sulla tendenza della giurisprudenza costituzionale a riprendere la giurisprudenza del Tribunale costituzionale tedesco come *Bundesverfassungsgericht*, sulla scia di un confronto articolato da A. VON BOGDANDY, D. PARIS, *La forza si manifesta pienamente nella debolezza. Una comparazione tra la Corte costituzionale e il Bundesverfassungsgericht*, in *Quad. cost.*, n. 1 del 2020, 9-30, spec. 24, T. GROPPI, *Il ri-accentramento nell'epoca della ri-centralizzazione. Recenti tendenze dei rapporti tra Corti costituzionali e giudici comuni*, in B. Caravita (a cura di), *Un riaccentramento del giudizio costituzionale? I nuovi spazi del Giudice delle leggi, tra Corti europee e giudici comuni*, Torino, 2021, 201-219, spec. 218, che vi vede in realtà una comune tendenza a una *global constitutional justice*. Per chi scrive, più sommessamente una *European constitutional justice*.

²¹ *Ibidem*, § 11 *Cons. dir.* Sul fatto che questa sentenza abbia riportato al centro il primato dell'Unione europea, B. NASCIMBENE, I. ANRÒ, *Primato del diritto dell'Unione europea e disapplicazione*, cit.

²² S. SCIARRA, *Lenti bifocali e parole comuni: antidoti all'accentramento nel giudizio di costituzionalità*, in B. Caravita (a cura di), *Un riaccentramento del giudizio costituzionale?*, cit., 49-66. Lo ha definito un sistema a rete fondato sul principio di leale collaborazione da N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema "a rete" di tutela dei diritti in Europa*, in [federalismi.it](#), 10 luglio 2019.

²³ Molta dottrina si è spesa giustamente sul profilo del protocollo di giudizio, cercando di costruire un quadro sistematico alla luce delle indicazioni mano a mano tratte dalla giurisprudenza costituzionale. Al di là del merito delle soluzioni, vi è una differenza, per così dire, nel grado di certezza che ne ricava. A titolo di esempio, F. DONATI, *I principi del primato e dell'effetto diretto nel diritto dell'Unione in un sistema di tutele concorrenti dei diritti fondamentali*, in [federalismi.it](#), n. 12 del 2020, 104-125, 29 aprile 2020, confronta i principi tratti da *Melki* e *A. c. B.* della Corte di giustizia con Corte cost. n. [20](#), n. [63](#), [n. 112 del 2019](#), per osservare che correttamente la Corte costituzionale ha trattenuto a sé le questioni di costituzionalità, perché incidenti su settori in cui il diritto europeo lasciava margini di discrezionalità agli Stati, mentre con l'[ord. n. 117 del 2019](#) correttamente ha operato il rinvio pregiudiziale, essendo la normativa interna attuazione puntuale di una norma europea; si tratta, tuttavia, di una valutazione che esula dai criteri effettivamente individuati dalla Corte costituzionale che, come rilevava già all'epoca lo stesso A., non aveva fornito chiare indicazioni (*ivi*, 123). La centralità del criterio del grado di armonizzazione del diritto europeo è confermata con ancor maggiore nitidezza in F. DONATI, *Un riaccentramento del giudizio costituzionale? I nuovi spazi del giudice delle leggi, tra Corti europee e giudici comuni*, in B. Caravita (a cura di), *Un riaccentramento del giudizio costituzionale?* cit., 9-20. Questa prospettiva, che è stata sollecitata anche da chi scrive, in A.O. COZZI, *Sindacato accentrato di costituzionalità e contributo alla normatività della Carta europea dei diritti fondamentali a vent'anni dalla sua proclamazione*, cit., 672-676, per l'assonanza di linguaggio e di categorie giuridiche che presuppone tra diritto interno e diritto europeo, e perché rende sostenibile rispetto ai Trattati il cammino europeo della Corte costituzionale, ha due *caveat* che non possono essere omissi. Il primo è che il criterio del grado di armonizzazione non è ancora stato chiaramente fatto proprio dalla Corte

[67 del 2022](#) si ricavano, a nostro avviso, due elementi. In primo luogo, è confermato che il tratto qualificante per scegliere la via del sindacato accentrato è costituito dalla formulazione della questione in termini di violazione contestuale di diritti o interessi costituzionali e diritti o interessi protetti dalla Carta europea dei diritti fondamentali. Lo spunto si ricava *a contrario*, come è già stato puntualmente osservato, dal fatto che la stessa Corte costituzionale si è premurata di sottolineare che l'art. 34 Carta europea non era stato individuato quale parametro delle questioni pregiudiziali prima, e delle questioni di costituzionalità in seguito. Può aggiungersi che le questioni di costituzionalità non invocavano neppure norme costituzionali sostanziali diverse dagli artt. 11 e 117, comma 1, Cost.²⁴. Resta, dunque, che il criterio principe per accedere al sindacato accentrato è dato dal sospetto di violazione contestuale di norme costituzionali e di norme primarie europee affini relative a diritti fondamentali, siano o meno le norme europee inverte da un diritto secondario che ad esse dia attuazione o ne costituisca una limitazione e sia o meno il diritto europeo rilevante dotato di effetti diretti.

In secondo luogo – e questo è un tratto a nostro avviso importante – la sentenza conferma quanto la Corte costituzionale aveva già affermato in astratto, ossia che il giudice *a quo* non solo può, ma ha il dovere, sussistendone i presupposti, di non applicare il diritto interno contrastante con il diritto europeo²⁵. L'elemento qualificante è, dunque, la conferma che la non applicazione come rimedio per la soluzione del contrasto tra norma interna e norma europea derivata dotata di effetti diretti è tuttora un principio cardine del nostro ordinamento. Il rilievo è rafforzato dal fatto che la Corte costituzionale non si limita a richiamare la disapplicazione come uno dei rimedi possibili in astratto, con un ossequio ai criteri enunciati dalla Corte di giustizia che avrebbe potuto essere solo formale, ma, al contrario, *pretende* che essa sia praticata. Si conferma, altresì, secondo un indirizzo che era consolidato, che la non applicazione determina l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale per irrilevanza. Il filone *Granital*, pertanto, è tuttora presente nell'ordinamento e il giudizio accentrato, il cui contributo all'effettività delle tutele consiste nell'annullamento *erga omnes*, costituisce uno spazio in quello schema che resta vitale. E qui, tuttavia, viene il punto. Quali sono i presupposti per la non applicazione nel caso di specie e chi li accerta?

costituzionale: in Corte cost. [n. 54 del 2022](#) la Corte ha dato rilievo, tra l'altro, al fatto che l'art. 34 Carta rinvia alle legislazioni e prassi degli Stati membri, aprendosi alle garanzie anche costituzionali, e pure in quella fattispecie non vi era alcun margine residuo di discrezionalità, in quanto il legislatore non si è avvalso delle deroghe consentite dalla direttiva 2011/98/UE, come la Corte costituzionale riprende pianamente dalla sentenza della Corte di giustizia resa a seguito di rinvio pregiudiziale (§ 9.4.1 *Cons. dir.*). Il secondo *caveat* è che non è affatto facile comprendere se si sia in presenza di un diritto europeo pienamente armonizzato o meno. Si tratta del terreno privilegiato su cui chiedere un'interlocuzione con la Corte di giustizia, poiché può essere davvero complesso per il giudice *a quo* avere autonomamente certezza su questo punto. Il problema è ben presente in dottrina: per esempio, M. WENDEL, J.H. REESTMAN, M. CLAES, *Better In Than Out: When Constitutional Courts Rely on the Charter*, *Editorial*, in *Eur. Const. Law Review*, n. 1 del 2020 (16), 1-7, spec. 4, considerano cruciale per il rapporto tra Corti costituzionali e Corte di giustizia il carattere vincolante o meno del diritto europeo derivato e, tuttavia, ritengono aperta la domanda su chi debba condurre il «test of discretion», trattandosi di un «federal problem» di natura molto complessa, dal momento che non è possibile distinguere nitidamente tra *mandatory* e *non-mandatory EU law*. Nella dottrina italiana, rilievi simili sono stati sollevati per esempio da A. MORRONE, *Oltre Granital. Divisione o fusione degli orizzonti di senso?*, in C. CARUSO, F. MEDICO, A. MORRONE, *Granital Revisited?*, cit., 215-223, spec. 219.

²⁴ [Sent. n. 67 del 2022](#), § 1.2.1 *Cons. dir.* Con riferimento all'art. 34 Carta, A. RUGGERI, *Alla Cassazione restia a far luogo all'applicazione diretta*, cit., 361. Sul fatto che non si verta in una ipotesi di doppia pregiudizialità perché la Cassazione non aveva invocato, oltre ai parametri europei, una contemporanea violazione di norme costituzionali diverse dagli artt. 11 e 117, comma 1, Cost., per esempio l'art. 3 Cost., come invece avrebbe potuto fare, B. NASCIBENE, I. ANRÒ, *Primato del diritto dell'Unione europea e disapplicazione*, cit.

²⁵ Sul dovere dei giudici *a quo* di disapplicare, ord. [n. 117 del 2019](#), § 2 *Cons. dir.*: «e fermo restando, altresì, il loro dovere – ricorrendone i presupposti – di non applicare, nella fattispecie concreta sottoposta al loro esame, la disposizione nazionale in contrasto con i diritti sanciti dalla Carta», richiamando [Corte cost. sent. n. 63 del 2019](#), § 4.3 *Cons. dir.*, in cui per vero si dichiarava fermo il «potere del giudice comune» di sollevare egli stesso rinvio pregiudiziale e, ricorrendone i presupposti, di non applicare, ove «potere» è da intendersi realisticamente non come facoltà, ma come capacità giuridica.

La sentenza dedica ampia parte dell'argomentazione a rispondere alla domanda se debba riconoscersi effetto diretto alle norme delle direttive invocate nel caso di specie, nella parte in cui prescrivono l'obbligo di parità di trattamento tra le categorie di cittadini di paesi terzi rispettivamente individuate e i cittadini dello Stato membro. La Corte costituzionale ragiona così dell'obbligo imposto agli Stati, cui corrisponde un diritto dei cittadini di paese terzo, e della azionabilità di tale diritto, per concludere che l'obbligo imposto dalle direttive di non differenziare il trattamento dei cittadini di paese terzo rispetto a quello riservato ai cittadini degli Stati in cui essi operano è chiaro, preciso e incondizionato, e come tale dotato di effetto diretto²⁶. Le disposizioni interne impugnate, pertanto, si prestano ad essere disapplicate dal giudice rimettente.

Questa tipologia di giudizio, ossia l'analisi dell'effetto diretto di norme delle direttive chiare, precise e incondizionate in giudizio contro un'amministrazione dello Stato, è quello che avrebbe dovuto svolgere autonomamente la Corte di Cassazione. Per vero, in sede di rinvio pregiudiziale la Suprema Corte non aveva chiesto testualmente alla Corte di giustizia se il contrasto tra norma interna e direttive, una volta accertato, dovesse condurre alla disapplicazione. Il dispositivo delle sentenze europee, pertanto, non prende espressamente posizione sul punto, limitandosi ad accertare che le rilevanti disposizioni delle direttive ostano alla normativa interna. Tuttavia, è vero anche che dalla motivazione delle sentenze della Corte di giustizia emerge in più passaggi come il diritto alla parità di trattamento comporti in capo agli Stati un obbligo chiaro, preciso e incondizionato, provocando l'accertamento dell'incompatibilità tra norma interna e norma europea²⁷. Sotto questo profilo, del rapporto tra giudicato europeo e margine affidato al giudice nazionale, è di rilievo che, nella sentenza [n. 67 del 2022](#), la Corte costituzionale, nel ripercorrere passo dopo passo le sentenze della Corte di giustizia per rispondere agli argomenti della Cassazione, insista sul vincolo generato da quelle decisioni nei confronti del giudice del rinvio. Questo vincolo opera per tutti i profili che il giudice abbia prospettato e su cui la Corte di giustizia si sia pronunciata, sicché, di fronte alla loro riproposizione nel giudizio di costituzionalità, la Corte costituzionale non trova ragione per procedere a una nuova e diversa valutazione. Nella specie, si trattava del dubbio sull'esistenza di una discrezionalità del legislatore nel limitare le prestazioni di sicurezza sociale, poiché la Corte di giustizia aveva già accertato che il legislatore italiano non si era avvalso della facoltà di limitare il

²⁶ [Sent. n. 67 del 2022](#), § 12 *Cons. dir.*, ultimo periodo, e § 12.2 *Cons. dir.*

²⁷ In Corte di giustizia, *INPS c. WS*, §21, la questione pregiudiziale era così formulata: «Se l'articolo 12, paragrafo 1, lettera e), della direttiva 2011/98 (...) nonché il principio di parità di trattamento tra titolari di permesso unico di soggiorno e di lavoro e cittadini nazionali, debbano essere interpretati nel senso che ostano a una legislazione nazionale in base alla quale, al contrario di quanto previsto per i cittadini dello Stato membro, nel computo degli appartenenti al nucleo familiare, al fine del calcolo dell'assegno per il nucleo familiare, vanno esclusi i familiari del lavoratore titolare del permesso unico ed appartenente a Stato terzo, qualora gli stessi risiedano presso il paese terzo d'origine» (corsivo nostro); analoga la pregiudiziale in Corte di giustizia, *INPS c. VR*, §18, rispetto all'art. 11, paragrafo 1, lettera d), direttiva 2003/109/CE e al principio di parità di trattamento. Sia i considerando nn. 2, 19, 20, 24, sia l'art. 1, par. 1, lett. b), della direttiva 2011/98/UE, relativo al suo oggetto, ruotano tutti intorno al principio di parità di trattamento tra cittadini di paesi terzi e cittadini dello Stato membro; l'art. 12 è rubricato «Diritto alla parità di trattamento», stabilendo al par. 1 che i lavoratori dei paesi terzi di cui alla direttiva «beneficiano dello stesso trattamento riservato ai cittadini dello Stato membro in cui soggiornano» in una serie di ambiti, tra cui i settori della sicurezza sociale del regolamento n. 833/2004/CE (lett. e). Questa disposizione è stata interpretata da Corte di giustizia, *INPS c. WS*, cit., §24 nel senso che «impone agli Stati membri di far beneficiare della parità di trattamento» nei settori indicati; nel ragionare sulle limitazioni ammesse dalla stessa direttiva, la Corte si riferisce al diritto alla parità di trattamento come regola generale e alle deroghe come eccezioni suscettibili di interpretazione restrittiva (§§26, 27); conclude la Corte che, fatte salve le deroghe consentite, non presenti nel caso di specie, «uno Stato membro non può rifiutare o ridurre il beneficio di una prestazione di sicurezza sociale al titolare di un permesso unico per il fatto che i suoi familiari o taluni di essi risiedono non nel suo territorio, bensì in un paese terzo, quando invece accorda tale beneficio ai propri cittadini indipendentemente dal luogo in cui i loro familiari risiedono» (§39), sicché «tanto l'omesso versamento dell'assegno per il nucleo familiare quanto la riduzione dell'importo di quest'ultimo, a seconda che tutti i familiari o alcuni di essi non risiedano nel territorio della Repubblica italiana, sono contrari al diritto alla parità di trattamento di cui all'articolo 12, paragrafo 1, lettera e), direttiva 2011/98, dal momento che integrano una disparità di trattamento tra i titolari di permesso unico e i cittadini italiani» (§42). In senso analogo Corte di giustizia, *INPS c. VR*, cit., §§23, 29, 33 in relazione all'art. 11, par. 1, lett. d), direttiva 2003/109/CE.

trattamento paritario ai sensi dell'art. 11, par. 2, direttiva 2003/109/CE, cosicché alcuna deroga sulla base della direttiva poteva dirsi consentita²⁸.

In sintesi, nel caso di specie le condizioni per ritenere non applicabile la disciplina interna sono consistite nella combinazione tra norme dotate di effetti diretti verticali e autorità derivante dalle sentenze della Corte di giustizia. Per ciò che attiene al rapporto tra sindacato accentrato e sindacato diffuso, non vi è, dunque, reale novità, bensì conferma dello schema di giudizio che conduce alla disapplicazione, rafforzato dal fatto, come si è detto, che è la stessa Corte costituzionale a pretendere che la disapplicazione sia operata, chiudendo il giudizio di costituzionalità con una inammissibilità per irrilevanza²⁹. Conviene ribadire, ancora una volta, che la questione sollevata dalla Corte di Cassazione non sottoponeva alla Corte costituzionale nessun profilo di merito diverso e ulteriore rispetto ai motivi prospettati alla Corte di giustizia, limitandosi la Cassazione a ritenere di non poter praticare la disapplicazione e sollecitando la Corte costituzionale a intervenire *erga omnes* ai sensi dei soli artt. 11 e 117, comma 1, Cost. La questione di costituzionalità, in definitiva, non è stata costruita con tono costituzionale e si è esaurita interamente nel rapporto tra norma interna e norma europea derivata.

4. Il contesto: uno sguardo lontano, la rule of law e ora la guerra

Probabilmente dal punto di vista del metodo non è corretto fare riferimento alle opinioni espresse a titolo personale da singoli componenti della Corte costituzionale per delineare scelte che sono state fatte proprie e restano ascrivibili all'intero collegio decidente³⁰. Esse, tuttavia, possono essere utili a descrivere una temperie, una sensibilità, un andamento legato ad un certo momento storico. Sono utili, ai nostri fini, per descrivere il contesto sovranazionale che probabilmente ha indotto la Corte costituzionale, nella sentenza [n. 67 del 2022](#), a porre in così grande rilievo il principio del primato. Si vuole in questo modo riprendere, in chiusura, l'argomento accennato nel secondo paragrafo di questo

²⁸ [Sent. n. 67 del 2022](#), § 13.3 *Cons. dir.*, ultimo periodo: «Il vincolo, generato dalle sentenze della Corte di giustizia nei confronti del giudice del rinvio, riguarda anche tali affermazioni, che concorrono a sorreggere il giudizio di incompatibilità dell'art. 2, comma 6-bis, con il diritto derivato dell'Unione». Sulla necessità di una trasparente apposizione delle deroghe, richiamando la giurisprudenza della Corte di giustizia, si era già pronunciata Corte cost. [n. 54 del 2022](#), § 9.4.1 *Cons. dir.*, come richiamata nella [sent. n. 67 del 2022](#), § 14 *Cons. dir.*, non soltanto per la salvaguardia dell'effetto utile della direttiva, ma per ragioni istituzionali, ossia per consentire nella fase di recepimento una fruttuosa e trasparente interlocuzione con la Commissione.

²⁹ Si veda anche il passaggio della Relazione annuale sull'attività della Corte costituzionale nel 2021, nel paragrafo *Corte costituzionale e Corti di giustizia UE*: «Ove il giudice si sia già rivolto alla Corte di giustizia con un rinvio pregiudiziale e ne abbia ottenuto una sentenza di non conformità della disciplina italiana ai parametri europei, è lo stesso giudice che deve disapplicare le disposizioni di diritto italiano, senza rivolgersi alla nostra Corte. Quando il giudice, invece, pur potendosi rivolgere alla Corte europea, si rivolge alla Corte costituzionale, sulla base di parametri europei e interni, ben può accadere che sia quest'ultima a disporre il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, per quanto attiene ai parametri di sua competenza», in [Relazione sulla giurisprudenza costituzionale del 2021](#), 16.

³⁰ Riflette sul peso della visione e della sensibilità delle personalità accademiche presenti nella Corte costituzionale, che emergono nelle relazioni annuali dei Presidenti e in *extra judicial speeches*, pur nella straordinaria forza dei precedenti e nella centralità del principio di collegialità, T. GROPPI, *Il ri-accentramento nell'epoca della ri-centralizzazione*, cit., 214, con rinvio a P. PASSAGLIA, *La presenza della dottrina all'interno della Corte costituzionale italiana*, in Id. (a cura di), *I rapporti tra la giurisdizione costituzionale e la dottrina/Les rapport entre la juridiction constitutionnelle et la doctrine*, Napoli, 2015, 19 ss. L'Autrice osserva, a riprova, che da decenni la Corte costituzionale è inserita nei *network* dei giudici costituzionali, ma solo con l'affacciarsi tra i suoi componenti di giuristi più aperti, per indole, per formazione o per generazione, al costituzionalismo globale, forme di "relazionalità orizzontale" hanno iniziato a influire sulla giurisprudenza, con richiamo al paragrafo su "tecniche processuali collaborative" nel diritto comparato nella Relazione annuale sull'attività della Corte costituzionale del 2019, Presidente Cartabia, così come l'attenzione alla *cross-fertilization* delle corti sovranazionali (*ivi*, 216). A conferma della crescente attenzione alla sensibilità, al metodo e al linguaggio di singoli componenti della Corte, non solo accademici, si vedano per esempio le relazioni al convegno LUISS, *Il diritto amministrativo nella giurisprudenza costituzionale del Giudice Coraggio*, 1° aprile 2022.

breve commento. Come anticipato, appaiono d'impatto nella sentenza [n. 67 del 2022](#) considerazioni riferite all'esistenza di «molte lealtà» cui rispondono le corti costituzionali nei rapporti inter-istituzionali, sia verso il legislatore e le sue prerogative, sia – per ciò che qui rileva – nei confronti della Corte di giustizia³¹. Queste molteplici lealtà, cui le corti costituzionali prestano osservanza, sono intese come un vero e proprio vincolo istituzionale. Per riprendere una autorevole opinione, esse implicano deferenza, collaborazione e sollecitazione. Deferenza non comporta subordinazione³², «non è segno di remissività né sintomo di marginalizzazione», ma di interazione in un sistema complesso in cui i giudici nazionali sono inseriti in un circuito di formazione del diritto³³. Questa ricostruzione poggia esplicitamente su uno sguardo lontano, che alza la testa rispetto al caso di specie per volgersi alle preoccupanti vicende del diritto europeo contemporaneo, e precisamente alla messa in discussione delle garanzie dello stato di diritto, dell'indipendenza della magistratura e della effettività della tutela dei diritti che da questa indipendenza dipende³⁴. Di fronte a questa esigenza, «[s]fuma, fra i titoli di coda, il tema della doppia pregiudizialità»³⁵. Potrebbe dirsi, allora, che, dopo la pandemia e il *new deal* europeo, appaiono meno vicini gli anni in cui il primato evocava austerità, funzionalizzazione economica esclusiva e limitazione dei diritti sociali. Il mutamento del clima storico e giuridico, con la messa in discussione della *rule of law*, ha fatto riemergere, dietro il primato, i valori fondativi dell'ordinamento europeo costruiti sulle tradizioni costituzionali dei suoi Stati membri, quali la democrazia, i diritti umani, lo Stato di diritto, la solidarietà³⁶.

Una conferma istituzionale di questa temperie si ha nella Relazione di fine anno del Presidente Amato, presentata in un periodo in cui, oltre alle vicende europee sulla *rule of law*, si è

³¹ S. SCIARRA, *Lenti bifocali e parole comuni: antidoti all'accentramento nel giudizio di costituzionalità*, cit., 50.

³² [M]a «conoscenza delle reciproche aree di intervento», *ibidem*, 50, e anche 63; il saggio insiste molto sulla necessità di costruire una interpretazione comune dell'ambito di applicazione della Carta ai sensi dell'art. 51, par. 1: «Se si parte dalla delimitazione delle competenze, l'obiettivo è tessere un rapporto non ostile, ma sintonico fra Corte costituzionale e CGUE e riempire di contenuti sempre più precisi l'inciso “nell'attuazione del diritto dell'Unione”, contenuta nell'art. 51 (1). Un sentiero giurisprudenziale comune deve servire a prevenire qualunque disorientamento dei giudici che fronteggiano la scelta del rinvio pregiudiziale, ponendo tale scelta in alternativa anche temporale rispetto alla sollevazione della questione di legittimità costituzionale. Quel sentiero deve perfino poter rassicurare il giudice che sceglie consapevolmente di orientarsi verso la non applicazione delle disposizioni ritenute contrastanti con il diritto europeo, quando si profilano le condizioni per farlo».

³³ *Ivi*, 57, richiamando F. PATRONI GRIFFI, *Il ruolo delle Corti nella costruzione dell'ordinamento europeo (From judge-made law to judge-made Europe)*, in [federalismi.it](#), n. 15 del 2019, 12.

³⁴ *Ivi*, 65: l'obiettivo è di tenere acceso il canale comunicativo con la Corte di giustizia, citando D. THYM, *Friendly Takeover, or: the Power of the “First Word”. The German Constitutional Court Embraces the Charter of Fundamental Right as a Standard of Domestic Judicial Review*, in *European Constitutional Law Review*, n. 2 del 2020 (16), 212, che scrive della relazione tra Tribunale costituzionale tedesco e Corte di giustizia, in merito al presupposto che l'Unione ha incamerato e fatto suo il pluralismo costituzionale, quale diversità degli assetti costituzionali, pur nella concordanza delle tradizioni comuni. Sulle vicende di Polonia e Ungheria, si vedano da ultimo Corte di giustizia, plenaria, *Ungheria c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, 16 febbraio 2022, C-156/21, e *Repubblica di Polonia contro Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, di pari data, C-157/21, su cui P. FARAGUNA, S. BARTOLE, *La condizionalità nell'Unione, i carrarmati fuori dell'Unione*, in [Diritti Comparati](#), 17 marzo 2022.

³⁵ *Ivi*, 64; la citazione completa è: «Sfuma, fra i titoli di coda, il tema della doppia pregiudizialità, che meriterebbe di essere letto con occhiali da lontano, ma su cui deve calare il *self-restraint* di chi scrive».

³⁶ Le vicende di Polonia e Ungheria hanno suscitato proposte nella dottrina per accrescere l'effettività dei valori europei e sanzionare la loro violazione, rendendoli giustiziabili. Pensando ai procedimenti civili e penali intentati in Polonia nei confronti del prof. Sadurski, A. VON BOGDANDY, L. D. SPIEKER, *Countering the Judicial Silencing of Critics: Article 2 TEU Values, Reverse Solange, and the Responsibilities of National Judges*, in *European Constitutional Law Review*, 2019 (15), 391-426, hanno ipotizzato di rendere l'art. 2 TUE e i valori che enuncia direttamente azionabili in giudizio: «The next step is developing the responsibilities of national courts as “Union courts” under Article 2 TEU: a duty to interpret national law in conformity with Article 2 TEU values, a duty of referral when Article 2 TEU values are under threat and – as a last resort – the criminal liability [n.d.r. under national law, for disrespecting Union values in domestic procedures] of disobedient judges». Gli AA. esprimono la piena consapevolezza che queste proposte implicherebbero una «massive extension of EU law's reach» ben oltre i limiti dell'art. 51(1) Carta, ma suggeriscono, per evitare questa espansione, rigorosi standard di giudizio, sul modello di *Aranyosi e Căldăraru*, e di circoscrivere questa applicazione a situazioni estreme e eccezionali, violazioni gravi al nucleo essenziale dei principi e valori ivi garantiti.

drammaticamente affacciata la guerra in Ucraina, con il ritiro della Federazione Russa da presidi radicati di tutela dei diritti come il Consiglio d'Europa³⁷. Si legge in questa Relazione, ed è stato evidenziato nella sua presentazione orale, che la Corte costituzionale ha evitato di applicare i controlimiti e si è spesa in un rapporto costante con la Corte di giustizia, sia per mezzo del rinvio pregiudiziale, sia attraverso il richiamo alla sua giurisprudenza. Questo perché le corti sono unite nel comune contesto dato dai valori fondativi dell'Unione europea scritti nell'art. 2 TUE, dunque dignità umana, libertà, democrazia, uguaglianza, Stato di diritto, rispetto dei diritti umani e delle minoranze, valori che l'art. 2 TUE definisce comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini. Si legge, ancora, che i principi e valori sostanziali espressi dall'art. 2 TUE vengono prima dell'art. 4 TUE, nei suoi paragrafi 2 e 3, cosicché sono questi ultimi a dover essere interpretati alla luce dei primi, i principi e valori dell'art. 2 TUE, che ne rappresentano la sostanza³⁸. Pare di poter dire, dunque, che la forte adesione al principio del primato presente nella sentenza [n. 67 del 2022](#) trovi in questo contesto storico e giuridico la sua ragion d'essere, tanto da affermare con forza che il primato, e i valori di cui è tramite, oggi è ancor più necessario e che la sua tenuta dipende anche da noi.

³⁷ La [sent. n. 67 del 2022](#) è stata decisa nella camera di consiglio del 8 febbraio 2022 e depositata l'11 marzo 2022.

³⁸ Si riporta per esteso il passaggio della Relazione annuale relativa all'attività della Corte costituzionale nel 2021, §§ 20, 21. Con riferimento alle ripercussioni della guerra in Ucraina, all'uscita della Federazione Russa dal Consiglio d'Europa e ai riflessi possibili sulla partecipazione della Corte costituzionale russa ai consessi internazionali: «In una tale situazione, è di particolare importanza che sia e rimanga salda la collaborazione reciproca delle Corti appartenenti all'Unione europea. Voglio sottolineare a questo riguardo che la nostra Corte ha sempre fatto il possibile perché i potenziali conflitti con la Corte di giustizia venissero risolti non erigendo i cosiddetti controlimiti nazionali nei confronti del diritto europeo ma promuovendo noi stessi interpretazioni convergenti del diritto europeo. Ne ho dato la prova nella giurisprudenza delle Corti. Sta in questo delicatissimo passaggio una delle giunture fondamentali su cui si regge il tessuto della nostra Unione. Non tutte le Corti costituzionali hanno seguito questa strada ed è forte e impellente il nostro augurio affinché anch'esse lo facciano. Certo, abbiamo tutti il dovere di salvaguardare le nostre identità nazionali, così come prevede, del resto, lo stesso articolo 4 del Trattato europeo. Ma l'articolo 4 viene dopo l'art. 2, che enuncia i nostri principi e valori comuni: rispetto della dignità, libertà, democrazia, uguaglianza, stato di diritto, rispetto dei diritti umani e delle minoranze (valori comuni a una «società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini»). Su questo articolo, in primo luogo, dovremmo forgiare le soluzioni interpretative alle quali giungiamo per lo stesso art. 4. È sull'equilibrio tra i due, infatti, che si regge l'unità nelle diversità del nostro ordinamento e della stessa Unione. D'altronde, sulla fiducia nel dialogo, nel confronto degli argomenti e dei valori si fonda la civiltà che la nostra Costituzione, insieme ad altre, ha contribuito a costruire in Europa sulla base della forza del diritto», in [Relazione sulla giurisprudenza costituzionale del 2021](#) la centralità della considerazione sull'antiorità dell'art. 2 TUE rispetto all'art. 4 TUE e l'interpretazione di quest'ultimo alla luce del primo è confermata dal fatto che questo passaggio della Relazione è riportato nel breve [comunicato stampa](#) della Corte costituzionale del 7 aprile 2022, intitolato «Preoccupazione sull'avvenire, anche per la tenuta degli ordinamenti costituzionali europei», che ha fatto seguito alla presentazione orale della Relazione annuale.

Aurora Vesto
**Capacità di autodeterminazione, disagio psichico
 e rilevanza giuridica dei trattamenti sanitari***

ABSTRACT: *This paper analyzes the individual's self-determination capacity within the health sector, with particular reference to both mandatory health treatments (individually implemented) and mandatory vaccinations. Under such circumstances, therapeutic self-determination is weakened whenever the health of the individual, from one hand and of the community, from the other one, appears to be compromised. Considering the specific case, a significant role is actually played by Artificial Intelligence, which with modern instruments, with regards to specific cases of compromised physical fragility, may achieve a compensatory function of the condition of human vulnerability. In fact, well-being may be achieved through interaction with technology, as well; therefore, the category of legal capacity should be observed in the light of the binomial "access-capacity", the exclusion of which may finally result in a potential damage to the individual's health. The hermeneutic approach takes place along the lines of the principles of subsidiarity and solidarity in the axiological primacy of public health; in particular, the principle of horizontal subsidiarity plays a preferential role in the realization of the interest in well-being, which unfolds its effects in a perspective of inclusion and enhancement of private autonomy. Furthermore, within the balance between an individual and a collective interest, the concept of health takes on relevance according to a solidaristic declination that does not legitimize an "omnivorous" vision of the individual's self-determination (as recently noted by the Council of State), but which finds realization in a behavior teleologically oriented towards satisfying the prevailing interest.*

SOMMARIO: 1. Capacità di autodeterminazione e benessere individuale nella prospettiva deterministica dell'Intelligenza Artificiale. - 1.2. Principio di sussidiarietà orizzontale e superamento delle vulnerabilità fisiche attraverso gli strumenti di I.A. - 2. Principio di solidarietà e trattamenti sanitari: la rilevanza dell'interesse alla tutela della salute tra istanze personalistiche e pluralismo democratico. - 2.1. Dalla concezione monolitica ed escludente dell'incapacità giuridica alla valorizzazione inclusiva delle fragilità individuali. - 3. Il primato assiologico della salute pubblica nella dimensione sinodale della protezione della vita umana. - 3.1. Riflessioni a margine della sentenza del Consiglio di Stato, sez. III, 20 ottobre 2021, n. 7045.

1. Capacità di autodeterminazione e benessere individuale nella prospettiva deterministica dell'Intelligenza Artificiale

L'autodeterminazione terapeutica, definita come la facoltà in capo alla persona di effettuare una scelta in merito alla profilassi sanitaria, determina una serie di interrogativi, molti dei quali di recente apparizione, che possono essere risolti nell'assiologia costituzionale, nel rispetto dei principi identificativi dell'ordinamento giuridico.

L'indagine condotta tenta di evidenziare la dialettica esistente tra i principi fondamentali e i diritti attribuiti dalla legge alla persona, anche laddove questa appaia a volte sdruciolevole, al fine di segnalare come ragionando per astratto alcuni enunciati normativi e alcuni principi evidenzino l'esistenza di interessi e valori non "negoziabili". Ciò significa prendere atto dell'esistenza di limiti all'autodeterminazione privata (che ne risulta pertanto affievolita) e che è facile rintracciare in settori particolarmente "sensibili" come quello della salute, dove l'esistenza di trattamenti sanitari obbligatori ed innovazione tecnologica mettono a dura prova la tenuta delle categorie dogmatiche tradizionali.

L'approccio metodologico che qui si intende delineare in una chiave ricostruttiva unitaria è finalizzato ad accentuare quelle che sono le esigenze di solidarietà dell'ordinamento, le quali - nel ragionevole bilanciamento che può coinvolgere valori confliggenti ma entrambi fondamentali - con un'attività integrativa prospettano che alcune situazioni giuridiche si pongano non sempre in termini di supremazia ma di "dovere" rispetto ad altre posizioni giuridicamente rilevanti, in una visione

giammai di assolutezza bensì di relatività che porta a rafforzare la convinzione della dottrina per cui «neanche un valore supremo come la salute o la vita stessa [possa essere considerato] un valore non negoziabile»¹. La “salute” non è solo un valore da “misurare” nella comparazione tra la dimensione individuale e quella collettiva ma è anche oggi uno dei settori dove l’innovazione tecnologica digitale risulta essere sempre più spregiudicata.

Il conflitto tra autodeterminazione e nuove tecnologie si manifesta, soprattutto, nell’ambito dei trattamenti sanitari, i quali si misurano nel superamento della discrezionalità della volontà del singolo, confinata in divieti e concessioni, in considerazione del prevalente interesse superiore, della collettività (in caso di vaccinazione) e dell’individuo verso cui vengono somministrate le misure obbligatorie a tutela del suo benessere.

Nella società dell’algoritmo il rapporto della persona con la salute² si connota per la pervasività della tecnologia³ e per le conseguenti interrelazioni delle indagini sanitarie virtuali e/o affidate a strumentazioni algoritmiche⁴. L’Intelligenza Artificiale (I.A.) ha negli ultimi anni moltiplicato la propria applicazione in ambito sanitario al punto tale - in alcuni casi - da “sostituirsi” all’attività del medico (con particolare riferimento all’attività diagnostica), nei confronti del quale residua un ruolo di controllo *ex post* dell’operato del sistema artificiale utilizzato nel caso specifico. Da ciò deriva un “affievolimento”⁵ del ruolo del medico cui si contrappone il “potenziamento” della strumentazione “intelligente” che determina, nella maggioranza dei casi, un’acritica accondiscendenza da parte degli operatori sanitari⁶.

All’utilizzo della I.A. da parte di esperti qualificati si aggiunge la pratica di chi per una iperdigitalizzazione delle informazioni di natura medica decide di trascurare gli ordinari criteri di diligenza e si attribuisce una individuale autoreferenzialità sanitaria avvalendosi dell’*Internet of Things (IoT)*, nell’errata illusione titanica che con la consultazione della Rete si possa “sostituire” il medico, persona fisica: così ragionando alcune persone si affidano al proprio *browser* ricercando una risposta adeguata alla sintomatologia manifestata demandando ad «un fantomatico dott. *Google*»⁷ l’arduo compito di fornire una diagnosi accurata e individuare un percorso terapeutico

¹ Il riferimento è a V. ROPPO, *Conclusioni*, in C. Cicero (a cura di), *I rapporti giuridici al tempo del Covid-19*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020, 161.

² Sulla tutela della salute nella dimensione della persona si rinvia a: G. GIAMPICCOLO, *La tutela giuridica della persona umana e il c.d. diritto alla riservatezza*, in *Riv. trim.*, 1958, 468 ss.; e in una prospettiva ancora più avanzata a P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell’ordinamento giuridico*, Camerino-Napoli, 1972, 187 s., e ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*⁴, vol. III, *Situazioni soggettive*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020, 29, ove l’Autore osserva come il diritto alla salute possa assumere diverse configurazioni «a seconda che sia inteso come diritto al servizio sanitario, alla salubrità dell’ambiente, all’integrità fisica o a quella mentale, ovvero che sia realizzato mediante lo schema dell’interesse direttamente protetto o quello della potestà e quindi dell’interesse legittimo [dal momento che ciò] che rileva è il valore della persona unitariamente inteso».

³ Sul tema della pervasività tecnologica sia consentito il rinvio ad A. VESTO, *Successione digitale e circolazione dei beni online. Note in tema di eredità digitale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020.

⁴ Sul punto si richiama l’ampia ricostruzione giuridica sulla elaborazione algoritmica realizzata dagli Atti SISDiC, *Il trattamento algoritmico dei dati tra etica, diritto ed economia*, Atti del 14° Convegno Nazionale, 9-10-11 maggio 2019, Grand Hotel Vesuvio - Napoli, P. Perlingieri, S. Giova e I. Prisco (a cura di), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020. Più recentemente, per una ricostruzione dell’approccio giuridico all’artificio tecnologico, G. DI ROSA, *Quali regole per i sistemi automatizzati “intelligenti”*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, fasc. 5, 823-853.

⁵ Il riferimento è alla nota efficacia dichiarativa di A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica, II. dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1997, spec. 153-167. L’affievolimento, che costituisce la terza classe delle trasformazioni interne, giustappunto, determina «la riduzione dell’originaria efficienza della situazione giuridica» (cit., 166), ovvero dell’effetto giuridico.

⁶ Sui diversi profili di responsabilità (ente ospedaliero, medico, *trainer*, produttore del *device* medico) si rimanda a U. RUFFOLO, *L’intelligenza artificiale in sanità: dispositivi medici, responsabilità e “potenziamento”*, in *Giur. it.*, 2021, 502-508.

⁷ Qualunque motore di ricerca, in sé, rappresenta uno strumento neutro e concretamente equidistante rispetto ai singoli individui che lo utilizzano ma che, a seconda della loro specifica competenza, possono avere un approccio che può determinare fenomeni pericolosi, nel momento in cui la persona intende, con l’ausilio di *Google*, sostituirsi al medico. In effetti, non di rado gli utenti che navigano nella rete non possiedono competenze appropriate e avvedute per decodificare e indicizzare le risposte dei motori di ricerca.

sufficientemente adeguato, senza curarsi del fatto che in questo processo è assente il “*proprium*” dell’attività medica, fatta di esperienza, personalizzazione e specifica diligenza; oppure si pensi allo specialista che nella ricerca di una prognosi adeguata è indotto a considerare prioritariamente attendibile la soluzione proposta dall’algoritmo anche se divergente dalle risultanze delle metodiche d’indagine tradizionali.

Muovendo da queste premesse, in entrambi i casi, si determina una sorta di *transfert* nella dinamica dell’affidamento fiduciario (originariamente alla base della teoria del c.d. “contatto sociale”⁸) dal medico al “motore di ricerca” e dalla diagnostica classica al “risultato algoritmico”, in maniera inversamente proporzionale alle (presunte) conoscenze specialistiche del cibernauta ed alle capacità proprie del professionista sanitario. Se questa seconda ipotesi, seppur con ovvia cautela, può essere giustificata dall’evoluzione tecnologica in ambito medico-sanitario, discorso diverso attiene invece al primo caso, in cui a difettare è proprio il confronto con uno specialista. Indipendentemente da ipostattizzazioni concettuali, è fuor di dubbio che situazioni come quella ora considerata – in cui il singolo individuo si attribuisce, in totale autonomia, un bagaglio di specifiche competenze di natura tecnico-scientifica – comportano, quale immediato corollario, la non diretta applicazione del parametro della diligenza qualificata giacché un tale soggetto non potrà mai vantare un livello di preparazione analogo a quello dello specialista sanitario⁹ men che meno giungendo al punto di individuare percorsi terapeutici *ad hoc* non solo per sé stesso ma addirittura per quei soggetti che la legge sottopone alla sua responsabilità¹⁰. L’emergenza di siffatte dinamiche “eclettiche”, da cui derivano diverse allocazioni di rischio e pertanto di responsabilità, è espressione di un modesto livello di alfabetizzazione scientifico-sanitaria.

Bisogna prendere atto della necessità di un radicale cambio di paradigma culturale che sappia armonizzare tra loro le diverse coordinate del fenomeno (comunicative, sociali e sanitarie) e che, al contempo, possa sollecitare una più articolata riflessione in ambito scientifico sui profili di maggiore criticità connessi all’utilizzo delle nuove tecnologie nel rapporto dialettico con i meccanismi di tutela delle singole libertà fondamentali¹¹.

L’utilizzo di *devices* tecnologicamente avanzati consente di acquisire un grosso ventaglio di informazioni in Rete, nella constatazione che nuove consuetudini reggono i rapporti non solo tra le persone ma anche tra esse e la Rete, dal momento che la *digital globalization* è il prodotto di predeterminate scelte di politica economica che si rivolgono ad una evidente massimazione del profitto a discapito del benessere individuale e collettivo.

Gli stili di vita e le consuetudini culturali della popolazione mostrano una stretta correlazione con le tecnologie dell’informazione, con una tecnologia ubiquitaria che concentra il monopolio

⁸ Per una ricostruzione, che tenga conto anche dei recenti sviluppi normativi, si rimanda a: F. CRISCUOLO, *La nuova disciplina del rapporto medico-paziente: tra buone pratiche, natura dell’obbligazione e responsabilità del sanitario*, in *Rass. dir. civ.*, 2019, fasc. 3, 751-767; C. CICERO, *La presunta eclissi della responsabilità medica da contatto sociale*, in *Riv. dir. priv.*, 2019, fasc. 1, 19-36; U. SALANITRO, *Sistema o sottosistema? La responsabilità sanitaria dopo la novella*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, fasc. 11, 1676-1683; A. ZACCARIA, *La “teoria” del “contatto sociale”*, in *Studium iuris*, 2018, fasc. 5, 592-598.

⁹ Sul quale incombe, ai sensi dell’art. 1176, comma 2, c.c., l’applicazione del canone della diligenza qualificata ben più rigoroso rispetto a quello del generico riferimento all’*homo eiusdem generis et condicionis*.

¹⁰ Si pensi al caso del genitore che nel tentativo di curare una specifica patologia del proprio figlio minore, seguendo i riscontri di una consultazione *on line*, decida di somministrargli alcuni farmaci senza previo consulto medico o rifiuti, senza giustificato motivo, una idonea profilassi terapeutica come accaduto di recente nell’ipotesi di diniego al consenso ad una trasfusione salva-vita per motivi puramente ideologici. Com’è noto, su entrambi i genitori grava l’obbligo di prendersi cura dei propri figli apprestando nei loro riguardi quella protezione e quelle cure necessarie per il raggiungimento ed il mantenimento di un adeguato livello di benessere pena l’incorrere in una specifica ipotesi di responsabilità sanzionabile anche ai sensi dell’art. 330 c.c.

¹¹ Al riguardo si rimanda al volume che raccoglie gli atti del Convegno svoltosi a Camerino nei giorni 26 e 27 settembre 2014: *Internet e Diritto civile*, C. Perlingieri e L. Ruggeri (a cura di), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015.

dell'informazione nell'accesso¹² alle infrastrutture telematiche¹³, che depotenziano la riservatezza¹⁴ della persona che da soggetto dell'informazione diventa nell'ambiente digitale "oggetto" di contrattazione nel processo di profilazione dei dati e di aggregazione delle preferenze di consumo del cibernauta, poiché questa raccolta di elementi identitari consente di elaborare in chiave predittiva le scelte di consumo della persona. L'accesso alle nuove tecnologie e il loro utilizzo non possono essere esaminati prescindendo da una rilettura delle categorie tradizionali, soprattutto della "capacità giuridica" avvalorandosi così l'idea di una "concezione dinamica" di tale capacità in larga parte coincidente con l'idea stessa di "accesso"¹⁵. L'esclusione dalla partecipazione all'utilizzo delle nuove tecnologie è causa di un *deficit* del soggetto che vede ridursi fino ad essere esclusa del tutto la propria capacità di autodeterminarsi. Alla luce delle indicazioni di metodo che si sono sopra definite, la sussidiarietà, pertanto, diventa strumento per la realizzazione di una piena capacità del soggetto che ha così la possibilità di utilizzare le nuove tecnologie per perseguire interessi meritevoli di tutela. Si pensi ai dispositivi elettronici indossabili (es. orologi e braccialetti digitali) che raccolgono e gestiscono i dati relativi alle abitudini, alle preferenze ed allo stato di salute dei singoli utenti. Tali dispositivi rientrano pienamente nei percorsi di alfabetizzazione sanitaria, in linea con quanto previsto dall'OMS che definisce la salute come una condizione di benessere ed efficienza del proprio organismo, e dunque non più soltanto come assenza di malattia. L'utilità della strumentazione "intelligente" è indubbia, giacché l'*IoT* consente e facilita l'interazione tra diversi sensori per progettare, registrare, processare e immagazzinare dati¹⁶ nella prospettiva di un costante miglioramento dei livelli di benessere individuale; si pensi ai c.dd. "orologi della salute"¹⁷, ai visori di realtà aumentata¹⁸ o ad altri specifici supporti audiovisivi che se collegati, ad es., ad un apposito "casco" ricevente consentono la decodifica di specifici impulsi che permettono al soggetto ipovedente una parziale visualizzazione di colori, forme e lineamenti. In quest'ottica, l'utilizzazione della strumentazione intelligente, quale misura di integrazione della vulnerabilità del soggetto, altro non è che una delle innumerevoli e specifiche forme di attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale, giacché conferisce alla persona un sostegno intelligente proporzionato e differenziato (sia sotto il profilo funzionale che qualitativo) in funzione rafforzativa della propria capacità di autodeterminarsi.

1.2. Principio di sussidiarietà orizzontale e superamento delle vulnerabilità fisiche attraverso gli strumenti di IA.

All'interno della cornice generale del principio di autodeterminazione un ruolo determinante, in funzione della protezione della sfera di libertà individuale, è quello svolto dal principio di

¹² Sul punto cfr. J. RIFKIN, *L'era dell'accesso. La rivoluzione della New economy*, trad. di P. CANTON, Mondadori, Milano, 2000.

¹³ Sulla rilevanza del profilo informazionale nel rapporto tra "diritto" e "informazione" dell'uomo «info-datico» nello spazio digitale e nella regolamentazione dei dati sanitari si rinvia al recente contributo di A. MARCHESE, *Profili civilistici dell'information technology in ambito sanitario*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021.

¹⁴ Per un approfondimento sistematico della disciplina della *privacy* e della tutela dei dati personali, a seguito delle nuove prospettive contenute nel Regolamento europeo "General Data Protection Regulation" (GDPR), si rinvia al *Codice della privacy e data protection*, R. D'ORAZIO - G. FINOCCHIARO - O. POLLICINO - G. RESTA, Giuffrè, Milano, 2021.

¹⁵ Cfr. J. RIFKIN, *L'era dell'accesso*, cit., *passim*.

¹⁶ I dispositivi interessati non sono soltanto i tradizionali computer o *smartphone*, ma anche quelli integrati in oggetto di uso quotidiano ("*things*") come dispositivi indossabili (cd. *wearable*), di automazione domestica (si pensi ai c.d. "assistenti digitali" come *Siri* della *Apple*, *Alexa* di *Amazon* o *Google Home*) e di navigazione assistita, nonché i *wearable devices*, come *smartwatch* e *fitness band*.

¹⁷ Tra i dispositivi indossabili si annoverano gli orologi intelligenti come lo *smartwatch braille* "Dot", l'orologio intelligente per andare incontro ai non vedenti in tutte le più tipiche incombenze del vivere quotidiano. Questo dispositivo (realizzato in alluminio, composto da celle *Braille* dinamiche controllate da elettrovalvole che monitorano perni magnetici) possiede una tecnologia *force feedback* strutturata sulla percezione tattile, rilevando così il movimento delle dita dell'utente sul quadrante, consentendogli di "leggere" i messaggi e di inviarli o allertano l'utente in caso di eventi inattesi (come l'arrivo di un temporale).

¹⁸ Si pensi, ad es., il *Google Cardboard*.

“sussidiarietà”¹⁹, il quale è deputato ad assolvere ad una delle funzioni proprie dello Stato sociale: la salvaguardia degli interessi e delle libertà fondamentali. In origine il principio è stato concepito in relazione a problematiche di natura pubblicistica ma, specialmente per quel che attiene alla soddisfazione dei bisogni della persona, è sempre più frequente ed intensa l’applicazione del principio nel diritto privato, soprattutto in considerazione del fatto che nella trasfigurazione privatistica la sussidiarietà esprime l’effetto della tutela che l’ordinamento giuridico realizza attraverso essa, intesa come esplicazione di un effetto giuridico, attributivo di capacità di autodeterminazione.

Come accennato l’applicazione originaria era di esclusiva competenza del settore di diritto pubblico, dal momento che il principio di sussidiarietà trova naturale realizzazione nel regolare il riparto delle funzioni presso l’istituzione più prossima alla società.

Si suole distinguere tra la “sussidiarietà verticale” o “istituzionale” e la “sussidiarietà orizzontale” o “sociale”.

Secondo l’accezione di c.d. sussidiarietà verticale il principio consiste nel trasferimento della gestione di certi servizi pubblici agli enti locali (in particolare ai Comuni), in quanto più “vicini” ai bisogni dei cittadini, i quali potranno monitorare la qualità dei servizi e controllarne i relativi costi; difatti, la sussidiarietà verticale riguarda i rapporti fra pubblici poteri all’interno delle istituzioni pubbliche (art. 118, comma 2, e 120, comma 2 Cost.), garantendo un intervento “proporzionale” al raggiungimento degli obiettivi, nel contesto delle concorrenti competenze dello Stato, delle Regioni, nonché delle Autonomie locali ed in ambito sovranazionale delle competenze dell’Unione Europea e degli Stati membri.

Con la c.d. sussidiarietà orizzontale, viceversa, si attribuiscono determinati compiti tradizionalmente propri dello Stato sociale ad alcune formazioni sociali che non hanno scopo di lucro e che costituiscono il c.d. terzo settore; il principio, favorito con la riforma costituzionale del 2001, si ricava dalla normativa costituzionale (art. 118, comma 4, Cost.²⁰) che pone in rilevanza il ruolo delle Autonomie nel garantire l’iniziativa autonoma dei cittadini nella realizzazione delle “attività di interesse generale”²¹, con l’intenzione di mettere a disposizione delle persone servizi tipici dello Stato sociale nel perseguimento di fini di utilità sociale, ad un costo più accessibile e con una qualità del servizio migliore rispetto a quelli erogati dalle burocrazie delle amministrazioni pubbliche. Residua, pertanto, in capo ai privati cittadini una capacità di autodeterminazione espressiva di una sussidiarietà orizzontale, giacché poteri pubblici e privati operano sullo stesso piano, in un rapporto dialettico fra libertà e autorità. In altri termini, l’autonoma iniziativa dei privati, singoli e associati,

¹⁹ In tema l’approfondimento e la ricerca della dottrina sono sterminati, cfr. senza spirito di esaustività i seguenti contributi: G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, fasc. 1, 5-50; A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, *ivi*, 51-84; A. MOSCARINI, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti. Contributo allo studio dei criteri ordinatori del sistema delle fonti*, Cedam, Padova, 2003, spec. 326 ss.; P. FEMIA, *Sussidiarietà e principi nel diritto contrattuale europeo*, in P. Perlingieri e F. Casucci (a cura di), *Fonti e tecniche legislative per un diritto contrattuale europeo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2004, 143 ss.; D. DE FELICE, *Principio di sussidiarietà ed autonomia negoziale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2008; E. DEL PRATO, *Principio di sussidiarietà e regolazione dell’iniziativa economica privata. Dal controllo statale a quello delle autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, fasc. 3, 257-269; ID., *Regole deontologiche delle professioni e principio di sussidiarietà: l’esperienza italiana*, *ivi*, 2014, fasc. 4, 764-775; M. Nuzzo (a cura di), *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, I e II, Giappichelli, Torino, 2014; P. PERLINGIERI, *La sussidiarietà nel diritto privato*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, fasc. 2, 687-690; F. MAISTO, *L’autonomia contrattuale nel prisma della sussidiarietà orizzontale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2016; P. SIRENA, *Il discorso di Portalis e il futuro del diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, fasc. 3, 652-666, specialmente con particolare attenzione al §5, “Il principio costituzionale di sussidiarietà e la concezione dell’Europa come un impero cosmopolita”, 664-666.

²⁰ La dottrina rileva come il principio abbia iniziato a svilupparsi in Italia in ritardo rispetto ad altri Paesi. «Mentre in Germania il principio di sussidiarietà orizzontale forma oggetto di un ampio dibattito già a partire dagli anni Cinquanta, l’interesse della dottrina italiana si sviluppa, soprattutto, dopo la sua formalizzazione nel novellato art. 118, comma 4, Cost., ad opera della l. cost., 18 ottobre 2001, n. 3» (G. CARAPEZZA FIGLIA, *I rapporti di utenza dei servizi pubblici tra autonomia negoziale e sussidiarietà orizzontale*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, fasc. 2, 460, nt. 83). In argomento e con precipuo riferimento alla gestione dei rischi da Covid-19 cfr. A. BARONE, *Emergenza pandemica, precauzione e sussidiarietà orizzontale*, in *P.A. Pers. Amm.*, 2020, fasc. 1, 185-196.

²¹ Art. 118, comma 4, Cost.; cfr. con l’art. 5 del d.lgs. n. 117/2017, rubricato “Attività di interesse generale”.

deve essere favorita dallo Stato e dagli altri enti territoriali, sia mediante un'attività di co-progettazione che condivisione della gestione di interessi sociali, che i cittadini possono promuovere attraverso le "formazioni sociali" di cui all'art. 2 Cost., mentre i pubblici poteri sono chiamati a intervenire, per mezzo dei loro "poteri sostitutivi", solo quando i privati non riescono nel perseguimento dell'obiettivo²².

La sussidiarietà in ambito familiare svolge in maniera elettiva la propria funzione poiché diventa criterio di identificazione della persona che si rivela più adatta a compiere scelte familiari²³ (si pensi al ruolo dei genitori esercenti la responsabilità genitoriale nelle scelte che coinvolgono il figlio). Diverse sono le ipotesi esemplificative della capacità di autodeterminazione dei cittadini che si possono annoverare tra gli istituti di diritto privato: si pensi, ad es., la costituzione di un fondo patrimoniale²⁴; la costituzione di un *trust* familiare²⁵; la composizione di accordi in vista della separazione o del divorzio²⁶; i contratti di convivenza²⁷; l'istituzione della sostituzione fedecommissaria²⁸; la *ratio* dell'amministrazione di sostegno²⁹; la legge c.d. "Dopo di noi"³⁰; il diritto, di ogni persona capace di agire, «di rifiutare, in tutto o in parte, qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario indicato dal medico per la sua patologia»³¹ oppure prevedendo

²² Del resto, come autorevolmente evidenziato «la costituzionalizzazione della sussidiarietà riconosce formalmente nell'autonomia negoziale una forza centrale propulsiva dell'ordinamento, tesa a realizzare interessi sia generali sia individuali» (P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*⁴, vol. IV, *Attività e responsabilità*, Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 2020, 30).

²³ Cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, vol. IV, cit., 27; M. ROMANO, *L'affidamento condiviso tra autonomia privata e controllo del giudice*, in M. Nuzzo (a cura di), *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, I, Giappichelli, Torino, 2014, spec. 429.

²⁴ In argomento, per una recente analisi si rimanda a C. CICERO - A. TRONCI, *Fondo patrimoniale e debiti fiscali*, in *Corr. giur.*, 2020, fasc. 10, 1208-1213.

²⁵ Per una lettura di recente elaborazione M. TATARANO, *Il "trust" assistenziale con funzione successoria. Profili successori della clausola di devoluzione patrimoniale. Il caso del "trust" della fondazione Banco di Napoli*, in *Dir. succ. fam.*, 2021, fasc. 1, 339-372.

²⁶ Per un approfondimento degli strumenti pattizi di risoluzione del conflitto, nell'attualità del tema e verso la riqualificazione lessicale in termini di "patti pre-crisi" si è espresso A. MARCHESE, *La composizione della crisi coniugale nel «continuo e discontinuo» delle unioni familiari*, in *Dir. succ. fam.*, 2020, fasc. 2, 611-636.

²⁷ Sul punto si rimanda al contributo di R. AMAGLIANI, *I contratti di convivenza nella L. 20 maggio 2016, n. 76 (c.d. Legge Cirinnà)*, in *Contr.*, 2018, fasc. 3, 317-330.

²⁸ Per una analisi di settore si rinvia a R. SCUCCIMARRA, *Rapporti tra la sostituzione fedecommissaria e l'attribuzione separata dell'usufrutto vitalizio e della nuda proprietà*, in *Riv. not.*, 2012, fasc. 1, 145-155.

²⁹ Per opportuni riferimenti si rimanda a V. ROPPO, *Il contratto*², Giuffrè, Milano, 2011, spec. 722 ove l'A. individua nella persona sottoposta ad amministratore di sostegno una «incapacità variabile» a seconda della previsione contenuta nel decreto del giudice tutelare.

³⁰ Legge 22/06/2016, n. 112, *Disposizioni in materia di assistenza in favore delle persone con disabilità grave prive del sostegno familiare*. Si tratta, infatti, di una legge che disciplina misure di assistenza, cura e protezione nel superiore interesse delle persone con disabilità grave, prive di sostegno familiare, al fine di agevolare attività che anche le famiglie possono pianificare, come la stipula di polizze di assicurazione, la costituzione di *trust*, di vincoli di destinazione di cui all'art. 2645 *ter c.c.*, di fondi speciali composti di beni sottoposti a vincoli di destinazione e disciplinati con contratto di affidamento fiduciario. Per una disamina approfondita della normativa, a garanzia della proprietà fiduciaria nell'ordinamento giuridico interno e dei suoi rapporti con il sistema pubblicitario, alla luce dei diversi interessi in gioco e delle possibili manifestazioni dell'autonomia privata, si rimanda a M. TATARANO, *La c.d. legge «dopo di noi»: profili giusprivatistici*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, fasc. 4, 1465-1502.

³¹ Art. 1, comma 5, legge 22/12/2017, n. 219, *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*.

In dottrina, tra i primi commenti, cfr.: S. STEFANELLI, *Status di paziente e disciplina del fine vita*, in *Riv. Diritto e processo*, 2017, 113-135; M. BIANCA, *La legge 22 dicembre 2017 n. 219. Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento. Prime note di commento*, in *Famiglia*, 2018, fasc. 1, 109-116; R. CALVO, *La nuova legge sul consenso informato e sul c.d. biotestamento*, in *Studium iuris*, 2018, 689 ss.; A. GORASSINI, *Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento di trattamento nella dimensione della c.d. vulnerabilità esistenziale*, in *Ann. Sisdic*, 2018, 2, 23 ss.; P. ZATTI, *Spunti per una lettura della legge sul consenso informato e DAT*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 247-252; G. DE MARZO, *Prime note sulla legge in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, in *Foro it.*, 2018, V, cc. 137-143; M. FRANZONI, *Le Dichiarazioni Anticipate di Trattamento*, in [Giustizia Civile.com](http://GiustiziaCivile.com), 2018, fasc. 2, 3-11; B. SALVATORE, *La recente legge sul consenso informato. Un passo in avanti in tema di*

che la stessa possa «in previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi [...], attraverso le DAT, esprimere le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari, nonché il consenso o il rifiuto rispetto ad accertamenti diagnostici o scelte terapeutiche e a singoli trattamenti sanitari»³²; nonché la finalità del Codice del Terzo Settore³³ a sostegno della «autonoma iniziativa dei cittadini che concorrono, anche in forma associata, a perseguire il bene comune, ad elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, favorendo la partecipazione, l'inclusione e il pieno sviluppo della persona [...], in attuazione degli articoli 2, 3, 4, 9, 18 e 118, quarto comma, della Costituzione [...]» (art. 1 d.lgs. n. 117/2017); infine emerge in tale contesto la parziale legalizzazione del c.d. suicidio assistito³⁴ per mezzo della valorizzazione dell'autodeterminazione del soggetto sottratta, in larga misura, al controllo del medico.

Nell'ottica di garantire la più ampia tutela al principio di autodeterminazione è doveroso valorizzare quelle che sono le potenzialità in capo ai consociati per la pianificazione e attuazione dei bisogni essenziali alla promozione della personalità delle persone più vulnerabili. Originariamente, il principio di sussidiarietà è stato invocato da Papa Leone XIII, il 15 maggio 1891, con l'enciclica “*Rerum novarum*” che auspicava di dirimere alcune asperità proprie dell'epoca, come la questione operaia. Dalle parole della enciclica emerge l'attualità del suo messaggio con l'intento di far recuperare all'uomo la sua autentica concezione, facendo emergere la dignità e l'autonomia della persona: «Non è giusto (...) che il cittadino e la famiglia siano assorbiti dallo Stato: è giusto invece che si lasci all'uno e all'altra tanta indipendenza di operare quanta se ne può, salvo il bene comune e gli altrui diritti»³⁵.

Seguendo le coordinate di questo ragionamento, il cui proposito è cogliere l'essenza giustificativa del discorso in una sinodalità diffusa, sul presupposto che il principio di sussidiarietà con ruolo elettivo debba svolgere un ulteriore importante compito, garantendo un criterio di equilibrio tra le diverse posizioni che il cittadino può assumere nella finalità di soddisfare il suo bisogno, sia con lo Stato che con le istituzioni a lui più prossime, nonché nelle relazioni con gli altri cittadini, in una dinamica che non predilige soluzioni di esclusione e di ghettizzazione delle parti più deboli del rapporto, in quanto la persona più fragile deve essere messa in condizione di interagire in maniera virtuosa poiché essa è espressiva di una posizione giuridica di beneficio e giammai di soggezione-

responsabilità medica per violazione degli obblighi informativi? in *Riv. it. med. leg.*, 2018, fasc. 3, 995-1008; G. BALDINI, *Prime riflessioni a margine della legge n. 219/17*, in *BioLaw Journal. Rivista di BioDiritto*, 2018, 2, 97-151. Sia, infine, consentito il richiamo A. VESTO, “*Le disposizioni anticipate di trattamento tra normativa cogente ed applicazioni etiche*”, in *Riv. Diritto e processo*, 2018, 135-157.

³² Art. 4, comma 1, legge n. 219/2017.

³³ D.lgs. 3/07/2017, n. 117. Sul punto si rinvia a: A. FUSARO, *Attuazione o correzione della Riforma degli Enti del Terzo Settore?* in *Pol. dir.*, 2019, fasc. 4, 677-682; E. TUCCARI, *La disciplina «democratica» delle associazioni non riconosciute fra codice del terzo settore e codice civile*, in *Resp. civ. prev.*, 2019, fasc. 2, 438-458.

³⁴ In argomento numerosi sono stati i contributi della dottrina, tra cui si rimanda, senza pretesa di esaustività, a: P. FEMIA, *Dinanzi al dolore della parte. Il dovere costituzionale di fare regole con sentenze*, in O. Di Giovine e G. D'Alessandro (a cura di), *La Corte costituzionale e il fine vita. Un confronto interdisciplinare sul caso Cappato-Antoniani*, Giappichelli, Torino, 2020, 247 ss.; A. MORELLI, *La voce del silenzio. La decisione della Corte sull'aiuto al suicidio e il «perdurare dell'inerzia legislativa»*, in O. Di Giovine e G. D'Alessandro (a cura di), *La Corte costituzionale e il fine vita*, cit., 325 ss.; G. CARAPEZZA FIGLIA, *Diritto al suicidio assistito? La tutela della persona alla fine della vita*, in *Rass. dir. civ.*, 2019, fasc. 2, 580-598; A. RUGGERI, *La disciplina del suicidio assistito è “legge” (o, meglio, “sentenza-legge”)*, frutto di libera invenzione della Consulta a margine di Corte cost. n. 242 del 2019, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2019, fasc. 3, 633-649; ID., [Venuto alla luce alla Consulta l'irrocervo costituzionale \(a margine della ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato\)](#), in questa [Rivista](#), 2018/III, 571 ss.; ID., *Fraintendimenti concettuali e utilizzo improprio delle tecniche decisorie nel corso di una spinosa, inquietante e ad oggi non conclusa vicenda (a margine di Corte cost. ord. n. 207 del 2018)*, *ivi*, 2019, 92 ss.

Ai fini della completezza della rilevazione si rammenta il recente intervento della Corte costituzionale che con la [sentenza n. 50 del 16 febbraio 2022](#) esprime parere negativo sull'ammissibilità del quesito referendario relativo all'eutanasia, confermando che l'abrogazione, ancorché parziale, della norma sull'omicidio del consenziente è contraria al principio di tutela minima costituzionalmente necessaria della vita umana, in generale, e con particolare riferimento alle persone deboli e vulnerabili.

³⁵ Così espressamente, §28, *Rerum novarum*, Lettera enciclica, ed. Paoline, 2013.

esclusione, in vista della correlazione tra il principio di sussidiarietà e quello di autodeterminazione, purché l'atto di autonomia sia meritevole e ragionevole³⁶.

Si intravede, pertanto, la molteplicità dei casi in cui nel diritto privato il principio di sussidiarietà orizzontale può dispiegare i propri effetti, proprio nella realizzazione di questa prospettiva di inclusione e valorizzazione dell'autonomia privata³⁷.

L'autonomia privata³⁸, esercitata secondo i criteri previsti dal codice civile, fortificata dal principio di sussidiarietà orizzontale protegge la sfera giuridica del soggetto contro le avversità esterne, diventando momento costitutivo di specifici atti di autonomia e comportamenti giuridicamente legittimi, poiché realizzativi di interessi meritevoli di tutela. L'autonomia³⁹, intesa come estrinsecazione della sussidiarietà, dispiegando efficacia oltre la sfera giuridica delle parti, è attuativa di interessi generali, non essendo preordinata alla esclusiva realizzazione di interessi a carattere individuale; ed è indubbio che essa assuma oggi una specifica funzione sia nel c.d. cyberspazio⁴⁰ sia nella utilizzazione personale di strumenti "intelligenti" a beneficio di soggetti portatori di una vulnerabilità, specialmente di natura fisica. L'implementazione di attrezzature e dispositivi elettronici volti a supplire le menomazioni umane è un importante traguardo raggiunto per mezzo della c.d. Intelligenza Artificiale (I.A.)⁴¹, la cui interazione con le biotecnologie, con le scienze mediche e con

³⁶ Ciononostante, il principio non legittima i privati a comportamenti arbitrari e non conformi ai valori dell'ordinamento, pertanto la «sussidiarietà non può legittimare *tout court* il ricorso a strumenti 'più duttili'. Necessaria, infatti, è pur sempre la verifica in concreto dello strumento regolatore più idoneo a garantire la realizzazione e la conformità dell'attività alla gerarchia dei valori presenti nella Costituzione: essa non è una fonte in sé meritevole, ma è tale se è conforme al sistema ordinamentale. Lo stesso art. 118 cost. esige che la sussidiarietà si realizzi nel rispetto della differenziazione e dell'adeguatezza. Sì che l'atto di autonomia è meritevole soltanto se adeguato, proporzionato, ragionevole; se conforme, cioè, all'assiologia del sistema» (P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, vol. IV, cit., 30).

³⁷ La dottrina pone in evidenza l'importante ruolo dell'autonomia privata che diviene fonte del diritto: R. DI RAIMO, *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2003, spec. 36 ss. e 105 ss., secondo il quale l'art. 118, comma 4, Cost. «ne tratta come di una fonte concorrente, sul medesimo piano, rispetto alle altre»; F. CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, in *Tratt. dir. civ. CNN*, diretto da P. Perlingieri, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2008, spec. 1 ss., 17 ss., 41 ss.; P. FEMIA, *Pluralismo delle fonti e costituzionalizzazione della sfera privata*, in AA.VV., *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, Atti del 1° Convegno Nazionale della S.I.S.Di.C., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, 189-197, secondo il quale il giurista deve assolvere al compito di identificare «un processo pubblico di conciliazione» (cit., 191), un'attività di regolazione «di un contratto a rilevanza normativa all'interno della società civile» (cit., 192) e distingue tra i «contratti a rilevanza normativa» quelli «secondo effettività» [che sono «i modelli contrattuali uniformi, quelli che Natalino Irti chiamerebbe i frutti della potenza del mercato» (cit., 192),] e quelli «secondo legalità» [che sono «gli atti di autonomia privata che vengono giustificati sulla base dell'ormai affermato principio di sussidiarietà. Alla luce di questo principio, si può legittimare la fonte di autonomia privata rispetto alla fonte di produzione pubblica, statale o sovrastatale che essa sia» (cit.); D. DE FELICE, *Principio di sussidiarietà*, cit., 64 ss.; F. MAISTO, *L'autonomia contrattuale nel prisma della sussidiarietà orizzontale*, cit., 126 ss., secondo il quale «a determinate condizioni anche gli atti di autonomia (specialmente, il contratto) produc[on]o (non semplici situazioni soggettive, ma) vere e proprie norme giuridiche» (130).

Di contrario avviso, invece, è N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, Giuffrè, Milano, 2008, spec. 170, ove l'A. considera la sussidiarietà del tutto estranea «alla problematica delle fonti riconducibili all'autonomia dei privati».

³⁸ Sulla precarietà della locuzione che ingenera disguidi si è espressa autorevole dottrina (P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, vol. IV, cit.), la quale sottolinea «l'angustia della tradizionale definizione dell'autonomia "privata", intesa come potere riconosciuto o attribuito dall'ordinamento giuridico al "privato" [e l']improponibilità di una tale nozione [soprattutto] (...) là dove la regolamentazione degli interessi sia frutto dell'incontro di volontà di enti pubblici, talvolta previsto espressamente al fine di stimolare un proficuo coordinamento delle loro attività istituzionali» (cit., 20-21): a tal proposito si pensi all'art. 11, comma 2, e all'art. 1, comma 1-bis, della legge 7 agosto 1990, n. 241.

³⁹ È stato rilevato che «un concetto di autonomia, aderente alla dinamica delle odierne relazioni giuridiche, può essere descritto come il potere riconosciuto o attribuito dall'ordinamento al soggetto di diritto, privato o pubblico, di regolare, in conformità ad esso e con proprie manifestazioni di volontà, interessi privati o pubblici, particolari e/o generali, non necessariamente propri» (P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, vol. IV, cit., 30-31).

⁴⁰ Sul punto v., in particolare: P. LAGHI, *Cyberspazio e sussidiarietà*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015; C. PERLINGIERI, *Profili civilistici dei social networks*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2014.

⁴¹ Per un approfondimento sulle caratteristiche principali dell'I.A. cfr.: A.F. Uricchio, G. Riccio e U. Ruffolo (a cura di), *Intelligenza Artificiale tra etica e diritti. Prime riflessioni a seguito del libro bianco dell'Unione europea*, Cacucci,

l'ingegneria genetica, ha consentito il totale o parziale recupero di capacità corporee a tutte quelle persone che ne sono state private a causa di una malattia o di un incidente stradale o sul luogo di lavoro. Gli accadimenti avversi, di fatto, determinano un processo inverso a quello che scaturisce al conseguimento del diciottesimo anno di età, con il raggiungimento della c.d. capacità di agire, giacché l'evento ostile può ridurre la capacità della persona a seguito di una menomazione più o meno invalidante tale da compromettere il compimento di attività quotidiane e negozi giuridici. Da questa prospettiva, pertanto, è innegabile che l'Intelligenza Artificiale funga da parametro di redistribuzione della capacità violata dell'individuo, al fine di consentirgli il recupero (totale o parziale) dello stile di vita goduto prima dell'evento avverso o della malattia. L'I.A. coniugata con la neuroscienza computazionale può raggiungere confini inesplorati e impensabili, fino a poco tempo fa, come la realizzazione di una sorta di "emulazione del cervello"⁴², con un processo di simulazione del modello biologico perfezionato in simbiosi con il cervello biologico, diventandone un suo clone, senza escludere che possa avvenire un trasferimento di questo cervello elettronico in un automa o in un *cyborg*⁴³, con tutte le problematiche di natura etica e giuridica, ma con il precipuo scopo di arginare e superare l'evento sfavorevole o il decadimento di un corpo poiché ammalato o degenerato a causa di un processo naturale di senilità. L'I.A. cambia il punto di osservazione che dalla fisicità si sposta all'analisi in termini utilitaristici dei "circuiti elettrici", "cavi" e "sensori" capaci di far riacquistare alla persona abilità pregresse che le sono state sottratte a causa per es. di una malattia come la Sclerosi Laterale Amiotrofica (SLA) o il morbo di Parkinson⁴⁴. Le vulnerabilità che il soggetto può manifestare possono dipendere da diversi fattori ed essere presenti sin dalla nascita oppure sorte nei primi anni di vita o in qualunque momento a causa di eventi avversi; in entrambi i casi esse costituiscono sempre motivo (diretto o indiretto) di "esclusione" dalla società e, pertanto, da tutte le formazioni sociali in cui il soggetto è o desidera inserirsi in relazione alla volontà di valorizzare e promuovere la propria personalità. La considerazione fin qui accennata richiama alla mente la portata assiologica delle disposizioni presenti a livello superstatuale come la Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità⁴⁵, finalizzate a estendere la portata della tutela del valore della dignità umana. L'evoluzione del concetto di "disabilità", alla luce delle presenti riflessioni, rischia, in quanto tale, di venire affievolito financo escluso da tutta una serie di barriere fisico-cognitive, ambientali e tecnologiche. La disabilità, accuratamente delineata dall'art. 12 della Convenzione ONU attiene al riconoscimento che le persone vulnerabili devono ricevere in qualunque territorio, affinché venga garantita loro la possibilità di esercitare liberamente la propria capacità⁴⁶.

Gli strumenti di I.A. possono ineludibilmente svolgere una funzione assistenziale e compensativa delle vulnerabilità esistenti. Del resto le ricerche scientifiche hanno già condotto a risultati molto

Bari, 2020; E. Gabrielli e U. Ruffolo (a cura di), *Intelligenza Artificiale e diritto*, in *Giur. it.*, 2019, 1657 ss.; M. TEGMARK, *Vita 3.0. Essere umani nell'era dell'intelligenza artificiale*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2018, 75-113.

⁴² Il progresso e la ricerca scientifica hanno determinato come con riferimento a tre dei cinque sensi tradizionali (udito, tatto e vista) le protesi robotiche e gli altri *devices* dotati di I.A. siano in grado di far recuperare, totalmente o parzialmente, alla persona la pregressa abilità fisica.

⁴³ Si tratta di una inarrestabile evoluzione della biotecnologia che consentirà, con escatologiche finalità di tipo edonistico, l'innesto sul corpo umano di protesi intelligenti capaci di modificare la realtà corporea dell'essere umano con forme di *human-machine hybridization*.

⁴⁴ La *Microsoft Research Innovation* ha ideato e realizzato un prototipo che ha consentito, alle persone colpite dalla malattia di Parkinson, di riacquistare la capacità di tenere sotto controllo i tremori della malattia; il dispositivo è stato utilizzato per far riacquistare la capacità di disegnare ad una giovane *graphic designer*, da qui il nome del dispositivo "Emma watch", che riesce a riequilibrare il rapporto tra gli impulsi cerebrali e la loro trasmissione motoria, superando il *gap* che il Parkinson determina tra la centralizzazione del sistema nervoso e la riflessa articolazione motoria (in [ANSA.it](https://www.ansa.it)).

⁴⁵ La "Convenzione sui diritti delle persone con disabilità", adottata il 13 dicembre 2006 dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, assicura ai soggetti disabili il pieno e uguale godimento di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali. Per una disamina sulla ricostruzione della genesi del testo convenzionale alla luce della legge 3 marzo 2009, n. 18 di ratifica della Convenzione e istituzione dell'Osservatorio nazionale sulla condizione delle persone con disabilità, A. DE AMICIS, *La L. 3 marzo 2009, n. 18 di ratifica della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità: i principi e le procedure*, in *Giur. mer.*, 2009, fasc. 10, 2375-2388.

⁴⁶ Per un'ampia indagine V. BARBA, *Persone con disabilità e capacità. Art. 12 della Convenzione sui diritti delle Persone con Disabilità e diritto civile italiano*, in *Rass. dir. civ.*, 2021, fasc. 2, 419-449.

importanti⁴⁷ a tutela del benessere delle persone vulnerabili, ma è prevedibile che nel breve-medio periodo si assisterà ad una implementazione dei dispositivi elettronici, sul presupposto che l'evoluzione delle metodologie di I.A. unitamente a quelle della robotica computazionale potenzieranno ancora di più la c.d. *human engineering*, determinando una sempre più intima e meno scomponibile interazione tra corpo biologico e macchina robotica che diventa portatrice di una, seppur eclettica, proiezione identitaria e, perciò, autonoma capacità di agire, una legittimazione a compiere atti e comportamenti imputabili agli “agenti software” che in qualità di membri non-umani della società, definiti “attanti”⁴⁸, risultano titolati di capacità giuridica parziale⁴⁹: l'estensione di tale capacità determina diversi corollari, tra cui l'imputazione di responsabilità in caso di conseguenze dannose.

2. Principio di solidarietà e trattamenti sanitari: la rilevanza dell'interesse alla tutela della salute tra istanze personalistiche e pluralismo democratico.

L'approccio dell'ordinamento è sempre stato cauto e tendenzialmente tutelativo della sfera inviolabile della persona nella c.d. autodeterminazione terapeutica⁵⁰, sul presupposto che il limite di ogni trattamento sanitario, anche obbligatorio, sia sempre il rispetto della persona umana, come previsto dalle disposizioni costituzionali che difendono la persona dalle ingerenze coercitive costituzionalmente ingiustificate. L'autodeterminazione terapeutica è un diritto fondamentale e inviolabile della persona, tutelato ai sensi degli artt. 2, 13, 32, comma 2, Cost., esplicitando una declinazione del benessere del soggetto, sul presupposto che la salute non sia un valore scindibile dalla persona, alla cui unitarietà corrisponde una pluralità di tecniche giuridiche che rinvergono il fondamento nella concreta esecutività del principio di uguaglianza sostanziale, che identifica la tutela della salute con quella della stessa persona concretamente intesa, anche laddove il soggetto, maggiore di età e capace di intendere di volere, sia contrario alla sottoposizione di specifici trattamenti medici.

⁴⁷ Si pensi ai benefici che i non vedenti o ipovedenti raggiungono attraverso l'ausilio dei dispositivi ad attivazione vocale che si collegano ai loro occhiali e che consentono in tempo reale e *offline* la lettura istantanea di un testo da un libro o dallo schermo di uno *smartphone* o da qualsiasi altra superficie, consentendo loro, altresì, l'acquisto di un bene di consumo, l'adempimento di attività lavorative e il riconoscimento delle persone. Il sensore ottico presente in questi dispositivi - senza essere connesso ad internet - riesce immediatamente a comunicare l'immagine dell'ambiente circostante e/o le informazioni giunte all'ipovedente, riabilitandolo nelle attività quotidiane e garantendogli un benessere che diversamente senza il *device* non raggiungerebbe.

⁴⁸ In tali termini G. TEUBNER, *Soggetti giuridici digitali? Sullo status privatistico degli agenti software autonomi*, in P. Femia (a cura di), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019. Lo studio presenta il tema coniugando dogmatica civilistica e scienza sociologica per fondare una teoria degli agenti *software* quali soggetti giuridici parziali, meri flussi informativi, capaci di decisione autonoma; in altri termini, gli agenti *software* hanno uno «status di attanti, attori provvisti di capacità giuridica parziale» le cui decisioni autonome «presentano il carattere della vincolatività giuridica e sono tali da determinare conseguenze in punto di responsabilità» (cit., 63).

⁴⁹ L'intrinseca connessione fra il pensiero dell'uomo e la tecnica volta ad emularlo «fu già intuita da Goethe in una delle prime scene del Faust (che perciò assai piacque a Werner Heisenberg): “E veramente succede con la fabbrica dei pensieri proprio come col telaio del tessitore: dove una pressione del piede basta a mettere in moto migliaia di fili, e la spola passa e ripassa in su e in giù, e i fili scorrono invisibili, e un colpo solo genera mille collegamenti”» [N. IRTI, *Il tessitore di Goethe (per la decisione robotica)*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, fasc. 4-5, 1177-1181. Discorso d'apertura al Convegno su «Decisione robotica», svolto il 5 luglio 2018, presso l'Accademia Nazionale dei Lincei].

⁵⁰ In argomento S. DEPLANO, *Diritto all'autodeterminazione terapeutica e suoi limiti*, in G. Perlingieri e G. Carapezza Figlia (a cura di), *L'«interpretazione secondo Costituzione» nella giurisprudenza. Crestomazia di decisioni giuridiche*, I, Persone - Famiglie - Successioni, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2012, 97 ss.; M. FRANZONI, *L'autodeterminazione nelle scelte di cura ed il testamento biologico*, in *Sanità e diritti fondamentali in ambito europeo e italiano*, L.S. Rossi e C. Bottari (a cura di), Maggioli, Rimini, 2013. Con specifico riferimento alla valorizzazione della portata relazionale e sociale della vulnerabilità delle persone incapaci per età o per menomazioni di natura psico-fisiche si rinvia a B. SALVATORE, *Il minore e la persona incapace nella l. n. 219/2017: la rilevanza della volontà del soggetto vulnerabile nelle scelte sanitarie*, in *juscivile*, 2020, fasc. 6, 1494-1508. Sulla vulnerabilità in senso generale con riferimento alle fragilità umane si rimanda, per tutti, M. GENSABELLA FURNARI, *Vulnerabilità e cura. Bioetica ed esperienza del limite*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2008.

È palese come l'autodeterminazione si realizzi con l'esaltazione del consenso informato del paziente prima di sottoporsi all'attività sanitaria, la cui inosservanza determina una responsabilità in capo al medico o al soggetto che in ambito sanitario ha omesso di fornire tutte le informazioni necessarie per consentire al paziente la formazione di un consenso realmente adeguato ed informato.

Ogni persona è, in quanto tale, titolare di situazioni esistenziali costitutive dello *status personae*; i diritti fondamentali dell'uomo, infatti, sono dei diritti che tutelano la persona nei suoi valori essenziali, indipendentemente dalla graduazione di un eventuale stato personale patologico, dal momento che la valutazione del *deficit* psichico non può essere categorizzata *a priori* e assoggetta a stereotipi ma, caso per caso, deve condurre alla rilevazione della propensione della capacità intellettuale e affettiva che la persona può concretamente realizzare, a garanzia dello sviluppo e della evoluzione della propria personalità. Pertanto, i diritti della personalità eletti come "diritti inviolabili" dalla nostra Costituzione, attraverso la "clausola generale"⁵¹ di cui all'art. 2, ricevono una tutela ampia a garanzia della dignità umana, sempre meritevoli di protezione giuridica, indipendentemente dalla concreta situazione psico-fisica del soggetto, con riferimento al quale vanno garantite le potenzialità fisiche e intellettive.

L'autodeterminazione si attenua laddove la persona versi in una situazione di vulnerabilità a causa di una evidente non attitudine ad intendere, assoluta o relativa a determinate sfere di interessi, come gli infermi di mente o le persone con un *deficit* intellettuale o psichico, oppure si pensi a tutti i casi in cui si determini un "breakdown evolutivo"; in questi casi l'ordinamento prevede l'adozione di specifici istituti protettivi in base alla gravità dell'infermità mentale, valutando l'eventuale stato di necessità e garantendo al paziente una posizione di garanzia da parte del personale sanitario, con l'intento di evitare di contenere e "annullare" la persona ma al solo scopo di garantirne i diritti inviolabili. L'esigenza si è tradotta con l'istituzione dell'amministrazione di sostegno⁵² e con l'intento di differenziare gli statuti protettivi della persona per graduarne più opportunamente l'incapacità valorizzando il ricorso agli strumenti offerti dalle neuroscienze «che possono contribuire alla verifica dell'idoneità del soggetto al compimento di atti, patrimoniali e non patrimoniali [...] ovvero al potenziamento di specifiche facoltà cerebrali e, dunque, delle capacità cognitive della persona»⁵³.

In linea con quanto rilevato, perciò, l'attenuazione dell'autodeterminazione si ha, soltanto per trarne qualche esempio, laddove la persona necessiti seppur contro la propria volontà di interventi

⁵¹ Al riguardo fondamentale è il riferimento a P. PERLINGIERI e P. FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*², Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2004, spec. 28-34. Altresì, più recentemente P. FEMIA, *Principi e clausole generali. Tre livelli di indistinzione*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021.

⁵² Introdotta nel Codice civile con l. 9 gennaio 2004, n. 6 la nuova misura protettiva ha il pregio di aver creato le premesse per una rivoluzione copernicana a favore del soggetto debole ed emarginato, a tutela dei valori e dei principi costituzionali. Sul punto la letteratura civilistica è illimitata; si richiamano senza spirito di esautività i recenti contributi: I. PRISCO, *Amministrazione di sostegno e atti personalissimi*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018; G. LISELLA, *Dalla sentenza d'interdizione alla nomina dell'amministratore di sostegno: una "coraggiosa" decisione sul piano sostanziale in un'intricata vicenda procedimentale*, in *Giusto proc. civ.*, 2017, fasc. 4, 1084-1098; O. CLARIZIA, *Amministratore di sostegno e promozione della personalità del beneficiario*, in G. Perlingieri e G. Carapezza Figlia (a cura di), *L'interpretazione secondo Costituzione» nella giurisprudenza*, I, cit., 53 ss.

⁵³ Come evidenziato da C. PERLINGIERI, *Amministrazione di sostegno e neuroscienze*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, fasc. 2, 333. L'Autrice, il cui contributo fa riflettere sulla importanza della scelta di una misura di sostegno proporzionata e differenziata sotto il profilo funzionale e qualitativo, si sofferma in particolare sulla rilevanza e sulla utilità delle indagini peritali, psichiatriche e cognitive, che consentono di ascrivere «alle neuroscienze un ruolo significativo nel costante controllo della condizione – anche parziale, temporanea – di "impossibilità" di realizzazione dei propri interessi da parte del soggetto [...] sottoposto all'amministrazione di sostegno al fine di assicurarne il rispetto della dignità» (cit., 335). Attraverso l'apporto delle neurotecnologie, dunque, sarebbe possibile sottoporre la persona ad una periodica revisione e ad una più puntuale e realistica «valutazione del livello di capacità del soggetto che si intende proteggere, soprattutto nei casi più emblematici [...]. Si pensi, a mero titolo esemplificativo, al caso di persona affetta dal morbo di Alzheimer» (cit., 338). Nell'indiscutibile apporto delle neuroscienze «per rilevare la volontà del soggetto cosciente al fine di garantirne l'esplicazione soprattutto con riferimento ai "diritti personalissimi", come quello di accettare o rifiutare interventi terapeutici sino all'estrema estrinsecazione di esercizio all'autodeterminazione in termini negativi qualora interferisca con il diritto supremo della vita» (cit., 339), l'A. condivide «l'auspicio di risolvere i problemi giuridici in maniera pragmatica e flessibile, nonché di riconoscere giuridicamente rilevanti quelle scelte che di fatto il livello intellettuale del soggetto è in condizione di compiere in attuazione della solidarietà umana e sociale» (cit., 343).

sanitari imprescindibili e indifferibili, ad es., per evitare che atteggiamenti compulsivi possano sfociare in drammi familiari; difatti in questi casi l'ordinamento attraverso un "trattamento sanitario obbligatorio" (t.s.o.) - in forza di una riserva di legge relativa rinforzata (in pieno rispetto dei principi costituzionali) - autorizza l'adempimento di una serie di interventi sanitari in deroga agli artt. 13 e 32, comma 2, Cost., la cui applicazione è subordinata alla sussistenza di uno stato di necessità ed urgenza (secondo quelli che sono i parametri delineati dall'art. 54 c.p.), pertanto senza l'acquisizione del consenso informato⁵⁴, qualora sussista il rifiuto al trattamento da parte del soggetto che deve ricevere assistenza. Tutte le volte in cui un paziente manifesti un comportamento disallineato con quelle che sono le manifestazioni di una personalità ordinaria⁵⁵, attendando alla sua vita e/o a quella altrui sfoggiando una acclarata patologia psichiatrica compatibile con il ricovero obbligatorio, in questi casi qualora il soggetto in preda a *raptus* comportamentali non sia in grado di sottoporsi volontariamente ai trattamenti necessari, la valutazione di tale necessità è rimessa ai sanitari ed al Sindaco quale autorità sanitaria, ai sensi dell'art. 34 della l. 23 dicembre 1978, n. 833 di Istituzione del Servizio Sanitario Nazionale⁵⁶, ed alla successiva convalida dell'autorità giudiziaria⁵⁷.

Quanto osservato conduce all'ulteriore intendimento della tutela della compagine affettiva, familiare o lavorativa della persona profondamente compulsiva, dal momento che inevitabilmente la patologia inficia la componente relazionale, alle volte anche con esiti drammatici, dal femminicidio al figlio che attenta alla vita dei genitori per placare turbe ossessive o manie consumistiche. In simili casi emerge la tutela di una esigenza diversa, poiché assume rilevanza anche l'interesse riflesso, cioè la circostanza che la persona affetta da specifico disturbo risulta pericolosa non solo per la propria incolumità ma anche per quella altrui; logico corollario è - per motivi di sanità e sicurezza (costituzionalmente tutelati precipuamente dagli artt. 16, 13, comma 2, e 32, comma 2, Cost.) - la riduzione della libertà e dell'autodeterminazione terapeutica in capo alla persona, alla quale perciò vengono somministrate le cure necessarie per evidente e improcrastinabile stato di necessità, quindi senza acquisirne il relativo consenso. L'intervento sanitario coattivo, in casi siffatti, è finalizzato ad attenuare ed eliminare la pericolosità sociale del soggetto a beneficio suo (sul presupposto di ricondurre la persona ad una dimensione di consapevolezza e di continuità rispetto ad un ripristino della esistenza condotta prima del *breakdown*) ma anche della comunità di riferimento.

La posizione soggettiva in cui si trova il destinatario del provvedimento di t.s.o. è in radice una posizione giuridica attiva⁵⁸ che non è suscettibile di affievolimento al di fuori delle ipotesi giustificate ex art. 32, comma 2, Cost.; questa posizione va distinta rispetto a quella delle persone che rientrano nella cerchia familiare o amicale del soggetto affetto da disturbi compulsivi, maniacali o mentali, soprattutto quando la persona abbia raggiunto una età tale che non consente alla famiglia neanche un "contenimento" umorale del soggetto che rifiuta costantemente l'apporto terapeutico e l'inserimento in comunità di riferimento.

Tutti coloro che interagiscono con la persona affetta da consimili disturbi non ricevono una tutela diretta da parte dell'ordinamento, come quella di cui astrattamente potrebbe beneficiare la persona destinataria del t.s.o.; in particolare, la posizione di tutti coloro che rappresentano la cerchia delle relazioni della persona vulnerabile appare fioca e rimessa alla discrezionalità di una strumentazione efficace ed esaustiva che l'ordinamento dovrebbe garantire.

⁵⁴ Cfr. Cass. civ., sez. I, 16.10.2007, n. 21748, in *Giust. civ.*, 2007, 2366.

⁵⁵ Sul punto si rinvia a G. FONTANA, *Disturbati psichici e accertamento e trattamento sanitario obbligatorio*, in [Diritto.it](#), 15 aprile 2003 e ID., *Ordinanza di ASO/TSO: solo atto dovuto?* in *Riv. pen.*, 2020, fasc. 1, 3-4.

⁵⁶ Il procedimento da osservare nella disposizione di un t.s.o. è previsto dagli artt. 33 ss. della l. n. 833 del 1978.

⁵⁷ In ordine al t.s.o. su minori si rinvia a D. CALDERONI, M. FERRARA, M.I. SARTI, F. NARDOCCI, *More With Less: minori e ricovero psichiatrico*, in *Gior. Neuropsich. Età Evol.*, 2008, 149-166.

⁵⁸ Cfr. *ex multis*, T.A.R. Toscana, sez. I, Firenze, 27.11.2006, n. 6022 (in *Corr. mer.*, 2007, 258): «La posizione soggettiva in cui si trova il destinatario del provvedimento che dispone il trattamento sanitario obbligatorio non ha natura di interesse legittimo, ma di diritto soggettivo pieno, non suscettibile di affievolimento a fronte del potere riconosciuto all'autorità amministrativa. Infatti, il provvedimento di ricovero coattivo del soggetto sospettato di malattie mentali si inquadra tra quelli restrittivi della libertà personale».

In linea con la dottrina che individua l'esistenza dell'interesse legittimo nel diritto privato⁵⁹, intesa come situazione giuridica attiva posta a tutela del soggetto nei confronti di altri soggetti privati, si può scorgere proprio in questa tensione all'affievolimento dell'autodeterminazione terapeutica (del soggetto vulnerabile che cagiona volontariamente o involontariamente lesività alle persone più vicine) l'esercizio di una situazione "di vantaggio ma inattiva", giacché il rafforzamento della capacità di autodeterminazione è inversamente proporzionale alla valutazione specialistica in merito alla graduazione della inefficienza mentale riscontrata nell'indagine medica specialistica. È, pertanto, individuabile una ulteriore ma riflessa posizione giuridica in capo a tutti coloro che subiscono lesioni dalla condotta della persona affetta, per esempio, da disturbi ossessivi compulsivi⁶⁰; pertanto sia i componenti del nucleo familiare sia i membri delle formazioni sociali, a cui è ricollegabile la vita della persona con fragilità o inefficienze cognitive, hanno una posizione giuridica "riflessa", un interesse legittimo di diritto privato, a garanzia del quale si propone l'intervento coattivo, così come previsto dalla riserva di legge.

La presenza e la rilevanza dei diversi interessi che costellano la formazione sociale di riferimento della persona affetta da disturbi comportamentali non depotenzia, per ciò stesso, la tutela che l'ordinamento riserva alla persona che presenta turbe e deficienze cognitive, sul presupposto che quest'ultima non debba mai mortificare la propria personalità, a meno che ciò non sia strettamente necessario nel bilanciamento con altri valori giuridici. Il controllo di liceità e di meritevolezza di tutti gli interventi obbligatori è, difatti, riconducibile alla primaria esigenza di preservazione del "valore" persona, nella convinzione che «l'autodeterminazione del soggetto per ciò che riguarda tanto la dignità quanto la vita è obbligata a confrontarsi e, se del caso, a bilanciarsi con altri valori, primo su tutti quello della solidarietà»⁶¹, indipendentemente dal grado di capacità della persona.

Focalizzando l'attenzione su quest'ultimo punto, il codice civile si riferisce in maniera espressa al «dovere di solidarietà umana»⁶², tutte le volte in cui l'assicuratore è obbligato, anche in caso di patto contrario, per i sinistri compiuti in adempimento di un dovere morale o sociale, a tutela di un interesse (non individuale ma) comune.

Il principio di solidarietà pervade la struttura ordinamentale e, alla stregua di altri principi fondamentali⁶³, costituisce l'archetipo di realizzazione delle istanze solidaristiche, nella sua concreta portata applicativa⁶⁴, per riequilibrare il bilanciamento assiologico diviso dalle confliggenti

⁵⁹ Il riferimento è alla nota tesi della scuola pisana, avviata da L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1967. L'Autrice osserva come, diversamente dal diritto soggettivo che rappresenta «una tipica situazione attiva e di vantaggio, cioè attiva-attiva» (cit., 18), l'interesse legittimo - nella icaistica posizione di interesse indirettamente protetto - si manifesta come una «situazione bensì di vantaggio, e in questo senso attiva, ma, per il resto, sostanzialmente inattiva» (cit., 19), ovvero "inattiva-attiva", con ciò intendendo rimarcare la mancanza di un contenuto specifico di attività e, pertanto, che la realizzazione dell'interesse è subordinata ad una condotta altrui.

⁶⁰ Si pensi ad esempio ai casi di ragazzi, adolescenti e alle volte giovani uomini, affetti da dipendenze e/o da disturbi della personalità, sofferenza neuropsichica, incapaci di assumere comportamenti diligenti e inclini ad una convivenza civile, capaci solamente di cagionare danno a sé e alla propria famiglia, con minacce, vessazioni e comportamenti delinquenti.

⁶¹ Le parole sono di A. RUGGERI, *Dignità versus vita?* in *Rivista AIC* n. 1/2011, 1. L'A. nel saggio persuasivamente delinea come "autonomia" e "solidarietà" siano due valori portati necessariamente ad integrarsi fino ad immedesimarsi totalmente, financo diventando indistinguibili: «da autonomia *versus* solidarietà ad autonomia e solidarietà e, infine, ad autonomia è solidarietà, dunque» (4). Per un approfondimento di carattere generale sulla "solidarietà" si rimanda a S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari, 2016.

⁶² Art. 1900, comma 2, c.c.

⁶³ Si pensi alla "buona fede", a cui è ricollegabile la solidarietà, come rilevato da Betti, laddove osserva che «la buona fede è essenzialmente un criterio di reciprocità [...] nella quale si esplica la solidarietà» (E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Giuffrè, Milano, 1953, 93).

⁶⁴ Il principio esprime una intensa carica valoriale sia all'interno delle fonti sovranazionali (cfr. art. 2 TUE, nonché "clausola di solidarietà" ai sensi dell'art. 222 TFUE, nonché Preambolo e Capo IV - *Solidarietà* - della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 2007) sia all'interno delle fonti interne privatistiche, nelle quali dispiega un importante ruolo di equilibrio tutte le volte in cui sussistono posizioni confliggenti alla luce dell'interesse concreto meritevole di tutela. L'attitudine inclusiva del principio presenta solide radici costituzionali (si pensi alla solidarietà costituzionale con riferimento al diritto allo studio di cui all'art. 34, al diritto alla salute di cui all'art. 32 o al diritto di

posizioni relazionali, in attuazione del solidarismo, inteso come tutela della personalità nell'affermazione dei diritti fondamentali di tutti⁶⁵, soprattutto della persona cognitivamente ed empaticamente più fragile.

2.1. Dalla concezione monolitica ed escludente dell'incapacità giuridica alla valorizzazione inclusiva delle fragilità individuali.

Tradizionalmente la persona con un *deficit* psichico, indipendentemente dalla tipologia di incapacità e dal *quantum* di attitudine di intendere e di volere, veniva identificata come devianza sociale (follia), determinando in capo allo Stato una competenza ipertrofica capace di sostituire, fino ad eclissare, la personalità dell'incapace, tacciata di pericolosità sociale e/o pubblico scandalo. La correlazione tra il malessere mentale e la pericolosità sociale era stata delineata dalla legge n.

proprietà di cui all'art. 42), a sostegno della realizzazione della persona, sia come singolo sia nelle formazioni sociali «ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale» (art. 2, comma 2, Cost.); per approfondimenti, sul punto, si rimanda a F. LUCARELLI, *Solidarietà e autonomia privata*, Jovene, Napoli, 1970.

La solidarietà, che esprime una forza assistenziale in tutte le formazioni sociali e soprattutto a beneficio delle fragilità umane «per rimuovere gli squilibri economici e sociali» (art. 119, comma 5, Cost.), è escatologicamente finalizzata a rappresentare il presupposto dell'unità dei diritti e dei doveri in ambito familiare, come da ultimo manifestato con la riforma della filiazione, ad opera della l. 10 dicembre 2012, n. 219 e d.lg. 28 dicembre 2013, n. 154 (in argomento S. STEFANELLI, *Famiglia e successioni tra eguaglianza e solidarietà*, in *Vita not.*, 2012, 475-511): la famiglia, infatti, è sempre più concepita come luogo degli affetti e della solidarietà reciproca (cfr. l. 20 maggio 2016, n. 76, cd. Cirinnà, in *G.U.* del 21 maggio 2016, n. 118) anche in funzione compensativa nel sistema dei rapporti patrimoniali tra *ex* coniugi (tra tutti, si rimanda almeno a E. AL MUREDEN, *Solidarietà post-coniugale e compensazione del contributo endofamiliare nel nuovo assegno divorzile*, in *Famiglia*, 2019, fasc. 1, 29-41) e in funzione contributiva nell'obbligazione alimentare (*ex* artt. 433 ss. c.c.). La solidarietà richiama il tema dell'assistenza, della "cura alla persona" debole, impossibilitata a soddisfare in maniera autonoma i bisogni della vita quotidiana: in tali termini M.N. BUGETTI, *La solidarietà tra genitori e figli e tra figli e genitori anziani*, in *Famiglia*, 2017, 313-322.

La solidarietà esplica rilievo anche in campo di responsabilità civile, con precipuo riferimento alla risarcibilità del danno non patrimoniale alla persona conseguente alla lesione di diritti costituzionali inviolabili, soprattutto a seguito delle sentenze S. Martino che, alla luce del dovere di solidarietà sancito dall'art. 2 Cost., hanno delimitato le pretese risarcitorie, non prendendo in considerazione quelle futili e irrисorie [Cass., S.U., 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974, 26975, pubblicate in numerose riviste, tra cui in *Rass. dir. civ.*, 2009, 499 ss., con note di P. PERLINGIERI, *L'onnipresente art. 2059 c.c. e la «tipicità» del danno alla persona*, e F. TESCIONE, *Per una concezione unitaria del danno non patrimoniale (anche da contratto) oltre l'art. 2059 c.c.*].

Il principio di solidarietà dispiega efficacia - oltre che in caso di obbligazione naturale (art. 2034, comma 1, c.c.) e con riferimento agli «atti compiuti in adempimento di un dovere morale» (art. 64, comma 1, l. fall.) - sia nel rapporto latamente obbligatorio, che si caratterizza per un comportamento secondo correttezza (art. 1175 c.c.), sia in materia contrattuale, nell'esecuzione di buona fede (art. 1375 c.c.); sul punto cfr. S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 2004, 140, ove l'A. osserva che l'«art. 1175 non deve essere considerato come un isolato termine di riferimento, ma, al pari dell'art. 1375 [...], come espressione del principio di solidarietà che caratterizza ormai il nostro sistema».

Il principio, che fa da volano nel nevralgico ed insostituibile compito di sostentamento sociale (come si evince dalla legislazione di settore, cfr. l. 8 novembre 2000, n. 328), diventa strumento di superamento delle regole ordinarie per la realizzazione delle istanze interculturali, realizzando un modello antropologico di solidarietà a garanzia dell'uguaglianza sostanziale a beneficio delle persone fragili in quanto tali per appartenenza ad etnie e culture diverse, in una proiezione inclusiva e basata sull'equità della "solidarietà sociale italo-europea": sul punto sia consentito il richiamo A. VESTO, *Istanze interculturali ed assiologia delle formazioni sociali: la tutela del minore e della donna musulmana*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2021, 927-972, spec. 951 ss. nello sviluppo della solidarietà sociale nel meccanismo della *kafalah*. Quest'ultimo riferimento funzionale all'adempimento, secondo la cultura islamica, del dovere di fratellanza è conforme all'accezione «che la solidarietà si congiunge con la fraternità [...] verso radici comuni» (S. RODOTÀ, *Solidarietà*, cit., 4). Portatrice di una espressiva posizione interrogativa, seppur con precipuo riferimento al frazionamento giudiziale del credito, cfr. A. ALPINI, *La solidarietà è davvero un "mantra"? Precisazioni in tema di frazionamento giudiziale del credito*, in *Rass. dir. civ.*, 2020, fasc. 2, 389-402.

⁶⁵ Sul punto, per approfondimenti si rimanda al lavoro sistematico di E. LUCCHINI GUASTALLA, *Quale ruolo per la solidarietà nel diritto privato?* in *Rass. dir. civ.*, 2017, fasc. 2, 540-554.

36/1904⁶⁶, la quale attribuiva di fatto una delega «in bianco» al Direttore del Manicomio sul destino dei pazienti, i quali senza alcuna possibilità di interazione venivano sottoposti ad interventi di tipo direttivo-autoritario che si traducevano, nella totalità dei casi, con l'erogazione di un'assistenza di contenzione meccanica del paziente⁶⁷. Lo Stato, pertanto, interveniva con una indebita limitazione alla capacità di agire del soggetto: la partecipazione legislativa si traduceva in un intervento vessatorio e limitativo della capacità della persona, poiché gli strumenti adoperati erano manifestamente lesivi della dignità della persona, che era pertanto rappresentata e dominata da uno Stato assistenziale ed interventista.

Il passaggio da una politica escludente, di “dominio”, ad una di “sostegno” e di inclusione sociale, si è avuto attraverso delle tappe importanti che hanno segnato un importante passaggio epocale, un transito sempre più proteso a baluardo della persona, indipendentemente da ragioni di mera convenienza e/o opportunità sociale, in relazione alla condizione di inefficienza mentale o fisica, nonché comportamentale, della persona bisognosa di assistenza psichiatrica o latamente medica. In questa traiettoria fondamentale è stata la legge c.d. Basaglia, 13 maggio 1978, n. 180, «*Accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori*»⁶⁸, la quale nel rinnegare la disumanizzazione del

⁶⁶ Legge 14 febbraio 1904, n. 36 «Riguardante disposizioni sui manicomi e sugli alienati» (legge che porta il nome del Ministro dell'Interno dell'epoca, Giovanni Giolitti). La legge “manicomiale” istituiva i manicomi, luoghi dove “contenere” i malati psichiatrici (o i soggetti “indesiderati”) ritenuti socialmente pericolosi a causa della loro “condizione”.

⁶⁷ In argomento, per un approfondimento del dibattito in tema di contenzione fisica all'interno del Servizi Psichiatrici di Diagnosi e Cura a quarantaquattro anni dall'entrata in vigore della l. n. 180/1978, si rinvia a professionisti del settore, tra cui al lavoro di D. FILIPPO, *La contenzione nei servizi psichiatrici di diagnosi e cura*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, fasc. 1, 227-234.

Per un approfondimento di natura giuridica si rimanda a G. DODARO, *Il problema della legittimità giuridica dell'uso della forza fisica o della contenzione meccanica nei confronti del paziente psichiatrico aggressivo o a rischio suicidiario*, *ivi*, 2011, fasc. 6, 1483-1518.

⁶⁸ La legge, che fu presentata in Parlamento da Bruno Orsini, psichiatra e politico della Democrazia Cristiana, è il frutto di un importante svolta che si attribuisce ad un medico, psichiatra di Venezia, Franco Basaglia, promotore della l. n. 180/1978 (in *G.U.* 16.05.1978, n. 133), che abrogò la l. n. 36/1904. L'art. 1 della l. n. 36/1904 disponeva, con una agghiacciante terminologia, la “custodia” e la “cura” nei manicomi (non solo degli infermi di mente ma, con una terminologia volutamente estensiva, anche) degli “alienati mentali”, ovvero delle «persone affette per qualunque causa da alienazione mentale, quando siano pericolose a sé o agli altri, o riescano di pubblico scandalo e non siano e non possano essere convenientemente custodite e curate fuorché nei manicomi». L'intento della previsione era chiaramente quello di concepire il manicomio come un luogo di “custodia” della persona alienata (intesa come persona che non poteva essere curata - neanche dallo psichiatra, il quale poteva solo assumere un ruolo di “sorvegliante” - ma solo “contenuta” affinché non turbasse gli altri), la quale non era “conveniente” avere a casa, relegando all'assistenza terapeutica una funzione meramente accessoria. La situazione determinava di fatto una infermità, poiché al soggetto internato veniva nominato (a prescindere da un procedimento giurisdizionale) un tutore provvisorio, con conseguente cessazione della sua capacità di agire, nonostante non fosse stato avviato un procedimento di interdizione *ex art.* 414 c.c., poiché si applicava l'art. 420 c.c. (abrogato poi dalla legge Basaglia), che era rubricato “Internamento definitivo in manicomio” (sulle differenze intercorrenti all'epoca per procedere ad interdizione *ex art.* 420 o 414 c.c. si rimanda a: A. TORRENTE - G. PESCATORE - C. RUPERTO, *Codice civile annotato con la giurisprudenza della Corte costituzionale, della Cassazione e delle Magistrature Superiori*, ed. sesta aggiornata e integrata, Giuffrè, Milano, 1973; Cass. civ., sez. I, sentenza 13 maggio 1968, n. 1490, in *Foro it.*, 1968, cc. 2163-2167, con commento di V. ANDRIOLI, cc. 2164-2165, ove l'A. evidenzia la criticità del sistema dal momento che «[l']internamento definitivo nel manicomio, integrato dalla nomina del tutore provvisorio, continuerà ad essere un assai pericoloso surrogato del procedimento giurisdizionale d'interdizione» (cit., c. 2165).

L'evoluzione della legislazione sociale e la rinnovata sensibilità civile hanno spostato la prospettiva dalla malattia come pericolosità alla malattia come “fragilità umana”. Difatti, autorevole dottrina, nella valorizzazione dei diritti delle persone fragili e inferme di mente, pone in rilievo come con questo importante intervento legislativo sia emersa una prospettiva di cura verso la persona che diventa «inviolabile», da rispettare in ogni momento e in qualsiasi luogo, dal momento che «[i] diritti dei folli scardinano la logica della separazione che giustificava i manicomi, e la predicazione e l'azione di un tenace visionario, lo psichiatra Franco Basaglia, sono all'origine di una legge che ne decreta l'abolizione» (S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2012, 81). L'illustre psichiatra si è soffermato sulla condizione sociale ed economica della persona internata in ospedale psichiatrico, rilevando come la comunità sociale considerava la “diversità” del soggetto legittimo motivo di sua esclusione dalla società: «il malato mentale era da ritenersi il risultato di un'alterazione biologica, non ben identificata, di fronte alla quale non c'era altro da fare che accettarne

malato dispose la chiusura dei manicomi e l'eliminazione del concetto *boomerang* di pericolosità sociale, sia per sé che gli altri, attribuito negli anni alla persona affetta da malessere psichico, che di fatto, a giustificazione di esso, veniva esclusa dalla comunità sociale e spesso anche dalla propria comunità familiare⁶⁹. Si supera pertanto il concetto di malato psichiatrico come soggetto socialmente pericoloso in sé, a favore di un riconoscimento della dignità umana della persona fragile bisognosa di uno specifico trattamento di cura e non di "contenimento". L'inserimento del paziente in una struttura ospedaliera o extra ospedaliera deve, pertanto, essere finalizzato prioritariamente a soddisfare le esigenze di ordine individuale, sociale e giuridico, della persona garantendone sempre la dignità. La legge Basaglia, infatti, vieta la coazione strutturale del paziente e nel prevedere espressamente il principio della volontarietà dei trattamenti sanitari stabilisce che i trattamenti obbligatori per legge debbano essere attuati nel rispetto «della dignità della persona» (art. 1), con una partecipazione del Sindaco e del Giudice tutelare competente affinché la richiesta motivata del medico venga convalidata e considerata conforme alla acclarata urgenza sanitaria manifestata. Anche un terzo soggetto, diverso dalla cerchia familiare e/o, amicale - lavorativa del paziente, può rivolgersi al Sindaco o al Giudice tutelare per ottenere la revoca dell'ordinanza di t.s.o. La procedura è volta, pertanto, non a contenere il paziente ma a predisporre un programma di intervento e di cura per favorirne, laddove possibile, la ripresa. Questa inversione di prospettiva, incentivata dalla entrata in vigore della Costituzione repubblicana, ha condotto all'abolizione dell'istituzione manicomiale e ad un potenziamento delle strutture di prevenzione e di riabilitazione, con lo scopo di far raggiungere alla persona fragile un equilibrio capace di coniugare la propria individualità con l'attitudine alla partecipazione sociale che il t.s.o. è preordinato a ricostituire. Questa prospettiva, la cui realizzazione si deve alla valorizzazione della sussidiarietà nelle relazioni sociali, accoglie e legittima come obbligatori solo determinati trattamenti sanitari, con il precipuo scopo di tutelare il diritto della persona alla cura e alla sua salute, senza limitarne oltremodo la dignità.

L'intervento statale, perciò, ha mutato traiettoria, modulando l'intervento in base alle concrete esigenze della persona, in una politica di «sostegno», in cui lo Stato non si frappone tra la persona, individualmente intesa, e la cittadinanza attiva, ma svolge un ruolo sussidiario e giammai sostitutivo della persona, in attuazione del principio di solidarietà sociale. Pertanto il grado di inefficienza del soggetto assurge a *status* di protezione dello stesso poiché diventa parametro di rilevazione della specifica e opportuna tipologia di strumento da adoperare a beneficio della diversità di graduazione e di qualità della insufficienza mentale riscontrata, dal momento che in base al grado di inefficienza mentale l'ordinamento si avvarrà di un intervento non standardizzato - e giammai di ghettizzazione ed esclusione della persona dalla comunità sociale - ma qualitativamente diverso e concretamente rispettoso della dignità umana, nella concezione che *ex artt. 2 e 3 Cost.* tende a pluralizzare le incapacità (dalla incapacità alle incapacità) con consequenziale specifico intervento, nella constatazione che la galassia antropologica dei soggetti deboli è ampia e non individuabile *ex ante* e che, pertanto, il giurista non può incasellare il fenomeno in preconcetti giuridici e in tassativi interventi sanitari, poiché l'eterogeneità e la graduazione della inefficienza mentale inducono un

supinamente la diversità, rispetto alla norma; da qui l'azione esclusivamente custodialistica delle istituzioni psichiatriche, come diretta espressione dell'impotenza di una disciplina che, di fronte alla malattia mentale, si è limitata a definirla, catalogarla e gestirla in qualche modo» [F. Basaglia (a cura di), *L'istituzione negata. Rapporto da un ospedale psichiatrico*, Einaudi, Torino, 1968, 119]; in questa prospettiva il medico assolveva ad un «ruolo di sorvegliante, di tutore interno, di moderatore degli eccessi cui la malattia poteva portare» (cit., 130), mentre il malato mentale veniva «posto in uno spazio coatto [ove] l'uomo, qualunque sia il suo stato mentale, si oggettivizza gradualmente nelle leggi dell'internamento, identificandosi» (cit. 137).

⁶⁹ Sul punto cfr.: R. MASONI, *La protezione giuridica dell'infermo di mente*, in *Dir. fam. pers.*, 2016, fasc. 1, 399-410; A. VENCHIARUTTI, *Nessun ricovero obbligatorio per malattia mentale senza motivazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, fasc. 3, 385-389. G. FERRANDO, *Incapacità e consenso al trattamento medico*, in *Pol. dir.*, 1999, fasc. 1, 147-156; C. CASTRONOVO, *Dignità della persona e garanzie costituzionali nei trattamenti sanitari obbligatori*, in *Jus*, 1990, fasc. 2-3, 179-196; P. CENDON, *La responsabilità civile degli operatori e dei servizi psichiatrici*, in *Pol. dir.*, 1990, fasc. 4, 553-617; G. ALPA, *Il danno psichico*, in *Giur. it.*, 1986, fasc. 10, 307-311; C.M. BIANCA, *La protezione giuridica del sofferente psichico*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, I, 25 ss.; G. VISINTINI, *La riforma in tema d'assistenza psichiatrica. Problematica giuridica*, in *Pol. dir.*, 1982, fasc. 3, 445-462.

«differenziato statuto protettivo della persona»⁷⁰, nella proiezione antropocentrica di cui all'amministrazione di sostegno, in linea con i principi previsti dalle fonti sovranazionali a baluardo della personalità della persona che viene posta «al centro» della sua azione dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁷¹, che dedica ad ogni principio (“Dignità”; “Libertà”; “Uguaglianza”; “Solidarietà”; “Cittadinanza”; “Giustizia”) un Capo specifico, e gli uni e gli altri appaiono collegati tra loro dalla logica che pone al centro del sistema la persona con la propria personalità, nella concretezza dei suoi bisogni, nel rispetto della propria integrità fisica e psichica; difatti, come autorevolmente evidenziato, «connotato tipico dei principi [...] è quello di avere una propria individualità e però, allo stesso tempo, di essere, a conti fatti, inautonomi l'uno dall'altro [giacché ...] ciascuno di essi concorre a fare l'identità degli altri e tutti assieme il “sistema” al quale appartengono»⁷².

3. *Il primato assiologico della salute pubblica nella dimensione sinodale della protezione della vita umana.*

I principi delle fonti dell'ordinamento italo-europeo, che pongono al centro del sistema la persona, inducono ad un ripensamento della riflessione dei diritti fondamentali, nella inevitabile trasformazione della teoria universale dei diritti in una “teoria dei doveri” che giunge a proporre un modello distributivo dei doveri, nel convincimento che la “combinazione” e la “riduzione ad unità” dei “diritti e dei doveri”, non sia espressiva di un relativismo giuridico ma di un relazionismo delle posizioni confliggenti nella realizzazione della transizione - definita dalla dottrina - «dai diritti “individuali” ai doveri “globali”»⁷³.

Da quest'angolo di osservazione si appalesa come necessaria l'esecuzione di una misura sanitaria concepita nell'intento non solo di salvaguardare il soggetto medesimo e la cerchia ad esso precipuamente riferibile (come analizzato in caso di un malessere psichico e/o comportamentale) ma anche e soprattutto per preservare la salute intesa, nel retaggio fenomenico tradizionale, come assenza di malattia. Sotto questo profilo, dunque, un trattamento sanitario diventa obbligatorio tutte le volte in cui attraverso esso si concorre alla conservazione della tutela dei principi fondamentali, in una dimensione di sinodalità diffusa. A tal proposito sono da annoverare i provvedimenti e gli interventi

⁷⁰ Così P. PERLINGIERI, *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2005, 329, ove l'A. affronta la questione degli istituti di protezione e di promozione dell'infermo di mente, precisando che la «insufficienza mentale, per giustificare uno statuto particolare di incapacità o limitata capacità e quindi per derogare al principio di eguaglianza formale (art. 3, comma 1, Cost.), deve rappresentare obiettivamente uno stato patologico sia pure individuato mediante una complessa valutazione delle condizioni personali del soggetto nonché di quelle sociali, culturali ed ambientali, pur sempre in relazione all'esclusivo interesse delle manifestazioni dello sviluppo personale e non già adducendo ragioni di interesse superiore che ben si presterebbero a legittimare qualsiasi strumentalizzazione anche politica violando l'art. 22 Cost. L'eguaglianza sostanziale, cioè la necessità di rimuovere gli ostacoli al pieno, ottimale sviluppo della persona (artt. 3, comma 2, 2 Cost.) – ancor più della stessa tutela della sua salute (art. 32 Cost.) –, costituisce l'unica legittimazione costituzionale dello statuto di protezione e di promozione che pertanto non può che essere funzionalizzato a tale esigenza» (cit., 341).

⁷¹ La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, del 2007 ed entrata in vigore il 1° dicembre 2009, nel “Preambolo” pone «la persona al centro della sua azione istituendo la cittadinanza dell'Unione e creando uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia. [...] A tal fine è necessario rafforzare la tutela dei diritti fondamentali, alla luce dell'evoluzione della società, del progresso sociale e degli sviluppi scientifici e tecnologici [...]».

⁷² A. RUGGERI, *Dignità versus vita?* cit., 6, ove l'A. pone in rilievo come ogni principio abbia «un significato suo proprio, che viene dall'essenza di valore di cui sono portatori, dal *Begriffskern* assiologico insopprimibile racchiuso in ciascun principio, ma hanno anche un disperato bisogno di appoggiarsi gli uni agli altri, acquistando senso, un senso costantemente rinnovato, nel prendere e darsi luce a vicenda. Sta proprio in ciò [...] l'idea della Costituzione come “sistema”, un sistema che o riesce a farsi tutto quanto valere nell'esperienza oppure semplicemente non è».

⁷³ A. SPADARO, *Dai diritti “individuali” ai doveri “globali”. La giustizia distributiva internazionale nell'età della globalizzazione*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2005.

legislativi a favore della copertura vaccinale obbligatoria per i figli minori di età⁷⁴, poiché «funzionale all'adempimento di un generale dovere di solidarietà che pervade e innerva tutti i rapporti sociali e giuridici»⁷⁵, nonché tutti i casi in cui sia necessaria l'attuazione di un trattamento sanitario conforme alle prescrizioni costituzionali, giacché ai sensi dell'art. 32, comma 2, Cost., può disporsi un t.s.o. solo quando sia in discussione non solo la salute del singolo ma - in contemporanea e direttamente - anche quella della collettività. Viceversa, non si può somministrare un t.s.o. al di fuori delle ipotesi in cui non sia in rischio l'incolumità di altre persone e nei casi in cui ciò possa calpestare la peculiare dignità di chi vi viene sottoposto⁷⁶.

Alla stessa maniera, le vaccinazioni - e non solo quelle rivolte ai minori di età - diventano trattamenti sanitari obbligatori tutte le volte in cui coinvolgono l'intera cittadinanza, dal momento che «il sistema democratico nel suo complesso è [...] segnato dalla costituzionalizzazione della persona, che non è vicenda da racchiudere nello stretto perimetro dell'individualità, essendo invece l'elemento che fonda e rende possibile "l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del paese", per usare il linguaggio dell'art. 3 della Costituzione»⁷⁷.

Nelle fattispecie latamente indicate e sottoposte all'attenzione vi è una attenuazione dell'autodeterminazione per tutelare e preservare la "vita" come primario valore, secondo la formulazione contenuta nell'art. 2 CEDU, a tenore del quale «Il diritto alla vita di ogni persona è protetto dalla legge», in conformità con i principi dell'ordinamento italo-europeo.

In questa cornice narrativa, il cui implicito riferimento è alla somministrazione vaccinale *anti Covid-19*, appare imprescindibile la riflessione sulla allocazione dei rischi, prevedibili e imprevedibili, connessi al vaccino, con particolare attenzione agli effetti eventuali di natura dannosa che l'inoculazione di un prodotto biologico come il vaccino, composto da elementi virali o batteriologici, sviluppando la c.d. memoria immunologica, può determinare in un corpo sano⁷⁸. Il vaccino - sia quello tradizionale che quello di nuova generazione attraverso l'inserimento con la mRNA nelle cellule del corpo umano del segmento del genoma del virus per stimolare le proteine utili nel meccanismo di difesa dell'organismo - ha la funzione di stimolare il sistema immunitario alla produzione degli anticorpi necessari per contrastare l'infezione in caso di contagio. Il vaccino, pertanto, seppur determini un beneficio di valore inestimabile può far insorgere degli effetti collaterali avversi da imputarsi alle interazioni che sia il virus attenuato o disattivato (nel caso di vaccino tradizionale) sia il virus veicolato con il "messaggero" della proteina *Spike* possono causare con il sistema immunitario⁷⁹.

Con riferimento all'evento avverso, pertanto bisogna effettuare una distinzione tra chi rientra nelle categorie selettive sottoposte all'obbligatorietà vaccinale, per le quali dunque il vaccino è

⁷⁴ Il richiamo è alla l. 31 luglio 2017, n. 119, "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 7 giugno 2017, n. 73, recante disposizioni urgenti in materia di prevenzione vaccinale".

⁷⁵ T.A.R. Trento, (Trentino-Alto Adige), sez. I, 21.11.2018, n. 256, in *Rass. dir. farmaceutico*, 2018, 1348.

⁷⁶ Tra le patologie che attecchiscono nella società attuale vi sono anche quelle che attengono ai disturbi alimentari, dalla bulimia alla anoressia; con riferimento ai pazienti anoressici studi medici hanno dimostrato come queste persone spesso presentino maggiori comorbidità psichiatriche e nei loro riguardi un t.s.o. ha una durata maggiore e spesso la «cura coercitiva si può accompagnare anche a pratiche di contenimento (per evitare l'eccessiva attività fisica o le condotte di eliminazione) o di nutrimento coatto attraverso il sondino naso-gastrico» (F.M. MOSCATI, S. DE MARCO, G. MANDARELLI, S. FERRACUTI, P. FRATI, *Il consenso informato e il trattamento dei disturbi della condotta alimentare*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, fasc. 3, 1281).

⁷⁷ Come ricorda S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 63.

⁷⁸ Al riguardo, per una ampia disamina che coinvolge tutti gli aspetti della questione, che trascendono l'oggetto del presente saggio, si rimanda al contributo di E. RAJNERI, *Il vaccino anti Covid-19. La normativa speciale e il meccanismo di distribuzione dei rischi e dei benefici*, in *Contr. impr.*, 2021, fasc. 2, 490-522. Per una riflessione relativa al periodo pre-pandemia cfr. A. PALMIERI, *In tema di danni da vaccinazioni obbligatorie*, in *Foro it.*, 2018, cc. 748-751; F. GRECO, *Rassegna giurisprudenziale sul danno da vaccinazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, fasc. 5, 1522-1538. In argomento fondamentale è il richiamo agli studi di C. Donisi, in C. Buccelli e C. Casella (a cura di), *Ricerche di Biodiritto*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020, spec. 61-78.

⁷⁹ Per una erudita narrazione, che presenta tutta la sua attualità nell'attuale momento pandemico, F. AIUTI, *Il nostro meraviglioso sistema immunitario. Come conoscerlo e preservarlo*, Guerini e Associati, Milano, 2015.

obbligatorio, rispetto alle persone che hanno deciso di vaccinarsi pur non rientrando nelle predette categorie, per le quali invece il vaccino è solo raccomandato. In caso di danno, anche se questo è stato cagionato in entrambi i casi dalla inoculazione del vaccino si delinea una differenza riguardo al meccanismo di compensazione, poiché in caso di vaccino obbligatorio il bilanciamento del danno sofferto dall'individuo a tutela di un interesse collettivo sarebbe, per ragioni di solidarietà sociale, da ascrivere alla categoria dell'“atto lecito dannoso”⁸⁰. Viceversa, se l'accertamento causale attiene ad un danno correlato ad una somministrazione di un vaccino solo raccomandato ne conseguirebbe un danno ingiusto in senso stretto - che secondo la clausola generale del *neminem laedere* di cui all'art. 2043 c.c. - in quanto inferto senza alcun diritto, *non jure* e *contra jus*, lede direttamente uno specifico diritto; in tal caso la lesione dei diritti fondamentali della persona danneggiata finirebbe con il determinare il trasferimento del danno direttamente in capo al “danneggiato” sul quale incomberà un onere probatorio particolarmente gravoso⁸¹. Soltanto nel primo caso, pertanto, l'evento conseguenza sarà addebitabile come danno, con contestuale ottenimento dell'indennizzo ai sensi della legge 1992 n. 210⁸², laddove sussista un nesso causale tra la somministrazione vaccinale e la produzione del danno «secondo un criterio di ragionevole probabilità scientifica ispirato al principio del “più probabile che non”, da ancorarsi non esclusivamente alla determinazione quantitativo-statistica delle frequenze di classe di eventi (cd. probabilità quantitativa), ma riconducendone il grado di fondatezza all'ambito degli elementi di conferma disponibili nel caso concreto (cd. probabilità logica)»⁸³.

La riconduzione del danno, in caso di obbligo selettivo alla copertura vaccinale - seguendo questo ragionamento -, determina una responsabilità da “atto lecito dannoso”, il cui fatto, seppur lecito, in quanto previsto e consentito da parte dell'ordinamento, determina un danno che, differentemente dalla clausola di ingiustizia, appare legittimato da una determinata disposizione normativa⁸⁴.

3.1. Riflessioni a margine della sentenza del Consiglio di Stato, sez. III, 20 ottobre 2021, n. 7045.

Il principio di autodeterminazione soggettiva, pur preservando la capacità personale del soggetto nelle dinamiche di sua appartenenza, non può sfociare nella realizzazione di una libertà prettamente

⁸⁰ La responsabilità da “atto lecito dannoso” legittima il compimento di un atto, autorizzato dalla legge, che determina un affievolimento dell'interesse individuale, il quale viene sottoposto ad un “sacrificio” sul presupposto che l'atto autorizzato dall'ordinamento (appunto “lecito”, poiché caratterizzato dall'assenza di anti-giuridicità) sia previsto da una norma di legge: la conformità del fatto, l'agire facultato, proprio perché espressione dell'autonomia privata ma non anche alla causazione della conseguenza dannosa, manifesta la c.d. anti-giuridicità del fatto che non determina, perciò, l'estensione dell'autorizzazione (che attiene esclusivamente al compimento del fatto) alla causazione del danno (per es., l'ordinamento consente al nubendo di revocare la proposta qualificata di matrimonio ma non anche a cagionare un evento dannoso).

Per un inquadramento di carattere generale sull'impostazione della teoria si rimanda a: G. TORREGROSSA, *Il problema della responsabilità da atto lecito*, Giuffrè, Milano, 1964; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. 5, *La responsabilità*, Giuffrè, Milano, 1994, spec. 555-558.

⁸¹ La responsabilità aquiliana o extracontrattuale scaturisce dalla violazione di norme di condotta che regolano la vita sociale e che impongono all'autore del fatto illecito l'obbligo di risarcire tutti i danni causati al danneggiato, il quale ha l'onere di provare sia il danno che la colpa di colui che lo ha cagionato; la legge prevede la prescrizione del risarcimento del danno (sia prevedibile che imprevedibile) di regola in cinque anni (art. 2947 c.c.).

⁸² La l. 25 febbraio 1992, n. 210 (in *G.U.*, Serie Generale, del 6 marzo 1992, n. 55), riconosce un “*Indennizzo a favore dei soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazione di emoderivati*” infetti.

In argomento, per ulteriori spunti di riflessione sulla l. n. 210/1992 e le successive modifiche, si rimanda ai seguenti contributi: G. PONZANELLI - A. BUSATO, *Un nuovo intervento di sicurezza sociale: la legge n. 210 del 1992*, in *Corr. giur.*, 1992, 952 ss.; P. PERLINGIERI, *La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, fasc. 4, 1061-1087.

⁸³ Così Cass. civ., sez. lav., 3.02.2021, n. 2474, in *Giust. civ. Mass.*, 2021, conforme a giurisprudenza maggioritaria che valuta il nesso causale secondo un criterio di ragionevole probabilità scientifica (cfr. Cass. civ., sez. lav., 11.09.2018, n. 22078, in *Rass. dir. farm.*, 2019, 32; Cass. civ., sez. VI, 24.10.2017, n. 25119, in *Giust. civ. Mass.*, 2018).

⁸⁴ Si tratta, pertanto, di atti che si caratterizzano da una presunzione legale di ingiustizia che, nel caso in cui determina una conseguenza dannosa, deve essere equamente bilanciata.

egoistica dell'individuo⁸⁵, manifestativa di un diritto c.d. tiranno, ma si autoalimenta dal bilanciamento con le posizioni giuridiche e i diritti che possono essere ad esso correlate e che, secondo il principio di ragionevolezza, possono apparire nel rispettivo bilanciamento⁸⁶ manifestative di più significativi interessi rispetto a quello di appannaggio meramente individuale, come quello appartenente alla salute collettiva, soprattutto in considerazione di quanto asserito dall'Organizzazione Mondiale della Sanità⁸⁷ con riferimento all'epidemia da *Covid-19*, valutata come "pandemia" in considerazione dei livelli di diffusività e gravità raggiunti a livello globale, con le evidenti ripercussioni soprattutto in tema di circolazione⁸⁸.

Da una lettura assiologica degli artt. 32 e 2 Cost. si evince una correlazione tra diritto e dovere alla salute, una riduzione ad unità delle astrattamente confliggenti posizioni, nella prospettiva della salute non soltanto come stato di assenza di malattia ma tendenzialmente come condizione ottimale per la realizzazione del benessere della persona, la cui libertà non è esercizio di un cieco potere individuale ma è un concetto relazionale in cui la persona dimostra di essere sensibile al destino del prossimo, accogliendo volontariamente un intervento sanitario funzionale alla tutela della salute collettiva. In tale direzione, autorevole dottrina evidenzia che «nel nostro ordinamento vigente la persona umana [...] non costituisce un'isolata monade chiusa alle esigenze del bene altrui: verso questo è in collegamento in spirito di solidarietà: così tanto il gesto di generosità di autorizzare del prelievo del sangue, quanto la collaborazione richiesta per il trattamento sanitario obbligatorio, realizzati nel rispetto della dignità della persona, testimoniano il superamento dell'istanza meramente volontaristica e di concezioni del diritto alla personalità inteso come diritto sul proprio corpo quasi di contenuto proprietario»⁸⁹.

La relazione tra "diritto" e "dovere" alla salute, nel predominio del "dovere globale" considerato come sommatoria dei "diritti individuali" di ciascuno, viene affrontata ed efficacemente delineata da una recente sentenza del Consiglio di Stato⁹⁰, la quale nel bilanciamento tra l'autodeterminazione

⁸⁵ Cfr. P. PERLINGIERI, *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, cit., laddove l'A. osserva «Autonomia non è arbitrio, né l'atto di autonomia in un ordinamento sociale può esimersi dal realizzare un valore positivo. Se all'apice della gerarchia dei valori v'è la persona umana l'atto che la riguarda deve pur sempre obiettivamente tendere a realizzarla nella libertà ma anche nel rispetto del suo stesso valore» (127).

La dottrina si interroga sull'esistenza di «una soglia oltre la quale i diritti fondamentali incidono in maniera distruttiva sul nucleo stesso della democrazia [chiedendosi] Qual è la soglia di sopportabilità per una democrazia di una quota crescente di diritti fondamentali [...]?» (S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 55). A tal proposito Rodotà (cit., 57) ricorda (richiamando M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2006, 1668) che «[o]ccorre rifuggire [...] i rischi di un *costituzionalismo irenico* che si limiti a celebrare i trionfi dei diritti fondamentali grazie alla giurisdizione [...] e tornare a un *costituzionalismo polemico* che si misuri con il potere».

⁸⁶ L'importanza di questo processo comparativo nella prospettiva assiologica costituisce oggetto primario di indagine da parte della dottrina. Sul punto A. RUGGERI, *Dignità versus vita?*, cit., spec. 7 ove si legge che «fermo l'attributo della "fondamentalità" proprio di tutti i principi [...], resta il fatto che la dignità per un verso, la vita per un altro, presentano l'attributo stesso in una peculiare, irripetibile forma». D'altronde la mutevolezza dei valori - cangianti in relazione al contesto storico, culturale e geografico - non compromette il ruolo sovraordinato della dignità, giacché «la storicità dei valori non esclude che la dignità dell'uomo debba essere considerata un valore assoluto» (P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*⁴, vol. I, *Metodi e tecniche*, Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 2020, 19).

⁸⁷ Dichiarazione dell'11 marzo 2020.

⁸⁸ Sulla legittimità di tali limitazioni cfr. Tribunale I grado UE, 29/10/2021, n. 527, per il quale «Il certificato Covid digitale Ue non rappresenta una violazione del diritto alla libertà di circolazione» (in *Guida dir.*, 2021, 44).

⁸⁹ Così, chiaramente, P. PERLINGIERI, *La persona e i suoi diritti*, cit., 127. L'A. con lungimiranza aveva già, in epoca non sospetta, evidenziato come una persona protagonista dei valori costituzionali non conduce lo Stato ad un intervento coattivo ma è incline ad una «gestione corretta e partecipata della salute» (129). Cfr. S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 65-66, ove l'A. evidenzia come il cambiamento di paradigma della democrazia «ha portato con sé non la prepotenza dei diritti fondamentali, quanto piuttosto la costruzione di una democrazia sempre più profondamente innervata dai diritti individuali e collettivi. Di questi deve essere sottolineata la storicità, non tanto per sottrarli a suggestioni giusnaturalistiche o per confinarli nel mondo del relativo, ma perché sono appunto il prodotto della storia e della politica, configurano un regime politico e un ordinamento istituzionale, si presentano come pietra di paragone e criterio di legittimità di un sistema».

⁹⁰ Cons. Stato, sez. III, sentenza 20.10.2021, n. 7045, in *Dir. & Giust.* 2021, 21 ottobre.

individuale⁹¹ e la tutela della salute pubblica da una parte pone in rilievo come, in questa fase di emergenza contro il virus Sars-CoV-2, non si possa prevedere «legittimo spazio e cittadinanza né diritto di cittadinanza [...] per la c.d. esitazione vaccinale»⁹²; d'altra parte, inoltre, evidenza di accogliere una specifica concezione del concetto di «salute» in termini di interesse della collettività, anzitutto, secondo una declinazione solidaristica⁹³ che non legittima una visione “onnivora” dell'autodeterminazione⁹⁴, in conformità con il secondo periodo del secondo comma dell'art. 32 Cost.⁹⁵, che attraverso la previsione di chiusura «illumina il senso del complesso, e complessivo, equilibrio sul quale poggia la salute, quale situazione giuridica soggettiva “ancipite”, bifronte, diritto fondamentale del singolo e, insieme, interesse della collettività»⁹⁶.

A giustificazione di tale scelta il Consiglio di Stato richiama il fondamentale valore-dovere di solidarietà, principio cardine dell'ordinamento costituzionale che, unitamente agli obblighi di reciproca assistenza e protezione, per sé e per gli altri, «legano ciascun individuo all'altro indissolubilmente, in una “social catena” e in quel “patto di solidarietà” tra individuo e collettività che, secondo la stessa Corte costituzionale, sta alla base di ogni vaccinazione, obbligatoria o raccomandata che sia ([Corte cost., 23 giugno 2020, n. 118](#))»⁹⁷. In questi termini, in cui la concatenazione di “diritti e doveri” tutela gli altri nella condizione in cui ognuno faccia la propria parte nella protezione della salute collettiva, in una visione espressiva sia di una rivendicazione dei

⁹¹ Il Consiglio di Stato sottolinea come il principio di autodeterminazione non possa arroccarsi in logiche che attribuiscono carattere prevalente ad un diritto senza l'opportuno bilanciamento con le altre situazioni giuridiche soggettive rilevanti. Espressamente la sentenza n. 7045/2021, al § 42.9 (cit.) enuncia che «La logica dei cc.dd. diritti tiranni e, cioè, di diritti che non entrano nel doveroso bilanciamento con eguali diritti, spettanti ad altri, o con diritti diversi, pure tutelati dalla Costituzione, e pretendono di essere soddisfatti sempre e comunque, senza alcun limite, è del resto estranea ad un ordinamento democratico».

⁹² in *Guida dir.*, 2021, 42. Alla luce del ragionamento il Consiglio di Stato (§ 34.3) sottolinea come «La c.d. esitazione vaccinale ha un'origine multifattoriale, comprende i più vari atteggiamenti ideologici, culturali, religiosi, filosofici, ma non di rado è il frutto, da un lato, di una irrazionale sfiducia nei confronti della scienza e, più in generale, dei “tecnici”, portatori di un sapere specialistico, avvertiti come titolari di un potere ritenuto inaccessibile e, in quanto tale, elitario ed antidemocratico (“nam et ipsa scientia potestas est”, “sapere è potere”, secondo l'antica massima baconiana), con il rifiuto di un sapere-potere “costituito” e la ricerca di conoscenze altre, alternative, nascoste ai più, e, dall'altro, anche il portato di una visione icasticamente definita “onnivora” dell'autodeterminazione, assoluta e solipistica, insopportabile di vincoli ed obblighi che contemplino la visione più vasta dell'intero ordinamento e degli altri individui, secondo, invece, una fondamentale e doverosa declinazione solidaristica». Si sofferma sulla importanza della decisione in merito alla trattazione della questione A. RUGGERI, *Covid-19 e obbligo vaccinale, dal punto di vista della teoria della Costituzione*, in *Nuove Autonomie*, n. I-Speciale/2022, spec. 12-17, al quale si rimanda per gli opportuni approfondimenti.

⁹³ Nell'affermare ciò il giudice di secondo grado richiama la giurisprudenza costituzionale precisando «che la legge impositiva di un trattamento sanitario non è incompatibile con l'art. 32 Cost.» (Cons. Stato, sez. III, sentenza 20.10.2021, n. 7045, § 32.4).

⁹⁴ Cfr. § 34.3, Cons. Stato, sez. III, sentenza 20.10.2021, n. 7045.

⁹⁵ Con riferimento alla salute, intesa sia come libertà negativa (alla luce della imposizione di un trattamento sanitario obbligatorio, coattivo) che come libertà positiva (in stretta relazione alla libertà di curarsi e alla rilevanza del consenso informato), si rimanda al contributo di M. CARTABIA, *La giurisprudenza costituzionale relativa all'art. 32, secondo comma, della Costituzione italiana*, in *Quad. cost.*, 2012, fasc. 2, 455-465. Dalla disamina della libertà discendono diversi corollari, nonché il convincimento «che dalla legge fondamentale della Repubblica discendono vincoli dalla varia natura e intensità: di *non facere*, come pure di *facere*. [...] È però da chiedersi se un obbligo di *facere* in parola possa darsi anche in mancanza di una espressa previsione nella Carta. [Sul punto erge la questione del] carattere facoltativo della disciplina riguardante la vaccinazione [che] è da molti fatto discendere dalla formulazione letterale dell'art. 32 della Carta a riguardo dei trattamenti sanitari obbligatori, imponibili unicamente in presenza di legge che espressamente li preveda, la cui adozione è appunto considerata il frutto di una valutazione discrezionale o, diciamo pure, politica delle assemblee elettive» (A. RUGGERI, *Covid-19 e obbligo vaccinale*, cit., 4). L'A., tuttavia, pone in rilievo come alla base vi sia «un difetto di prospettiva nell'inquadramento della questione, ritenendosi assiomaticamente essere *sempre* nella piena disponibilità del legislatore la decisione in parola. [...] Giacchè] possono darsi (ed effettivamente si danno) congiunture al ricorrere delle quali l'obbligo vaccinale *deve* essere imposto, persino con carattere generale (eccezione fatta, ovviamente, per i soli soggetti per i quali esso non può valere, in specie per ragioni di età o di salute). [...] M]isconoscerlo equivale, infatti, in buona sostanza, a privare di parte della sua forza prescrittiva la Costituzione nel suo rapporto con la legge e, perciò, a ribaltare l'ordine naturale della loro disposizione nel sistema» (cit., 4-5).

⁹⁶ Cons. Stato, sez. III, sentenza 20.10.2021, n. 7045, §34.5.

⁹⁷ Cons. Stato, sez. III, sentenza 20.10.2021, n. 7045, §43.

diritti sia di un senso profondo di appartenenza all'umanità intera, in una endiadi di unità e solidarietà⁹⁸ e giammai libertà egoistica astrattamente lesiva dell'altrui interesse. Pertanto l'obbligo selettivo non è espressione di un accanimento terapeutico ma realizzazione di quel sottile equilibrio tra "diritto" e "dovere", nella consapevolezza che le due situazioni soggettive sorgono contemporaneamente nella costituzione di un determinato rapporto giuridico⁹⁹ inteso «come ordinamento del caso concreto»¹⁰⁰, senza alcuna precedenza logica del "diritto" o del "dovere", poiché la dignità rappresenta la riduzione ad unità di queste posizioni, la convergenza della loro assiologia nella meritevolezza dei valori costituzionali. Del resto il fondamento giustificativo della situazione giuridica soggettiva è l'interesse, il quale, tra l'altro, può essere tanto "generale" quanto "particolare", e tutte le volte in cui si genera una collisione con l'interesse della collettività si rende necessario il suo superamento attraverso un bilanciamento volto a raggiungere la «conservazione dell'equilibrio assiologico»¹⁰¹.

Queste interpretazioni si collocano a fondamento della prospettiva dapprima accolta dal Consiglio di Stato di un obbligo vaccinale selettivo per gli operatori sanitari¹⁰², giacché l'interesse della collettività prevale sul diritto al lavoro. Il carattere obbligatorio della vaccinazione, infatti, non si fonda solamente sulla relazione di cura e fiducia che lega gli operatori sanitari ai pazienti, bensì scaturisce da un più generale dovere di solidarietà imposto a tutti i cittadini verso gli individui più fragili, ovvero coloro che rischiano di morire a causa del virus Covid-19. «E ciò non perché, come afferma chi enfatizza e assolutizza l'affermazione di un giusto valore concepito però come astratto bene, la persona receda a mezzo rispetto ad un fine o, peggio, ad oggetto di sperimentazione, in contrasto con il fondamentale principio personalista, a fondamento della nostra Costituzione, che vede nella persona sempre un fine e un valore in sé, quale soggetto e giammai oggetto di cura, ma perché si tutelano in questo modo tutti e ciascuno, anzitutto e soprattutto le più vulnerabili ed esposte al rischio di malattia grave e di morte, da un concreto male, nella sua spaventosa e collettiva dinamica di contagio diffuso e letale, in nome dell'altrettanto fondamentale principio di solidarietà, che pure

⁹⁸ Il riferimento è al pensiero di G. MAZZINI, *Doveri dell'uomo*, Vallecchi Editore, Londra 1860. L'A., nella concezione che «scopo della vita è il *ben essere*» (cit., 7), sottolinea come la parola che racchiude la questione vitale è "l'educazione" di operare conformemente affinché si possano conciliare diritti contrapposti.

⁹⁹ Cfr., C.M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. 6, *La proprietà*, Giuffrè, Milano, 1999, 10: «Il rapporto giuridico può essere definito come la *sintesi di situazioni soggettive correlative*».

¹⁰⁰ In tali termini, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*⁴, vol. I, *Metodi e tecniche*, Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 2020, 274, ove l'A. nell'evidenziare la funzione del rapporto giuridico osserva che il «rapporto si configura [...] non soltanto come relazione tra situazioni soggettive, ma – come il regolamento, come disciplina di opposti o collegati centri di interessi, al fine di ridurli ad unità. Il rapporto, quale regolamento delle situazioni soggettive nella loro sintesi, è l'ordinamento del caso concreto».

¹⁰¹ P. FEMIA, *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1996, 143.

¹⁰² «La vaccinazione obbligatoria selettiva introdotta dall'art. 4 del d.l. n. 44 del 2021 per il personale medico e, più in generale, di interesse sanitario risponde ad una chiara finalità di tutela non solo – e anzitutto – di questo personale sui luoghi di lavoro e, dunque, a beneficio della persona, secondo il già richiamato principio personalista, ma a tutela degli stessi pazienti e degli utenti della sanità, pubblica e privata, secondo il pure richiamato principio di solidarietà, che anima anch'esso la Costituzione, e più in particolare delle categorie più fragili e dei soggetti più vulnerabili» (Cons. Stato, sez. III, sentenza 20.10.2021, n. 7045, § 31.1).

In merito alla prescrizione dell'obbligo vaccinale anti-Covid si rimanda a: R. ROMBOLI, *Obbligo di vaccinazione anti Covid e principi costituzionali: a proposito del d.l. n. 44/2021*, in *Quad. cost.*, 2021, fasc. 3, 673-676; P. VERONESI, *L'obbligo vaccinale anti-Covid per chi opera nella sanità: le ragioni costituzionali di una (legittima) scelta legislativa (come quella del green pass)*, in *Studium Iuris*, 2021, fasc. 11, 1309-1320. Si evidenzia come l'art. 4 d.l. n. 44/2021 «delinei, senza alcun dubbio, un trattamento sanitario obbligatorio (TSO) circoscritto a chi svolge talune attività nel campo della salute» (P. VERONESI, *L'obbligo vaccinale anti-Covid*, cit., 1311). Vi è sul punto, altresì, in dottrina chi pone alla memoria dell'interprete il problema dei "diritti senza soggetto" e dei "soggetti senza diritto", secondo le riflessioni di Orestano e Windscheid, contestualizzandolo al problema della negazione del diritto soggettivo alla cura e alla salute durante la pandemia da Covid-19 «nel corso della quale abbiamo assistito impotenti al verificarsi di situazioni in cui ricorrevano diritti senza soggetto e soggetti senza diritto»: E. GABRIELLI, *"Diritti senza soggetto" e "soggetti senza diritto" nell'epoca della pandemia da Coronavirus*, in *Giur. it.*, 2020, 2288.

sta a fondamento della nostra Costituzione (art. 2), la quale riconosce libertà, ma nel contempo richiede responsabilità all'individuo»¹⁰³.

Pertanto, alla luce del principio di ragionevolezza e ai canoni dell'indagine fin qui condotta, è condivisibile l'assunto portato avanti dal Consiglio di Stato secondo cui spetta «al decisore pubblico, nell'esercizio del c.d. biopotere, fissare le regole e i limiti entro i quali l'esercizio dell'autodeterminazione da parte di ciascuno, senza divenire un diritto tiranno e indifferente alle sorti dell'altro, si possa accordare con la tutela della salute degli altri secondo una legge universale di libertà, ma questo delicato bilanciamento, per tutte le ragioni sin qui viste, non ha varcato nel caso di specie, ad avviso di questo Consiglio, i limiti della ragionevolezza, della proporzionalità e dell'eguaglianza, sicché ogni dubbio al riguardo è e deve ritenersi manifestamente infondato anche in rapporto ai valori protetti dall'art. 2 Cost.»¹⁰⁴. Tale bilanciamento determina, altresì, che gli Stati possano imporre ai genitori la vaccinazione dei loro figli, contro il coronavirus, non integrando così alcuna violazione della CEDU, dal momento che «[l]'ingerenza nelle scelte legate alla salute è compatibile con la Convenzione in ragione del bisogno sociale imperativo da proteggere»¹⁰⁵, a garanzia della conservazione degli affetti e della esplicazione dello *status* del minore.

Quanto sin qui commentato, prendendo spunto dalle riflessioni della decisione del Consiglio di Stato in una prospettiva molto più ampia di quella che coinvolge le mere categorie sanitarie, porta alla riflessione che il necessario contemperamento tra le esigenze del singolo e della collettività, alla luce della riserva di legge relativa rinforzata *ex art.* 32, comma 2, Cost., si traduce nella necessità che un t.s.o. possa essere intimato al singolo in presenza di un concreto ed effettivo interesse generale meritevole «di prioritaria tutela rispetto a quella della salvaguardia dell'autodeterminazione dell'individuo»¹⁰⁶; per le medesime ragioni il provvedimento che dispone il t.s.o., «siccome annoverabile tra quelli restrittivi della libertà personale, ha carattere decisorio ed incide sui diritti soggettivi dell'interessato»¹⁰⁷ condizionando l'operatività dei diritti fondamentali del singolo la cui limitazione, una volta appurata la condizionalità del danno procurato, oltre la normale tollerabilità dalle conseguenze di un t.s.o. determina un equo indennizzo volto a ripagare il sacrificio subito per un beneficio atteso dall'intera collettività.

In tale prospettiva, pertanto, il principio di solidarietà da valore ordinamentale diventa strumento interpretativo per riequilibrare il piano assiologico diviso da confliggenti posizioni che solo attraverso una ermeneutica più sofisticata può essere risolto, individuando alla luce del pensiero sistematico la soluzione più congrua basata sull'equità. Difatti, come è stato efficacemente rilevato, «la forza retorica del richiamo alla solidarietà [...] può condurre a relegare a un ruolo del tutto secondario, quando non a soffocare, la dialettica basata sugli strumenti interpretativi tradizionali, anziché, come dovrebbe essere, a promuoverne l'adeguamento e il perfezionamento»¹⁰⁸.

¹⁰³ Cons. Stato, sez. III, sentenza 20.10.2021, n. 7045, §30.8.

¹⁰⁴ Cons. Stato, sez. III, sentenza 20.10.2021, n. 7045, §43.1.

¹⁰⁵ Corte europea diritti dell'uomo, sez. Grande chambre, 8/04/2021, n. 47621, in *Guida dir.*, 2021, 17.

¹⁰⁶ Come osservato da A. RUGGERI, *Covid-19 e obbligo vaccinale*, cit., 8. L'autorevole dottrina in merito puntualizza come l'introduzione dell'obbligo vaccinale, che consente di «“bilanciare” il noto con l'ignoto» (cit., 10) si presenti «a “rime...obbligatissime” dalla Costituzione» (cit., 8); giacché, senza confondere il piano della sanzione con quello della prescrizione, in «difetto delle classiche “rime obbligate” di crisafulliana memoria, la Corte infatti considerava esserle preclusa la riscrittura dei testi stessi, segnatamente nel verso della addizione di norme in essi indebitamente mancanti. Ormai, [...] si è assistito all'avvento delle “rime possibili” o dei “versi sciolti”, anche in casi dunque nei quali la nuova disciplina si pone quale il frutto di discrezionale produzione da parte della Consulta» (cit., 6).

¹⁰⁷ Cass. civ., sez. III, 29.02.2016, n. 3900, in *DeJure*. Che si tratti di diritti soggettivi pieni la giurisprudenza è unanime, *ex multis*, T.A.R. Puglia, sez. II, Lecce, 02.03.2020, n. 284 (in *Foro amm.*, 2020, fasc. 3, 533): «Rientra nella giurisdizione del giudice ordinario la controversia avente ad oggetto l'assoggettamento coattivo a trattamento sanitario e degenza ospedaliera disposto dal Sindaco, impingendo situazioni giuridiche qualificabili come diritti soggettivi pieni e non riconducibili all'interesse legittimo».

¹⁰⁸ E. LUCCHINI GUASTALLA, *Quale ruolo per la solidarietà*, cit., 554. Facendo attenzione, come rileva l'A., a non cadere nel versante opposto, qualora «si faccia leva sulla solidarietà per la creazione di regole in diretto antagonismo con il diritto legale» (cit., 553), senza trascurare «il rischio che le regole introdotte *ex novo* attraverso il veicolo della solidarietà, proprio perché inedite, portino con sé gravi profili di iniquità che non si potranno scorgere se non a seguito di un'esperienza applicativa consistente, inevitabilmente costellata da costosi *faux pas*» (cit., 553-554).

A completamento di quanto descritto si richiamano gli interventi del Governo successivi alla pronuncia in commento¹⁰⁹, con i quali è stato esteso l'obbligo vaccinale sia a quei settori particolarmente esposti, quali quello universitario (al pari di quello scolastico, senza limiti di età), sia per tutti coloro che hanno compiuto i 50 anni di età¹¹⁰, in quest'ultimo caso per garantire la tutela delle categorie più a rischio di ospedalizzazione; il decreto legge n. 1/2022 ha, altresì, esteso l'obbligo di *green pass* rafforzato¹¹¹ a quasi tutti i servizi, fatta eccezione per le attività funzionali al soddisfacimento delle esigenze primarie della persona, senza ledere il diritto alla riservatezza sanitaria di coloro che hanno effettuato una scelta contraria¹¹². Raggiungere l'immunizzazione, sebbene non attraverso un processo di normalizzazione delle logiche obbligatorie, significa arginare la vulnerabilità con una logica di guarentigia delle forme di solidarietà sociale. Siffatte forme sono facilmente raggiungibili laddove sussistano logiche di partecipazione attiva alla realizzazione della salute collettiva, giacché la solidarietà si manifesta da parte di tutti o della maggioranza con l'assunzione responsabile, libera e consapevole, di comportamenti di aiuto reciproco. In presenza, invece, di una ostinata esitazione vaccinale l'ordinamento nel bilanciamento dei reciproci interessi riduce ad unità le opposte posizioni soggettive, ascrivendo in capo al soggetto l'adozione di un comportamento "vincolato" teleologicamente al soddisfacimento di un interesse sia individuale che collettivo. In realtà l'assunzione di tale comportamento, lungi dal rappresentare un "obbligo" giuridico in senso stretto, riveste - in una dimensione incline alla costruzione di una democrazia come sintesi di diritti individuali e collettivi - una duplice finalità, per un verso ascrivibile al

¹⁰⁹ Il riferimento è al decreto l. 7 gennaio 2022, n. 1, *Misure per fronteggiare l'emergenza COVID-19, in particolare nei luoghi di lavoro, nelle scuole e negli istituti della formazione superiore*.

Per un approfondimento dottrinale sui profili privatistici imposti all'interprete dalla crisi pandemica da coronavirus (il contratto; la famiglia; la responsabilità sanitaria; la tutela del dato personale) si rinvia al volume collettaneo AA. VV., *I rapporti giuridici al tempo del Covid-19*, C. Cicero (a cura di), cit. Cfr., altresì, G. DI ROSA, *Diritto alle cure e allocazione delle risorse nell'emergenza pandemica*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, suppl. fasc. 3, 5-10; V. CUFFARO - R. D'ORAZIO, *La protezione dei dati personali ai tempi dell'epidemia*, in *Corr. giur.*, 2020, fasc. 6, 729-739; E. AL MUREDEN, *La tutela dei legami affettivi tra esigenze sanitarie e pluralità dei modelli familiari*, in *Giur. it.*, 2020, 2296-2302; G. PONZANELLI, *La responsabilità civile al tempo del Covid-19*, in *Danno resp.*, 2020, fasc. 4, 425-427; M. FRANZONI, *La responsabilità sanitaria ai tempi della pandemia*, in *Jus*, 2021, fasc. 1, 91-100, e ID., *La responsabilità del medico e della struttura ai tempi del coronavirus*, in *Giur. it.*, 2020, 2332-2337; E. TUCCARI, *La pandemia da Covid-19 e la revisione del canone nei contratti di locazione ad uso commerciale e di affitto di ramo d'azienda fra (poche) luci e (molte) ombre*, in *Riv. dir. ban.*, 2021, fasc. 1, 99-137; C. MAGLI, *Emergenza sanitaria, obbligo di rinegoziazione e buona fede integrativa*, in *Corr. giur.*, 2021, fasc. 6, 807-820.

¹¹⁰ Per coloro che rientrano all'interno delle categorie destinatarie dell'obbligo vaccinale selettivo il sistema informatico consente una modalità semplificata di verifica dell'avvenuta vaccinazione incrociando i dati con quelli della piattaforma nazionale afferente al Ministero della salute.

¹¹¹ Per una disamina a favore della proporzionalità dell'esibizione del *green pass*, con particolare riferimento al personale scolastico, nonostante la particolare incisività sul diritto al lavoro, si esprime A. SANDULLI, *Sulla legittimità dell'obbligo di green pass per il personale scolastico*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, fasc. 6, 795-800, nel commentare le decisioni del T.A.R. Lazio, sez. III bis, 2 settembre 2021, nn. 4531 e 4532 e T.A.R. Lazio, sez. III bis, 8 ottobre 2021, n. 8539 (in *Giorn. dir. amm.*, 2021, fasc. 6, 795), a parer delle quali il depotenziamento del *green pass*, che mira a preservare la salute pubblica, potrebbe avere conseguenze non prevedibili sul piano della salvaguardia della salute. Per una prospettiva critica cfr., G. ZAMPINI, *L'obbligo di vaccinazione anti Sars-Cov-2 tra evidenze scientifiche e stato di diritto*, in *Lav. giur.*, 2021, fasc. 3, 221-234, secondo cui la mancanza di una legge *ad hoc*, in una dimensione in cui «la coercizione [appare] sganciata dai lacci e laccioli delle garanzie formali e procedurali [non possa essere un] precedente molto pericoloso, foriero di sviluppi nefasti [per cui occorre chiedersi se] *necessitas non habet legem?*» (cit., 234). Cfr., altresì: A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in *Consulta online*, 2020, fasc. 1, 210-223; A. MORELLI, *I rapporti tra i livelli di governo alla prova dell'emergenza sanitaria*, in *Quad. cost.*, 2020, fasc. 4, 747-760.

¹¹² In argomento Cons. Stato, sez. III, 19.09.2021, n. 5130, in *Diritto & Giustizia* 2021, 20 settembre: «I soggetti contrari alla somministrazione del vaccino, nel pieno esercizio dei loro diritti di libera autodeterminazione, non subiscono lesioni del diritto alla riservatezza sanitaria in ordine alla scelta compiuta, dal momento che l'attuale sistema di verifica del possesso della certificazione verde non sembra rendere conoscibili ai terzi il concreto presupposto dell'ottenuta certificazione (vaccinazione o attestazione della negatività al virus)».

soddisfacimento dell'interesse altrui ma per altro verso finalizzata - alla stregua di un onere¹¹³ - a preservare il diritto alla salute della persona sottoposta all'obbligo di vaccinazione, giacché il comportamento doveroso è satisfattivo *in primis* anche di un interesse proprio.

Le considerazioni svolte consentono di chiarire come i diritti, lungi dall'apparire espressione di egoistica individualità, diventino nella dimensione del "dover essere" strumenti attuativi dei principi fondamentali a tutela della persona e della sua dignità.

¹¹³ Per una analisi dell'onere secondo la prospettiva dell'indagine svolta, cfr. G. GAVAZZI, *L'onere. Tra libertà e l'obbligo*, Giappichelli, Torino, 1970.

Francesco Torre

L'assegno per il nucleo familiare sfugge dalla morsa della doppia pregiudizialità: occasione mancata o balzo in avanti per il dialogo tra Roma e Lussemburgo? (prime riflessioni a margine della sent. n. [67/2022](#))*

ABSTRACT: *The paper analyses the recent [Constitutional Court, ruling no. 67 of 11 march 2022, concerning the recognition of family benefits \(ANF\) for non-EU citizens. However, in this judgment, the Court did not effectively declare directly the unconstitutionality of the Italian rules on the ANF. Instead, it mandated the Court of Cassation with the task of disappling those rules. The present work also seeks to offer a broader view of the connections between Judgment no. 67 and Judgment no. 54/2022 all of which appear to be linked by a common thread.](#)*

SOMMARIO: 1. Il caso. – 2. Tra spinte centripete e contropunte centrifughe: il tiro alla fune con la Corte di Cassazione sulla Carta di Nizza. – 3. La corsa al rinvio pregiudiziale dopo *Taricco*. – 4. La parità di trattamento tra (norma di) principio e diretta applicabilità. – 5. La progressiva scomparsa della Carta (non c'è, ma si vede!) ovvero l'altalenante utilizzo del meccanismo della “connessione” tra norme di diritto derivato e Carta dei diritti UE nelle [sentt. nn. 54 e 67 del 2022](#). – 6. Disapplicazione o fuga dalla disapplicazione? Due opposte tendenze nel cammino della *jurisprudence des petits pas*.

1. *Il caso.*

La Corte costituzionale è recentemente intervenuta¹ in tema di assegno per il nucleo familiare (in prosieguo: l'«ANF»)² nei confronti dei cittadini non europei – soggiornanti di lungo periodo o con permesso unico di lavoro – riconoscendo, indirettamente³, agli stessi tale beneficio, anche nel caso in cui alcuni componenti della loro famiglia non risiedano nel territorio della Repubblica.

La pronuncia in commento trae origine da due ordinanze “gemelle” della Corte di Cassazione, Sez. Lavoro⁴, con le quali gli ermellini sollevavano dinanzi alla Consulta questioni di legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 6-*bis*, d.l. 13 marzo 1988, n. 69, conv. nella l. 13 maggio 1988, n. 153, prospettando la violazione degli artt. 11 e 117, comma 1, Cost. in relazione alle direttive nn. 2003/109/CE⁵ e 2011/98/UE⁶. La norma in parola – secondo la quale non fanno parte del nucleo familiare «il coniuge ed i figli ed equiparati di cittadino straniero che non abbiano la residenza nel territorio della Repubblica [...]»⁷ – cristallizza una differenza di trattamento tra lo straniero ed il cittadino italiano, nei confronti del quale queste preclusioni non sono previste; tale disposizione si pone in aperto contrasto con le direttive *de quibus*, le quali prescrivono che lo straniero residente in



¹ [Sentenza n. 67 del 2022 della Corte costituzionale](#).

² L'ANF è una prestazione economica erogata dall'INPS ai nuclei familiari di alcune categorie di lavoratori, pensionati o beneficiari di prestazioni previdenziali caratterizzata da una natura mista, tanto previdenziale, quanto assistenziale.

³ La Consulta, difatti, perviene a tale risultato mediante una sentenza di inammissibilità per difetto di rilevanza della questione di legittimità costituzionale (punti 10 e 15 del *cons. in dir.*) come meglio si vedrà *infra* al par. 4.

⁴ Ordinanze dell'8 aprile 2021 iscritte ai nn. 110 e 111 reg. ordd. 2021 (*G.U.* n. 33/2021, 1a serie spec.).

⁵ In particolare, l'ord. n. 110/2021 riteneva che la normativa italiana violasse gli artt. 2, par. 1, lett. a), b), c), e 11, par. 1, lett. d), della direttiva n. [2003/109/CE](#) del Consiglio, del 25 novembre 2003, relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo.

⁶ L'ord. n. 111/2021 riteneva, invece, essere violati gli artt. 3, par. 1, lett. b), e c), e 12, par. 1, lett. e), della direttiva [2011/98/UE](#) del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, relativa ad una procedura unica di domanda per il rilascio di un permesso unico che consente ai cittadini di paesi terzi di soggiornare e lavorare nel territorio di uno Stato membro e a un insieme comune di diritti per i lavoratori di paesi terzi che soggiornano regolarmente in uno Stato membro.

⁷ ... «salvo che dallo Stato di cui lo straniero è cittadino sia riservato un trattamento di reciprocità nei confronti dei cittadini italiani ovvero sia stata stipulata convenzione internazionale in materia di trattamenti di famiglia».

uno Stato membro, soggiornante di lungo periodo o con permesso unico di lavoro, deve beneficiare dello stesso trattamento riservato ai cittadini nazionali.

La vicenda sorge a seguito del diniego da parte dell'INPS di versare l'ANF in favore di due lavoratori extracomunitari residenti in Italia – l'uno pakistano, soggiornante di lungo periodo, l'altro cingalese, titolare di un permesso unico di lavoro – in relazione ai periodi in cui i familiari non avevano soggiornato nel territorio della Repubblica. Esperite vittoriosamente le rispettive azioni – dinnanzi ai Tribunali ed alle Corti di Appello di Brescia, nel primo caso, e di Torino, nel secondo – i due cittadini stranieri si vedevano costretti a resistere in Cassazione, presso cui l'ente previdenziale ricorreva per la riforma delle relative sentenze di merito. I giudici di primo e secondo grado avevano, invero, riconosciuto il diritto all'ANF attraverso la disapplicazione⁸ della normativa interna in contrasto con il principio di parità di trattamento tra lavoratori nazionali ed extracomunitari, imposto dalla disciplina eurounitaria⁹.

Dubitando circa «l'effettiva portata della norma europea»¹⁰, il giudice della legittimità sollevava contestualmente due distinti rinvii pregiudiziali¹¹ davanti la Corte di giustizia, la quale aveva “gioco facile” nell'accertare¹² che il diritto dell'Unione «osta»¹³ alla normativa italiana in parola. Il giudice di Lussemburgo, infatti, si limitava a richiamare principi pacifici della sua pregressa giurisprudenza¹⁴.

Rilevato il contrasto in essere, la Suprema Corte, inspiegabilmente¹⁵, non provvedeva essa stessa a dare attuazione al diritto eurounitario, ritenendo che le direttive in questione non fossero dotate di

⁸ ... o meglio la «non applicazione». Come sostenuto da attenta dottrina «la diretta applicazione della norma europea sembra essere un'operazione *conseguente* al crearsi di un vuoto normativo»: così A. AMATO, *Giudice comune europeo e applicazione diretta della Carta dei Diritti fondamentali dell'UE: Corte di giustizia e Corte costituzionale a confronto*, in *Giur. Cost.*, 1/2020, 446.

⁹ Secondo un indirizzo «praticamente unanime» della giurisprudenza di merito, come evidenzia E. TARQUINI, *La doppia pregiudizialità alla prova dell'effettività della tutela: riflessioni di una giudice di merito a margine del caso ANF*, in *Questione Giustizia*, 21 dicembre 2021, 1. Un cospicuo elenco di tali pronunce in C. COLOSIMO, *Stranieri dei Paesi terzi e assegno per il nucleo familiare: parità di trattamento e integrazione nel dialogo tra le Corti*, in *Giustizia Insieme*, 29 gennaio 2021, nota n. 9.

¹⁰ Cfr. L. CAVALLARO, *Il “dialogo tra le Corti” e le prestazioni di sicurezza sociale*, in *Giustizia Insieme*, 20 luglio 2021. Vale la pena evidenziare che l'A. ha fatto parte del Collegio i cui provvedimenti sono all'attenzione del presente lavoro.

¹¹ Ordinanze del 1° aprile 2019 iscritte ai nn. 9021 e 9022 reg. ordd. 2019 (G.U. dell'Unione Europea [2019/C 288/17](#) e [2019/C 288/18](#) del 26 agosto 2019).

¹² Corte di giustizia, 25 novembre 2020, *Inps c. W.S.*, C-302/19 e *Inps c. V.R.*, C-303/19 a margine delle quali si segnala il commento di C. COLOSIMO, *Stranieri dei Paesi terzi e assegno per il nucleo familiare: parità di trattamento e integrazione nel dialogo tra le Corti*, cit.

¹³ Tale formula “osta o non osta” – ormai entrata a pieno titolo nel vocabolario della Corte di giustizia – è espressiva della trasformazione delle questioni pregiudiziali in una «forma di sindacato non codificato e non dichiarato sulla “legittimità comunitaria” delle fonti nazionali»: così R. CALVANO, *La Corte di Giustizia e la Costituzione Europea*, Padova, 2004, 239. Tale uso “alternativo” dell'art. 267 TFUE è oggi diventato l'utilizzo comune del rinvio pregiudiziale d'interpretazione con la quale si esercita, sia pure «in maniera indiretta, un controllo sulla compatibilità delle norme nazionali con il diritto dell'Unione», verificando «la legittimità di una legge nazionale o di un atto amministrativo o anche di una prassi amministrativa»: così G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2012 (7^a ed.), 294. Di recente, in tal senso, si veda F. FERRARO, *Corte di giustizia e obbligo di rinvio pregiudiziale del giudice di ultima istanza: nihil sub sole novum*, in *Giustizia Insieme*, 23 ottobre 2021, par. 3.

¹⁴ ... ovvero l'obbligo per lo Stato membro di conformarsi al diritto dell'Unione ove stabilisca le condizioni per la concessione delle prestazioni di sicurezza sociale nonché l'importo di tali prestazioni e il periodo per il quale sono concesse (punto 23 sent. *Inps c. W.S.*; punto 20 sent. *Inps c. V.R.*); l'obbligo per lo Stato membro di garantire il principio della parità di trattamento – tanto ai soggiornanti di lungo periodo, ai sensi della direttiva n. 2003/109/CE, quanto ai titolari di un permesso unico, ai sensi della direttiva n. 2011/98/UE – la quale costituisce la regola generale, potendo esso limitare tale diritto unicamente alla luce di specifiche deroghe, da interpretare invece restrittivamente laddove siano previste. Tali deroghe possono essere invocate solo qualora gli organi competenti nello Stato membro interessato per l'attuazione di tale direttiva abbiano chiaramente espresso l'intenzione di avvalersi delle stesse (punto 26 sent. *Inps c. W.S.*; punto 23 sent. *Inps c. V.R.*).

¹⁵ Una spiegazione “alternativa”, in realtà, viene, autorevolmente, offerta da uno dei componenti del Collegio che ha emesso tali ordinanze, il quale ha affermato che «i conflitti tra norme statali e sovranazionali in materia di sicurezza sociale vanno riconosciuti per ciò che realmente sono, vale a dire conflitti politici o, per usare l'irriguardosa espressione

effetto diretto, giacché non regolerebbero compiutamente la materia dei trattamenti di famiglia¹⁶. Il giudice non avrebbe avuto a disposizione una disciplina di matrice europea “sostitutiva” di quella nazionale¹⁷, sostanziandosi, dunque, l’opera disapplicativa da porre in essere unicamente nel riconoscimento del principio della parità di trattamento¹⁸. L’intervento in questione si sarebbe, così, tradotto in una manipolazione della norma nazionale, opera preclusa al giudice comune¹⁹. In ogni caso, la disapplicazione della suddetta disposizione non avrebbe dato «piena esecuzione»²⁰ alle pronunce della Corte di giustizia.

Argomenti questi – fortemente criticabili²¹ – che non lasciavano alla Cassazione altra strada che imboccare l’unica (e ultima) via percorribile: quella che conduce alla Consulta²².

2. Tra spinte centripete e contropunte centrifughe: il tiro alla fune con la Corte di Cassazione sulla Carta di Nizza.

Come acutamente fatto notare da attenta dottrina, la scelta operata dal giudice di legittimità sembra essere espressiva di un atteggiamento di «auto-deresponsabilizzazione»²³, nel segno di

[...], conflitti di classe» e, pertanto, «cautela e grande attenzione sono doverose per gli interpreti, in questo campo più che mai»: così L. CAVALLARO, *Il “dialogo tra le Corti” e le prestazioni di sicurezza sociale*, cit.

¹⁶ Punto 16 delle ordd. nn. 110 e 111 del 2021.

¹⁷ Punto 17 delle ordd. nn. 110 e 111 del 2021.

¹⁸ Punto 21 delle ordd. nn. 110 e 111 del 2021.

¹⁹ Punto 22 delle ordd. nn. 110 e 111 del 2021.

²⁰ Punto 15 delle ordd. nn. 110 e 111 del 2021.

²¹ ... perché avrebbero ridisegnato «completamente il ruolo della disapplicazione, rendendolo praticamente irrilevante»: così E. TARQUINI, *La doppia pregiudizialità alla prova dell’effettività della tutela: riflessioni di un giudice di merito a margine del caso ANF*, cit., 5. Le due ordinanze hanno suscitato forti perplessità, anche, in A. GUARISO, *La Cassazione sugli ANF agli stranieri: l’applicazione del diritto UE spetta alla Consulta*, in [Asgi](#), 14 aprile 2021; L. TOMASI, *Stranieri e prestazioni sociali tra giurisprudenza costituzionale ed europea*, in [Diritti Lavori Mercati](#), 2/2021, 339; S. GIUBBONI, N. LAZZERINI, *L’assistenza sociale degli stranieri e gli strani dubbi della Cassazione*, in [Questione Giustizia](#), 6 maggio 2021, 5; C. CORSI, *La parità di trattamento dello straniero nell’accesso alle prestazioni di sicurezza sociale: tra disapplicazione e giudizio di costituzionalità*, in [Questione Giustizia](#), 21 dicembre 2021, 6; F. RIZZI, *Ancora sulla doppia pregiudizialità. I diritti dimenticati nel dialogo tra le Corti, tra resistenze e deresponsabilizzazioni nell’attuazione del diritto dell’Unione*, in [Questione Giustizia](#), 21 dicembre 2021, 10 il quale, addirittura, considera gli errori di diritto compiuti dalla Corte di cassazione così «talmente palesi che paiono essere solo un pretesto per affermare altro».

²² ... facendo seguito al consolidato orientamento – inaugurato a partire dalla storica sentenza *Granital* (Corte Cost. sent. n. [170 del 1984](#)) – secondo cui l’incompatibilità tra una disposizione nazionale ed una europea, non suscettibile di immediata applicazione, deve essere portata alla cognizione della Corte costituzionale, la quale, rilevata l’esistenza del contrasto, provvede ad espungere dall’ordinamento la norma interna incompatibile. Sul punto si condivide l’opinione di autorevole dottrina, dubbiosa in merito alla reale utilità del ricorso in parola «dal momento che, annullata la legge contraria alla norma dell’Unione, quest’ultima ugualmente non potrebbe essere applicata; e il vero è che, in circostanze siffatte, il giudice non può far altro che desumere dalla norma-principio dell’Unione la regola valevole per il caso»: così A. RUGGERI, *Le fonti del diritto eurounitario ed i loro rapporti con le fonti nazionali*, in P. COSTANZO, L. MEZZETTI, A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell’Unione Europea*, Torino, 2022 (6^a ed.), 329.

²³ Cfr. A. GUAZZAROTTI, *Integrazione europea attraverso il diritto? Due recenti ordinanze della Cassazione in tema di assegni familiari per i lavoratori extra-UE*, in [laCostituzione.info](#), 10 maggio 2021, 5. Non è la prima volta, però, che la Corte di cassazione intraprende la via che porta alla Consulta in luogo del proprio obbligo disapplicativo: anche con l’ordinanza [16 febbraio 2018, n. 3831](#) (G.U. n. 14/2021, 1a serie spec.) la Suprema Corte, pur in presenza di una norma europea dotata di effetto diretto, si sottraeva contestualmente alla disapplicazione ed al dialogo diretto con la Corte di giustizia e sollevava questione di legittimità costituzionale. Il giudizio originato da tale incidente di costituzionalità proseguiva con il successivo rinvio pregiudiziale della stessa Consulta a mezzo della ord. n. [117 del 2019](#), poi conclusosi con la sent. n. [84 del 2021](#). Il medesimo atteggiamento è rinvenibile, anche, con riferimento alle ordinanze del 17 giugno 2019 iscritte ai nn. 175, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 188, 189 e 190 reg. ordd. 2019 (G.U. n. 44-45/2019, 1a serie spec.) in cui la Cassazione – pur dando atto della possibilità di disapplicare le disposizioni interne contrastanti con le direttive *self-executing* poste al suo scrutinio – esplicitamente cedeva al fascino della «eliminazione dall’ordinamento, con effetti *erga omnes*» (punti 8-11, ord. n. 175) di tale normativa, che soltanto una sentenza della Corte costituzionale può realizzare. I giudizi sorti a seguito della presentazione di tali questioni venivano,

un'inversione di tendenza rispetto all'avanguardismo europeo di cui la Suprema Corte si era resa per lungo tempo protagonista, ponendosi come interlocutore (semi)privilegiato della Corte di giustizia²⁴. Appare sfilacciarsi la trama della «Santa Alleanza»²⁵ lentamente intessuta con la giurisdizione europea, e certamente indebolita a seguito della direzione intrapresa dalla ben nota [sentenza n. 269/2017](#)²⁶. Le tendenze centripete proprie dell'indirizzo interpretativo in parola²⁷ attraggono tutte le questioni di diritto costituzionale in senso materiale davanti la Consulta²⁸, trascinandone fatalmente la Cassazione verso un "riaccentramento" del sindacato di eurounarietà²⁹, il tutto a discapito dell'obbligo di disapplicazione della normativa interna contraria al diritto dell'Unione europea³⁰.

Eppure, nonostante tale «contro-movimento»³¹ compiuto in direzione di Piazza del Quirinale, la Cassazione operava, contemporaneamente, un movimento centrifugo di segno opposto: malgrado possa apparire bizzarro, sembra evidente che il mancato richiamo, nelle ordinanze di rimessione in questione, alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea³² – il cui art. 34³³ si pone in

successivamente, riuniti per omogeneità delle censure, dalla famosa ord. n. [182 del 2020](#), con la quale la Consulta sollevava rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. All'esito della pronuncia del giudice di Lussemburgo (2 settembre 2021, [O.D. e altri c. Inps](#), C-350/20) ha fatto, recentemente, seguito la sent. n. [54 del 2022](#) del 4 marzo 2022.

²⁴ ... unitamente ai giudici comuni con i quali la Corte di Lussemburgo ha, da sempre, proficuamente dialogato. L'elenco dettagliato del numero di rinvii pregiudiziali presentati dal 1952 al 2016 in G. SCACCIA, *L'inversione della "doppia pregiudiziale" nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017: presupposti teorici e problemi applicativi*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 25 gennaio 2018, 5.

²⁵ Felice espressione di S. FORTUNATO, *L'obbligo di rinvio pregiudiziale ex art. 267, par. 3: una disciplina in continua evoluzione*, in Aa. Vv., *Liber Amicorum Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, Torino, 2018, 368.

²⁶ Sent. n. [269 del 2017](#) della Corte costituzionale, poi "temperata" nelle successive sentt. nn. [20](#), [63](#) e [112 del 2019](#) e nell'[ord. n. 117/2019](#). Nonostante sia, probabilmente, impossibile dare conto degli sterminati commenti che la dottrina ha svolto in merito alla vessata questione della "doppia pregiudizialità", ci si limita ad indicare unicamente le riflessioni più recenti di A. O. COZZI, *Sindacato accentrato di costituzionalità e contributo alla normatività della Carta europea dei diritti fondamentali a vent'anni dalla sua proclamazione*, in *Dir. pubbl.*, 3/2020, 659 ss.; G. REPETTO, *Dell'utilità per la Corte di giustizia della priorità dell'incidente di costituzionalità. In margine alla sentenza del 2 febbraio 2021 sul diritto al silenzio nei procedimenti volti all'irrogazione di sanzioni amministrative punitive (Corte di giustizia, Grande Sezione, C-481-19, DB c. Consob)*, in [Giustizia Insieme](#), 6 aprile 2021; S. BARBIERI, *Quel che rimane della sentenza n. 269 del 2017: il finale (non previsto?) di un tentativo di ri-accentramento*, in [Eurojus](#), 17 maggio 2021; A. RUGGERI, *L'equilibrio nei rapporti tra Corti europee e Corti nazionali: un'autentica quadratura del cerchio possibile solo in prospettiva di iure condendo*, Relazione alla Giornata di studi per Roberto Romboli su *Rileggendo gli "Aggiornamenti in tema di processo costituzionale" e non solo...*, Pisa 5 novembre 2021, in [Freedom, Security & Justice: European Legal Studies](#), 3/2021.

²⁷ ... elaborato per uscire dalla solitudine in cui la stessa Consulta si era, volontariamente, isolata, negandosi la possibilità di dialogare con la Corte di Lussemburgo; parla di un vero e proprio processo di «autoesclusione» M. CARTABIA, *La Carta di Nizza, i suoi giudici e l'isolamento della Corte costituzionale italiana*, in A. Pizzorusso, R. Romboli, A. Ruggeri, A. Saitta, G. Silvestri (a cura di), *Riflessi della Carta europea dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale: Italia e Spagna a confronto*, Milano-Madrid, 2003, 217.

²⁸ ... addirittura, nel caso che occupa, andando oltre «il perimetro tracciato dalla nuova doppia pregiudizialità (ossia, le ipotesi, ricadenti nell'ambito di applicazione materiale del diritto UE, nelle quali rilevano contestualmente analoghi diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione e dalla Carta UE)»: così N. LAZZERINI, *La doppia pregiudizialità alla prova dell'effettività della tutela: riflessioni a margine dei casi "bonus bebè" e "ANF". Introduzione al dibattito*, in [Questione Giustizia](#), 21 dicembre 2021, 2.

²⁹ ... nonostante, inizialmente, proprio la Sezione Lavoro della Suprema Corte si era mostrata restia ad «adattarsi a questo nuovo paradigma»: lo ricorda L. TOMASI, *Stranieri e prestazioni sociali tra giurisprudenza costituzionale ed europea*, cit., 333, spec. nt. 35 in cui è possibile rinvenire un dettagliato elenco delle pronunzie in tal senso.

³⁰ Il fenomeno di cui si discute viene efficacemente descritto come la «disapplicazione della disapplicazione» da R. PALLADINO, *Rapporti tra ordinamenti e cooperazione tra corti nella definizione di un "livello comune di tutela" dei diritti fondamentali. Riflessioni a seguito dell'ordinanza 182/2020 della Corte costituzionale*, in [Freedom, Security & Justice: European Legal Studies](#), 3/2020, 93.

³¹ Espressione di A. GUAZZAROTTI, *Integrazione europea attraverso il diritto? Due recenti ordinanze della Cassazione in tema di assegni familiari per i lavoratori extra-UE*, cit.

³² Tale assenza era già stata evidenziata, in sede di commento alle ordinanze di rimessione, da parte di S. GIUBBONI, N. LAZZERINI, *L'assistenza sociale degli stranieri e gli strani dubbi della Cassazione*, cit., 6.

palese contrasto con la normativa italiana³⁴ – sia stato frutto di una precisa e ponderata scelta della Suprema Corte³⁵. Ragionando diversamente, si dovrebbe concludere nel senso della ignoranza “colpevole” da parte del massimo organo della giurisdizione comune, ipotesi questa che francamente appare difficile da immaginare. Che il Collegio chiamato a decidere tali controversie possa sconoscere il contenuto della Carta di Nizza appare, difatti, essere un’evenienza del tutto remota ed implausibile – oltre che astrattamente ben più grave – tenuto anche conto del costante richiamo all’art. 34 CDFUE che vi è, anche di recente³⁶, nei provvedimenti della medesima Sezione Lavoro.

La Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sui dubbi sollevati dal giudice *a quo*, immediatamente si premurava di far notare la mancata evocazione in campo della Carta dei diritti UE da parte delle ordinanze di rimessione³⁷, senza, però, spingersi al punto di allargare il *thema decidendum*³⁸, attraverso l’estensione del parametro del giudizio. Il sibillino messaggio della Consulta suona quasi come un rimprovero rivolto alla Cassazione, colpevole di aver impedito al giudice delle leggi di adoperare i formidabili strumenti a sua disposizione. Nel caso in cui fossa stata eccepita la violazione della Carta di Nizza l’esito del giudizio di costituzionalità sarebbe stato (quasi) certamente ben diverso³⁹, potendo la Corte provvedere a dichiarare l’incostituzionalità di una norma nazionale per contrasto con essa⁴⁰.

³³ Sul quale maggiori approfondimenti in G. ORLANDINI, W. CHIARAMONTE, *Art. 34*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI, *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea*, Milano, 2017, 642 ss.

³⁴ Contrasto, peraltro, rilevato dall’A.G. E. Tanchev nelle [Conclusioni](#) presentate, in data 11 giugno 2020, nella causa C-303/19 *Inps c. V.R.*, in cui veniva evidenziato che «gli Stati membri non possono pregiudicare l’effetto utile della direttiva stessa e devono tenere conto dell’obiettivo di integrazione perseguito da tale direttiva, nonché della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (in prosieguo: la «Carta») e segnatamente dell’articolo 34 della stessa in materia di previdenza sociale e assistenza sociale, allorché stabiliscono le misure soggiacenti al principio della parità di trattamento sancito da detta disposizione» (punto 39): a ricordarlo è C. COLOSIMO, *Stranieri dei Paesi terzi e assegno per il nucleo familiare: parità di trattamento e integrazione nel dialogo tra le Corti*, cit.

³⁵ ... restando, però, oscura la motivazione sottesa a tale scelta. In senso contrario l’opinione di A. RUGGERI, [Alla Cassazione restia a far luogo all’applicazione diretta del diritto eurounitario la Consulta replica alimentando il fecondo “dialogo” tra le Corti \(a prima lettura della sent. n. 67/2022\)](#), in questa *Rivista*, [Studi 2022/I](#), 253 il quale ritiene «poco verosimile» che la mancata evocazione in campo della Carta di Nizza corrisponda ad una precisa scelta della Cassazione.

³⁶ Si pensi alle ordd. nn. 175, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 188, 189 e 190 del 2019 con le quali, la Sezione Lavoro della Corte di cassazione sollevava questioni di legittimità costituzionale della normativa italiana in tema di erogazione agli stranieri dell’assegno di natalità e dell’assegno di maternità – nella parte in cui stabilisce il requisito del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo ai fini della concessione di tali benefici – per contrasto, anche, con l’art. 34 della Carta di Nizza. Sul seguito di tali ordinanze si rinvia *supra* alla nota 23.

³⁷ Punto 1.2.1 del *cons. in dir.*

³⁸ ... come d’altronde imposto dal principio della corrispondenza fra chiesto e pronunciato di cui dall’art. 27, I parte, l. 11 marzo 1953, n. 87 laddove, appunto, recita che la Corte costituzionale è vincolata «nei limiti dell’impugnazione». Nella prassi, però, sono frequenti i casi in cui la Consulta abbia disatteso tale principio, estendendo il parametro rispetto a quello indicato dal giudice *a quo* (cfr. pronunce nn. [100/2015](#), [3-148/2017](#), [3-32-62/2018](#)); ed, infatti, «essa ha riconosciuto (Pres. Saja) che – ferme restando la norma impugnata e la norma costituzionale di raffronto – al principio di corrispondenza chiesto/pronunciato bisogna dare un “significato molto flessibile”»: lo evidenziano A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di Giustizia Costituzionale*, Torino, 2022 (7^a ed.), 293.

³⁹ A tali considerazioni si giunge, per lo più, alla luce del recente deposito della già citata [sent. n. 54/2022](#) con la quale veniva dichiarata l’incostituzionalità per contrasto, anche, con l’art. 34 CDFUE, della normativa italiana in tema di erogazione agli stranieri dell’assegno di natalità e dell’assegno di maternità (si rinvia *supra* alla nota n. 36). In particolare, la Consulta, nel rilevare tale contrasto, evidenziava (punto 11 del *cons. in dir.*) che l’art. 34 CDFUE viene «concretizzato» dallo stesso diritto europeo secondario che viene in rilievo nella pronuncia commentata, ovvero le direttive nn. 2003/109/CE e 2011/98/UE. Se, pertanto, fosse stata invocata la violazione della Carta nel giudizio all’attenzione del presente commento, il giudice delle leggi si sarebbe trovato a decidere alla luce dei medesimi parametri di cui alla [sent. n. 54/2022](#); difficilmente questi si sarebbe contraddetto a distanza di un così breve lasso di tempo, tenuto anche conto che entrambe le pronunce portano la firma dello stesso redattore...

⁴⁰ ... senza, peraltro in tal caso, “doversi”, previamente, rivolgere alla Corte di giustizia, considerato che sui medesimi parametri la stessa era stata già recentemente interrogata dalla [ord. n. 182/2020](#).

Va da sé che soffermarsi oltre, circa le possibili direzioni che avrebbe potuto intraprendere la Consulta, sarebbe utile unicamente per procurare una spiacevole emicrania allo sfortunato lettore del presente commento: sono davvero infinite le risorse sulle quali la stessa può contare, tante quanto la fantasia ermeneutica che essa ha, anche di recente, messo in campo⁴¹.

3. La corsa al rinvio pregiudiziale dopo Taricco.

Sfumata questa opportunità, il Giudice delle leggi non perdeva, di contro, l'occasione per rinsaldare le fondamenta della sua opera di progressivo ri-accentramento, rinnovando parallelamente il proprio nuovo ruolo di interlocutore privilegiato con i giudici del Kirchberg. La sentenza in commento, difatti, è un vero e proprio *homage* alla Corte di giustizia, alla quale vengono inviati rassicuranti messaggi circa la sua competenza «esclusiva [...] nell'interpretazione e nell'applicazione dei Trattati»⁴².

Ed è proprio la volontà di consolidare, pur forzosamente, il dialogo in sede europea il prisma attraverso cui leggere tale recente arresto⁴³. Come la *Saga Taricco*⁴⁴ ha, infatti, insegnato, è soltanto attraverso l'interlocuzione con Lussemburgo (e Strasburgo) che la Corte costituzionale può (ri)tornare⁴⁵ ad essere centrale nel circuito della tutela dei diritti fondamentali. Tale "lezione" sembra essere stata pienamente recepita: invero, a partire dalla ben nota [ord. n. 24/2017](#)⁴⁶, il numero dei rinvii pregiudiziali operati dal giudice costituzionale sono cresciuti esponenzialmente⁴⁷, infittendosi sempre più la trama con il proprio omologo europeo⁴⁸.

⁴¹ Il riferimento va alla ormai nota tecnica decisoria che è stata autorevolmente definita di «incostituzionalità prospettata» dal Presidente della Corte costituzionale, G. Lattanzi, nella [Relazione sull'attività svolta nel 2018](#), 21 marzo 2019.

⁴² Punto 10.2 del *cons. in dir.*

⁴³ ... e non solo. La sent. n. [269/2017](#) è assolutamente emblematica in tal senso: imponendo il passaggio "obbligato" davanti a sé stessa, la Corte costituzionale ha, così, l'opportunità di poter dialogare direttamente con la Corte di giustizia Lussemburgo al fine di interrogarla «sull'esatta interpretazione delle disposizioni rilevanti del diritto dell'Unione europea che incidono sul diritto nazionale» (così punto 3.1 del *cons. in dir.* [ord. n. 182/2020](#)). Sul punto appare obbligata una rilettura della [sent. n. 63/2019](#) alla luce delle considerazioni appena svolte, valorizzando il passaggio in cui veniva affermato che, laddove fosse stata sollevata una questione di legittimità costituzionale che avesse coinvolto anche le norme della Carta, la Corte non si sarebbe potuta esimere dal fornire una risposta a tale questione, «eventualmente previo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE» (punto 4.3 del *cons. in dir.*).

⁴⁴ Sulla quale "fiumi di inchiostro" sono stati versati dalla migliore dottrina, in un dibattito ancora oggi vivo ed attuale.

⁴⁵ Il riferimento non può che andare, ovviamente, al periodo di grande attivismo giudiziale che ha caratterizzato i rapporti tra la Corte costituzionale e la Corte di giustizia negli anni '70 e '80; un affresco sullo sviluppo di tali rapporti in B. Nascimbene (a cura di), *Costa/Enel: Corte costituzionale e Corte di giustizia a confronto, cinquant'anni dopo*, Milano, 2015.

⁴⁶ Ord. n. [24 del 2017](#) della Corte costituzionale, a commento della quale ci si limita a segnalare, per tutti, l'opera di A. Bernardi e C. Cupelli (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo fra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Napoli, 2017.

⁴⁷ Ci si riferisce alle [ordd. nn. 117 del 2019](#), [182 del 2020](#), [216](#) e [217](#) del 2021 della Corte costituzionale.

⁴⁸ Assegnando alla Carta di Nizza la natura di documento «tipicamente costituzionale» (punto 5.2 del *cons. in dir.* Corte Cost. n. 269/2017), logica conseguenza vuole che si debba attribuirne la medesima natura al giudice che svolge il compito di interpretarla e tutelarla. Analogo ragionamento va, ovviamente, svolto con riferimento al binomio CEDU – Corte EDU. Chi scrive ritiene, in ogni caso, che la Corte di giustizia svolga funzioni non soltanto costituzionali, ma anche nomofilattiche, avendo, quindi, una natura più propriamente "ermafrodita" (espressione – in realtà riferita all'Unione Europea in Generale, ma applicabile estensivamente anche alla Corte di giustizia – di G. AMATO, *Riflessioni*, in *L'integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali*, Annuario 2005 Associazione italiana dei costituzionalisti, Padova, 2007, 173) o, meglio, "camaleontica". Il giudice di Lussemburgo muta, infatti, fluidamente forma e caratteristiche alla luce del parametro che viene evocato in giudizio; è, dunque, la formulazione delle domande, ad opera del giudice *a quo*, a determinare le vesti che assumerà nel giudizio *ad quem* la Corte di giustizia. Sull'argomento in questione si rinvia, per maggiori approfondimenti, a J. KOMÁREK, *In the Court(s) We Trust? On the Need for Hierarchy and Differentiation in the Preliminary Ruling Procedure*, in *European Law Review*, 32/2007, 17.

Nonostante sia, ormai, consolidata l'immagine del rinvio pregiudiziale quale «chiave di volta del sistema giurisdizionale istituito dai trattati»⁴⁹, in realtà tale strumento svolge la funzione di sostenere l'edificio europeo anche dal basso. Esso rappresenta a un tempo, il tetto di tale edificio, e, a un tempo, le fondamenta dei (due) pilastri⁵⁰ che ne costituiscono la struttura portante⁵¹: le dottrine dell'effetto diretto e del primato. Le sentenze interpretative rese in via pregiudiziale consentono, infatti, al diritto europeo di prendere vita e di inverarsi nella interpretazione datagli dalla Corte di giustizia; effetto diretto, *primauté* e rinvio pregiudiziale sono indissolubilmente legati l'un l'altro. In un rapporto di mutuo sostegno queste tre figure si alimentano vicendevolmente traendo giovamento l'una dall'altra, nel segno di una dinamica circolare.

Il riconoscimento dei diritti previsti dall'ordinamento dell'Unione in capo ai cittadini europei si deve, infatti, alla previsione di cui all'odierno art. 267 TFUE (già art. 177 TCEE), dalla quale il giudice di Lussemburgo – a partire dalla storica sentenza *Van Gend en Loos*⁵² – ha rinvenuto il logico presupposto per l'elaborazione della dottrina dell'effetto diretto⁵³. Valorizzando lo scopo di tale disposizione⁵⁴, la Corte di giustizia giungeva alla conclusione che l'aver attribuito alla stessa le funzioni pregiudiziali «costituisce la riprova del fatto che gli Stati hanno riconosciuto al diritto comunitario un'autorità tale da poter esser fatto valere dai loro cittadini davanti a detti giudici»⁵⁵.

Analogamente il procedimento pregiudiziale concorre «ad assicurare e rafforzare il primato del diritto dell'Unione», come peraltro affermato dalla stessa Consulta nella pronuncia in questa sede commentata⁵⁶, in cui l'assoluta centralità dell'istituto pregiudiziale ha trovato ampio riconoscimento. Dopo aver dato conto della ragion d'essere di tale procedura – creata al fine di aiutare i giudici nazionali a «risolvere eventuali incertezze interpretative»⁵⁷ – il giudice delle leggi non ha esitato a ribadirne i pregi, quale “cerniera” tra gli ordinamenti e, dunque, «motore della integrazione sovranazionale»⁵⁸. Il rinvio pregiudiziale garantisce «piena efficacia al diritto dell'Unione»⁵⁹ e contemporaneamente dallo stesso ne trae beneficio: la previsione di cui all'art. 267 TFUE si salda, infatti, al «potere di “disapplicare” la contraria disposizione nazionale»⁶⁰. L'effetto

⁴⁹ ... tanto da essere stata, di recente, richiamata dalla sentenza della Corte di giustizia, 6 ottobre 2021, [Consortio Italian Management e Catania Multiservizi SpA c. Rete Ferroviaria Italiana SpA](#), C-561/19, punto 27. Tale immagine era stata, invero, elaborata da A. Tizzano quale relatore del [parere n. 2/13](#) (Adesione dell'Unione alla CEDU), 18 dicembre 2014, punto 176.

⁵⁰ Evocativa immagine offerta da D. WYATT, A. DASHWOOD, *The Substantive Law of the EEC*, London, 1987 (2^a ed.), 28.

⁵¹ ... senza di esso «the roof would collapse and the two pillars would be left as a desolate ruin, evocative of the temple at Cape Sounion – beautiful but not of much practical utility»: così G.F. MANCINI, D.T. KEELING, *From CILFIT to ERT: the Constitutional Challenge facing the European Court*, in *Yearbook of European Law*, 11/1991, 2 ss.

⁵² Corte di giustizia, 5 febbraio 1963, [NV Algemene Transport-En Expeditie Onderneming Van Gend en Loos c. Amministrazione olandese delle imposte](#), C-26/62.

⁵³ Lo ricorda E. CALZOLAIO, *L'omesso rinvio pregiudiziale tra diritto europeo e diritto interno*, in *La cittadinanza europea*, 2/2016, 84.

⁵⁴ ... ovvero quello di garantire unità, certezza e uniformità nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto comunitario negli Stati membri. Accanto a tale “funzione essenziale”, il rinvio pregiudiziale di interpretazione viene, ormai frequentemente, utilizzato quale strumento per verificare la legittimità delle norme nazionali con il diritto dell'Unione, come si evidenzia *supra* alla nota 13. Limitatamente al rinvio pregiudiziale di validità, ad esso può attribuirsi una ulteriore funzione, che consiste nel completare il sistema di controllo giurisdizionale sulla legittimità degli atti dell'Unione. Sulle plurime funzioni del rinvio pregiudiziale si veda G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, cit., 293 ss.

⁵⁵ Punto II, lett. b, del *cons. in dir. sent. Van Gend en Loos*.

⁵⁶ Punto 10.2 del *cons. in dir.*

⁵⁷ *Ibidem*. Sull'argomento che occupa è d'obbligo il rinvio a P. PESCATORE, *Il rinvio pregiudiziale di cui all'art. 177 del trattato CEE e la cooperazione tra la corte ed i giudici nazionali*, in *Il Foro italiano*, 1/1986 (vol. 109), 28.

⁵⁸ Cfr. A. RUGGERI, [Alla Cassazione restia a far luogo all'applicazione diretta del diritto euorunitario la Consulta replica alimentando il fecondo “dialogo” tra le Corti \(a prima lettura della sent. n. 67/2022\)](#), cit., 255.

⁵⁹ Punto 10.2 del *cons. in dir.*

⁶⁰ *Ibidem*.

utile ad esso connesso verrebbe ridotto «se il giudice non potesse applicare, immediatamente, il diritto europeo»⁶¹.

Tale potere, in realtà, si atteggia nei termini di un vero e proprio dovere nei confronti del giudice interno – come, giustamente, ricordato dalla Consulta⁶² – il quale è obbligato, dalla nota regola *Simmenthal*, a «garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all’occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale»⁶³.

L’opera disapplicativa⁶⁴ costituisce, dunque, dal punto di vista (crono)logico, il primo vincolo in capo al giudice comune⁶⁵, ponendosi il rinvio pregiudiziale – anche laddove sia “obbligatorio” nei confronti delle giurisdizioni di ultima istanza⁶⁶ – come ausilio, quantunque necessario, ma, comunque, successivo ed eventuale⁶⁷ rispetto a tale dovere. Ed, infatti, qualora sia assolutamente certo⁶⁸ in merito al significato della disposizione europea da applicare al caso concreto⁶⁹, il giudice nazionale non potrà esimersi dal procedere alla disapplicazione (*rectius* non applicazione) della contraria previsione interna. Soltanto nell’ipotesi in cui si trovi dinanzi «un dubbio interpretativo sulla compatibilità della norma censurata con il diritto europeo»⁷⁰, l’obbligo disapplicativo cede il

⁶¹ Cfr. Corte di giustizia, 9 marzo 1978, [Amministrazione delle Finanze dello Stato c. SpA Simmenthal](#), C-106/77, punto 20.

⁶² Punto 10.2 del *cons. in dir.*

⁶³ Punto 24 sent. *Simmenthal*, richiamato dal punto 10.2 del *cons. in dir.*

⁶⁴ ... la quale rappresenta, quale piena espressione della dottrina dell’effetto diretto, «il nucleo dell’originalità e dell’autonomia del diritto UE»: così D. GALLO, *L’efficacia diretta del diritto dell’Unione Europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Milano, 2018, 351.

⁶⁵ Non a caso definito giudice comune dell’Unione Europea secondo un linguaggio, ormai, invalso.

⁶⁶ O più correttamente nei confronti di un organo giurisdizionale nazionale «avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno», secondo la nota previsione di cui all’art. 267, par. 3, TFUE. In Italia tali sono, ormai, pacificamente, la Corte costituzionale (come ricordato *supra* alla nota 27), la Corte di cassazione, il Consiglio di Stato e la Corte dei conti (nei giudizi di appello).

⁶⁷ È stato, infatti, superato l’iniziale approdo giurisprudenziale – espressivo del desiderio di stimolare al massimo il ricorso all’allora art. 177 TCEE – con il quale si era instaurato una sorta di “automatismo” tra la sottoposizione della questione pregiudiziale di interpretazione, davanti ad una giurisdizione di ultima istanza, ed il conseguente rinvio. Tale impostazione “restrittiva” «può forse spiegarsi anche con il desiderio di stimolare al massimo il ricorso all’art. 177 in un periodo in cui varie giurisdizioni nazionali di ultima istanza, anche per malintesi motivi di prestigio, non mostravano per esso particolare inclinazione e il meccanismo stentava quindi a prender quota»: così A. TIZZANO, in *Il Foro italiano*, 3/1983 (vol. 106), 64 a margine della sentenza Corte di giustizia, 6 ottobre 1982, [Srl CILFIT e Lanificio di Gavardo Spa c. Ministero della sanità](#), C-283/81.

⁶⁸ Secondo il noto insegnamento della sentenza *Cilfit*, come corretto dalla recente sentenza *Consorzio Italian Management II*, alla luce del quale, il giudice di ultima istanza è esonerato dall’obbligo di rinvio pregiudiziale quando «la corretta applicazione (*rectius* interpretazione) del diritto comunitario si impone con tale evidenza da non lasciar adito a ragionevoli dubbi» (punto 16 sent. *Cilfit*, punti 33 e 39 sent. *Consorzio II*), cd. teoria dell’*acte clair*. Di notevole rilievo la modifica apportata dall’arresto più recente, che ha sostituito il termine “applicazione” con il più corretto “interpretazione”: ad evidenziarlo è A. OBERT, *Fortentwicklung der CILFIT-Judikatur – kein Paradigmenwechsel, aber etwas mehr Ehrlichkeit und erhöhte Anforderungen an die nationalen Gerichte*, in [Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union](#), 1/2022 (vol. 19), 13 e ss.

⁶⁹ ... ovviamente dopo aver previamente proceduto ad interpretare tale disposizione; l’applicazione di una norma a un determinato caso, infatti, «richiede sempre, logicamente e praticamente, l’identificazione del significato e della portata di quella norma, senza la quale non si giunge a stabilire che essa è adatta al caso di specie, né a trarre dal suo contenuto tutte le conseguenze riferibili al caso»: così [Conclusioni](#) dell’A.G. F. Capotorti, 13 luglio 1982, causa *Cilfit*. Tale precisazione appare quantomai attuale alla luce del recente dibattito dottrinale scatenato dalle [Conclusioni](#) dell’A.G. M. Bobek presentate, in data 15 aprile 2021, nella causa *Consorzio Italian Management II* con le quali veniva, nuovamente, messa in discussione la *vexata quaestio* tra interpretazione e applicazione. In tal senso appare assolutamente rilevante l’opportuna correzione adoperata dalla sentenza *Consorzio Italian Management II* di cui si è fatta menzione nella precedente nota.

⁷⁰ Punto 23 *cons. in dir.* sent. n. [46 del 2021](#) della Corte costituzionale. Al fine di giungere ad una corretta valutazione circa tale certezza, o meglio chiarezza, interpretativa il giudice dovrà fare utilizzo dei famosi criteri *Cilfit*⁷⁰, i quali prevedono che «prima di giungere a tale conclusione, il giudice nazionale deve maturare il convincimento che la stessa evidenza si imporrebbe anche ai giudici degli altri Stati membri ed alla Corte di giustizia. Solo in presenza di tali

passo a quello pregiudiziale – davanti alle giurisdizioni di ultima istanza⁷¹ – secondo un rapporto che non può, però, propriamente ascriversi a quello tra regola ed eccezione⁷².

La procedura pregiudiziale rappresenta, quindi, un “incidente” durante il giudizio interno: una deviazione rispetto all’ordinario percorso, quantomai necessaria, però, per garantire la tenuta dell’edificio europeo. Le sentenze rese in via pregiudiziale impediscono al sistema di collassare attraverso una rigenerazione del patrimonio normativo, effettuata grazie all’intervento interpretativo della Corte di giustizia che vincola innanzitutto il giudice interno, oltre che gli altri giudici nazionali, ai quali venga sottoposta la medesima questione⁷³.

Ed è proprio il mancato rispetto dell’obbligo direttamente discendente dalla pronuncia pregiudiziale ad essere primariamente rimproverato alla Corte di Cassazione; veniva, infatti, rimarcato dalla Consulta che «in virtù del principio di effettività delle tutele» tali decisioni «sono vincolanti, *innanzitutto* (c.vo aggiunto) nei confronti del giudice che ha disposto il rinvio»⁷⁴, ai fini della soluzione della lite nel procedimento principale. Le ordinanze di rimessione *de quibus* vanno, quindi, certamente censurate per avere la Suprema Corte disatteso il *dictum* del giudice di

condizioni il giudice nazionale può astenersi dal sottoporre la questione alla Corte risolvendola sotto la propria responsabilità. Tuttavia, la configurabilità di tale eventualità va valutata in funzione delle caratteristiche del diritto comunitario e delle particolari difficoltà che la sua interpretazione presenta. Va innanzitutto considerato che le norme comunitarie sono redatte in diverse lingue e che le varie versioni linguistiche fanno fede nella stessa misura: l’interpretazione di una norma comunitaria comporta quindi il raffronto di tali versioni. Deve poi osservarsi, anche nel caso di piena concordanza delle versioni linguistiche, che il diritto comunitario impiega una terminologia che gli è propria. D’altronde, va sottolineato che le nozioni giuridiche non presentano necessariamente lo stesso contenuto nel diritto comunitario e nei vari diritti nazionali. Infine, ogni disposizione di diritto comunitario va ricollocata nel proprio contesto e interpretata alla luce dell’insieme delle disposizioni del suddetto diritto, delle sue finalità, nonché del suo stadio di evoluzione al momento in cui va data applicazione alla disposizione di cui trattasi» (Punti 16-20 sent. *Cilfit*). La validità di tali criteri ha, per lungo tempo, impegnato la più autorevole dottrina, la quale si è divisa tra chi sosteneva che essi costituissero una doverosa “*checklist*”, e chi, invece, riteneva si trattasse di un semplice “*kit di strumenti*” per stabilire la sussistenza o meno di ragionevoli dubbi. Evocativa l’immagine del giudice Ercole dworkiniano, l’unico in grado di poter adempiere a tale onere, insostenibile per gli altri giudici. Una vera e propria “*smitizzazione*” è, però, avvenuta ad opera della sentenza *Consorzio Italian Management II*, la quale ha chiarito come fosse profondamente errata una rigida interpretazione della sua giurisprudenza: in tal senso il commento di D. PETRIĆ, *How to Make a Unicorn or “There Never Was an ‘Acte Clair’ in EU Law”: Some Remarks About Case C-561/19 Consorzio Italian Management*, in *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, 17/2021, 16 dicembre 2021, 307 ss. A tali conclusioni era già pervenuto l’A.G. N. Wahl nelle *Conclusioni*, presentate in data 13 maggio 2015, nelle cause riunite C-72/14 e C-197/14, X e T. A. van Dijk, sostenendo che se si aderisse a una rigida interpretazione della giurisprudenza *Cilfit* «incontrare un “vero” caso di *acte clair* sarebbe probabile, nella migliore delle ipotesi, quanto l’incontro con un unicorno» (punto 62).

⁷¹ ... rimanendo gli altri giudici meramente facultati ad utilizzare lo strumento del rinvio pregiudiziale. Ciò nonostante, è stato autorevolmente sostenuto che non sia da escludere che «in presenza di una violazione sistemica e conclamata del diritto dell’Unione da parte di un giudice non di ultima istanza, possa insorgere una responsabilità dello Stato sotto vari profili»: così F. FERRARO, *Le conseguenze derivanti dalla violazione dell’obbligo di rinvio pregiudiziale*, in F. Ferraro, C. Iannone (a cura di), *Il rinvio pregiudiziale*, Torino, 2020, 164 il quale richiama le *Conclusioni* dell’A.G. L.A. Geelhoed, presentate in data 3 giugno 2003, nella causa C-129/00, Commissione c. Repubblica Italiana, in cui veniva affermato che «se i giudici di grado inferiore interpretano e applicano sistematicamente in modo erroneo determinate parti del diritto comunitario, ciò possa scoraggiare gli interessati sia dall’agire in giudizio sia dal ricorrere in appello. Anche se tale giurisprudenza si produce ad un livello relativamente basso nella gerarchia dell’ordinamento giudiziario nazionale, è possibile ravvisare in una situazione di questo genere elementi che consentono di accertare una violazione del Trattato» (punto 63).

⁷² ... essendo tali rapporti retti da una logica di complementarietà e mutuo sostegno. Lo scrupoloso controllo imposto al giudice comune dai succitati criteri *Cilfit*, al fine di verificare la sussistenza o meno di ragionevoli dubbi, riduce, però, di fatto l’ambito di operatività della regola “disapplicativa”, tanto da potersi dubitare di una possibile conversione di tale regola in eccezione.

⁷³ Sugli effetti *erga omnes* delle sentenze pregiudiziali interpretative è d’obbligo il richiamo a E. D’ALESSANDRO, *Il procedimento pregiudiziale interpretativo dinanzi alla Corte di giustizia. Oggetto ed efficacia della pronunzia*, Torino, 2012, spec. 211 ss. e M. BROBERG, N. FENGER, *Preliminary References to the European Court of Justice*, Oxford, 2014, 51 ss.

⁷⁴ Punto 10.2 del *cons. in dir.*

Lussemburgo⁷⁵, violando un precipuo obbligo previsto dai Trattati, sprovvisto, però, di sanzione⁷⁶. Non v'è, quindi, scampo per la Cassazione, e per qualsiasi altro operatore nazionale, il quale, «a seguito di pronunzie della Corte di giustizia che abbiano acclarato la violazione di norme *self executing* dell'Unione [è] obbligato a far subito applicazione delle norme stesse in vece di quelle interne con esse incompatibili»⁷⁷.

Dalle considerazioni svolte dalla Consulta, la più attenta dottrina traeva, così, conseguenze di più ampio respiro, volgendo lo sguardo oltre l'immediata portata della pronuncia in commento. Il riferimento va al meccanismo della doppia pregiudizialità, offrendo la [sent. n. 67](#) una strada più certa per gli operatori nazionali che intendano rivolgersi previamente alla Corte di giustizia, consentendo (o meglio imponendo) agli stessi – ottenuto il positivo verdetto da Lussemburgo – l'opportunità di applicare direttamente la Carta di Nizza, in luogo della normativa nazionale con essa incompatibile. Per la verità una tale precisazione, peraltro con specifico riferimento alla Carta, era già stata fatta dallo stesso giudice delle leggi nella [sent. n. 63/2019](#), in cui veniva esplicitamente riconosciuto «il potere del giudice comune di procedere egli stesso al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE, anche dopo il giudizio incidentale di legittimità costituzionale, e – ricorrendone i presupposti – di non applicare, nella fattispecie concreta sottoposta al suo esame, la disposizione nazionale in contrasto con i diritti sanciti dalla Carta»⁷⁸.

D'altronde, fino a poco tempo prima della [sent. n. 269/2017](#), la precedenza della pregiudizialità europea rispetto a quella costituzionale era imposta non per mera casualità⁷⁹; nonostante la Consulta

⁷⁵ Pende proprio davanti alla Corte di giustizia un procedimento in via pregiudiziale in tema di conflitto tra le pronunce del giudice nazionale e i principi di diritto affermati dalla Corte di giustizia nella sentenza pregiudiziale; il Consiglio di Stato (ordinanza del 18 marzo 2021 n. 2327/2021, *G.U.* dell'Unione Europea [2021/C 263/10](#) del 5 luglio 2021) ha, infatti, di recente chiesto al giudice di Lussemburgo se la mancata possibilità di utilizzare il rimedio della revocazione in tali circostanze sia incompatibile con il diritto dell'Unione (Causa C-261/21, F. Hoffmann-La Roche Ltd e a./ c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato). A margine di tale ordinanza si segnalano le riflessioni di R. PAPPALARDO, *La corsa al dialogo nella discordia sulla giurisdizione (nota a Cons. St., ord. 18 marzo 2021, n. 2327)*, in [Giustizia Insieme](#), 6 aprile 2021; B. NASCIBENE, P. PIVA, *Rinvio pregiudiziale e garanzie giurisdizionali effettive. Un confronto fra diritto dell'Unione e diritto nazionale. Commento all'ordinanza n. 2327/2021 del Consiglio di Stato*, in [Giustizia Insieme](#), 30 luglio 2021.

⁷⁶ ... come, d'altronde, sono sprovviste di sanzione tutte le regole poste al vertice del sistema. I moderni ordinamenti costituzionali democratici, ivi compreso quello dell'Unione Europea, sono, infatti, retti da un (fragile) equilibrio legato al rispetto del principio di leale cooperazione tra le Istituzioni, ponendosi come unico autolimita la fedeltà. Questo spiega, forse, il perché, nella sua giurisprudenza più recente, «la Corte di giustizia si riferisca sempre più spesso all'art. 4, par. 3, TUE per dare concretezza a quel principio di lealtà che, ancor più che un obbligo giuridico, emerge come il cemento che tiene insieme le parti di una costruzione giuridica così complessa come quella disegnata dai trattati e che, a volte, fatica a reggersi»: così P. IANNUCELLI, *La sentenza Randstad, ovvero la Corte di giustizia si accontenta (apparentemente) di fare l'arbitro in casa sua*, in [Blog Aisdue](#), 9 febbraio 2022, 1. Più in generale, sul principio di leale cooperazione è d'obbligo il rinvio a P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Bari, 2003; L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005; S. AGOSTA, *La leale collaborazione tra Stato e Regioni*, Milano, 2008 e da ultimo ad A. ARENA, *L'esternazione del pubblico potere*, Napoli, 2019, spec. cap. VII., 117 e ss.

⁷⁷ Cfr. A. RUGGERI, [Alla Cassazione restia a far luogo all'applicazione diretta del diritto eurolunitario la Consulta replica alimentando il fecondo "dialogo" tra le Corti \(a prima lettura della sent. n. 67/2022\)](#), cit., 256.

⁷⁸ Punto 4.3 del *cons. in dir.* sent. n. 63/2019. Un ulteriore conferma, in tal senso, dalla viva voce del Presidente della Corte costituzionale, G. Amato, nella [Relazione annuale sull'attività svolta](#), svolta in data 7 aprile 2022 in cui viene evidenziato che «ove il giudice si sia già rivolto alla Corte di giustizia con un rinvio pregiudiziale e ne abbia ottenuto una sentenza di non conformità della disciplina italiana ai parametri europei, è lo stesso giudice che deve disapplicare le disposizioni di diritto italiano, senza rivolgersi alla nostra Corte».

⁷⁹ ... costituendo la questione di compatibilità comunitaria (oggi con il diritto dell'Unione europea) «un *prius* logico e giuridico rispetto alla questione di legittimità costituzionale in via incidentale, poiché investe la stessa applicabilità della norma censurata nel giudizio principale» e, pertanto, la rilevanza della questione: così ord. n. [48 del 2017](#) della Corte costituzionale, depositata in data 2 marzo 2017. L'ordinanza in parola rappresenta l'ultima pronuncia della Consulta con la quale veniva dichiarata manifestamente inammissibile, per difetto di rilevanza, la questione di legittimità costituzionale per la violazione dell'obbligo di pregiudizialità europea. Sino alla svolta operata, un paio di mesi più tardi, con la sent. n. 269/2017, tale orientamento – inaugurato a partire dalla ord. n. [206 del 1976](#) – era assolutamente consolidato.

non nasconda, oggi, di preferire – per motivi di opportunità “politica”⁸⁰ – che le venga data la priorità rispetto alla Corte di giustizia⁸¹, la strada che porta per prima a Lussemburgo è innegabilmente quella più vantaggiosa⁸². Il giudice europeo è senz’altro più attrezzato rispetto a quello costituzionale, potendo meglio risolvere i dubbi delle giurisdizioni nazionali circa il retto significato della Carta, e, più in generale, del diritto dell’Unione.

Mutatis mutandis, la medesima *ratio* era sottesa ai rinvii pregiudiziali sollevati da quel Collegio, dubbioso in merito alla diretta applicabilità della normativa europea, che ha, però, poi disatteso le pronunce provenienti da Lussemburgo, sollevando l’incidente di costituzionalità all’attenzione del presente lavoro.

4. La parità di trattamento tra (norma di) principio e diretta applicabilità.

L’*iter* argomentativo seguito dalla Corte costituzionale proseguiva su questo ulteriore piano, rimproverando alla Cassazione il mancato rispetto *tout court* dell’obbligo discendente dalla regola *Simmenthal*.

La Consulta, infatti, avvisava la Suprema Corte circa le conseguenze di questa inadempienza, non esitando a richiamare un recentissimo arresto della Corte di Lussemburgo⁸³, in cui veniva censurata la normativa nazionale rumena che impediva ai giudici ordinari di esaminare la conformità al diritto dell’Unione di una norma che la Corte costituzionale di tale Stato membro aveva in precedenza dichiarato essere conforme a Costituzione⁸⁴. Il venir meno a tale dovere viola «i principi di uguaglianza tra gli Stati membri e di leale cooperazione tra l’Unione e gli Stati membri, riconosciuti dall’art. 4, paragrafi 2 e 3, TUE, con l’articolo 267 TFUE, nonché [...] il principio del primato del diritto dell’Unione»⁸⁵.

Il giudice delle leggi risolveva piuttosto agevolmente il principale perno attorno al quale ruotavano le argomentazioni delle ordinanze di rimessione, riconoscendo alle norme di diritto europeo contenute nelle direttive nn. 2003/109/CE e 2011/98/UE, «effetto diretto nella parte in cui prescrivono l’obbligo di parità di trattamento tra le categorie di cittadini di paesi terzi individuate dalle medesime direttive e i cittadini dello Stato membro in cui costoro soggiornano»⁸⁶. La Cassazione, infatti, confidava erroneamente che la “non applicazione” della normativa italiana fosse ad essa preclusa in quanto – come già evidenziato nel primo paragrafo – non riusciva ad individuare una disciplina *self-executing* di matrice europea «direttamente applicabile alla fattispecie oggetto di giudizio, giacché il diritto dell’Unione non regola direttamente la materia dei trattamenti di famiglia»⁸⁷.

L’errore di merito (e di metodo) che viene contestato alla Suprema Corte è, innanzitutto, figlio di una non corretta comprensione del riparto di competenze esistente, in tema di prestazioni sociali, tra gli Stati membri e l’Unione Europea. Ed invero, che rispetto a tali prestazioni vi sia una competenza

⁸⁰ Come evidenziato nel terzo paragrafo.

⁸¹ ... inversione che «rischia, di contro, di portare ad una grave menomazione e ad un innaturale spostamento del ruolo nomofilattico della Carta dell’Unione in capo ad un organo, il giudice costituzionale, che per attrezzato che sia non può comunque farsene carico»: così A. RUGGERI, *Tecniche decisorie dei giudici e “forza normativa” della Carta di Nizza-Strasburgo*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1/2020, 529.

⁸² Si condivide l’opinione di A. RUGGERI, *Sliding doors per la “doppia pregiudizialità” (traendo spunto da Corte App. Napoli, I Unità Sez. lav., 18 settembre 2019, in causa n. 2784 del 2018, XY c. Balga)*, in *Giustizia Insieme*, 25 maggio 2020, nonché in *Diritti Comparati, Working Papers* 1/2020, spec. 3 e ss.

⁸³ Corte di giustizia, 22 febbraio 2022, *R.S.*, C-430/21.

⁸⁴ Lo evidenziano B. NASCIBENE, I. ANRÒ, *Primato del diritto dell’Unione europea e disapplicazione. Un confronto fra Corte costituzionale, Corte di cassazione e Corte di giustizia in materia di sicurezza sociale*, in *Giustizia Insieme*, 31 marzo 2022, par. 5.

⁸⁵ Punto 10.2 del *cons. in dir.* che richiama il punto 88 della sent. *R.S.*

⁸⁶ Punto 12 del *cons. in dir.*

⁸⁷ Punto 16 delle ordd. nn. 110 e 111 del 2021.

nazionale è fuor di dubbio – così come ribadito dal giudice di Lussemburgo⁸⁸ prima, e da quello costituzionale dopo⁸⁹ – spettando esclusivamente a ciascuno Stato stabilirne le condizioni per la concessione, nonché l'importo e il periodo per il quale le stesse vengono erogate.

Non è, quindi, questo l'oggetto delle direttive citate, le quali si limitano a prescrivere l'obbligo di parità di trattamento.

Nel momento in cui esercitano tale facoltà, infatti, gli Stati membri – salvo non adottino l'apposita deroga⁹⁰ – devono conformarsi a tale vincolo, ricadendo le relative norme nel cono d'ombra del diritto dell'Unione.

Si tratta di un obbligo cui corrisponde «il diritto del cittadino di paese terzo – rispettivamente titolare di permesso di lungo soggiorno e titolare di un permesso unico di soggiorno e di lavoro – a ricevere le prestazioni sociali alle stesse condizioni previste per i cittadini dello Stato membro»⁹¹.

Ancor più grave, e peraltro piuttosto grossolano, è, quindi, il secondo errore rimproverato alla Cassazione: l'aver ritenuto la parità di trattamento “solo” un principio⁹², per ciò stesso improduttivo di effetti diretti verticali, è paragonabile ad uno strafalcione “da penna blu”.

Si ripropone l'eterna distinzione tra “regole” e “principi”⁹³, con la doverosa precisazione che una “norma senza fattispecie”, non necessariamente deve essere considerata un “mero principio” (richiedente l'*interpositio legislatoris*), potendo una disposizione essere fraseggiata come tale, ma riferirsi ugualmente a situazioni giuridiche immediatamente azionabili in giudizio⁹⁴.

Orbene, che la parità di trattamento, così come configurata dalle direttive in parola, sia un principio produttivo di effetti diretti verticali è fuor di dubbio⁹⁵, anche per la Consulta; tale precetto, imponendo di non differenziare il trattamento del cittadino di paese terzo rispetto a quello riservato ai cittadini degli stati in cui essi operano, contiene, infatti, un obbligo sufficientemente «chiaro, preciso e incondizionato»⁹⁶, che non abbisogna di alcun adattamento o attuazione nell'ordinamento nazionale.

Nella questione all'attenzione della Consulta, il contrasto tra tale principio e la legislazione italiana indubbiata di costituzionalità è così palese da non essere mai stato messo in discussione; la norma censurata, infatti, non computa nel nucleo familiare, ai fini del diritto all'ANF, il coniuge ed i figli ed equiparati di cittadino straniero che non hanno la residenza nel territorio della Repubblica.

Una disposizione certamente di minor favore rispetto a quanto previsto per i cittadini italiani, in relazione ai quali la legge dispone che il familiare compone il nucleo per il solo fatto del grado di parentela con il lavoratore e per la sussistenza di un reddito complessivo del medesimo nucleo

⁸⁸ Punto 23 sent. *Inps c. W.S.*; punto 20 sent. *Inps c. V.R.*

⁸⁹ Punto 12 del *cons. in dir.*

⁹⁰ Deroga della quale, peraltro, non si è avvalso il legislatore italiano. Per un maggiore approfondimento si rinvia alle note nn. 7 e 14 del presente lavoro.

⁹¹ Punto 12 del *cons. in dir.*

⁹² Così L. CAVALLARO, *Il “dialogo tra le Corti” e le prestazioni di sicurezza sociale*, cit.

⁹³ ... ovvero tra situazioni giuridiche immediatamente azionabili in giudizio o meno. Su tale annosa diatriba, con specifico riferimento alle tematiche di interesse del presente lavoro, si rinvia a B. NASCIMBENE, *Carta dei diritti fondamentali, applicabilità e rapporti fra giudici: la necessità di una tutela integrata*, in *European Papers*, 6/2021, 22 aprile 2021, spec. 90 ss. nonché al lavoro monografico di A. O. COZZI, *Diritti e principi sociali nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea – Profili costituzionali*, Napoli, 2017.

⁹⁴ Così G. SORRENTI, [CDFUE e rapporti inter privatos ovvero «L'essenziale è invisibile agli occhi»? \(ancora sulla doppia pregiudizialità...passando per Saint Exupery\)](#), in questa *Rivista*, [Studi 2021/I](#), 859.

⁹⁵ Come, peraltro, rilevato già in sede di commento alle ordinanze da A. GUARISO, *La Cassazione sugli ANF agli stranieri: l'applicazione del diritto UE spetta alla Consulta*, cit.; E. TARQUINI, *La doppia pregiudizialità alla prova dell'effettività della tutela: riflessioni di un giudice di merito a margine del caso ANF*, cit., 2.

⁹⁶ Punto 12 del *cons. in dir.* Altrove, tali requisiti sono stati definiti come un obbligo «giuridicamente perfetto» da D. GALLO, *Effetto diretto del diritto dell'Unione Europea e disapplicazione, oggi*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2019, 6 il quale, a sua volta, richiama il punto 26 della sentenza della Corte di giustizia, 27 giugno 1989, [Heinz Kühne c. Finanzamt München III](#), C-50/88.

familiare inferiore al limite stabilito dalla legge, a prescindere dal fatto che il familiare sia convivente e residente sul territorio nazionale⁹⁷.

Alla luce di tali considerazioni, la Corte costituzionale non poteva che giungere ad una pronuncia di inammissibilità per difetto di rilevanza⁹⁸: acclarata, infatti, la natura autoapplicativa della normativa europea, il giudice delle leggi – in coerenza con l’impianto argomentativo svolto – demandava l’opera disapplicativa al giudice remittente⁹⁹, bacchettato per non avervi dato spontanea esecuzione. Sarà di conseguenza compito della Corte di Cassazione fare seguito alla giurisprudenza costituzionale (ed europea), garantendo il rispetto del principio di parità di trattamento attraverso «la concessione alle persone appartenenti alla categoria sfavorita degli stessi vantaggi di cui beneficiano le persone della categoria privilegiata»¹⁰⁰. Un esito che, oggi, può apparire del tutto scontato¹⁰¹, ma che, in realtà, ha tenuto col fiato sospeso tanto i commentatori¹⁰², quanto gli stessi addetti ai lavori¹⁰³.

Vale la pena osservare che, nel frattempo, la disciplina dell’ANF è stata modificata¹⁰⁴, con il d.lgs. 29 dicembre 2021, n. 230, che a decorrere dal 1° marzo 2022, ha istituito «l’assegno unico e universale per i figli a carico, che costituisce un beneficio economico attribuito, su base mensile, per il periodo compreso tra marzo di ciascun anno e febbraio dell’anno successivo, ai nuclei familiari sulla base della condizione economica del nucleo». Le nuove norme in tema di assegno unico universale non hanno, in ogni caso, inciso sui giudizi *a quibus*, «concernenti fattispecie che si sono perfezionate nel vigore della disciplina anteriore»¹⁰⁵.

Ciò nonostante, non è soltanto l’esito cui la Consulta perviene a qualificare la [sent. n. 67/2022](#), la cui portata è rappresentata anche da ciò che tale pronuncia non dice, su cui si concentreranno le riflessioni conclusive che ci si accinge a svolgere.

5. La progressiva scomparsa della Carta (non c’è, ma si vede!) ovvero l’altalenante utilizzo del meccanismo della “connessione” tra norme di diritto derivato e Carta dei diritti UE nelle [sentt. nn. 54 e 67 del 2022](#).

L’assenza della Carta di Nizza è, infatti, troppo ingombrante per non essere (an-)notata; l’eco della sua (mancata) presenza riecheggia costantemente nella lettura del testo, producendo un silenzio “quasi assordante”. Tale sensazione è resa ancor più evidente dal fatto che le direttive evocate in campo sono espressive di un principio, quello della parità di trattamento, che trae la

⁹⁷ Lo evidenzia E. TARQUINI, *La doppia pregiudizialità alla prova dell’effettività della tutela: riflessioni di un giudice di merito a margine del caso ANF*, cit., 1.

⁹⁸ Punti 10 e 15 del *cons. in dir.*

⁹⁹ Punto 12.2 del *cons. in dir.*

¹⁰⁰ Punto 79 della sentenza Corte di giustizia, 22 gennaio 2019, [Cresco Investigation GmbH c. Markus Achatzi](#), C-193/17 a margine della quale, se si vuole, si rinvia al mio F. TORRE, [La prima volta non si scorda mai: le sentenze “additive di prestazione” approdano a Lussemburgo \(a margine della decisione della Corte di Giustizia nel caso Cresco Investigation\)](#), in questa *Rivista, Studi 2021/III.*, spec. 862.

¹⁰¹ Come, peraltro, pronosticato da S. GIUBBONI, N. LAZZERINI, *L’assistenza sociale degli stranieri e gli strani dubbi della Cassazione*, cit., 10.

¹⁰² ... dubbiosi in merito alla strada che avrebbe intrapreso la Corte, ritenendo fosse «difficile» poter prevedere l’esito di tale decisione: così C. CORSI, *La parità di trattamento dello straniero nell’accesso alle prestazioni di sicurezza sociale: tra disapplicazione e giudizio di costituzionalità*, cit., 6.

¹⁰³ ... preoccupati che una decisione diversa (anche di accoglimento della questione) avrebbe alterato profondamente «il rapporto tra i due ordinamenti e il ruolo del giudice comune nell’attuazione del diritto dell’Unione», e diminuito sensibilmente «di fatto, il grado di protezione dei diritti di molte e molti, spesso gli attori più marginali e talvolta più indifesi delle nostre società, proprio per questo protetti dal principio di non discriminazione»: così E. TARQUINI, *La doppia pregiudizialità alla prova dell’effettività della tutela: riflessioni di un giudice di merito a margine del caso ANF*, cit., 2.

¹⁰⁴ Lo ricorda, anche, B. NASCIMBENE, I. ANRÒ, *Primato del diritto dell’Unione europea e disapplicazione. Un confronto fra Corte costituzionale, Corte di cassazione e Corte di giustizia in materia di sicurezza sociale*, cit., par. 6.

¹⁰⁵ Punto 5.3.1 del *cons. in dir.*

propria ragion d'essere proprio dal dettato di cui all'art. 34 CDFUE¹⁰⁶, fornendone specificazione ed attuazione. La stessa Corte di giustizia, consultata a tal fine, proprio dalla Corte costituzionale con la [ord. n. 182/2020](#), riconosceva che la normativa europea di cui si discute «dà espressione concreta (c.vo aggiunto) al diritto di accesso alle prestazioni di sicurezza sociale di cui all'articolo 34, paragrafi 1 e 2, della Carta»¹⁰⁷.

Eppure, appare evidente che si tratti di una di quelle circostanze di evidente connessione tra Carta e norme di diritto derivato, che la Corte costituzionale – a partire dalla [sent. n. 20/2019](#) – ha astutamente attratto alla traiettoria della [sent. n. 269/2017](#), imponendo al giudice comune la strada che porta davanti a sé stessa. Tale orientamento¹⁰⁸ sembrava, in realtà, aver subito una battuta d'arresto a seguito della più conciliante [sent. n. 63/2019](#), ma veniva in seguito ribadito dalla sopra citata [ord. n. 182/2020](#)¹⁰⁹, la quale ravvisava «una connessione inscindibile tra i principi e i diritti costituzionali evocati dalla Corte di cassazione e quelli riconosciuti dalla Carta (cfr. art. 34)»¹¹⁰, arricchiti dal quel medesimo diritto secondario in rilievo nel presente commento. La pronuncia in parola, a dire il vero, appariva eccessivamente «sbilanciata»¹¹¹ verso l'art. 34 CDFUE, focalizzando completamente l'attenzione su detta norma e relegando ad un ruolo secondario il diritto derivato, fatalmente attratto dalla logica della connessione.

Nonostante tale evenienza si verificasse nel caso oggetto della sua (e della nostra) attenzione, ponendosi il principio di parità di trattamento in «singolare connessione»¹¹² con l'art. 34 CDFUE, il mancato richiamo della norma *de qua*, da parte delle ordinanze di rimessione, si rivelava sufficiente per estromettere la Consulta dalla partita, nella [sent. n. 67/2022](#). Il collegamento tra l'art. 34 CDFUE ed il principio di parità di trattamento si manifestava, invece, in maniera «nitida»¹¹³ nella [sent. n. 54/2022](#)¹¹⁴ (che rappresenta il seguito dell'[ord. n. 182/2020](#)), la quale – un paio di giorni prima della [sent. n. 67/2022](#) – si premurava di sottolineare come tale nesso emergesse già «dagli stessi parametri richiamati dalla Corte rimettente»¹¹⁵.

Tale differente approccio è certamente emblematico, considerato che il parametro di entrambi i giudizi era rappresentato dal medesimo diritto secondario: l'art. 12 della direttiva 2011/98/UE. Si è in presenza della connessione, insomma, soltanto se vi è un esplicito richiamo della Carta da parte del giudice *a quo*, in difetto del quale essa è relegata «al ruolo, praticamente ininfluenza, del classico convitato di pietra, che c'è ma non si vede e, comunque, è costretto a restare muto»¹¹⁶.

¹⁰⁶ Come, peraltro, esplicitamente enunciato ai considerando n. 3 ed 11, rispettivamente delle direttive nn. 2003/109/CE e 2011/98/UE.

¹⁰⁷ Punto 46 sent. *O.D. e altri c. Inps*.

¹⁰⁸ Sul quale si segnala l'analisi di N. LAZZERINI, *Dual Preliminary Within the Scope of the EU Charter of Fundamental Rights in the Light of Order 182/2020 of the Italian Constitutional Court*, in [European Papers](#), 5/2020, 25 novembre 2020, 1470 ss.

¹⁰⁹ Come ricorda B. SBORO, *Definendo il concorso di rimedi: le recenti vicende del “dialogo” tra Corti in materia di diritti fondamentali*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 1/2021, 30 marzo 2021, 689.

¹¹⁰ Punto 3.2 del *cons. in dir.* [ord. n. 182/2020](#).

¹¹¹ Espressione di B. NASCIBENE, I. ANRÒ, *Primato del diritto dell'Unione europea e disapplicazione. Un confronto fra Corte costituzionale, Corte di cassazione e Corte di giustizia in materia di sicurezza sociale*, cit. Della medesima opinione S. GIUBBONI, *L'accesso all'assistenza sociale degli stranieri alla luce (fioca) dell'art. 34 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (a margine di un recente rinvio pregiudiziale alla Corte costituzionale)*, in *Giur. cost.*, 4/2020, 1988; D. GALLO, A. NATO, *L'accesso agli assegni di natalità e maternità per i cittadini di Paesi terzi titolari di permesso unico nell'ordinanza n. 182/2020 della Corte costituzionale*, in [Eurojus](#), 4/2020, 316.

¹¹² Punto 2.1 del *cons. in dir.* [sent. n. 20/2019](#).

¹¹³ Punto 10 del *cons. in dir.* [sent. n. 54/2022](#).

¹¹⁴ Finora annotata da B. SBORO, *Ancora in tema di assegni di natalità e maternità: la sent. 54 del 2022 della Corte costituzionale dopo il verdetto della Corte di giustizia*, in [Diritti Comparati](#), 31 marzo 2022; F. FERRARO, V. CAPUANO, *Bonus bebè e assegno di maternità: convergenza tra Corti e Carte in nome della solidarietà*, in [Lavoro Diritti Europa](#), 1/2022 e V. PUPO, [Sulle discriminazioni degli stranieri nel settore della sicurezza sociale: una nuova pronuncia della Corte costituzionale all'esito di un caso di doppia pregiudizialità](#), in questa [Rivista](#), [Studi 2022/I](#).

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ Come fatto, attentamente, notare da A. RUGGERI, [Alla Cassazione restia a far luogo all'applicazione diretta del diritto eurounitario la Consulta replica alimentando il secondo “dialogo” tra le Corti \(a prima lettura della sent. n.](#)

Sembra porsi in contrasto con tale orientamento, la surrichiamata sentenza della Corte di giustizia, la quale – interrogata dalla [ord. n. 182/2020](#) sulla «esatta interpretazione delle disposizioni rilevanti del diritto dell’Unione europea (in particolare sull’art. 34 CDFUE) che incidono sul diritto nazionale»¹¹⁷ – provava, anch’essa, a tirarsi fuori dalla partita della doppia pregiudizialità, preferendo il più rassicurante richiamo allo strumento della disapplicazione.

Il giudice europeo adottava, infatti, «un’impostazione minimalista»¹¹⁸ quanto allo *status* dell’art. 34, nonostante la Consulta avesse situato tale norma al «cuore»¹¹⁹ del proprio rinvio; il chiarimento proveniente da Lussemburgo si appuntava sul solo diritto derivato, restringendo di fatto il parametro¹²⁰ del giudizio ed imponendo, così, al remittente di «esaminare la questione sollevata alla luce della direttiva 2011/98»¹²¹, e non anche dell’art. 34 CDFUE, sulla cui portata non veniva fornita alcuna delucidazione.

Per giungere a tale conclusione, la Corte di giustizia ribaltava “a suo favore” il meccanismo della connessione, stabilendo che, laddove vengano adottate «misure rientranti nell’ambito di applicazione di una direttiva che concretizza un diritto fondamentale previsto dalla Carta, gli Stati membri devono agire nel rispetto di tale direttiva»¹²².

Un atteggiamento certamente regressivo, volto a limitare le infinite potenzialità di tale meccanismo, formidabile *passerpartout* per attrarre tutte le questioni eurounitarie presso la sola Corte costituzionale. L’aver esteso la portata della [sent. n. 269/2017](#) al diritto derivato dell’Unione – purché questo chiami in gioco i diritti protetti dalla Carta – potrebbe implicare, infatti, una potenziale conversione in regola della eccezione espressa in tale *obiter dictum*, «ove si ponga mente alla estensione e ricchezza della trama di diritti fondamentali tutelati dalla Cdfue»¹²³.

Che la Corte di Lussemburgo abbia adottato un’impostazione difensiva non lo si evince, però, soltanto da questo passaggio argomentativo; ed infatti il giudice dell’Unione – nonostante non sia stato su ciò direttamente interrogato – non coglieva l’opportunità per affrontare il tema dell’efficacia interna, diretta o meno, dell’art. 34 CDFUE¹²⁴, su cui la dottrina si è spesso

[67/2022](#)), cit., 255. Lo evidenzia, anche, V. PUPO, [Sulle discriminazioni degli stranieri nel settore della sicurezza sociale: una nuova pronuncia della Corte costituzionale all’esito di un caso di doppia pregiudizialità](#), cit., par. 5 spec. 368 ss.

¹¹⁷ Punto 3.2 del *cons. in dir.* [ord. n. 182/2020](#). Più precisamente, la Consulta rivolgeva alla Corte di giustizia il seguente quesito: «se l’art. 34 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (CDFUE), proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e adattata a Strasburgo il 12 dicembre 2007, debba essere interpretato nel senso che nel suo ambito di applicazione rientrino l’assegno di natalità e l’assegno di maternità, in base all’art. 3, paragrafo 1, lettere b) e j), del regolamento (CE) n. 883/2004, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale, richiamato dall’art. 12, paragrafo 1, lettera e), della direttiva 2011/98/UE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, relativa a una procedura unica di domanda per il rilascio di un permesso unico, e se, pertanto, il diritto dell’Unione debba essere interpretato nel senso di non consentire una normativa nazionale che non estende agli stranieri titolari del permesso unico di cui alla medesima direttiva le provvidenze sopra citate, già concesse agli stranieri titolari di permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo».

¹¹⁸ Cfr. D. GALLO, A. NATO, *Cittadini di Paesi terzi titolari di permesso unico di lavoro e accesso ai benefici sociali di natalità e maternità alla luce della sentenza O. D. et al. c. INPS*, in [Lavoro Diritti Europa](#), 4/2021, 28 dicembre 2021, 4.

¹¹⁹ *Ibidem*.

¹²⁰ Parla di riqualificazione o, meglio, di precisazione del quesito A. TORRICE, *Siglata la pace tra Corte di giustizia e Corte costituzionale sul difficile terreno della sicurezza sociale*, in [Giustizia Insieme](#), 9 novembre 2021, par. 5.

¹²¹ Punto 47 *sent. O.D. e altri c. Inps*.

¹²² *Ibidem*.

¹²³ Acuta osservazione di A. COSENTINO, *Doppia pregiudizialità, ordine delle questioni, disordine delle idee*, in [Questione Giustizia](#), 6 febbraio 2020, par. 3.

¹²⁴ Lo evidenziano B. NASCIBENE, I. ANRÒ, *Primato del diritto dell’Unione europea e disapplicazione. Un confronto fra Corte costituzionale, Corte di cassazione e Corte di giustizia in materia di sicurezza sociale*, cit., par. 6; D. GALLO, A. NATO, *Cittadini di Paesi terzi titolari di permesso unico di lavoro e accesso ai benefici sociali di natalità e maternità alla luce della sentenza O. D. et altri c. INPS*, cit., 25.

dibattuta¹²⁵. Tale disposizione, «tra le più neglette della Carta»¹²⁶, si compone, secondo le *Spiegazioni*, tanto di norme espressive di diritti, quanto di principi; in particolare il par. 2 configurerebbe un diritto in senso proprio, mentre i parr. 1 e 3 riconoscerebbero dei principi. Un chiarimento sarebbe stato di certo auspicabile, non soltanto al fine di offrire una strada più sicura agli interpreti, ma anche per evitare di veicolare «l'idea che la Carta svolga una funzione determinante, nella pratica, in tema di diritti sociali, soltanto quando è impiegata nei rapporti privati»¹²⁷, il che è del tutto paradossale se si pensa all'ardito cammino che ha dovuto affrontare la dottrina dell'effetto diretto nei rapporti orizzontali¹²⁸ rispetto a quelli verticali.

Nonostante la Consulta avesse potuto pronunziarsi in maniera analoga alla successiva [sent. n. 67/2022](#)¹²⁹, rimettendo alla Corte di Cassazione l'opera disapplicativa¹³⁰, con la [sent. n. 54/2022](#) essa, prevedibilmente¹³¹, perveniva ad una declaratoria di illegittimità costituzionale della normativa italiana relativa al “bonus bebè” ed all'assegno di maternità per contrasto, anche, con l'art. 34 CDFUE. Troppa ghiotta l'occasione per non ribadire l'approccio “269 temperato”¹³² e proseguire nel cammino ormai da tempo intrapreso¹³³.

6. Disapplicazione o fuga dalla disapplicazione? Due opposte tendenze nel cammino della giurisprudence des petits pas

Il quadro che emerge non sembra, a prima vista, rassicurante; la lettura congiunta di tali recenti arresti ha fatto, probabilmente, sorgere qualche perplessità anche al commentatore più ottimista. Pur in presenza del medesimo parametro (art. 12 della direttiva 2011/98/UE), il giudice delle leggi, infatti, giungeva a due approdi diametralmente opposti in base alla evocazione in campo o meno della Carta da parte dei giudici rimettenti

Il rischio, quantomai concreto, è che tale documento venga considerato ora come un inutile e pesante orpello, appartenente ad un'epoca da lungo tempo passata¹³⁴, ora la chiave per il riaccostamento del sindacato di costituzionalità. È, infatti, evidente che la Consulta sia riuscita nel

¹²⁵ Per una ricostruzione di tale dibattito si rinvia a G. ORLANDINI, W. CHIARAMONTE, *Art. 34*, cit., 642 ss., spec. 656.

¹²⁶ Cfr. S. GIUBBONI, *L'accesso all'assistenza sociale degli stranieri alla luce (fioca) dell'art. 34 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (a margine di un recente rinvio pregiudiziale alla Corte costituzionale)*, cit., 1988. Utilizza la stessa espressione anche D. GALLO, A. NATO, *L'accesso agli assegni di natalità e maternità per i cittadini di Paesi terzi titolari di permesso unico nell'ordinanza n. 182/2020 della Corte costituzionale*, cit., 317.

¹²⁷ Così D. GALLO, A. NATO, *Cittadini di Paesi terzi titolari di permesso unico di lavoro e accesso ai benefici sociali di natalità e maternità alla luce della sentenza O. D. et altri c. INPS*, cit., 25.

¹²⁸ Elaborata a partire da Corte di giustizia, 8 aprile 1976, [Gabrielle Defrenne c. Sabena](#), C-43/75. Sull'evoluzione di tale dottrina si rinvia, per tutti, a D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione Europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, cit., spec. 275 ss.

¹²⁹ ... tenuto, anche conto, che entrambe le pronunce portano la firma del medesimo redattore, come si ricorda *supra* alla nota 39.

¹³⁰ A favore di una pronuncia in tal senso R. PALLADINO, *Rapporti tra ordinamenti e cooperazione tra corti nella definizione di un “livello comune di tutela” dei diritti fondamentali. Riflessioni a seguito dell'ordinanza 182/2020 della Corte costituzionale*, cit., 90 ss. In senso contrario, invece, B. SBORO, *Ancora in tema di assegni di natalità e maternità: la sent. 54 del 2022 della Corte costituzionale dopo il verdetto della Corte di giustizia*, cit., 5.

¹³¹ Si condivide l'opinione di F. FERRARO, V. CAPUANO, *Bonus bebè e assegno di maternità: convergenza tra Corti e Carte in nome della solidarietà*, cit., 2.

¹³² Espressione di C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale dopo l'obiter dictum della sentenza n. 269/2017*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 2/2019, 16.

¹³³ L'esito cui perviene la [sent. n. 54/2022](#) sembra, purtroppo, sconsigliare l'auspicio di A. RUGGERI, [Alla Cassazione restia a far luogo all'applicazione diretta del diritto eurounitario la Consulta replica alimentando il fecondo “dialogo” tra le Corti \(a prima lettura della sent. n. 67/2022\)](#), cit., 256 il quale intravede la possibilità per sollecitare la Consulta a «far luogo ad un sostanziale ripensamento del punto di diritto fissato dalla 269».

¹³⁴ ... un abbellimento ingombrante, non in linea con i canoni della modernità.

suo intento di evitare il «traboccamento»¹³⁵ della Carta, ovvero il rischio che – ove i contenuti normativi della stessa risultino corrispondenti ad analoghi contenuti della Costituzione italiana – il fascino da essa esercitato possa spingere ad un occulto sindacato diffuso di costituzionalità.

Risuona chiaro il monito di autorevole dottrina la quale, nel commentare l'introduzione del nuovo meccanismo relativo alla doppia pregiudizialità, paventava il rischio di una progressiva scomparsa della Carta dagli schemi argomentativi dei giudici comuni, attraverso «un uso abnorme della tecnica della interpretazione conforme»¹³⁶. Altrettanto preoccupante è, però, il fenomeno esattamente opposto – comunque collegato alla traiettoria della [sent. n. 269/2017](#) – ovvero quello della elisione dell'obbligo di disapplicazione della normativa interna contraria al diritto dell'Unione europea, efficacemente descritto come la «disapplicazione della disapplicazione»¹³⁷.

Probabilmente confuso da queste due contrastanti tendenze¹³⁸, il Collegio rimettente le questioni di costituzionalità di cui al presente lavoro ben pensava di intraprendere entrambe le direzioni, non menzionando la Carta di Nizza né dando seguito alla regola *Simmenthal*... certamente un *unicum* nel panorama giurisprudenziale, destinato – si spera! – a rimanere tale.

Se, però, a seguito dell'indirizzo inaugurato dalla [sent. n. 269/2017](#), il “disordine” in seno alla giurisprudenza, di merito e di legittimità, era di per sé prevedibile, nessuno avrebbe immaginato una possibile battuta d'arresto da parte della Corte di giustizia¹³⁹. Suonare il *De profundis* appare, però, ancora troppo prematuro. Il dialogo tra le Corti ci ha, infatti, abituato a costanti oscillazioni; gli orientamenti manifestati in campo sono talvolta espressivi di un atteggiamento di chiusura, e talora volti alla massima apertura¹⁴⁰, secondo una logica di mutuo avvicendamento, quasi che le stesse Corti siano inserite in un circuito di vasi comunicanti.

Le sentt. [nn. 67 e 54 del 2022](#) ne sono una emblematica dimostrazione. Estromessa dalla partita, alla luce del mancato richiamo alla Carta, nella [pronuncia n. 67](#), la Consulta non cedeva alla tentazione di estendere il parametro del giudizio, ma mostrava tutta la sua deferenza alla Corte di

¹³⁵ Espressione di A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Quad. cost.*, 1/2018, 150 ritenuto il “padre putativo” della [sent. n. 269/2017](#), nonostante la firma del giudice redattore porti un altro nome, ovvero quello di Marta Cartabia.

¹³⁶ ... «riconciliando a forza precetti normativi tra di loro incompatibili», o – peggio – non facendo «gli opportuni e necessari riferimenti alla Carta dell'Unione in vicende processuali nel corso delle quali pure ad essa è fatto esplicito richiamo, puramente e semplicemente ignorandola o aggirandola»: così A. RUGGERI, *Dopo la sent. n. 269 del 2017 della Consulta sarà il legislatore a far da paciere tra le Corti?*, in questa *Rivista*, *Studi 2018/I*, 158. Tale reazione da parte dei giudici comuni veniva ipotizzata, per la prima volta, da A. RUGGERI, *Corte europea dei diritti dell'uomo e giudici nazionali, alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale (tendenze e prospettive)*, in *Osservatorio AIC*, 1/2018, 5 febbraio 2018, 10 ss. e, successivamente, condivisa da V. PICCONE, *A prima lettura della sentenza della Corte di cassazione n. 4223 del 21 febbraio 2018. L'interpretazione conforme come strumento di “sutura” post Corte costituzionale n. 269/2017*, in *Diritti Comparati*, 1/2018, 306 ss. Sull'argomento che occupa, a livello generale, è d'obbligo il richiamo a G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano, 2006.

¹³⁷ Cfr. R. PALLADINO, *Rapporti tra ordinamenti e cooperazione tra corti nella definizione di un “livello comune di tutela” dei diritti fondamentali. Riflessioni a seguito dell'ordinanza 182/2020 della Corte costituzionale*, cit., 93.

¹³⁸ ... che sembrano, ormai, delinearci come effetti del più volte citato *obiter dictum*.

¹³⁹ ... le cui immediate reazioni, in risposta alla [sent. n. 269/2017](#), furono ferme ed immediate, rivendicando a sé la competenza a pronunciarsi, dietro rinvio pregiudiziale, su «di una questione di interpretazione del diritto dell'Unione anche nel caso in cui, nell'ambito del medesimo procedimento nazionale, la Corte costituzionale dello Stato membro di cui trattasi abbia valutato la costituzionalità delle norme nazionali alla luce delle norme di riferimento aventi un contenuto analogo a quello delle norme del diritto dell'Unione»: così Corte di giustizia, 20 dicembre 2017, *Global Starnet Ltd c. Ministero dell'Economia e delle Finanze e Amministrazione Autonoma Monopoli di Stato*, C-322/16, punto 26. Paragona tale scontro tra la Corte costituzionale e la Corte dell'Unione, svoltosi alla vigilia del Natale del 2017, ad «un incontro di fioretto» A. RUGGERI, *Ancora in tema di congiunte violazioni della Costituzione e del diritto dell'Unione, dal punto di vista della Corte di giustizia (Prima Sez., 20 dicembre 2017, Global Starnet)*, in *Diritti Comparati*, 1/2018, 268.

¹⁴⁰ In tal senso, anche, la *Relazione* del Presidente G. Amato sopra citata, in cui viene evidenziato che la Corte costituzionale «ha fatto sempre il possibile perché i potenziali conflitti con la Corte di giustizia venissero risolti non erigendo i cosiddetti controlimiti nazionali nei confronti del diritto europeo ma promuovendo noi stessi interpretazioni convergenti del diritto europeo».

giustizia, ponendosi nella prospettiva del primato del diritto UE¹⁴¹ ed alimentando il «fecondo “dialogo” tra le Corti»¹⁴². Nella seconda (come nella [ord. n. 182/2020](#) che l’ha preceduta), invece, l’atteggiamento della Corte costituzionale – pur volto alla “massimizzazione delle tutele” – è espressivo della volontà di voler affermare, «in modo energico, risoluto e fiero»¹⁴³, il “proprio” primato, ovvero «il compito di assicurare una tutela sistemica, e non frazionata, dei diritti presidiati dalla Costituzione, anche in sinergia con la Carta di Nizza, e di valutare il bilanciamento attuato dal legislatore»¹⁴⁴.

L’oscillante equilibrio del sistema così descritto è retto grazie all’utilizzo, ormai costante¹⁴⁵, del rinvio pregiudiziale, vera e propria chiave di volta dell’edificio europeo¹⁴⁶.

Non è, infatti, un caso che le sentenze sopra citate siano state entrambe precedute dal ricorso a tale istituto, fondamentale per «disinnescare i potenziali conflitti tra le Corti»¹⁴⁷.

Grazie ad un dialogo leale e costruttivo è possibile garantire la costante comunicazione tra quei vasi, evitando che gli stessi “trabocchino”, ed al contempo che possano far compiere un passo in avanti nella tutela dei diritti.

È, infatti, questo il fine ultimo della partita: sono i diritti fondamentali a dover essere tutelati ed inverati, in un rapporto di «mutua implicazione e feconda integrazione»¹⁴⁸ tra le garanzie europee ed i precetti costituzionali, senza ovviamente dimenticare la CEDU.

Nonostante le (evidenti) criticità manifestate a commento dei recenti arresti del giudice costituzionale ed europeo, il bilancio che emerge sembra essere, in ogni caso, positivo nel segno di un avanzamento complessivo della tutela dei diritti a prestazione sociale degli stranieri; provando, infatti, a collocare sistematicamente le [sentt. nn. 54](#) e [67](#) – e le relative pronunce rese in sede pregiudiziale – nel più ampio quadro della giurisprudenza nazionale ed europea, in dialogo tra loro, sembrano magicamente comporsi le tessere di un intricato *puzzle*.

È la *jurisprudence des petits pas*¹⁴⁹ che, attraverso «aggiustamenti cautamente ed opportunamente fatti a piccoli passi e sempre presentati nel segno della continuità»¹⁵⁰, in realtà, sta lentamente costruendo il progetto europeo.

Riavvolgendo il nastro della storia, la visione che ci viene consegnata è quella di una goccia che scava la pietra¹⁵¹: la paziente opera della Corte di giustizia¹⁵² e l’atteggiamento cooperativo della

¹⁴¹ Tale confronto in B. NASCIMBENE, I. ANRÒ, *Primato del diritto dell’Unione europea e disapplicazione. Un confronto fra Corte costituzionale, Corte di cassazione e Corte di giustizia in materia di sicurezza sociale*, cit., par. 6.

¹⁴² Cfr. A. RUGGERI, [Alla Cassazione restia a far luogo all’applicazione diretta del diritto eurounitario la Consulta replica alimentando il fecondo “dialogo” tra le Corti \(a prima lettura della sent. n. 67/2022\)](#), cit.

¹⁴³ Espressione – in realtà a commento della [ord. n. 182/2020](#), ma applicabile anche alla [sent. n. 54/2022](#), che ne rappresenta il seguito – di A. TORRICE, *Siglata la pace tra Corte di giustizia e Corte costituzionale sul difficile terreno della sicurezza sociale*, cit., par. 7.

¹⁴⁴ Punto 10 del *cons. in dir.* [sent. n. 54/2022](#).

¹⁴⁵ Lo evidenzia B. SBORO, *Ancora in tema di assegni di natalità e maternità: la sent. 54 del 2022 della Corte costituzionale dopo il verdetto della Corte di giustizia*, cit., 2 la quale riscontra, a partire dal 2017, «un atteggiamento particolarmente collaborativo della Consulta con la Corte di Giustizia».

¹⁴⁶ Si rinvia *supra* alla nota 49.

¹⁴⁷ In tal senso si veda S. CATALANO, *Doppia pregiudizialità: una “svolta” opportuna della Corte costituzionale*, in [federalismi.it](#), 10/2019, 22 maggio 2019, 31. Della medesima opinione, anche, F. FERRARO, V. CAPUANO, *Bonus bebè e assegno di maternità: convergenza tra Corti e Carte in nome della solidarietà*, cit., 5.

¹⁴⁸ Punto 3.2 *cons. in dir.* [ord. n. 182/2020](#).

¹⁴⁹ Fortunata espressione di G. GENTILE, M. BONELLI, *La jurisprudence des petits pas: C-561/19, Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi and Catania Multiservizi*, in [REALaw.blog](#), 26 novembre 2021

¹⁵⁰ Lo aveva fatto già attentamente notare A. RUGGERI, *La Corte costituzionale “equilibrata”, tra continuità e innovazione, sul filo dei rapporti con la Corte EDU*, in [I quaderni europei](#), 36/2011, 10.

¹⁵¹ ... secondo il noto brocardo latino *gutta cavat lapidem*.

¹⁵² La quale ha provveduto, sin da subito, a colmare la iniziale assenza di qualsiasi riferimento in tema di tutela dei diritti fondamentali, provvedendo ugualmente alla tutela degli stessi a partire dalla storica sentenza Corte di giustizia, 12 novembre 1969, [Erich Stauder c. città di Ulm-Sozialamt](#), C-29/69. Lo ricorda, di recente, V. CASAMASSIMA, *I diritti fondamentali europei tra processi di positivizzazione normativa e ruolo dei giudici (e della politica). Riflessioni intorno ad alcuni recenti sviluppi in materia di rapporti tra Corte costituzionale, Corte di Giustizia e giudici comuni*, in [Rivista AIC](#), 3/2019, 10 luglio 2019, spec. 413 ss.

Corte costituzionale – proprio come emblematicamente avvenuto nelle pronunce in questa sede commentate – sono riusciti a porre, pur tra accelerazioni e rallentamenti, i diritti fondamentali al fulcro della integrazione fra ordinamenti¹⁵³.

¹⁵³ Si condivide l'opinione di V. PICCONE, *A prima lettura della sentenza della Corte di cassazione n. 4223 del 21 febbraio 2018. L'interpretazione conforme come strumento di "sutura" post Corte costituzionale n. 269/2017*, cit., 307.

Federico Girelli

L' "ordinanza Cappato" e il fattore tempo nella giustizia costituzionale*

ABSTRACT: *The ordinance n. 207 of 2018 of the Constitutional Court inaugurates an entirely new decision-making technique. It does not simply contain a warning addressed to the legislator but punctually identifies the illegitimacy profiles of the contested legislation and establishes a deadline within which the legislator can remedy the defects found. In other words, it outlines the contents of the decision that will be adopted in the event of inaction by the legislator. Therefore, constitutional justice is rendered "in two steps": once the term elapsed, the Court decides definitively since the legislator did not use of the time he had.*

SOMMARIO: 1. Il tempo quale tratto qualificante di una nuova tecnica decisoria. – 2. I fatti e l'esigenza di lasciare (*rectius* assegnare) al Parlamento il tempo di provvedere. – 3. Un'ordinanza col contenuto di una sentenza. – 4. Un "rinvio decisorio". – 5. Alla (ripetuta) ricerca del dialogo col legislatore.

1. Il tempo quale tratto qualificante di una nuova tecnica decisoria.

Se solo si pone mente al fatto che «l'influenza che il tempo esercita sui rapporti giuridici non si presenta davvero inferiore a quella che esso fa sentire su tutte le cose umane»¹, ben si comprende come il fattore tempo sia di sicuro rilievo anche nell'ambito della giustizia costituzionale.

Del resto, la dottrina già ha indagato in modo specifico la «dimensione temporale dell'invalidità della legge»² ed anche di recente si è spinta ad interrogarsi sul «tempo come elemento dell'interpretazione costituzionale»³.

Ed è proprio il tempo a rappresentare l'elemento qualificante della tecnica decisoria che qui s'intende analizzare, in ragione dell'uso che in maniera del tutto nuova, inedita sinora, la Corte costituzionale ha fatto del tempo medesimo.

L'[ordinanza n. 207 del 2018](#) costituisce una delle "tappe" di un percorso non poco tormentato, considerate la drammaticità della vicenda umana, la complessità e la delicatezza delle questioni con cui si sono dovuti confrontare sia i giudici comuni sia la Corte costituzionale nel cosiddetto «caso Cappato-Antoniani»⁴.

Nell'ambito di competenza del Giudice delle leggi ha rappresentato, com'è noto, il preludio alla [sentenza n. 242 del 2019](#), con cui la Consulta si è risolta finalmente ad esercitare l'«interpretazione decisoria», a lei riservata⁵, confermando in buona sostanza quanto "preannunciato" nell'ordinanza in commento: non a caso si è parlato in proposito di «*decisione in due tempi*»⁶.

In verità con l'[ordinanza n. 207 del 2018](#) la decisione viene "sospesa": si fa in modo che gli effetti di una decisione presa nella sostanza non si producano immediatamente.



¹ Così W. D'AVANZO, *La prescrizione in materia civile*, in *Enciclopedia Giuridica Italiana*, XIII, parte II, s.d. (ma 1940), 707-708.

² Vedi M. RUOTOLO, *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, Padova, 2000. Sulla modulazione nel tempo degli effetti delle decisioni della Corte costituzionale vedi, da ultimo, C. CHIARIELLO, *Le nuove frontiere della discrezionalità valutativa della Corte costituzionale: la tollerabilità della normativa illegittima*, in *Nomos*, Anticipazioni al n. 1/2022.

³ Vedi A. LONGO, *Tempo, Interpretazione, Costituzione. Vol. I. Premesse teoriche*, II edizione, Napoli, 2016.

⁴ Vedi G. D'ALESSANDRO E O. DI GIOVINE (curr.), *La Corte costituzionale e il fine vita. Un confronto interdisciplinare sul caso Cappato-Antoniani*, Torino, 2020.

⁵ F. MODUGNO, *Sull'interpretazione costituzionalmente conforme*, in A. Cerri, P. Häberle, I. M. Jarvad, P. Ridola, D. Schefold (curr.), *Il diritto fra interpretazione e storia*, Liber amicorum in onore di Angel Antonio Cervati, Tomo III, Roma, 2010, 355.

⁶ Così la Presidente della Corte costituzionale M. CARTABIA nella [Relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2019](#), 10; definizione prescelta anche da R. ROMBOLI, *Il nuovo tipo di decisione in due tempi ed il superamento delle «rime obbligate»: la Corte costituzionale non terza, ma unica camera dei diritti fondamentali?* in *Foro it.*, 2020, I, 2565 ss.

2. *I fatti e l'esigenza di lasciare (rectius assegnare) al Parlamento il tempo di provvedere.*

Per meglio comprendere allora questo singolare *modus operandi* giova pur brevemente richiamare i fatti che hanno portato all'intervento della Corte costituzionale, nonché i passaggi dell'ordinanza che in ultima analisi ne connotano la peculiarità.

Non poco deve aver inciso nelle determinazioni e del giudice comune e della Corte costituzionale la condizione di estrema sofferenza in cui versava Fabiano Antoniani ed il suo grado di consapevolezza quando ha richiesto la collaborazione di Marco Cappato per togliersi la vita; così come determinante dev'esser stata la concreta dinamica dei fatti⁷: Marco Cappato, solo dopo aver prospettato a Fabiano Antoniani l'alternativa di sottoporsi in Italia alla sedazione profonda, per poter così interrompere la ventilazione e l'alimentazione artificiali, e aver constatato il suo fermo convincimento di volersi comunque recare in Svizzera per procedere al proprio suicidio assistito, si è reso disponibile ad accompagnarlo in automobile presso la struttura prescelta; inoltre, una volta ritornato in Italia, Marco Cappato si è «autodenunciato ai carabinieri»⁸.

Ne è seguito il procedimento penale che ha visto Marco Cappato imputato avanti alla Corte d'assise di Milano del reato di cui all'art. 580 c.p. «per aver rafforzato il proposito di suicidio» di Fabiano Antoniani e «per averne agevolato l'esecuzione»⁹. La Corte d'assise ha allora sollevato questione di legittimità costituzionale della citata disposizione codicistica «sotto due distinti profili»: veniva censurato sia il suo «perimetro applicativo», in quanto essa incrimina «anche le condotte di aiuto al suicidio che non abbiano contribuito a determinare o a rafforzare il proposito della vittima», sia «il trattamento sanzionatorio riservato a tali condotte», poiché contempla «la medesima, severa pena prevista per le più gravi condotte di istigazione»¹⁰.

La Consulta nell'[ordinanza n. 207 del 2018](#), respinte le eccezioni di inammissibilità¹¹, si diffonde in una approfondita motivazione nel merito delle questioni sottopostele per concludere che, se anche la tesi del giudice *a quo*, «nella sua absolutezza, non può essere condivisa»¹², in quanto di per sé «l'incriminazione dell'aiuto al suicidio non può essere ritenuta incompatibile con la Costituzione»¹³, il «divieto assoluto di aiuto al suicidio» costituisce comunque un «vulnus» a diversi principi costituzionali¹⁴.

Eppure, la Corte reputa di «non poter porre rimedio, almeno allo stato», alla accertata incostituzionalità, poiché va scongiurato il rischio che resti «del tutto priva di disciplina legale la prestazione di aiuto materiale ai pazienti [...] in un ambito ad altissima sensibilità etico-sociale e rispetto al quale vanno con fermezza preclusi tutti i possibili abusi». La materia, infatti, esige «delicati bilanciamenti» (puntualmente indicati dalla Corte) che «restano affidati, in linea di principio, al Parlamento»¹⁵.

La Consulta, quindi, ricorda come sinora in «situazioni analoghe» ha pronunciato una sentenza d'inammissibilità della questione, rivolgendo un monito al legislatore perché intervenisse onde rimuovere «il vulnus costituzionale riscontrato». In caso di inerzia del legislatore, se nuovamente

⁷ Del resto, da tempo, anche del giudizio di legittimità costituzionale delle leggi, astratto per definizione, si è detto avere una sua «irriducibile concretezza»: G. REPETTO, *La detenzione domiciliare può essere concessa anche alla madre di figlio disabile, ovvero l'irriducibile concretezza del giudizio incidentale*, in *Giur. cost.*, 2004, 754 ss. A riguardo vedi G. MONACO, *La concretezza del giudizio incidentale sulle leggi. Il ruolo delle parti innanzi alla Corte costituzionale*, Milano, 2016.

⁸ [Corte cost. ord. n. 207 del 2018](#), n. 1 del *Ritenuto in fatto*.

⁹ [Corte cost. ord. n. 207 del 2018](#), n. 1 del *Ritenuto in fatto*.

¹⁰ [Corte cost. ord. n. 207 del 2018](#), n. 1 del *Considerato in diritto*.

¹¹ [Corte cost. ord. n. 207 del 2018](#), nn. 2 e 3 del *Considerato in diritto*.

¹² [Corte cost. ord. n. 207 del 2018](#), n. 4 del *Considerato in diritto*.

¹³ [Corte cost. ord. n. 207 del 2018](#), n. 8 del *Considerato in diritto*.

¹⁴ [Corte cost. ord. n. 207 del 2018](#), nn. 9 e 10 del *Considerato in diritto*.

¹⁵ [Corte cost. ord. n. 207 del 2018](#), n. 10 del *Considerato in diritto*.

adita, la Corte provvedeva alla declaratoria d'incostituzionalità. Questa «tecnica decisoria» comporta, però, che la disciplina incostituzionale resti «in vita», e possa quindi continuare ad esser applicata, e che l'eventuale dichiarazione d'incostituzionalità sopravvenga comunque «a notevole distanza di tempo». Ma tutto ciò «non può considerarsi consentito nel caso in esame, per le sue peculiari caratteristiche e per la rilevanza dei valori da esso coinvolti», pertanto il Giudice delle leggi, «facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale», dispone il rinvio del giudizio «fissando una nuova discussione delle questioni di legittimità costituzionale all'udienza del 24 settembre 2019, in esito alla quale potrà essere valutata l'eventuale sopravvenienza di una legge che regoli la materia in conformità alle segnalate esigenze di tutela»¹⁶. Questo tipo di “decisione” fa sì che il giudizio *a quo* resti sospeso e che altre corti di merito possano eventualmente valutare la rilevanza e la non manifesta infondatezza di questioni relative all'art. 580 c.p. alla luce delle statuizioni contenute in quest'ordinanza di rinvio.

La Corte costituzionale, dunque, considerate le scelte che «anzitutto il legislatore è abilitato a compiere» per via dell'«incrocio di valori di primario rilievo» coinvolti nella questione in esame, con «spirito di leale e dialettica collaborazione istituzionale» decide (questa volta, sì, è il caso di dirlo) di «lasciare al Parlamento ogni opportuna riflessione e iniziativa»¹⁷, ovvero sia di lasciare al Parlamento *il tempo* di provvedere.

3. Un'ordinanza col contenuto di una sentenza.

Che quella in esame non sia una comune ordinanza emerge già sul piano formale: è infatti strutturata nelle due parti ben distinte del «*Ritenuto in fatto*» e del «*Considerato in diritto*» secondo lo schema tipico delle sentenze, diversamente quindi dalla ben più “agile” articolazione propria delle ordinanze¹⁸.

Una scelta “stilistica” simile (non identica) era stata fatta in precedenza in occasione nella redazione dell'[ordinanza n. 24 del 2017](#), con cui la Corte costituzionale aveva sollevato questione pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia dell'Unione europea. Qui la motivazione della decisione, a differenza delle comuni ordinanze, era stata raccolta in un unico (articolato) «*Ritenuto in fatto e considerato in diritto*», secondo un modello che non certo ripeteva, ma senz'altro evocava, la struttura delle sentenze. Cruciale appare il fatto che la Corte si fosse preoccupata di riuscire a «preservare l'identità costituzionale della Repubblica italiana» senza compromettere al contempo «le esigenze di uniforme applicazione del diritto dell'Unione»¹⁹. Erano in gioco, infatti, i cosiddetti “controlimiti” ossia gli «elementi identificativi dell'ordinamento costituzionale»²⁰, e per ciò solo irrinunciabili, che, anzi, allora la Corte non fece mistero di esser pronta ad attivare a fronte della *primauté* del diritto eurounitario²¹.

Una caratterizzazione del testo dell'ordinanza, che quasi l'attrae nell'orbita del *genus* sentenza, sembrerebbe dunque prescelta quando la Consulta pare aver preso in sostanza già posizione su di un *thema* particolarmente delicato, ma debba necessariamente riversare le sue argomentazioni in un provvedimento con il *nomen* di ordinanza per via della “fase” processuale in cui viene adottato e della funzione cui lo s'intende destinare.

¹⁶ Legge che, com'è noto, non è stata approvata tanto che la Corte costituzionale ha poi pronunciato la [sentenza n. 242 del 2019](#), su cui vedi *infra* § 4.

¹⁷ Vedi [Corte cost. ord. n. 207 del 2018](#), n. 11 del *Considerato in diritto*.

¹⁸ M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in [Rivista AIC](#), n. 2/2019, 655, rileva che nell'[ordinanza n. 207 del 2018](#) è stato adottato «lo schema tipico di redazione della sentenza».

¹⁹ Vedi [Corte cost. ord. n. 24 del 2017](#), n. 8 del *Ritenuto in fatto e considerato in diritto*.

²⁰ Così si esprime [Corte cost. n. 238 del 2014](#), n. 2.1 del *Considerato in diritto*.

²¹ M. LUCIANI, *Intelligenti pauca. Il caso Taricco torna (catafratto) a Lussemburgo*, in *Giur. cost.*, 2017, reputa che si tratti di un'ordinanza dotata di una «netta motivazione» (537), ove la Corte costituzionale si è espressa «a chiare lettere» (548).

Tutto ciò nell'[ordinanza n. 207 del 2018](#) è particolarmente evidente: «il modo puntuale e dettagliato con cui la Corte ha dovuto e voluto soffermarsi sui vari profili di un tema estremamente delicato ha reso necessario organizzare l'ordinanza come se fosse una sentenza»²².

Si tratta, quindi, di un atto senz'altro interlocutorio che esibisce, però, elementi formali che di norma contraddistinguono un provvedimento decisorio volto a chiudere il giudizio. Ed è altresì innegabile che anche nel contenuto di questa singolarissima ordinanza siano presenti non pochi «elementi decisori». La sua singolarità, anzi, sta proprio nel fatto di consistere in una vera e propria decisione anticipata o, se si vuole, in un annuncio di decisione, avente pur tuttavia la forma di un'ordinanza di mero rinvio²³: si tratta cioè di «un'ordinanza processuale che, se nella parte motiva accerta l'incostituzionalità del divieto assoluto di aiuto al suicidio, non la dichiara nella parte dispositiva, che rinvia anzi la trattazione della questione»²⁴.

L'andamento argomentativo è quello proprio di una sentenza, di un provvedimento diretto appunto a chiudere il giudizio, non a lasciarlo aperto: il punto è che, sebbene il *decisum* si risolva nel rinvio dell'udienza a data certa, questa scelta è sorretta da una motivazione così ampia e articolata da rivelarsi idonea a sostenere (in astratto) una decisione nel merito²⁵.

Come sopra ricordato, in questa fase interlocutoria addirittura vengono già rigettate le eccezioni di inammissibilità prospettate, per poi obiettivamente scendere nel merito della questione di costituzionalità.

4. Un «rinvio decisorio».

Nel «*Considerato in diritto*» si può leggere per la verità la motivazione pressoché completa di una sentenza d'accoglimento (manipolativa), che però allo stato si reputa di dover rinviare, per dare tempo al legislatore di intervenire in una materia così complicata e che, invero, implica un non ristretto margine di scelta fra le alternative possibili. Resta fermo, in ogni modo, che l'incostituzionalità della normativa censurata viene in effetti accertata, seppure non (ancora) dichiarata²⁶.

L'apparato argomentativo pare sorreggere due decisioni: quella nel merito (d'incostituzionalità) e quella del rinvio. Meglio: sembra di trovarsi di fronte ad una motivazione ancipite, ove le

²² Così L. PESOLE, *L'intento della corte costituzionale nell'ordinanza sul caso Cappato*, in *Giur. cost.*, 2018, 2872.

²³ Parla di «ordinanza anticipatrice di incostituzionalità» G. REPETTO, *Interventi additivi della Corte costituzionale e ragionevolezza delle scelte legislative in un'ordinanza anticipatrice di incostituzionalità*, in *Giur. cost.*, 2018, 2487 ss. Secondo R. ROMBOLI, *Il «caso cappato»: una dichiarazione di incostituzionalità «presa, sospesa e condizionata», con qualche riflessione sul futuro della vicenda*, in *Foro it.*, 2019, I, 1892, § 2, la «particolarità consiste nel fatto di essere una dichiarazione di incostituzionalità contenuta in un provvedimento interlocutorio, tale pertanto da non chiudere il giudizio, come invece normalmente accade per le dichiarazioni di incostituzionalità».

²⁴ Così C. TRIPODINA, *Sostiene la Corte che morire all'istante con l'aiuto d'altri sia, per alcuni, un diritto costituzionale. Di alcune perplessità sull'ord. 207/2018*, in *Giur. cost.*, 2018, 2476.

²⁵ P. CARNEVALE, *Incappare in... Cappato. Considerazioni di tecnica decisoria sull'ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale*, in questa *Rivista, Studi 2019/II*, 371: «Ad essere decisamente nuova è la scelta di accompagnare il rinvio con una motivazione nel merito assai ricca, articolata ed approfondita che testimonia di una trattazione della questione che, più che rinviata, appare in realtà già, in buona misura, anticipata, ancorché suscettibile di essere, in certo qual senso, compiuta di nuovo all'atto della ripresa autunnale».

²⁶ Si esprime in termini di «incostituzionalità prospettata» il Presidente della Corte costituzionale G. LATTANZI nella *Relazione sull'attività svolta nell'anno 2018*, 12-13, mentre di «incostituzionalità differita» parla M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in *Questione Giustizia*, 19/11/2018. È stato altresì rilevato che l'«ordinanza Cappato» sarebbe «una sorta di “pronuncia di Frankenstein”» in quanto riunirebbe nella sua motivazione «elementi di diverse tipologie di decisioni “classiche” della Corte costituzionale»: cfr GIU. SERGES, *E se il caso Cappato fosse risolto con un accoglimento interpretativo transitorio? Prime riflessioni interlocutorie sulla possibile delimitazione degli effetti temporali delle pronunce interpretative della corte costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2019, III, 37.

argomentazioni sul merito e sul rito, reciprocamente implicantesi, risultano insieme serventi la decisione di rinvio che la Corte ha prescelto di adottare²⁷.

L'intento (dichiarato), in fondo, era di consentire al legislatore di regolare la materia, evitando però che *medio tempore* una normativa riconosciuta incostituzionale continuasse a trovare applicazione; e se naturalmente il giudizio *a quo* è rimasto sospeso, in attesa della decisione definitiva della Corte, il tenore della motivazione dell'ordinanza era tale che ben difficilmente altri giudici chiamati ad applicare l'art. 580 c.p. non avrebbero potuto dubitare della sua legittimità con conseguente sospensione anche del proprio giudizio e rimessione degli atti alla Consulta²⁸.

Il rinvio, inoltre, ha anche consentito che questa delicata materia non restasse “sguarnita” ossia, per usare le parole della stessa Corte costituzionale, ha scongiurato «possibili vuoti di tutela di valori, anch'essi pienamente rilevanti sul piano costituzionale»²⁹.

Il punto, però, è che l'atteso, invocato intervento legislativo non c'è stato; il legislatore non ha messo a frutto il tempo che aveva a disposizione e così la Corte costituzionale ha pronunciato la [sentenza n. 242 del 2019](#), ove, nonostante «qualche ombra sulla *coherence* argomentativa delle due pronunce», nella sostanza vengono confermate le «dense premesse» dell'[ordinanza n. 207 del 2018](#)³⁰.

L'incostituzionalità così finalmente dichiarata (pur nella complessità del dispositivo della sentenza)³¹ non poteva in ogni modo darsi per scontata anche a fronte della sua nitida prospettazione effettuata nell'[ordinanza del 2018](#). Non mancano, infatti, nella giurisprudenza costituzionale precedenti di inattesi “cambiamenti di rotta”. Si pensi, ad esempio, a quando nella [sentenza n. 120 del 2014](#) la Consulta sembrava incline, se adita nella giusta sede del conflitto di attribuzione fra poteri dello Stato, a censurare i profili problematici dell'autodichia delle Camere del Parlamento, ma poi con la successiva [sentenza n. 262 del 2017](#) ha invece “salvato” l'istituto in parola.

Quel che è certo è che l'ordinanza in commento in ragione delle sue peculiarità ed anche nella sua relazione con la [sentenza n. 242 del 2019](#) rappresenta una tecnica decisoria del tutto inedita, «senza precedenti» nel quadro della giurisprudenza costituzionale italiana³², tanto che la sua «qualificazione giuridica [...] è stato uno dei punti dove sono maggiormente emersi contrasti»³³.

Come s'è visto, questo *modus decidendi* non rientra nel modello del binomio sentenza monito- (eventuale) sentenza d'incostituzionalità; nemmeno siamo di fronte al susseguirsi di una sentenza interpretativa di rigetto e di una sentenza interpretativa di accoglimento, secondo il tradizionale schema della “doppia pronuncia”, e neanche ricorre quel particolarissimo caso di «*super* doppia pronuncia», ove ad una sentenza interpretativa di rigetto è seguita un'ordinanza di manifesta

²⁷ C. MASCIOTTA, *Innovazioni procedurali e “nuovi diritti”: i chiaroscuri dell'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in [federalismi.it](#), n. 6/2019, 12, rileva che il «carattere innovativo della decisione consta nel fatto che il rinvio della discussione è per la prima volta giustificato da ragioni di merito e non, come in passato, da motivi processuali».

²⁸ L'«ordinanza di rimessione è necessaria, ove sussista un ragionevole dubbio di costituzionalità, non potendo il giudice limitarsi a sospendere il processo che innanzi a lui pende in attesa della decisione della Corte», così A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, Napoli, 2019, 146. Resta fermo, in ogni modo, che la remissione degli atti alla Consulta non può considerarsi «obbligatoria», ma «meramente eventuale o, diciamo pure, *auspicabile*», poiché il «sistema di giustizia costituzionale in via incidentale [...] contempla il caso di questioni inammissibili ovvero infondate, non già quello opposto di *questioni doverosamente prospettabili*»: cfr. A. RUGGERI, *Venuto alla luce alla Consulta l'ircocervo costituzionale (a margine della ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato)*, in questa *Rivista*, [Studi 2018/III](#), 574.

²⁹ Vedi [Corte cost. ord. n. 207 del 2018](#), n. 11 del *Considerato in diritto*.

³⁰ Vedi G. D'ALESSANDRO, *La Corte costituzionale e lo “strano caso” della decisione in due tempi della vicenda “Cappato-Antoniani” sull'aiuto al suicidio*, in G. D'Alessandro e O. Di Giovine (curr.), *La Corte costituzionale e il fine vita. Un confronto interdisciplinare sul caso Cappato-Antoniani*, Torino, 2020, 132-133.

³¹ Sul punto vedi F. CIRILLO, *Nuovi diritti e nuovi doveri nelle questioni di fine vita? (a margine della sent. n. 242 del 2019)*, in [Osservatorio costituzionale](#), n. 3/2020, 566 ss.

³² Sul punto vedi C. PANZERA, *Esercizio sussidiario dei poteri processuali e discrezionalità legislativa nella recente giurisprudenza costituzionale*, in *Foro it.*, 2020, V, 127, § 3.

³³ Vedi A. RIDOLFI, *Un nuovo tipo di doppia pronuncia: la via italiana alla unvereinbarerklärung? (osservazioni su corte costituzionale, ord. n. 207/2018 e sent. n. 242/2019)*, in [Nomos](#), n. 3/2019, 3.

inammissibilità, quando la Corte è intervenuta sulla immunità degli Stati dalla giurisdizione in relazione ai crimini di guerra³⁴.

5. Alla (ripetuta) ricerca del dialogo col legislatore.

L'[ordinanza n. 207 del 2018](#) non dà solo un orientamento, una raccomandazione al legislatore, bensì anticipa una decisione, arrestandone per il momento gli effetti; indica altresì la data in cui verrà verificata l'eventuale attività legislativa, preannunciando di aver già riscontrato profili di illegittimità nella normativa in vigore.

Con quest'ordinanza, per così dire, la Corte ha "messo in mora" il legislatore³⁵ e a cagione della sua "mancata diligenza" ha essa stessa rimediato al «vulnus costituzionale riscontrato». Naturalmente lo ha fatto con i propri strumenti, che non sono certo quelli del legislatore (tanto che la stessa [sentenza n. 242 del 2019](#) non preclude, anzi esige, una compiuta disciplina della materia)³⁶, per dare la risposta ormai improcrastinabile alla domanda di giustizia costituzionale rivolta.

Il senso di questo nuovo modo di procedere è stato chiarito di recente dallo stesso Maestro, redattore di entrambe le decisioni. Con l'«ordinanza di rinvio della trattazione della questione a data fissa» si è data comunque al legislatore «la possibilità di esprimersi per primo» e si è cercato di evitare altresì che la disciplina ritenuta incostituzionale continuasse a trovare applicazione. Questa nuova tecnica decisoria, se è del tutto inedita sul piano interno, può tuttavia «vantare significative parentele sul piano comparatistico» e vuole rappresentare invero «una significativa tappa del processo di rafforzamento del dialogo tra legislatore e Corte»³⁷.

Resta da chiedersi se questo nuovo corso della ricerca di dialogo col legislatore da parte della Corte costituzionale potrà avere una qualche fortuna. Naturalmente solo col tempo si potrà rispondere a ragion veduta al quesito. Quel che è certo è che la Corte ha già adottato un'altra «ordinanza di rinvio della trattazione della questione a data fissa», la [n. 132 del 2020](#), anch'essa strutturata nelle due parti ben distinte del «*Ritenuto in fatto*» e del «*Considerato in diritto*»: anche in questo caso l'udienza

³⁴ In proposito sia consentito rinviare a F. GIRELLI, *La super doppia pronuncia: l'immunità degli Stati dalla giurisdizione per crimini internazionali in Italia non esiste*, in [federalismi.it-Focus Fonti](#), n. 1/2016.

³⁵ Vedi M. DONINI, *Il caso Fabo/Cappato fra diritto di non curarsi, diritto a trattamenti terminali e diritto di morire. L'opzione "non penalistica" della corte costituzionale di fronte a una trilogia inevitabile*, in *Giur. cost.*, 2018, 2855; ad avviso di A. MATTEONI, *Legittimità, tenuta logica e valori in gioco nelle "decisioni di incostituzionalità prospettata": verso un giudizio costituzionale di ottemperanza?*, in questa *Rivista, Studi*, 2021/II, 369, la Corte costituzionale avrebbe «messo in mora l'organo più libero di tutti: il Parlamento». Secondo A. GIUBILEI, *I confini mobili della funzione di garanzia costituzionale: l'incidenza del fattore temporale sulla scelta della tecnica decisoria nelle più recenti pronunce del giudice delle leggi*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 3/2019, 113, la Corte ha deciso di «"combinare" una pronuncia di incostituzionalità accertata ma non dichiarata con un contingentamento dei tempi a disposizione del legislatore»; per A. ANZON DEMMIG, *Un nuovo tipo di decisione di "incostituzionalità accertata ma non dichiarata"*, in *Giur. cost.*, 2018, 2463, con l'ordinanza si ha «la fissazione di un termine preciso per l'intervento del legislatore». Si è osservato altresì che, in ogni modo, da «una tale pronuncia, sul piano strettamente giuridico-costituzionale, non [...] possa scaturire alcun dovere del Parlamento di provvedere»: vedi G. RAZZANO, *Sulla relazione fra l'ordinanza 207/2018 della Corte costituzionale e il Parlamento*, in [Dirittifondamentali.it](#), n. 2/2019, 3; nello stesso senso R. PINARDI, *Il caso Cappato e la scommessa della Corte (riflessioni su un nuovo modello di pronuncia monitoria)*, in *Giur. cost.*, 2018, 2473.

³⁶ Sul punto vedi A. PIROZZOLI, *Il monologo della Corte costituzionale sull'aiuto al suicidio*, in G. D'ALESSANDRO e O. DI GIOVINE (curr.), *La Corte costituzionale e il fine vita. Un confronto interdisciplinare sul caso Cappato-Antoniani*, Torino, 2020, 365 ss., la quale altresì manifesta il timore che l'eventuale ulteriore inerzia del legislatore renda in realtà la sentenza n. 242 del 2019 emblema di «un monologo legislativo della Corte costituzionale» (368). Sul testo unificato di più progetti di legge, approvato dalla Camera dei deputati col nuovo titolo «Disposizioni in materia di morte volontaria medicalmente assistita» il 10 marzo 2022, ora all'esame del Senato della Repubblica (AS 2553), vedi le considerazioni critiche di A. RUGGERI, *Oscure e carenze della progettazione legislativa in tema di morte medicalmente assistita (prime notazioni)*, in questa *Rivista, Studi* 2022/I, 300 ss.

³⁷ Vedi F. MODUGNO, *Le novità della giurisprudenza costituzionale*, in *Lo Stato*, n. 14/2020, 124-126.

pubblica di discussione è stata rinviata «invano, come il tempo avrebbe dimostrato»³⁸. L'auspicato intervento legislativo, infatti, non c'è stato e quindi è stata adottata la [sentenza n. 150 del 2021](#) che espressamente ha affermato: «Con l'[ordinanza n. 132 del 2020](#), questa Corte ha già formulato una serie di valutazioni in ordine al thema decidendum, le quali debbono in questa sede essere integralmente confermate, e alle quali si salda, in consecuzione logica, l'odierna decisione»³⁹.

Si è osservato, in proposito, che così sarebbe stata data «la dimostrazione della volontà di consolidare un nuovo strumento»⁴⁰; e, in effetti, a tale «nuovo strumento» si è fatto poi ricorso ancora una volta con la pronuncia dell'[ordinanza n. 97 del 2021](#), che ha rinviato l'udienza al 10 maggio 2022, in quanto l'«accoglimento immediato delle questioni proposte [...] comporterebbe effetti disarmonici sulla complessiva disciplina in esame»⁴¹.

La tecnica del «rinvio decisorio», allora, può dirsi ormai acquisita all'«articolato “armamentario decisionale”»⁴² costruito nel tempo dalla Corte costituzionale: confidiamo che il dialogo che con essa s'intende promuovere sia fecondo.

³⁸ Vedi A. CARDONE, [Le ordinanze di rimessione, la definizione del thema decidendum e il decisum \[Pena detentiva per la diffamazione e funzione democratica della libertà di espressione: quid iuris oltre il caso della professione giornalistica?\]](#), in questa *Rivista*, [Studi 2022/I](#), 349.

³⁹ Vedi [Corte cost. n. 150 del 2021](#), n. 2 del *Considerato in diritto*. Reputa che la «concatenazione argomentativa» tra questa sentenza e l'ordinanza n. 132 del 2020 non sia poi «così solida» L. MADAU, *Fai domani quello che potresti fare oggi. Un raffronto tra l'ordinanza n. 132 del 2020 e la sentenza n. 150 del 2021*, in [Nomos. Le attualità nel diritto](#), n. 3/2021, 13.

⁴⁰ Sul punto D. MANELLI, [La diffamazione a mezzo stampa e il persistente dominio dell'inerzia legislativa nella tutela dei diritti. La Consulta perfeziona un nuovo caso di “incostituzionalità differita” con la sentenza n. 150 del 2021](#), in questa *Rivista*, [Studi 2022/I](#), 103.

⁴¹ Vedi [Corte cost. ord. n. 97 del 2021](#), n. 10 del *Considerato in diritto*. Sul «possibile “seguito”» di tale ultima decisione vedi quanto prefigurato da M. RUOTOLO, *Riflessioni sul possibile “seguito” dell'ord. n. 97 del 2021 della Corte costituzionale*, in [Sistema penale](#), 28 Febbraio 2022.

⁴² Vedi A. CELOTTO, F. MODUGNO, *La giustizia costituzionale*, in F. MODUGNO (cur.), *Diritto pubblico*, Quinta edizione, Torino, 2021, 809.

Antonio Ruggeri
I principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale
tra interpretazioni storicamente orientate e revisioni a finalità espansiva*

ABSTRACT: *The paper highlights the importance possessed by the historically oriented interpretation in order to grasp the essence of the fundamental principles of the constitutional order and therefore focuses on the need, expressed by the same principles in question, of their updating with the forms of constitutional revision where no longer the resources offered by interpretation help, in order to be able to assert oneself at best, under the objective conditions of the context. Finally, he focuses on the importance possessed by cultural habits widespread in the social body that vigorously push for the revision of the Charter, as was recently the case with the changes made to Articles 9 and 41.*

SOMMARIO: 1. La doppia faccia della Costituzione, il “detto” e il “non detto”, nelle varie forme in cui si articola e ripone nella memoria costituzionale, facendosi apprezzare in prospettiva assiologicamente orientata. – 2. La memoria dei fatti recenti e quella dei fatti remoti, la struttura internamente composta della identità costituzionale e la complessa questione teorica dei limiti alla revisione costituzionale, bisogna di essere nuovamente ripensata attribuendo il giusto rilievo, al fine della attivazione dei limiti stessi, a *consuetudini culturali* profondamente radicate nel corpo sociale ed aventi ad oggetto beni o interessi diffusamente considerati di primario rilievo dei quali si attende il necessario riscontro in Costituzione. – 2.1. Il carattere storicamente orientato della interpretazione costituzionale e i limiti alla revisione costituzionale usualmente visti come meramente negativi. – 2.2. Rilievi critici alla opinione corrente in tema di limiti alle innovazioni costituzionali, con riguardo ai casi in cui gli stessi principi fondamentali richiedano di essere adeguati ai tempi, alla luce di indicazioni risultanti da *consuetudini culturali* largamente diffuse e saldamente radicate nel corpo sociale. – 2.3. Le annose e vistose carenze del legislatore, il ruolo sussidiario svolto dal c.d. “dialogo” tra le Corti, la struttura della identità costituzionale, apprezzabile a pieno per effetto del congiunto ricorso al metodo storico ed a quello comparato. – 2.4. La ricerca di forme maggiormente avanzate di tutela dei diritti al piano della normazione, prima (e più ancora) che a quello della giurisdizione, e il rifacimento della trama normativa riguardante i principi fondamentali, in linea di continuità evolutiva rispetto al passato ed a finalità espansiva. – 3. Se l’innovazione dei principi fondamentali richieda di necessità la modifica dei primi dodici articoli della Carta e come si riconosca la posizione di nuovi principi. – 4. A mo’ di conclusione, con riguardo ai punti di maggior rilievo della riflessione svolta.

1. *La doppia faccia della Costituzione, il “detto” e il “non detto”, nelle varie forme in cui si articola e ripone nella memoria costituzionale, facendosi apprezzare in prospettiva assiologicamente orientata*

Anche la Costituzione, come la luna, ha una faccia nascosta: ciò che ai nostri occhi appare si presenta luminoso; ed è quanto in essa si dice, in specie nei suoi principi fondamentali che, secondo opinione corrente, della Costituzione stessa danno l’essenza, il “nucleo duro”¹, dando voce ai valori in nome dei quali, in una congiuntura storica particolarmente sofferta, è stata condotta la battaglia per l’abbattimento del vecchio ordine giuridico e l’edificazione sulle sue ceneri del nuovo, autenticamente nuovo, ispirato all’etica pubblica repubblicana mirabilmente espressa dai principi stessi nel loro fare “sistema”.

I principi, nondimeno, “parlano” non soltanto a mezzo di ciò che dicono ma anche di ciò che non dicono. Hanno, appunto, doppio volto: per un verso, descrivono i lineamenti di fondo della società e dello Stato, quindi ulteriormente precisati dalle regole sia sostantive che organizzative



¹ ... per riprendere una fortunata etichetta da tempo in uso (per tutti, v. AA.VV., *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, a cura di S. Staiano, Giappichelli, Torino 2006).

contenute nella stessa Carta, e, per un altro verso (e allo stesso tempo), definiscono *ex adverso* quelli rigettati e non più riproponibili. Riprendendo un'immagine largamente diffusa, la Carta offre il disegno del nuovo edificio, demandandone quindi la costruzione agli operatori istituzionali, col fattivo concorso della comunità tutta, chiamata essa pure a spendersi per la nuova opera alla cui messa in atto nessuno può sottrarsi, pur nella tipicità dei compiti e delle responsabilità.

Ora, è chiaro che, nel momento in cui il disegno consegna una certa immagine complessiva della Repubblica, è ad essa che occorre fare riferimento, nello sforzo collettivo volto alla sua realizzazione, non già ad altre immagini da quella palesemente discoste e, persino, frontalmente contrapposte.

Sia chiaro. Della Costituzione non può né predicarsi una idea di perfezione e compiutezza che oggettivamente non ha e – aggiungo – per suo strutturale limite non può avere né, all'opposto, è lecito svilirne il significato complessivo. Non dice, di certo, *tutto* e non dice, però, neppure *niente*. Si tratta, nondimeno, di stabilire dove si situi il giusto mezzo tra i corni estremi dell'alternativa suddetta.

Gli enunciati di esordio del libro costituzionale (non a caso, appunto, messi in testa e qualificati come espressivi di “principi fondamentali”) rendono subito l'idea del modello di società e di Stato che il Costituente aveva in mente; diciamo meglio, l'ideale generosamente coltivato di una società di uomini liberi (art. 2) ed eguali (art. 3), *effettivamente* eguali tra di loro, senza che tra gli stessi possa aversi discriminazione alcuna, in ispecie in base a taluni fattori storicamente penalizzanti; uomini laboriosi (artt. 1 e 4) e partecipi della cosa pubblica (ancora art. 1), tutti assieme, nel loro fare il popolo italiano, ponendosi quali detentori della sovranità il cui esercizio è, nondimeno, consentito unicamente nelle forme e nei limiti stabiliti dalla stessa Carta (sempre art. 1). Insomma (e in breve), una società in cui le differenze tra i suoi componenti siano (e debbano essere) viste come valore in sé e per sé, meritevoli perciò di essere promosse e salvaguardate, non già soffocate o strumentalmente utilizzate a finalità di emarginazione sociale. Una società i cui componenti godano di diritti inviolabili e siano, allo stesso tempo, chiamati all'adempimento di doveri inderogabili di solidarietà (art. 2), gli uni e gli altri parimenti caratterizzanti il nuovo ordine costituzionale e necessari al fine di assicurarne la integra trasmissione nel tempo. Una società ed uno Stato, infine, che fermamente vogliono crescere in un contesto finalmente pacificato (art. 11), dopo la tragedia immane della seconda grande guerra, e che intendono, per la loro parte, concorrere al mantenimento della pace stessa: un “bene assoluto” – come lo si è altrove qualificato² –, dal momento che dove non v'è pace non vi sono le condizioni essenziali perché diritti e doveri possano farsi valere e, per il loro tramite, possa farsi valere la Costituzione come “sistema” di valori fondamentali positivizzati nella sua intrezza³.

² ... nel mio Editoriale, dal titolo [La pace come bene assoluto, indisponibile e non bilanciabile, il diritto fondamentale a goderne e il dovere di preservarla ad ogni costo](#), in questa [Rivista](#), 27 febbraio 2022.

³ È di vitale importanza non perdere di vista la lezione della storia, col severo monito rivolto all'intera umanità a preservare – costi quel che costi – la pace, senza la quale è a rischio la sopravvivenza stessa del pianeta, perlomeno con i tratti che ad oggi lo caratterizzano. La brutale aggressione patita dalla Ucraina da parte della Russia ci richiama tutti a tornare a riflettere su questa lezione [v., al riguardo, gli Editoriali di G. AZZARITI, *La Costituzione rimossa*; M. DOGLIANI, *Amica Ucraina, sed magis amica veritas*, e M. VOLPI, *La guerra in Ucraina e il costituzionalismo democratico*, tutti in [Costituzionalismo.it](#), 1/2022, 17 marzo 2022, rispettivamente, I ss., VII ss. e XI ss., nonché il confronto di idee registratosi in occasione del seminario su *Democrazia e Costituzioni alla prova della guerra*, organizzato dall'Associazione Italiana dei Costituzionalisti e svoltosi presso l'Università del Piemonte Orientale il 16 marzo 2022, e *ivi*, part., i contributi di M. BENVENUTI, *Le conseguenze costituzionali della guerra russo-ucraina. Prime considerazioni*, in [Osservatorio costituzionale](#), 3/2022, 30 marzo 2022, e, nella stessa [Rivista](#), A. VEDASCHI, *Guerra e Costituzioni: spunti dalla comparazione*, 6 aprile 2022; B. PEZZINI, *Per un ordine della sovranità disarmata*, 7 aprile 2022; G. DE VERGOTTINI, *La Costituzione e il ritorno della guerra*, 7 aprile 2022; M. IOVANE, *Il conflitto ucraino e il diritto internazionale: prime osservazioni*, 7 aprile 2022; v., inoltre, AA.VV., *Guerra, Pace. Giustizia: le chiese protestanti e la guerra in Ucraina*, a cura di F. Ferrario, Ed. com nuovi tempi, Roma 2022; G. PISTORIO, *La cessione di armamenti alle Forze armate ucraine, tra interpretazioni costituzionalmente e internazionalmente conformi e (ir)regolarità costituzionali*, al sito dell'[Associazione Italiana dei Costituzionalisti](#), *La lettera*, aprile 2022; G. CUPERLO,

Questo è, dunque, il volto luminoso della Carta, l'ideale – si diceva – verso il quale tendere, pur nella consapevolezza che la realtà è da esso lontana, molto lontana, che il cammino da compiere in vista del raggiungimento della meta è ancora lungo e che, con ogni probabilità, alla meta stessa non si perverrà mai. Ciò che, però, conta è appunto muoversi nella direzione giusta, non già deviare dal solco linearmente tracciato nel figurino costituzionale o – peggio – andare nella direzione opposta.

Ora, la descrizione del fine verso il quale tendere si ha nella Carta a mezzo di espressioni assai contenute che, per loro vocazione, si aprono quindi a raggiera, prestandosi a plurime specificazioni-attuazioni all'interno di una gamma vastissima di opzioni astrattamente possibili, rimesse al discrezionale apprezzamento dei decisori di turno. In buona sostanza, è chiaro appunto il *fine*, il modello di società e di Stato da ricostruire sulle macerie lasciate dalla guerra e dal regime che se ne è reso responsabile, non pure lo sono i *mezzi* o, se si vuole, le *vie* da percorrere in vista del conseguimento della meta.

Cosa fare, insomma, per assicurare lavoro a chi non ce l'ha o per rimuovere gli ostacoli che non consentono ai componenti il gruppo sociale di essere effettivamente eguali o, ancora, per dar modo a tutti di partecipare al governo della cosa pubblica, ecc., è rimesso ai decisori politici che al riguardo dispongono di ambiti assai estesi entro i quali autodeterminarsi ed apprestare quindi le soluzioni di volta in volta ritenute maggiormente conducenti al fine.

C'è, dunque, un “non detto” costituzionale che si spiega nell'intento di ritagliare un'area – come si vede – particolarmente consistente a beneficio dei decisori politici; e in questo la Costituzione è coerente con se stessa, non spingendosi a prefigurare soluzioni attuative dei principi che restano naturalmente demandate ai decisori suddetti, dipendendo dal modo complessivo di essere dei contesti in cui esse s'inscrivono e fanno valere.

La Costituzione, insomma, preserva l'equilibrio che connota i suoi rapporti con la politica e gli operatori cui ne compete la definizione, ritagliando a beneficio di questi ultimi spazi non poco consistenti per estensione e profondità.

Non poco consistente è altresì l'area materiale rimessa all'autodeterminazione dei privati, sia *uti singuli* che (e soprattutto) nel loro aggregarsi in formazioni sociali per il cui tramite si concreta e rende emblematicamente manifesto il valore del pluralismo, nella sua più densa e qualificante accezione⁴.

C'è, però, anche un “non detto” rivelatore di lacune costituzionali⁵, alcune delle quali per vero originarie⁶, altre – la gran parte – invece sopravvenute⁷, il cui riscontro è messo in conto dalla

Ripudio della guerra, diritto alla difesa, ricerca di una soluzione mediata del conflitto, in [Questione Giustizia](#), 20 aprile 2022, e, nella stessa [Rivista](#), L. CASTELLINA, *La Guerra è brutta*, 21 aprile 2022, e L. FERRAJOLI, *Pacifismo e costituzionalismo globale*, 23 aprile 2022; T. MANZON, *La Spada Spirituale e la Spada Temporale: due visioni protestanti della guerra a confronto*, in [Giustizia Insieme](#), 23 aprile 2022 e, nella stessa [Rivista](#), M.T. COVATTA, *Guerre ataviche con mezzi moderni*, 26 aprile 2022; A. BULTRINI, *Alcune considerazioni di un giurista internazionalista sull'invasione dell'Ucraina*, 27 aprile 2022, e G. SAVAGNONE, *Una sconfitta per l'umanità*, 29 aprile 2022. Utili indicazioni, infine, dal convegno su *Consiglio d'Europa e Convenzione europea dei diritti umani. La Presidenza italiana del Comitato dei Ministri e le conseguenze della guerra in Ucraina nel contesto giuridico europeo*, Salerno 29 aprile 2022, nonché dai contributi che sono in [fuori collana](#), n. 2, maggio 2022].

⁴ Per strano che possa per più versi sembrare, non chiarita ancora oggi è la estensione dell'area in parola e quali dunque ne sono i confini: una questione, questa, di cruciale rilievo, sol che si pensi che dal modo con cui sia impostata e risolta dipendono le sorti della libertà e dell'autonomia individuale e collettiva e, per ciò stesso, la qualifica della validità ovvero della invalidità delle norme prodotte dai pubblici poteri, *sub specie* della loro ragionevolezza per il fatto di dare la disciplina di certi rapporti sociali (lungimiranti indicazioni sul tema sono in V. ANGIOLINI, *Costituente e costituito nell'Italia repubblicana*, Cedam, Padova 1995).

⁵ ... secondo quanto si è tentato di mostrare nel mio *Lacune costituzionali*, in [Rivista AIC](#), 2/2016, 18 aprile 2016; cfr. S. NICCOLAI, *Il Covid e le sue metafore*, in [Costituzionalismo.it](#), 1/2021, 22 giugno 2021, 238 ss.

⁶ Penso, ad es., per la parte organizzativa, ad alcuni degli organi componenti la compagine di governo, come i sottosegretari o i comitati interministeriali, di cui avrebbe potuto (e, forse, dovuto) farsi parola nella Carta, a motivo del ruolo di non secondario rilievo giocato in ordine allo svolgimento delle attività d'indirizzo politico ed amministrativo.

stessa Carta, tant'è che anche al fine di colmarle (e non soltanto di correggere il dettato originario) sono predisposte le procedure per l'aggiornamento della Carta stessa⁸.

Infine (ed è ciò che è qui di maggior rilievo), c'è un "non detto" che suona quale mancata ricezione e, talora, aperta contestazione dei principi posti a base della organizzazione e dell'azione statale del passato, ora perché ritenuti obsoleti ed ora in quanto ripudiati dalla Carta repubblicana nella sua interezza, prima ancora che nei suoi singoli enunciati, in ispecie appunto in quelli con i quali si dà, nel modo più diretto e genuinamente espressivo, voce ai valori fondanti la Repubblica.

La Costituzione custodisce – come si sa – la memoria degli eventi trascorsi che hanno segnato a fondo il corpo della società e dell'ordinamento, nonché degli istituti che ne hanno accompagnato i più salienti sviluppi⁹: memoria di cose buone e di cose cattive, recenti e non. Occorre, dunque, distinguere gli uni dagli altri materiali depositati nella memoria costituzionale e intendere in modo appropriato per ciascuno di essi sia le parole che i silenzi della Costituzione¹⁰, a seconda che si riportino a questa o quella ipotesi di "non detto" appena indicate, in ispecie alla prima ed alla terza: ora perché riconducibili al "mandato", cui si è dietro fatto cenno, indirizzato dal Costituente al legislatore ed agli operatori in genere per la complessiva specificazione-attuazione delle previsioni costituzionali¹¹, ed ora in quanto indicativi del rigetto manifestato nei riguardi di disposti normativi del passato non più riproponibili in quanto incompatibili con l'impianto complessivo dell'ordine repubblicano.

È chiaro che una puntuale ed analitica disamina dei singoli casi va ben oltre il ristretto orizzonte teorico coltivato da questo studio che si contenta unicamente di porre le basi per futuri approfondimenti delle sommarie indicazioni qui date. Su un paio di punti è, nondimeno, opportuno fermare rapidamente l'attenzione.

I principi fondamentali, proprio per il loro essere emblematicamente espressivi della identità costituzionale nella sua essenza, costituiscono un banco di prova particolarmente qualificato ed attendibile per siffatta disamina. Ciascun principio e tutti assieme – come si è accennato e si tenterà ora di precisare meglio – hanno doppio volto: luminoso, per la parte in cui descrivono *in positivo* i tratti più genuinamente caratterizzanti del nuovo ordine costituzionale, e oscuro, per la parte in cui lasciano intendere *in negativo* ciò che non si vuole più del passato ordinamento e della società che ne è stata governata. Talvolta, per vero, il rigetto si ha *expressis verbis*: così, per il ripudio della guerra e il concorso fermamente voluto alla costruzione di un ordine internazionale di pace, in

⁷ Penso, ad es., per la parte organizzativa, alla mancata menzione delle autorità amministrative indipendenti, il cui rilievo costituzionale è ormai innegabile, o, con riguardo ai principi fondamentali, ai quali si presta qui specificamente attenzione, all'assordante silenzio mantenuto in relazione all'appartenenza del nostro Stato all'Unione europea (e, prima ancora, alle Comunità europee), con gli effetti onnipervasivi da essa discendenti; e, ancora, al riferimento, esso pure carente, all'orientamento sessuale, unitamente al sesso, quale fattore di discriminazioni ad oggi – checché se ne dica da chi finge di non vedere – diffuse e radicate nel corpo sociale, e via dicendo.

⁸ ... che, nondimeno, per più d'una ragione si sono inceppate (come in occasione di talune riforme, ora più ed ora meno estese, tentate in passato e mai pervenute a buon fine) ovvero non sono state neppure attivate, nel mentre la disciplina della materia costituzionale si è avuta, peraltro in modo complessivamente inadeguato, a mezzo di leggi comuni, non già – come avrebbe invece dovuto essere – a prima battuta con legge costituzionale. Si è, dunque, assistito ad un tendenziale "declassamento" *quoad formam* della materia costituzionale, foriero di un complessivo squilibrio istituzionale, secondo quanto si tenterà di mostrare, per taluni aspetti, tra non molto.

⁹ Sul rilievo della memoria per il diritto costituzionale v., di recente, part., A. MASTROMARINO, in più studi, tra i quali, part., *Stato e Memoria. Studio di diritto comparato*, FrancoAngeli, Milano 2018, e, della stessa, *Stato e memoria. Riflessioni a margine della celebrazione del giorno della memoria*, in *Rivista AIC*, 1/2022, 11 gennaio 2022, 64 ss., nonché, se si vuole, i miei *Appunti per uno studio su memoria e Costituzione*, in questa *Rivista*, 2019/II, 345 ss., e *Notazioni sparse per uno studio su Stato costituzionale, memoria collettiva ed etica pubblica repubblicana*, in *Dirittifondamentali.it*, 1/2022, 30 gennaio 2022, 220 ss.

¹⁰ Sui silenzi della Costituzione, v., part., Q. CAMERLENGO, *Nel silenzio della Costituzione*, in *Dir. soc.*, 2/2014, 267 ss.

¹¹ Emblematica al riguardo, ancora una volta, la disciplina apprestata alle figure soggettive componenti la compagine di governo, di cui si è appena fatta menzione, ma molti altri esempi nel medesimo verso possono – com'è chiaro darsi – per entrambe le parti di cui si compone l'articolato costituzionale.

funzione del quale la Repubblica si dichiara pronta persino a patire limitazioni della sovranità, vale a dire del valore enunciato – non a caso – in apertura del libro costituzionale. Il più delle volte, però, il rigetto è implicito in ciò che è positivamente affermato: così, nel lapidario riconoscimento dei diritti inviolabili, cui fanno da *pendant* i doveri inderogabili di cui ciascun componente il gruppo sociale è gravato in funzione del mantenimento dell'ordine costituzionale e della sua integra trasmissione nel tempo. Dando voce ai valori transepocali e tendenzialmente universali di libertà ed eguaglianza¹², la Costituzione esibisce quanto di meglio in sé racchiude e ne qualifica la essenza. Non a caso, d'altronde, ne ho più volte discusso in termini di “*coppia assiologica fondamentale*”: gli enunciati che la esprimono, per ciò stesso, infatti anticipano ciò che è esplicitato in altri enunciati parimenti espressivi dei principi di base dell'ordinamento. E, invero, dove c'è libertà ed eguaglianza, c'è (e non può non esserci) anche partecipazione al governo della società, vale a dire democrazia (in ciascuna delle sue forme in tutte assieme¹³), e, ancora, rispetto delle minoranze di qualsivoglia colore e natura, ecc. Gli stessi principi di organizzazione, quale quelli di autonomia e di decentramento, si giustificano – è ormai provato – per il loro porsi in funzione servente nei riguardi della coppia suddetta; e così pure, insomma, è per ogni altro principio¹⁴.

La teoria costituzionale ci dice che i principi fondamentali, proprio perché tali, stanno (e non possono che stare) tutti sullo stesso piano; è giusto che sia così e non può che essere così: ammettere che vi sia anche un solo principio che si ponga su un piano diverso e superiore rispetto agli altri equivarrebbe, in tesi, a negare la “fondamentalità” dei principi recessivi, appuntandosi pertanto l'attributo in parola unicamente sul capo del principio “superfondamentale” o, diciamo pure, fondamentale *tout court*.

Resto, tuttavia, fermamente convinto da tempo (e vado, anzi, viepiù radicandomi nel convincimento) che un principio siffatto vi sia e che si rinvenga nella dignità della persona umana¹⁵, che poi ha la sua prima e più immediata espressione nel riconoscimento dei valori di cui si compone la coppia suddetta. È pur vero, però, che anche i principi restanti concorrono tutti, *in paritaria misura*, a reggere la società e l'ordinamento che, privati anche di uno solo di essi, si sfalderebbero e finirebbero con lo smarrire la loro stessa identità, privi dunque della capacità di trasmettersi integri nel tempo.

Il “non detto” e il “detto”, ciascuno per la propria parte e tutti assieme, ne danno conferma, rimarcando per ciò stesso il rilievo della memoria storica nel diritto e nell'esperienza costituzionale, di cui sono quindi chiamate a dare testimonianza l'interpretazione dei principi e le forme plurime e varie del loro invero nella pratica giuridica.

2. La memoria dei fatti recenti e quella dei fatti remoti, la struttura internamente composita della identità costituzionale e la complessa questione teorica dei limiti alla revisione costituzionale, bisognosa di essere nuovamente ripensata attribuendo il giusto rilievo, al fine della attivazione dei limiti stessi, a consuetudini culturali profondamente radicate nel corpo sociale ed aventi ad oggetto

¹² ... a riguardo delle cui mutue e inscindibili implicazioni, per tutti, v. G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari 2009; v., inoltre, utilmente, AA.VV., *Eguaglianza e discriminazioni nell'epoca contemporanea*, Ann. 2019, a cura dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Editoriale Scientifica, Napoli 2021.

¹³ Secondo una tesi risalente e tuttavia ancora oggi assai accreditata, si distingue – come si sa – tra democrazia diretta, democrazia rappresentativa e democrazia pluralista. Assai discussa è, invece, la esistenza di una democrazia via *web*, in realtà da molti considerata una pseudodemocrazia, e della democrazia elettronica, in ispecie per la funzione sussidiaria esercitata nei riguardi della democrazia rappresentativa [riferimenti sulla vessata questione, ora, in A. RANDAZZO, *Voto elettronico e Costituzione (note sparse su una questione ad oggi controversa)*, in corso di stampa].

¹⁴ Perlomeno, così dovrebbe essere secondo modello; che, poi, l'esperienza si presenti non di rado e in significativa misura da esso discosta è, ovviamente, un altro discorso che, nondimeno, non può essere qui nuovamente fatto.

¹⁵ V., dunque, volendo, A. RUGGERI - A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. dir.*, 1991, 343 ss.

beni o interessi diffusamente considerati di primario rilievo dei quali si attende il necessario riscontro in Costituzione

Un filo sottile ed invisibile ma resistentissimo lega assieme la memoria dei fatti recenti e quella dei fatti remoti.

Il rifiuto dei tratti qualificanti il regime autoritario del ventennio è palese e pervade l'intero impianto costituzionale. Non soltanto è, dunque, avvalorata la tesi corrente secondo cui la Carta repubblicana è nata dalla Resistenza al fascismo: ancora di più, può dirsi che nel nuovo ordine postbellico *la Resistenza si fa diritto costituzionale*, proponendosi dunque quale chiave di lettura degli enunciati della Carta, a partire ovviamente da quelli espressivi dei principi fondamentali, che per essere intesi a modo richiedono di essere orientati verso la (ed ispirati dalla) Resistenza, per ciò che essa ha rappresentato (e rappresenta) per la costruzione del nuovo ordine repubblicano¹⁶.

Dal rigetto dell'esperienza fascista è linearmente disceso, dapprima, in sede di referendum istituzionale, quello dell'istituto monarchico¹⁷ e, quindi, durante i lavori della Costituente, quello del modello statutario¹⁸, ad entrambi addebitandosi gravi responsabilità sia in relazione all'avvento del regime e sia per la scelta tragica della entrata in guerra. Allo stesso tempo, tuttavia (ed è questa una contraddizione solo apparente) si è avuto il recupero, sia pure con corposi adattamenti ed integrazioni, del modello liberale, specie appunto per ciò che concerne il riconoscimento dei diritti classici di libertà, malgrado esso pure esibisse una strutturale debolezza, sì da essere travolto senza soverchie difficoltà dalle leggi "fascistissime". A conti fatti, dello statuto si è messo senza alcun rimpianto da canto l'intero impianto organizzativo, mentre è stata raccolta ed originalmente rielaborata la disciplina delle libertà. Il che equivale, in buona sostanza, a dire che le due parti in cui si articola la Carta repubblicana si sono avviate lungo percorsi differenti: nel segno della ideale continuità, seppur con corpose innovazioni, la disciplina di carattere sostantivo; netta, invece, la cesura nella organizzazione e netta altresì – e il punto è di particolare rilievo – quella nei riguardi del "non detto" statutario, avuto riguardo ai principi fondamentali. La maggiore novità, infatti, si registra proprio con riferimento a questi ultimi e, in coerenza con la loro enunciazione, al carattere rigido della Costituzione: il più marcato e appariscente salto di qualità rispetto alla Costituzione albertina, cui ha conseguito la soggezione degli atti politico-normativi per antonomasia, le leggi, alla Carta repubblicana. È tuttavia ormai acclarato che il linguaggio a maglie larghe e, in più punti, larghissime degli enunciati costituzionali, a partire proprio da quelli espressivi dei principi, tempera e relativizza in non secondaria misura la *summa divisio* tra flessibilità e rigidità costituzionale, dandosi margini di manovra non poco consistenti a beneficio dei decisori politici, di cui rendono testimonianza le rilevanti manipolazioni della sostanza normativa racchiusa nei disposti della Carta, registratesi nel corso dell'intera vicenda repubblicana e praticamente diffuse per l'intero articolato¹⁹.

¹⁶ Magistrale e commovente l'arcinota lezione di P. Calamandrei agli studenti milanesi del 1955, con l'invito loro rivolto ad ascoltare dagli uomini che fecero la Resistenza la *viva vox constitutionis*, sì da penetrare e cogliere l'essenza della Carta repubblicana.

¹⁷ È pur vero che lo scarto dei voti avverso la monarchia ed a favore della repubblica è stato – come si sa – complessivamente esiguo e che la prima, specie al sud, aveva ancora profonde radici; sta di fatto, però, che già alle prime elezioni politiche dell'aprile del '48 il partito nazionale monarchico perse in larga misura consenso (solo il 2,78% dei voti, equivalenti a 14 seggi alla Camera, e l'1,74% e 3 seggi al Senato) per quindi uscire di scena nel volgere di pochi anni.

¹⁸ Marcata e diffusa tra le forze politiche rappresentate in seno all'Assemblea Costituente è, infatti, stata la presa di distanza dalla Carta del 1848, secondo quanto è peraltro ampiamente avvalorato dall'intero articolato della Costituzione repubblicana.

¹⁹ Ampiamente studiato da tempo, come si sa, il fenomeno delle c.d. modifiche tacite, a riguardo delle quali, di recente, S. BARTOLE, *Considerazioni in tema di modificazioni costituzionali e Costituzione vivente*, in [Rivista AIC](#), 1/2019, 23 marzo 2019, 335 ss.; M.P. IADICCO, *Dinamiche costituzionali. Spunti di riflessione sull'esperienza italiana*, in [Costituzionalismo.it](#), 3/2019, 20 gennaio 2020, e, della stessa, *Il limite del testo fra modifiche tacite ed*

2.1. *Il carattere storicamente orientato della interpretazione costituzionale e i limiti alla revisione costituzionale usualmente visti come meramente negativi*

Dai rilievi fin qui svolti viene naturalmente spianata la via per una duplice notazione che mi preme mettere in particolare evidenza.

La prima ha riguardo al cruciale rilievo che va assegnato al carattere storicamente orientato della interpretazione costituzionale che – si presti attenzione –, per come è qui visto, è cosa ben diversa dal c.d. *original intent*, quale canone ermeneutico. L'interpretazione costituzionale, infatti, a mia opinione, o è storicamente orientata oppure semplicemente non è; e dev'esserlo *in accezione oggettivamente connotata*, non già appunto riferita alla soggettiva intenzione del Costituente. Il riferimento va, dunque, fatto, più (e prima ancora) che alla *intentio* dei componenti l'Assemblea Costituente²⁰, a ciò che è avvenuto prima della formazione della Carta e che ne ha appunto determinato la venuta alla luce, segnandone a fondo la struttura e i contenuti e, in specie, dotandola di una formidabile carica assiologica per intero attinta dalla sofferta ma esaltante stagione della Resistenza. D'altronde, è noto il fenomeno della *Entfremdung* dei testi normativi che hanno proprio nell'attitudine ad oggettivizzarsi la qualità prima e più rilevante di cui dispongono al fine della loro trasmissione nel tempo, rinnovandosi di continuo nei significati in ragione del mutare delle condizioni oggettive di contesto (normativo e non) e, a un tempo, restando sempre identici a sé, specie appunto per la ispirazione storico-assiologica che li anima e sorregge.

La seconda attiene alla questione, come si sa *ab antiquo* vessata, relativa ai limiti alla revisione costituzionale²¹, usualmente visti come aventi carattere meramente *negativo*, facendosi divieto agli atti di forma costituzionale di porsi in contrasto con i principi di base dell'ordinamento, restando per il resto rimessa al legislatore la scelta, in primo luogo, relativa all'*an*, all'opportunità cioè di far luogo alla produzione degli atti in parola²², e di poi in ordine ai loro contenuti che possono essere i più varî, ferma restando appunto la soglia invalicabile fissata nei principi stessi.

2.2. *Rilievi critici alla opinione corrente in tema di limiti alle innovazioni costituzionali, con riguardo ai casi in cui gli stessi principi fondamentali richiedano di essere adeguati ai tempi, alla luce di indicazioni risultanti da consuetudini culturali largamente diffuse e saldamente radicate nel corpo sociale*

Questa tesi non tiene, tuttavia, conto di quattro cose.

La prima è che i limiti alla revisione – come si è tentato di mostrare in altri luoghi –, a conti fatti, non discendono unicamente dal dettato costituzionale che, specie nei suoi enunciati espressivi di principi, si presenta strutturalmente aperto, laconico e persino sibillino, richiedendo pertanto di essere concettualmente precisato dagli atti che vi danno la prima e diretta specificazione-attuazione,

interpretazioni creative, in AA.VV., *Alla prova della revisione. Settanta anni di rigidità costituzionale*, a cura di U. Adamo - R. Caridà - A. Lollo - A. Morelli - V. Puppo, Editoriale Scientifica, Napoli 2019, 231 ss.; i contributi che sono in AA.VV., *Mutamenti costituzionali*, a cura di A. Mangia - R. Bin, in *Dir. cost.*, 1/2020; Y.M. CITINO, *Dietro al testo della Costituzione. Contributo a uno studio dei materiali fattuali costituzionali nella forma di governo*, Editoriale Scientifica, Napoli 2021 e, della stessa, *I materiali fattuali costituzionali nella forma di governo italiana tra vecchie e nuove tendenze*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2/2021, 21 maggio 2021, 40 ss.

²⁰ ... che, nondimeno, come è stato ripetutamente rilevato in giurisprudenza, non resta in tutto priva di significato, seppur – mi permetto di aggiungere – il tempo giochi nel senso di far gradatamente scemare il significato stesso a beneficio di letture viepiù legate al contesto presente, complessivamente considerato.

²¹ Se n'è, ancora di recente, discusso in occasione del convegno del Gruppo di Pisa svoltosi a Catanzaro l'9 e il 9 giugno 2018 su *Alla prova della revisione. Settanta anni di rigidità costituzionale*, cit.

²² ... con la sola eccezione delle leggi costituzionalmente imposte (quale, ad es., quella di cui all'art. 137, I c.) la cui adozione tuttavia, seppur appunto obbligatoria, resta pur sempre rimessa in ordine ai tempi alla libera determinazione del legislatore.

sì da fare – come suol dirsi – “blocco” con gli enunciati stessi che da quelli sono semanticamente rigenerati per un verso²³ e però, per un altro verso e allo stesso tempo, a volte anche sostanzialmente innovati.

La seconda è che, giusta la tesi secondo cui i principi di base dell’ordinamento si pongono a limite delle modifiche costituzionali, va tenuto presente che dai principi stessi (con maggiore evidenza da alcuni rispetto ad altri) discendono obblighi non soltanto di *non facere* ma anche di *facere* (nel modo più emblematico – come si sa – dall’art. 3, II c.); e, dunque, i principi stessi possono essere violati già per il mero fatto della inerzia tenuta dal legislatore comune o, come che sia, da parziali omissioni o – se si preferisce altrimenti dire – da riduttive realizzazioni ad essi apprestate²⁴.

La terza, con riguardo alle revisioni costituzionali in genere (e, segnatamente, a quelle che in modo diretto ed immediato coinvolgono i principi), è che occorre prestare attenzione al fine avuto di mira dal legislatore, risultando pertanto illecite – secondo una ricostruzione teorica finemente argomentata²⁵ – le sole innovazioni che mirano alla “restaurazione” del passato ordine costituzionale (in ispecie, degli istituti caratterizzanti il regime autoritario del ventennio)²⁶. Una tesi, questa, che – come si vede – assegna primario rilievo alla memoria storica, al “detto” e/o al “non

²³ Resta, dunque, avvalorata dall’esperienza la ricostruzione, finemente argomentata in tempi ormai lontani della circolarità della interpretazione al piano dei rapporti tra Costituzione e legge (e atti subcostituzionali in genere di normazione), secondo la magistrale indicazione teorica di A. ROSS, *Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischen Untersuchungen*, Deuticke, Leipzig - Wien 2029, spec. 316 ss.

²⁴ Di qui, poi, come si sa, la vessata questione relativa a come poter sanzionare efficacemente le omissioni in parola, a riguardo della quale indicazioni in C. PANZERA, *La responsabilità del legislatore e la caduta dei miti*, in *Pol. dir.*, 3/2007, 347 ss., spec. 355 ss.; V. BAZÁN, *Control de las omisiones inconstitucionales e inconventionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Mexico 2017; AA.VV., *I giudici costituzionali e le omissioni del legislatore. Le tradizioni europee e l’esperienza latinoamericana*, a cura di L. Casseti e A.S. Bruno, Giappichelli, Torino 2019, nonché nei contributi che sono in AA.VV., *Giustizia costituzionale e tutela dei diritti. Riflessioni maturate a partire dagli incontri del CAF 2020*, a cura di G. Famiglietti e S. Romboli, Università di Pisa-Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México 2021, parte III, ed *ivi* il mio *Omissioni del legislatore e tutela giudiziaria dei diritti fondamentali*, 227 ss., già in Dirittifondamentali.it, 1/2020, 24 gennaio 2020, 193 ss. Una questione che, nondimeno, richiede di essere oggi complessivamente ripensata, specie alla luce di talune tendenze manifestatesi negli anni a noi più vicini e tuttora in via di svolgimento, i cui possibili esiti dunque si presentano ad oggi non in tutto prevedibili. Mi riferisco, in particolare, al superamento del limite delle “rime obbligate”, ormai convertito in quello delle “rime possibili”, come la stessa giurisprudenza, sulla scia di una indicazione dottrinale, le ha chiamate [riferimenti in S. LEONE, *La Corte costituzionale censura la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione a «rime possibili»*, in *Quad. cost.*, 1/2019, 183 ss.; F. ABRUSCIA, *Assetti istituzionali e deroghe processuali*, in *Rivista AIC*, 4/2020, 23 ottobre 2020, 282 ss., e I. GOIA, *Una giustificabile “invasione” di campo*, in questa *Rivista*, 2021/III, 1001 ss., nonché, da ultimo, nella Relazione relativa all’anno 2021 del Presidente G. Amato. Di “versi sciolti” preferisce invece dire D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bononia University Press, Bologna 2020, 101 ss., mentre A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2/2019, 264 ss. e, dello stesso, *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in federalismi.it, 12/2021, 5 maggio 2021, spec. 197 ss., discorre di “rime libere”]. Ed è chiaro che il *trend* in parola circoscrive significativamente l’area materiale delle c.d. “zone franche” dalla giustizia costituzionale, seppur col costo – a mia opinione, insopportabile – della invasione del campo riservato ad apprezzamenti discrezionali (o, diciamo pure, politici *tout court*) del legislatore da parte del giudice costituzionale, in tal modo indebitamente commutatosi in decisore politico.

²⁵ G. SILVESTRI, *Spunti di riflessione sulla tipologia e i limiti della revisione costituzionale*, in *Studi in onore di P. Biscaretti di Ruffia*, II, Giuffrè, Milano 1987, 1183 ss., spec. 1206.

²⁶ Si può poi, per vero, discutere se il divieto di restaurazione in parola risulti dalla esplicita, solenne dichiarazione posta in coda all’articolato costituzionale che sancisce la non rivedibilità della forma repubblicana dello Stato ovvero se discenda implicitamente dall’intero dettato della Carta, in ispecie dalla tavola dei valori fondamentali in essa positivizzati. Questione di non poco impegno teorico, questa, il cui esame nondimeno non appare, a conti fatti, indispensabile sol che si convenga a riguardo della definitiva ed irreversibile chiusura rispetto al passato operata, in un modo o nell’altro, dalla Costituzione.

detto” costituzionale eretto a parametro in sede di eventuale sindacato di validità sugli atti di revisione, pur nei limiti entro cui può aversene effettivo riscontro²⁷.

La quarta notazione ribalta il modo col quale la questione ora nuovamente discussa è usualmente impostata e risolta. E, invero, di solito si predica la illegittimità di talune innovazioni costituzionali, auspicandosi che il legislatore resti inerte ovvero, laddove agisca, non doti i propri atti di certi contenuti; di contro, a mia opinione, unitamente a questa eventualità è da mettere in conto anche l'altra, opposta, che il legislatore *debba* attivarsi al fine di apportare modifiche agli enunciati costituzionali, persino a quelli espressivi di principi (e, anzi, a volte, proprio a partire da questi).

Il punto merita una speciale attenzione. E, invero, se, per un verso, gli enunciati in parola si attendono dalla normazione a venire, ordinaria o costituzionale che sia, di essere svolti e attuati, sì da potersi affermare *magis ut valeant*, per un altro verso, laddove ragioni complessive di contesto lo richiedano, sono gli stessi enunciati, proprio allo scopo di potersi rigenerare e far valere al meglio si sé, a sollecitare anche corposi adattamenti della loro trama normativa, al fine di fugare il rischio che si affermino e ulteriormente diffondano quelle modifiche tacite a finalità riduttiva o distorsiva cui si è poc'anzi accennato ovvero che si consolidino pratiche giuridiche comunque in considerevole misura discoste dal dettato costituzionale.

È poi importante tenere presente che converge verso quest'esito la spinta vigorosa che viene dal corpo sociale, ogniquale volta taluni bisogni elementari della persona umana, diffusamente ed intensamente avvertiti come espressivi di diritti fondamentali restino privi di specifica “copertura” costituzionale ovvero lo siano ragioni di funzionalità del sistema. Ed è chiaro che la pur formidabile attitudine posseduta dagli enunciati costituzionali, specie quelli espressivi di principi, a costituire oggetto di aggiornamento per via interpretativa va nondimeno incontro a limiti strutturali, oltre i quali l'elastico costituzionale – come lo si è altrove chiamato – fatalmente si spezza. Ed ecco, allora, che la ricucitura può aversi solo per mano del legislatore, traducendosi non soltanto nelle opportune modifiche apportate ai principi preesistenti ma, se del caso, aggiungendone di nuovi che, facendo “sistema” coi vecchi, concorrano all'affermazione complessiva della Costituzione *magis ut valeat*.

Occorre al riguardo muovere dal dato di comune esperienza per cui la c.d. materia costituzionale si presenta composta da beni o interessi di primario rilievo (costituzionale,

²⁷ Va infatti tenuto presente che, seppur il sindacato in parola sia, per l'opinione corrente, astrattamente ammissibile, in pratica non se n'è ad oggi avuto riscontro, eccezione fatta – com'è noto – per lo statuto siciliano, che fa tuttavia caso a sé sol che si pensi al tempo e al contesto in cui ne è maturata la formazione.

Ora, non è di qui indagare sulle ragioni che hanno portato a quest'esito, forse dovuto alla circostanza per cui le leggi costituzionali sono il frutto di una maggiore ponderazione di quella che si ha in occasione della nascita delle leggi comuni – ciò che, nondimeno, non equivale a prova certa della loro compatibilità, in ogni caso, con i principi fondamentali della Carta – o forse riportabile alle remore cui sono andati (e vanno) incontro coloro che usualmente si attivano per investire la Corte di questioni di costituzionalità e la Corte stessa per darvi accoglienza, in considerazione dei larghi consensi riscossi dalle leggi suddette al momento della loro venuta alla luce, o forse ancora ad entrambi i fattori suddetti. Va, inoltre, tenuto presente che le leggi costituzionali in genere si dotano, per norma, unicamente di disposizioni connotate da struttura nomologica dalle maglie larghe (e talora larghissime), sì da prestarsi agevolmente ad essere fatte oggetto di interpretazioni “correttive” o “sananti” o, diciamo pure, di sostanziali manipolazioni per via d'interpretazione, dunque di sanzioni somministrate in modo *soft*, lungo canali sotterranei, come tali poco o nient'affatto appariscenti. L'intera vicenda repubblicana è segnata – come si sa – da quelle modifiche tacite a tappeto, cui si è sopra fatto cenno, che hanno riguardato (e seguitano senza sosta a riguardare) sia il dettato originario che le successive modifiche della Carta (l'esperienza del Titolo V, del vecchio come del nuovo, *docet*).

Come che sia di ciò, è opinione corrente – come si diceva – che, malgrado i meccanismi sanzionatori non abbiano in pratica funzionato, il principio della soggezione degli stessi massimi atti di potere costituito a limite di costituzionalità sia (e debba essere) tenuto fermo; e su ciò, con le precisazioni che subito si faranno, si può (e deve) convenire.

appunto)²⁸. Se ne coglie la essenza a mezzo di *consuetudini culturali* – come a me piace chiamarle – che risultano essere diffuse e profondamente radicate nel corpo sociale. Gli interessi in parola, infatti, si rilevano ed apprezzano scavando nella struttura di quest’ultimo, verificando cioè quali di essi siano nel modo più intenso avvertiti dalla comunità come bisognosi di urgente regolazione positiva che, a mio modo di vedere, va apprestata in prima battuta con leggi costituzionali, ricongiungendo armonicamente forma e materia costituzionale.

2.3. *Le annose e vistose carenze del legislatore, il ruolo sussidiario svolto dal c.d. “dialogo” tra le Corti, la struttura della identità costituzionale, apprezzabile a pieno per effetto del congiunto ricorso al metodo storico ed a quello comparato*

Ora, di tutto ciò si è per vero avuto assai di rado riscontro. Il principio della necessaria corrispondenza tra forma e materia costituzionale non è, infatti, da noi riuscito ad affermarsi in dottrina e – ciò che maggiormente importa – nella pratica giuridica, tanto da essersi fatto luogo alla disciplina anche di beni di assoluto rilievo, quali quelli riguardanti le esperienze d’inizio e fine-vita, con legge comune o, addirittura, in difetto di quest’ultima, scaricandosi per intero sulle spalle dei giudici l’onere di adottare, con innaturale sussidiarietà nei riguardi del legislatore, la regolazione inutilmente attesa da quest’ultimo ovvero, laddove esistente, venuta alla luce con gravi e vistose carenze²⁹. Ne è indice particolarmente attendibile il c.d. “dialogo” tra le Corti, dal quale la “invenzione” di nuovi diritti fondamentali e la messa a punto dei vecchi in modi complessivamente adeguati ai tempi traggono costante e copioso alimento. E, invero, sono proprio i giudici, in vece del legislatore, gli operatori istituzionali che, per un verso, rilevano dal corpo sociale i bisogni maggiormente avvertiti, seppur non di rado in forme ancora confuse e appannate, e, per un altro verso, fanno opera di sensibilizzazione e di stimolo culturale, agevolando con la loro opera la piena maturazione delle consuetudini culturali suddette.

È inoltre da tener presente la circostanza per cui si è fatto (e si fa) talvolta eccessivo affidamento sulle capacità generative di sensi degli enunciati costituzionali, assumendo che questi ultimi (in specie – come si diceva – laddove espressivi di principi) dicano – come si è altrove fatto notare –, in buona sostanza, *tutto su tutto* e che lo dicano sempre *nel modo migliore*. Insomma, si muove da un’idea mitica o sacrale (e, per ciò solo, a mia opinione insostenibile) di Costituzione,

²⁸ Ne ho studiato la struttura e descritto le sua più salienti espressioni nel mio *La “materia” costituzionale, i modi della sua trattazione manualistica, i segni lasciati dal contesto politico-istituzionale sull’una e sugli altri (profili storico-teorici)*, in *Rivista AIC*, 4/2017, 12 dicembre 2017.

²⁹ Riferimenti, con riguardo alle esperienze suddette, nella ormai incontinentabile letteratura, negli scritti più recenti di respiro monografico, tra i quali v., almeno, quanto alle esperienze d’inizio-vita, S. PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell’attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Editoriale Scientifica, Napoli 2015; A. PATRONI GRIFFI, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, Editoriale Scientifica, Napoli 2016; B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all’interruzione volontaria di gravidanza*, Giuffrè, Milano 2017; S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione, I, Le scelte esistenziali d’inizio-vita*, Giuffrè, Milano 2012, e, dello stesso, *Procreazione medicalmente assistita e dignità dell’embrione*, Aracne, Roma 2020; L. CHIEFFI, *La procreazione assistita nel paradigma costituzionale*, Giappichelli, Torino 2018; A. VESTO, *La maternità tra regole, divieti e plurigenitorialità. Fecondazione assistita, maternità surrogata, parto anonimo*, Giappichelli, Torino 2018; V. TIGANO, *I limiti dell’intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi. Modelli di bilanciamento tra tutela del minore e libertà civili nella PMA*, Giappichelli, Torino 2019; F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità. La legge n. 40 del 2004 e la sua applicazione fra volontà ed esigenze di giustizia*, Editoriale Scientifica, Napoli 2020; M.P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino 2020. Quanto alle esperienze di fine-vita, v., poi, S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione, II, Le scelte esistenziali di fine-vita*, Giuffrè, Milano 2012, e, dello stesso, *Disposizioni di trattamento e dignità del paziente*, Aracne, Roma 2020; G. RAZZANO, *Dignità del morire, eutanasia e cure palliative nella prospettiva costituzionale*, Giappichelli, Torino 2014; R.G. CONTI, *Scelte di vita o di morte. Il giudice garante della dignità umana? Relazione di cura, DAT e “congedo dalla vita” dopo la l. 219/2017*, Aracne, Roma 2019; S. CANESTRARI, *Ferite dell’anima e corpi prigionieri. Suicidio e aiuto al suicidio nella prospettiva di un diritto liberale e solidale*, Bononia University Press, Bologna 2021.

perfetta in sé e per sé, esente da menda o lacuna alcuna, sì da non richiedere di essere fatta oggetto di alcuna innovazione, con specifico riguardo alla sua parte sostantiva e, più ancora, ai principi.

Il confronto con altri documenti *materialmente* (o – come preferisce dire la giurisprudenza – *tipicamente*) costituzionali, quali le Carte europee dei diritti, rende però inequivoca conferma del fatto che se, per un verso, in relazione ad alcuni diritti fondamentali, la Costituzione non ha nulla da invidiare ad esse per taluni aspetti, ha però molto da attingere dalle stesse per altri; e la mutua integrazione delle Carte in parola (Costituzione inclusa!) nei fatti interpretativi, predicata già da tempo dalla stessa giurisprudenza³⁰, avvalorava piuttosto il bisogno di ogni Carta di alimentarsi senza sosta dalle altre, ricercando in tal modo le soluzioni di volta in volta maggiormente adeguate per la crescita ed ottimale affermazione di tutte assieme.

Di qui, poi, la conferma che l'identità costituzionale, quale si coglie ed apprezza nella sua essenza in prospettiva assiologico-sostanziale e con specifico riguardo alla tutela apprestata ai diritti, può essere messa semanticamente a punto come si conviene a mezzo di interpretazioni che risultino non soltanto, come qui si viene dicendo, storicamente orientate ma anche poggianti sul metodo comparato, il solo in grado di dar modo alle Carte di alimentarsi e rigenerarsi a vicenda in modo appropriato e fecondo³¹. Ciò che è, d'altronde, congeniale al carattere “intercostituzionale” – come lo si è in altri luoghi chiamato³² – che è proprio della Costituzione e delle altre Carte che, al pari della prima, danno riconoscimento ai diritti, ciascuna di esse aprendosi alle altre al fine di farsi valere al meglio di sé, alle condizioni oggettive di contesto³³. Non si trascuri, poi, il moto circolare e incessante che connota le relazioni tra le Carte e, perciò, in buona sostanza tra le Corti che vi danno voce e ne assicurano la implementazione nell'esperienza, particolarmente visibile sul terreno della formazione delle c.d. “tradizioni costituzionali comuni”, composte – come si sa – da materiali attinti dai serbatoi costituzionali degli Stati membri dell'Unione e fatti quindi oggetto di originale rielaborazione da parte della Corte di giustizia, per poi essere riversati nuovamente negli ordinamenti nazionali per il tramite della normativa e giurisprudenza sovranazionale che le recepisce e concreta. Tradizioni, ovviamente, apprezzabili unicamente facendo adeguato utilizzo del metodo comparato e delle tecniche che lo portano ad effetto.

2.4. *La ricerca di forme maggiormente avanzate di tutela dei diritti al piano della normazione, prima (e più ancora) che a quello della giurisdizione, e il rifacimento della trama normativa riguardante i principi fondamentali, in linea di continuità evolutiva rispetto al passato ed a finalità espansiva*

Se, tuttavia, per un verso, resta confermata la possibilità della continua rigenerazione semantica dei documenti costituzionali per via interpretativa, per un altro verso, si ha parimenti conferma che non tutte le Carte sono parimenti avanzate al piano del riconoscimento e della

³⁰ V., part., [Corte cost. sentt. nn. 388 del 1999](#) e [84 del 2021](#).

³¹ Non è, d'altronde, senza significato l'infittirsi dei riferimenti di diritto comparato nella parte motiva delle pronunzie del nostro come di altri tribunali costituzionali (riferimenti in S. BAGNI - M. NICOLINI, *Giustizia costituzionale comparata*, Wolters Kluwer - Cedam, Milano 2021, spec. 439 ss.).

³² ... a partire dal mio *Sovranità dello Stato e sovranità sovranazionale, attraverso i diritti umani, e le prospettive di un diritto europeo “intercostituzionale”*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2/2001, 544 ss. Di una identità costituzionale “intercostituzionale” si discorre, poi, nel mio *Comparazione giuridica, dialogo tra le Corti, identità “intercostituzionale”*, in *Scritti in onore di G.F. Ferrari*, nonché in *“Itinerari” di una ricerca sul sistema delle fonti*, XXV, *Scritti dell'anno 2021*, Giappichelli, Torino 2022, 659 ss.

³³ Un'apertura che, nondimeno, non è, per dir così, acritica ed incondizionata bensì governata nelle sue concrete movenze da quell'autentico “metaprincipio” – come lo si è altrove qualificato – che è dato dalla ricerca della ottimale salvaguardia da apprestare ai diritti in ragione delle complessive esigenze dei casi. E, invero, ogni Carta si apre alle altre, laddove riconosca di aver bisogno dell'apporto che esse possono offrirle in vista della sua rigenerazione semantica e dell'innalzamento della salvaguardia dei diritti in relazione ai peculiari connotati dei casi; si chiude, di contro, laddove siffatto apporto, a giudizio dell'operatore di turno, non si abbia.

salvaguardia di tutti i diritti e che, dunque, l'innalzamento della tutela può, volendo, aversi anche (e in primo luogo) per via di normazione.

Qui è il cuore della questione ora nuovamente discussa, che si rende manifesto ed apprezza dalla prospettiva istituzionale, avuto cioè riguardo al bisogno di assicurare il complessivo equilibrio del sistema: in primo luogo, al piano dei rapporti tra legislatore costituzionale e legislatore comune e, quindi, a quello dei rapporti coi giudici in genere (costituzionali e non, nazionali e sovranazionali). E, invero, è nuovamente da chiedersi se giovi rimettere per intero al “gioco” senza fine che s'intrattiene e svolge tra i giudici la “invenzione” di nuovi diritti e l'accrescimento della tutela dei vecchi, laddove sarebbe al riguardo necessario far luogo – come dire? – ad un gioco di squadra, nel quale ciascun operatore abbia un proprio ruolo da svolgere, al legislatore spettando di fissare la disciplina iniziale, *per principia*, e dunque stabilire la cornice entro la quale gli operatori restanti (a partire dai giudici) possono poi interpretare la loro parte.

Come si è fatto altrove notare in relazione alla posizione dei nuovi diritti, il loro *riconoscimento* (nella ristretta e propria accezione) compete, secondo modello, al legislatore (a mia opinione, costituzionale e però quanto meno comune), restando quindi demandato ai pratici del diritto (in ispecie, appunto, ai giudici) l'*attuazione* dei principi enunciati dalla legge (costituzionale prima ed ordinaria poi) a mezzo di regole congrue rispetto ai casi³⁴.

Il vero è che la legge, sia nella sua forma ordinaria che in quella costituzionale, è viepiù emarginata dal circuito decisionale, per plurime ragioni, peraltro assai indagate, alle quali non può qui riservarsi neppure un cenno³⁵. Tant'è che desta impressione ciò che, dal mio punto di vista, dovrebbe essere – come si è venuti dicendo – fisiologico, vale a dire il ricorso allo strumento della revisione costituzionale anche (e in primo luogo) per l'aggiornamento del catalogo dei diritti e il rifacimento, in linea di continuità evolutiva, dello stesso cuore pulsante della materia costituzionale, i principi fondamentali. Così d'altronde è stato, ancora di recente, per l'opportuna integrazione operata nei riguardi dell'art. 9 (e dell'art. 41), con il riferimento da tempo atteso alla salvaguardia dell'ambiente e dell'ecosistema.

Si fermi solo per un momento l'attenzione sul punto. Ebbene, dal mio punto di vista, l'aggiornamento dell'art. 9 non costituisce un mero fatto di opportunità, che si è avuto così come avrebbe potuto non aversi; di contro, era (ed è) un *fatto doveroso*, rispondente cioè ad una sollecitazione venuta dallo stesso enunciato costituzionale innovato che già da tempo richiedeva di essere fatto espandere nella sua *vis* normativa, eccessivamente ingabbiata dentro la cornice linguistico-normativa originariamente stabilita. E ciò, per una elementare ragione di tutta evidenza, riportandosi al bisogno della Costituzione di trasmettersi integra nel tempo col fatto stesso di dar voce ai beni della vita ed interessi fondamentali emergenti dal corpo sociale, la cui esistenza risulti testimoniata da quelle *consuetudini culturali di riconoscimento* cui si è sopra accennato.

D'altro canto, proprio nella finalità in parola rinviene la sua *ratio* immanente la previsione delle procedure con le quali far luogo all'aggiornamento in genere della Carta. Le revisioni costituzionali mirano infatti – come si è venuti dicendo – a centrare un duplice obiettivo: rimuovere

³⁴ Ribadisco qui quanto ho già rilevato in altre sedi, vale a dire che il compito dei giudici non si esaurisce, assai di frequente, nella mera *applicazione* delle norme di legge – come invece ritenuto da un'accreditata dottrina [part., M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Rivista AIC*, 3/2012, 3 luglio 2012, spec. al § 4, ma *passim* e, dello stesso, pure *ivi*, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, 4/2014, 10 ottobre 2014, nonché *Ermeneutica costituzionale e “massima attuazione della Costituzione”*, in AA.VV., *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, a cura di P. Perlingieri e S. Giova, ESI, Napoli 2018, 37 ss., spec. 43 ss.] – bensì è, appunto, di *attuazione*, a mezzo di regole forgiate secondo occasione, nei riguardi dei principi stabiliti dalle leggi. Tanto più, poi, ciò risulta provato in relazione alle norme costituzionali che danno il riconoscimento dei diritti, laddove tra le stesse e le pronunzie dei giudici faccia difetto la mediazione della legge.

³⁵ Fin troppo abusato il *leit motiv* che stancamente e sterilmente si ripete della crisi annosa e – temo – irreversibile della rappresentanza politica, laddove è la radice da cui maggiormente si alimentano le più vistose torsioni del sistema costituzionale.

le parti ormai obsolete della “materia” costituzionale, per un verso, e, per un altro verso, sostituirle con parti nuove ovvero aggiungere queste ultime al dettato preesistente³⁶. Al pari di Giano bifronte, hanno insomma doppio volto, orientato verso il passato non più attuale e verso il futuro, col fatto stesso di offrire l’ottimale disciplina possibile ai bisogni del tempo presente maggiormente avvertiti in seno al corpo sociale.

Certo, rimane poi il punto debole della costruzione teorica qui nei suoi tratti di fondo sommariamente delineata, che è dato dal fatto che, seppur predicabile il carattere doveroso dell’aggiornamento costituzionale, radicato nella stessa legge fondamentale della Repubblica, non v’è tuttavia rimedio che valga avverso la perdurante inerzia del legislatore nel farvi luogo. Ad oggi, infatti, non si è riusciti a sanzionare efficacemente le omissioni assolute tanto in ordine all’attuazione dei fini-valori costituzionali quanto – e questo è qui di specifico interesse – per ciò che attiene al rifacimento della Costituzione in rispondenza ad una sollecitazione dalla stessa venuta.

Non v’è, insomma, differenza alcuna tra i casi di obblighi di *facere* discendenti da esplicite previsioni contenute nella Carta e quelli poggianti su indicazioni di carattere implicito che rimandano alle consuetudini culturali di cui si è sopra detto. In un caso e nell’altro, il fondamento del carattere deontico del comportamento può, in ultima istanza, rinvenirsi nel dovere di fedeltà alla Repubblica che – come si è venuti dicendo – ha per obiettivo primario la integra trasmissione della Costituzione nel tempo³⁷.

Non vale, poi, opporre alla proposta ricostruttiva qui affacciata che essa non dispone di elementi certi sui quali poggiare, ovverosia di punti sicuri e saldi ai quali il legislatore dovrebbe fare riferimento nella sua opera di rifacimento del tessuto normativo della legge fondamentale della Repubblica. In generale, confesso di diffidare dei richiami fatti al canone della certezza del diritto che verrebbe esposto a gravi rischi o, puramente e semplicemente, sacrificato laddove dovessero fare difetto testuali indicazioni positive a sostegno degli obblighi ora di *facere* ed ora di *non facere* gravanti sul legislatore e, non di rado, anche su altri operatori istituzionali. Piuttosto, talvolta l’argomento è rovesciabile su se stesso, sol che si ammetta – come devesi – che un sano e solido diritto costituzionale non scritto (e tale è quello poggiante su consuetudini culturali profondamente radicate e diffuse nel corpo sociale) è in grado di offrire ancora maggiori certezze (o – se si preferisce – espone a minori incertezze) rispetto ad un diritto scritto linguisticamente carente, appannato, per non dire del tutto oscuro, e persino internamente contraddittorio.

3. *Se l’innovazione dei principi fondamentali richieda di necessità la modifica dei primi dodici articoli della Carta e come si riconosca la posizione di nuovi principi*

Occorre, a questo punto, chiedersi se i principi fondamentali risultino innovati unicamente laddove ad essere fatti oggetto di revisione siano gli enunciati dei primi dodici articoli della Carta e, in particolare, se e quando le innovazioni stesse comportino la venuta alla luce di nuovi principi.

³⁶ Dal mio punto di vista, in siffatta eventualità non si fa luogo all’adozione di una legge di revisione costituzionale in senso proprio bensì di una legge costituzionale; la distinzione, però, come si sa un tempo animatamente discussa, resta a conti fatti priva di pratico rilievo (uguale nei due casi la procedura ed uguale la forza normativa delle due specie di atti); ad ogni buon conto, non mancano poi pur sempre i riflessi della innovazione costituzionale sul quadro normativo preesistente, sol che si pensi che anche le norme meramente aggiunte fanno “sistema” con quelle già in vigore concorrendo alla loro incessante rigenerazione semantica.

³⁷ Il dovere in parola ha, d’altro canto, la sua cifra maggiormente qualificante ed espressiva nel suo porsi in funzione servente nei riguardi della tavola dei valori fondamentali cui dà voce la Carta, secondo quanto si è tentato di mostrare meglio in altri luoghi (sulla fedeltà alla Repubblica, dopo i noti contributi di G. Lombardi e L. Ventura, v., almeno gli studi di A. MORELLI, il più organico dei quali è *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Giuffrè, Milano 2013).

La risposta al primo quesito non è disagevole al piano teorico-astratto ma si fa terribilmente complessa a quello pratico. Se è vero, infatti, che gli enunciati della Carta fanno – come suol dirsi – “sistema”, dando vita ad un insieme armonico di precetti normativi apicali dell’ordinamento, è evidente che modifiche apportate anche in “luoghi” distanti dagli articoli iniziali possono riflettersi – nel bene come nel male – su questi ultimi. Occorre tuttavia guardarsi dal rischio di legare in modo eccessivamente stretto, in buona sostanza inscindibile, gli uni agli altri disposti costituzionali, potendosi altrimenti pervenire all’esito di una perversa “pietrificazione” di buona parte (o quasi) dell’articolato costituzionale, molte delle norme (se non tutte...) sia della prima che della seconda parte ponendosi quale filiazione ora più ed ora meno diretta dei principi, i quali proiettano un fascio di luce talmente ampio da coprire l’intero sistema costituzionale e, discendendo, l’ordinamento sullo stesso fondato. Di qui, poi, una conseguenza perversa in relazione alla teoria dei limiti alla revisione costituzionale, portata ad innaturale ed indefinita espansione, al punto di poter distendere la propria ombra praticamente per l’intero articolato della Carta.

D’altro canto, è pur vero che se il Costituente ha iscritto in Costituzione un certo disposto normativo è perché lo riteneva strumentale all’ottimale invero dei principi stessi nell’esperienza, *presuntivamente necessario* allo scopo³⁸.

Occorre, tuttavia, distinguere tra “gradi” diversi, per intensità o – piace a me dire – qualità assiologicamente significativa, del legame in parola, ammettendosi la eventualità delle innovazioni suddette per alcuni enunciati ed escludendosi per altri, così come, di rovescio, per lo scenario teorico qui sommariamente delineato, richiedendosi, in aggiunta alle modifiche apportate ai principi, le conseguenti modifiche delle regole che, nel modo più immediato e diretto, vi danno svolgimento.

Va, poi, pur sempre tenuto presente che il criterio dell’autoqualificazione ha, in via generale, carattere relativo; e così è, appunto, anche per i “principi fondamentali”. La circostanza, cioè, per cui questa etichetta si trovi apposta unicamente in capo ai primi dodici articoli non sta a significare che essi soltanto siano davvero tali e, forse, per arduo che sia darne la dimostrazione, che neppure tutte le previsioni ivi contenute siano davvero espressive dei principi in parola³⁹. D’altronde, con riferimento alla prima eventualità, si sono già avute – come si sa – revisioni della Carta di grande spessore etico-giuridico, quali quella relativa all’estradiizione per reato di genocidio o l’altra riguardante l’abolizione totale della pena di morte, sicuramente espressive di principi fondamentali o, per dir meglio, che richiedono di essere tenute presenti al fine della compiuta ricostruzione del quadro dei principi nel loro fare “sistema”.

Ciò posto, è da chiedersi se le innovazioni in parola, specificamente laddove abbiano ad oggetto gli enunciati dei primi dodici articoli, possano propriamente annoverarsi quali espressive di *nuovi* principi, in aggiunta a quelli posti dalla mano del Costituente, ovvero se si tratti del mero *rinnovamento* dei principi preesistenti, rigenerati e rinvigoriti nel loro potenziale normativo e, perciò, portati a crescenti realizzazioni nell’esperienza.

La questione, a mio modo di vedere, non può essere adeguatamente risolta al piano formale- astratto ma, coerentemente con la carica di valore espressa dagli enunciati espressivi di principi, richiede di essere rivista in prospettiva assiologico-sostanziale. Le indicazioni maggiormente attendibili non vengono, infatti, dalla lettera degli enunciati e – come si viene dicendo – neppure dalla *sedes materiae*, per quanto di certo quest’ultima abbia pur sempre un suo significato, bensì dai valori, per come veicolati dagli enunciati stessi e fatti quindi valere nell’esperienza.

³⁸ A portare fino ai suoi ultimi e conseguenti svolgimenti il ragionamento ora fatto, la nota dottrina delle leggi a contenuto costituzionalmente vincolato, nelle sue applicazioni alle norme iscritte nella stessa Carta rischia – come si viene dicendo – di portare ad esiti abnormi, palesemente irragionevoli.

³⁹ Nondimeno, se non è disagevole dimostrare che anche fuori dei primi articoli si rinvencono principi o, comunque, norme che ne danno il *primo, diretto e necessario* svolgimento, si da godere del medesimo trattamento proprio di questi, è teoricamente assai più impegnativo argomentare che alcuni dei disposti iniziali non siano espressivi di *veri* principi. Mi chiedo, ad es., se lo sia l’ultimo comma dell’art. 7, con riguardo alle procedure di modifica dei Patti del Laterano.

La circostanza, dunque, per cui non si è avuto a tutt'oggi neppure un caso di aggiunta di un nuovo articolo (con la numerazione *bis*) ai primi dodici non è, di per sé, decisivo al fine di escludere in partenza che possano aversi nuovi principi fondamentali aggiunti con le procedure di cui all'art. 138. È vero, però, che si porrebbero problemi non lievi di carattere teorico. Sappiamo, infatti, che gli atti di forma costituzionale vanno incontro al limite della osservanza dei principi fondamentali, pur se – com'è noto – variamente inteso; e sarebbe ben strano che un atto di potere costituito possa considerarsi idoneo a veicolare ciò che è, *in nuce*, l'essenza stessa del potere costituente fattosi diritto⁴⁰.

Occorre, nondimeno, guardarsi dal rischio di farsi fuorviare dalle apparenze. Un nuovo principio fondamentale potrebbe, infatti, essere aggiunto anche senza ricorrere alla posizione di un articolo-*bis*, se si conviene – come deve – che non è la mera forma a fare la sostanza. D'altronde, le novità ora introdotte negli artt. 9 e 41 della Carta ben difficilmente possono considerarsi meramente esplicative di enunciati costituzionali preesistenti, per quanto con la riscrittura del Titolo V operata nel 2001 l'ambiente abbia già fatto ingresso – come si sa – nella legge fondamentale della Repubblica. E non è senza significato che non soltanto nessuno ha lamentato la violazione del “nucleo duro” della Costituzione ma, all'inverso, corale e convinta è stata la soddisfazione per il raggiungimento di un traguardo lungamente atteso. Dal diritto costituzionale vivente, insomma, viene una rilevante conferma della tesi qui patrocinata.

Ebbene, se al di là delle dispute che possono farsi al piano teorico-astratto, teniamo conto di come vanno appunto le cose nell'esperienza, muoviamo cioè da quest'ultima per desumere le più salienti tendenze della normazione del tempo presente, è arduo – come si diceva – seguire cocciutamente a negare che nuovi principi fondamentali si siano avuti – come, appunto, conferma l'ultima revisione costituzionale, sopra richiamata –, ancorché inseriti in enunciati preesistenti. Poi, è pur vero che si è assistito (e si seguita ad assistere) ad una sensibile dilatazione dell'essenza stessa o – se più piace dire – del cuore pulsante della Costituzione, grazie alla invenzione a ritmi incessanti di sempre nuovi diritti. Si obietterà che, comunque, non per ciò viene alla luce un nuovo principio fondamentale, i diritti stessi ponendosi quali filiazioni dirette ed immediate della coppia assiologica composta da libertà ed eguaglianza. Negli artt. 2 e 3 della Carta, infatti, al pari peraltro dei corrispondenti enunciati di altre Carte (tra le quali, principalmente, la CEDU e la Carta dei diritti dell'Unione europea), è già racchiuso e mirabilmente espresso l'“universo” dei diritti fondamentali.

Come che si vedano al riguardo le cose, a me pare, a conti fatti, che non vi sia differenza alcuna tra l'aggiunta di nuovi principi al catalogo dei primi dodici articoli ed innovazioni sostanziali di questi ultimi.

La conclusione del ragionamento appena svolto è che i limiti alla revisione costituzionale non risultano superati pur laddove dovesse assistersi – come si è già assistito – a sostanziali innovazioni al ristretto catalogo di enunciati dichiaratamente espressivi di principi fondamentali. Piuttosto, è da dire che non si è ancora riusciti a varare talune modifiche oggetto di diffuse ed intensamente avvertite aspettative, quale ad es. quella, cui si è dietro fatto cenno, volta a fare specifica menzione nell'art. 11 delle limitazioni di sovranità conseguenti all'appartenenza del nostro ordinamento all'Unione europea ed al bisogno vitale di promuovere decisamente il processo d'integrazione sovranazionale⁴¹.

⁴⁰ ... per quanto la teoria generale della normazione non escluda – com'è noto – che una legge possa porre vincoli a... *se stessa* e si siano prodotti sforzi considerevoli a sostegno di quest'assunto e farlo valere nell'esperienza. Sta di fatto, però, che i vincoli stessi appaiono essere facilmente aggirabili, seppur a mezzo di un doppio passaggio, attraverso cioè la previa rimozione della norma da cui discende il vincolo.

⁴¹ Coerentemente con la innovazione in parola si pone, poi, a mio avviso l'altra volta ad aggiornare l'immagine della bandiera, inserendo nella parte centrale del vessillo nazionale il simbolo dell'Unione, a testimonianza della doppia appartenenza e identità di ciascun cittadino [v., dunque, volendo, il mio [Per un aggiornamento grafico della bandiera che rispecchi fedelmente l'identità costituzionale della Repubblica e l'appartenenza di quest'ultima all'Unione](#)

Ammessa, in punto di astratto diritto, la eventualità delle addizioni in parola, è poi da chiedersi quali siano le condizioni di sistema richieste perché se ne abbia riscontro. Ancora una volta, non è disagiata rispondere al piano teorico al quesito ora posto, mentre è assai complicato avere poi le necessarie conferme dall'esperienza. Sembra, infatti, evidente che le aggiunte in parola possano aversi solo se appaiano in grado d'inscrivere armonicamente nel quadro normativo disegnato dalla mano del Costituente e non si presentino dunque in rottura rispetto ad esso; e, per quest'aspetto, come si vede, l'osservanza dei principi fondamentali si conferma essere limite delle stesse revisioni che danno luogo alla posizione di (autenticamente) nuovi principi. Di più, ulteriormente giustificata e, a dirla tutta, imposta è la loro venuta alla luce laddove da esse i principi preesistenti possano ragionevolmente attendersi maggiore sostegno, alimento, promozione, in vista di crescenti realizzazioni. È tuttavia evidente che ogni norma tolta o, come qui, aggiunta al sistema preesistente vale a sostanziale rifacimento di quest'ultimo nella sua interezza. Gli effetti possono ovviamente vedersi più nitidamente in relazione a talune norme già vigenti rispetto ad altre ma, in tesi, tutte ne sono comunque riguardate, proprio perché tutte concorrenti a fare il "sistema", nella sua più genuina e qualificante espressione, assiologicamente pregnante.

Così, è chiaro che i nuovi principi parteciperanno ad armi pari coi vecchi ad operazioni di bilanciamento secondo i casi e, dunque, potrà assistersi a pur parziali sacrifici sia di questi che di quelli. Ciò che, ad ogni buon conto, importa è che ne risulti potenziato il sistema nella sua interezza e, con esso, le aspettative di tutela dei diritti fondamentali dei componenti la comunità. Ove di questa condizione si abbia, dunque, riscontro, la innovazione costituzionale sarà da considerare lecita.

Qui, è però, il punto debole della costruzione ora sommariamente descritta nelle sue linee portanti. Perché il vero è che la risposta finale e l'effettiva conferma potranno aversi unicamente *ex post*, dopo che nel tempo lungo si sarà verificato l'impatto nell'esperienza delle novità apportate alla Carta. D'altronde, se si considera che il linguaggio dei disposti espressivi di principi, più ancora che di altri enunciati, è stringato ed essenziale e, perlopiù, vago ed aperto a plurime sue specificazioni-attuazioni, se ne ha che saranno proprio queste ultime a connotare semanticamente le formule nei cui riguardi si pongono in funzione servente, caricandole e rinnovandole incessantemente di sempre nuove accezioni.

Tutto ciò posto, è pur sempre da mettere in conto la eventualità che i nuovi principi mal si raccordino ai vecchi e, persino, che vi contraddicano apertamente; ma questa – com'è chiaro – è una eventualità che vale non soltanto per le revisioni specificamente riguardanti i primi articoli della Carta bensì per ogni forma d'innovazione costituzionale, tanto più poi se avente ad oggetto enunciati della parte sostantiva. Non ho mai creduto alla tesi, che, seppur patrocinata da accreditati studiosi⁴², francamente giudico essere ingenua e potenzialmente pericolosa, del potere costituente quale nozione teorica storicamente datata o – com'è stato efficacemente detto – "esaurita". Naturalmente, è poi da vedere se si diano le condizioni politiche perché un nuovo fatto costituente possa affermarsi. A volte, come la storia d'oggi segnata dalla guerra in Ucraina tristemente conferma, si attivano processi inarrestabili che rimettono in discussione antiche e consolidate credenze e turbano equilibri che fino a poco tempo prima sembravano essere consolidati. Anche Paesi, come il nostro, in cui la liberal-democrazia appare essere una conquista ormai radicata nel tessuto sociale ed ordinamentale e da molti giudicata irreversibile, sono pur sempre esposti al vento impetuoso della eversione costituzionale; proprio, anzi, quando la guardia si abbassa – mi è venuto

europa, in questa *Rivista*, [2021/III](#), 864 ss.; di diverso avviso, tra gli altri, M. LUCIANI, *Costituzione italiana: articolo 12*, Carocci, Roma 2018].

⁴² ... tra i quali, M. LUCIANI, *Il voto e la democrazia. La questione delle riforme elettorali in Italia*, Editori Riuniti, Roma 1991, 8 s. e *passim*, e, dello stesso, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 124 ss., spec. 136 ss.; U. ALLEGRETTI, *Il problema dei limiti sostanziali all'innovazione costituzionale*, in AA.VV., *Cambiare costituzione o modificare la Costituzione?* a cura di E. Ripepe e R. Romboli, Giappichelli, Torino 1995, 29; M. DOGLIANI, *Potere costituente e revisione costituzionale*, in *Quad. cost.*, 1995, 7 ss.

più volte di dire –, lì maggiore è il rischio della dispersione del patrimonio di beni e valori cui la Carta dà voce. Conviene, dunque, restare desti e vigili, piuttosto che essere bruscamente e dolorosamente risvegliati e obbligati a fare i conti con una realtà amara e crudele, dapprima considerata d'impossibile riscontro. Conviene – come ancora la guerra in Ucraina c'insegna – non adagiarsi su teorie ireniche della sovranità dello Stato, assumendo che il riconoscimento datovi in seno alla Comunità internazionale per ciò stesso ci metta al riparo da insidie che invece possono all'improvviso manifestarsi, avverso le quali non resta che confidare nella solidarietà offerta da altri Stati che con il nostro condividono i tratti caratterizzanti della liberal-democratica, tutti appartenenti ad organizzazioni internazionali connotate da vincoli reciproci di mutuo soccorso intercorrenti tra coloro che vi appartengono⁴³. L'art. 1 della Carta, insomma, laddove dichiara che la sovranità spetta al popolo che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione, va necessariamente integrato con il seguente frammento: “... e alle condizioni oggettive di contesto, interno ed internazionale”.

4. *A mo' di conclusione, con riguardo ai punti di maggior rilievo della riflessione svolta*

È opportuno, in chiusura, fermare, ancora per un momento, l'attenzione sui punti di maggior rilievo della riflessione svolta, anche in vista di ulteriori approfondimenti ai quali, per taluni aspetti, mi riprometto di far luogo in altra sede.

Il primo è dato dalla struttura internamente composita che è propria dei principi fondamentali; e, poiché sono questi che fanno l'identità costituzionale, se ne ha che parimenti composita o complessa è la struttura di quest'ultima, risultante da una componente negativa e da una positiva: l'una è data dal rigetto di esperienze di un tempo lontano con le quali la storia ha ormai fatto i conti e, con essa, anche la Costituzione. Resta, infatti, confermato il nucleo duro della dottrina classica del potere costituente che vede nella rottura rispetto all'ordinamento anteriore (e, dunque, nella discontinuità istituzionale) il suo connotato maggiormente qualificante ed espressivo. Il passato non può e non *deve* tornare, con le ferite e i dolori indicibili da esso causati al corpo sociale, ma la sua immagine è in modo vivo impressa nei principi fondamentali e ne accompagna lo svolgimento nell'esperienza, ammonendo giorno dopo giorno la comunità tutta a non dimenticare i fatti pregressi e ad adottare ogni misura necessaria al fine di evitarne, sia pure in forme mutate, il nuovo accadimento⁴⁴.

Qui, soccorre l'apporto venuto dalla componente positiva. Tanto più, infatti, può essere parato a modo il rischio della “restaurazione” – secondo l'indicazione sopra richiamata di un'accreditata dottrina – quanto più si riesca a portare al massimo grado di realizzazione possibile, alle condizioni oggettive di contesto, le indicazioni che in modo esplicito sono date negli enunciati di maggior pregio assiologico della Carta, a partire da quelle riguardanti la coppia assiologica fondamentale di libertà ed eguaglianza, alla cui affermazione i principi restanti offrono il loro prezioso concorso, tutti peraltro costantemente e in copiosa misura alimentandosi a vicenda e, per ciò stesso, componendo e senza sosta rinnovando il sistema.

Allo stesso tempo in cui chiedono di essere specificati ed attuati, per via normativa in primo luogo e quindi a mezzo degli atti delle pubbliche funzioni in genere, nonché di attività prodotte dalle relazioni che spontaneamente si intrattengono in seno al corpo sociale, i principi parimenti esigono di essere fatti oggetto di integrazioni ora di maggiore ora di minore consistenza, nondimeno

⁴³ Ancora una volta, particolarmente istruttivo è il quadro che abbiamo oggi sotto gli occhi, che nondimeno appare essere internamente fluido e oscillante, aperto a plurimi, possibili sviluppi, nessuna eventualità potendosi considerare in partenza esclusa.

⁴⁴ Di qui, poi, il cruciale rilievo del riferimento storico nei processi interpretativi, in via generale ma – come si viene qui rimarcando – in special modo con riferimento agli enunciati espressivi dei principi. L'interpretazione costituzionale, infatti, come si è tentato di mostrare, o è storicamente orientata oppure semplicemente non è.

giustificate solo se pienamente fedeli rispetto alla loro originaria connotazione e – di più – promettenti ulteriori avanzamenti nell’implementazione e diffusione degli stessi, *magis ut valeant*.

I principi, insomma, esprimono la irrefrenabile vocazione ad avere vigore così come sono e, a un tempo, ad essere rigenerati incessantemente, ora per via d’interpretazione ed ora a mezzo del loro aggiornamento coerente coi tempi e con i più diffusi ed avvertiti bisogni emergenti in seno al corpo sociale. Come Giano bifronte, guardano al passato e contemporaneamente al futuro, attingendo dal presente le suggestioni ed indicazioni utili al loro incessante rinnovamento interno.

Molte e non di rado confuse e contraddittorie sono le suggestioni che vengono dal corpo sociale, per il fatto stesso che divisa e, su talune questioni, persino lacerata è la società stessa. Dunque, va fatto un filtraggio stretto, anzi strettissimo, raccogliendo unicamente ciò che appare essere ormai definito in ogni sua parte, diffuso, profondamente radicato in seno al corpo stesso.

Di qui, il riferimento ad autentiche *consuetudini culturali* di riconoscimento di ciò che è da tutti (o quasi⁴⁵) percepito come autenticamente “fondamentale”, irrinunciabile, vitale per la integra trasmissione della società e dell’ordinamento nel tempo.

Il lemma “fondamentale” racchiude in sé e mirabilmente esprime la natura dei bisogni in parola o – se si preferisce altrimenti dire – dei beni della vita o interessi meritevoli di prioritaria tutela, proprio perché attorno ad essi si sono ormai coagulati i più larghi e convinti consensi in seno alla società.

Il vero è che si danno (o, forse, dobbiamo ormai dire *davano...*) alcune resistenze anche psicologiche a dar spazio a revisioni riguardanti i primi dodici articoli della Carta, per una sorta di crampo mentale che portava a considerare in tesi preclusa siffatta eventualità. L’aggiunta ora fatta all’art. 9 (e all’art. 41) ha fatto venire meno questo tabù, con la conseguenza che il criterio della *sedes materiae* al fine di distinguere le revisioni astrattamente ammissibili da quelle invece vietate⁴⁶ non fa più da ostacolo alle innovazioni di cui qui si discorre.

Giova, dunque, non sovraccaricare di eccessivi significati il criterio in parola e, piuttosto, fermare l’attenzione sul fatto che etichettare come espressive ovvero non espressive di “principi fondamentali” ora questa ed ora quella nuova norma può, a conti fatti, dimostrarsi uno pseudoproblema. Ciò che solo conta è, infatti, che la positivizzazione risulti davvero servente i più diffusi ed avvertiti bisogni, idonea cioè a dar voce con timbro forte e chiaro alle consuetudini culturali che li riguardano, traducendole in precetti normativi connotati da semplicità e concisione di linguaggio, immediatamente comprensibile da tutti e che facciano breccia nei cuori di tutti, ad imitazione appunto di quelli forgiati dalla mano del Costituente: un’aspettativa, questa, che ha appunto nella rispondenza delle novità positive alle consuetudini culturali suddette il suo più saldo fondamento e la più efficace garanzia del suo effettivo riscontro. La qual cosa può aversi alla condizione che, oltre alla rispondenza sostanziale in parola, si abbia omogeneità di natura assiologico-strutturale tra i disposti normativi originariamente iscritti e quelli successivamente aggiunti.

La fedeltà e coerenza rispetto alle consuetudini culturali suddette è, nondimeno il primo requisito di cui deve aversi sicura riprova in vista della effettiva e diffusa osservanza delle nuove norme, non calate coattivamente dall’alto bensì – come si è venuti dicendo – ascese dal basso, dalla comunità che da tempo ne avvertiva la necessità e ne attendeva dunque la venuta alla luce⁴⁷.

⁴⁵ Isolati dissensi sono, ovviamente, da mettere in conto, in ispecie in comunità che constano di parecchi milioni di persone. D’altronde, essi si hanno anche con riguardo ai principi fondamentali originari e non v’è, dunque, ragione di riservare un diverso trattamento ai nuovi o ai rinnovati principi rispetto ai vecchi.

⁴⁶ Dico “astrattamente” perché poi è naturalmente da vedere se nel merito la singola innovazione sia rispettosa dei limiti cui, secondo opinione corrente, va incontro, o no; ma questo problema non può, appunto, che essere risolto caso per caso.

⁴⁷ Ancora una volta, il riferimento alla modifica dell’art. 9, più volte richiamata, torna prezioso per la comprensione dei concetti ora enunciati nel testo.

Insomma (e per chiudere), non v'è da fare differenza alcuna tra vecchi e nuovi (o rinnovati) principi, tutti idonei a permeare di sé l'intero ordinamento unicamente fintantoché si diano le condizioni oggettive di contesto favorevoli al loro effettivo vigore, risultando altrimenti travolti da fatti costituenti, che tali pur sempre sono pur laddove dovessero affermarsi in modo incruento e senza spargimento di sangue, come ad es. si ha in presenza di forme di resistenza silente e diffusa nei riguardi di precetti normativi non sentiti e *quodammodo* metabolizzati dal corpo sociale.

Ammettere il carattere internamente composito della struttura degli enunciati espressivi dei principi, nel senso che qui si è tentato di precisare, equivale, in buona sostanza, ad ammettere che della struttura stessa faccia parte una sorta di norma implicita che ne sollecita l'aggiornamento: la migliore garanzia – come si è venuti dicendo – di cui i principi dispongono al fine della loro integra trasmissione anche alle generazioni che verranno e, con essa, della parimenti integra conservazione e, a un tempo, incessante rigenerazione della identità costituzionale della Repubblica.

Gli operatori tutti sono chiamati a spendersi, ciascuno secondo le forze di cui dispone e nello scrupoloso rispetto del ruolo istituzionale assegnatogli, a questo fine. Molto, in particolare, possono fare i giudici col fatto stesso di “dialogare” tra di loro e di sfruttare al meglio le formidabili potenzialità espressive dei documenti *materialmente* o – come preferisce dire la giurisprudenza – *tipicamente* costituzionali che danno voce ai diritti, in ispecie ai nuovi, nei quali si rispecchiano molte delle consuetudini culturali che ad oggi attendono di essere recepite nella nostra Carta. E, invero, i documenti in parola hanno – come si sa – attinto a piene mani le indicazioni di cui si sono dotati da consuetudini culturali nel frattempo maturate nella società, delle quali non v'era *temporis ratione* traccia nelle Carte costituzionali del secondo dopoguerra. Allo stesso tempo, però, i documenti stessi, per il modo con cui si fanno diritto vivente anche (e soprattutto) grazie alla giurisprudenza, possono concorrere, per la loro parte, fattivamente alla piena maturazione di consuetudini culturali ancora *in progress*, agevolandone quindi la emersione e il radicamento nel corpo sociale e nell'ordinamento.

D'altronde, è risaputo che tra l'azione dei pubblici poteri in genere (e – per ciò che qui specificamente importa – dei giudici) e le dinamiche sociali si dà una mutua, circolare ricarica, con un moto senza fine che segna i più salienti sviluppi della vita del diritto in genere e – per ciò che è qui di specifico interesse – del diritto costituzionale nel suo farsi esperienza.

Stefano Rovelli

Azionabilità del diritto al giudice naturale, *rule of law* e dignità dell'ordine giudiziario*

ABSTRACT: *The right to a natural judge previously established by law is currently recognised as one of the cornerstones of the rule of law in Europe. In the light of a number of judgments pronounced on the subject by supranational courts, the essay examines the paradox of the Italian situation in which, in the face of the formal recognition of the strong conception of this right and of its decisive role in the construction of the democratic judicial system, domestic case law has denied a specific and effective jurisdictional remedy for its protection to the person party to the judicial proceedings. In particular, the essay aims to lay the groundwork for overcoming this paradox on the basis of the rediscovery of the foundation of the right under consideration on that value of the dignity of the judicial order which, in its being a direct emanation of the rule of law, makes it possible to define a new model of the right to the natural judge previously established by law which is indispensable to ensure the trust that people must be able to place in the judicial system in a democratic society.*

SOMMARIO: 1. Premessa: l'attuale rilevanza strategica del diritto al giudice naturale a livello europeo e il paradosso del caso italiano; 2. Le cause della negata azionabilità della concezione forte del diritto al giudice naturale nell'ordinamento italiano; 3. Il caso paradigmatico della negata azionabilità del diritto al giudice naturale nel processo penale italiano: il combinato disposto degli articoli 33 e 178 c.p.p. e la capacità del giudice; 4. Le novità introdotte dalla più recente giurisprudenza europea in materia di *rule of law*; 5. Conclusioni: un nuovo modello di diritto al giudice naturale precostituito per legge e di capacità del giudice, la sua tutela giurisdizionale e la dignità dell'ordine giudiziario.

1. *Premessa: l'attuale rilevanza strategica del diritto al giudice naturale a livello europeo e il paradosso del caso italiano.*

Il principio del giudice naturale precostituito per legge riveste una importanza essenziale nella storia del costituzionalismo moderno europeo non solo perché nel passato la sua affermazione è avvenuta contemporaneamente alle prime e più importanti dichiarazioni dei diritti¹, ma anche e soprattutto per la sua attuale rilevanza strategica nel sistema multilivello di protezione degli stessi².



¹ Le radici delle questioni teoriche e dei problemi pratici sorti in relazione al principio del giudice naturale sono invero profonde e secondo alcuni studiosi risalirebbero fino all'antichità (si veda M. D'AMICO, G. ARCONZO, *Art. 25, 1° co.*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *La Costituzione italiana. Principi fondamentali. Diritti e doveri dei cittadini. Commento agli artt. 1-54*, Utet, Torino, 2007, 527 e M. NOBILI, *Art. 25, 1° comma*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 1981, 135-136). Eppure è soltanto con la modernità giuridica e con il movimento storico che ha condotto alla Rivoluzione inglese prima e a quella francese poi che tale principio ha assunto la forma e il significato attuali: è infatti in tale contesto, e in particolare in quei *cahiers de doléances* che posero le basi per i fatti del 1789, che l'espressione *juge naturel* (con i valori ad essa sottesi) è diventata la parola d'ordine per la rivendicazione di una radicale ristrutturazione dell'organizzazione giudiziaria e di conseguenza per un diverso equilibrio nei rapporti tra i poteri dello Stato e tra questi ultimi e le persone. Anche per questo la prima formalizzazione del principio è stata storicamente individuata nel celebre art. 17 del Titolo II del *Décret sur l'organisation judiciaire* del 16-24 agosto 1790, il cui testo, come è noto, recitava: "*l'ordre constitutionnel des juridictions ne pourra être troublé, ni les justiciables distraits de leurs juges naturels, par aucune commission, ni par d'autres attributions ou évocations qui seront déterminées par la loi*". Come tanti altri principi proclamati nel corso della Rivoluzione francese, anche quello del giudice naturale fu recepito da diverse delle costituzioni liberali che si susseguirono in Europa dalla Restaurazione in poi, ma la fase di diffusione più importante ai fini odierni è quella realizzatasi all'indomani della Seconda guerra mondiale grazie all'approvazione di nuove costituzioni da una parte e alle carte internazionali dei diritti dall'altra. In questa prospettiva, particolarmente rilevanti per il livello di complessità del sistema in cui producono i propri effetti sono indubbiamente la Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950 e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 2000, che lo affermano ai rispettivi articoli 6 e 47. Per la ricostruzione delle origini della storia del principio si rinvia, per quanto concerne il contesto italiano e quello francese, a R. ROMBOLI, *Giudice naturale*, cit., 365 ss.; P. ALVAZZI DEL FRATE, *Il giudice naturale. Prassi e dottrina in Francia dall'ancien*

Se è vero, infatti, che una delle peculiarità del costituzionalismo democratico novecentesco consiste nella nuova centralità della funzione giurisdizionale esercitata tanto dai giudici comuni quanto da quelli sovranazionali e costituzionali³, è evidente la necessità di assicurare che le persone che quotidianamente provvedono alla “affermazione dell’ordinamento nel caso concreto”⁴ incarnino tutti quei valori su cui si fonda la legittimità dell’amministrazione della giustizia negli ordinamenti democratici, a cominciare da quelli sottesi a quel principio del giudice naturale la cui difesa ha rappresentato una delle prime affermazioni nella storia moderna della esigenza di indipendenza e imparzialità dei giudici.

È in questo quadro che si inserisce il paradosso del caso italiano.

Infatti, a fronte del “ruolo decisivo” e peculiare che questo principio ha rivestito nella costruzione del modello di ordinamento giudiziario democratico⁵ e in particolare di quel sistema tabellare che ha reso quella repubblicana una delle esperienze più rilevanti al fine della riflessione

régime alla restaurazione, Viella, Roma, 1999; ID., *Giustizia e garanzie giurisdizionali. Appunti di storia degli ordinamenti giudiziari*, Giappichelli, Torino, 2012; E. SOMMA, *Juge naturel e ordinamento giudiziario francese 1790-1795*, in *Quaderni di storia del pensiero giuridico*, Giuffrè, Milano, 2013; per quanto concerne il contesto inglese a L. FERRAJOLI, *Diritto e Ragione*, Laterza, Roma-Bari, 2011, 603 ss.

² È possibile affermare che i riconoscimenti nello spazio giuridico europeo, tanto a livello nazionale quanto a livello sovranazionale, per costanza nel tempo e diffusione geografica valgono a ricomprendere il diritto al giudice naturale, se non all’interno di quelle “tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri” dell’Unione la cui definizione resta ancora da “approfondire” nonostante siano state consacrate dall’art. 52, paragrafo 4, CDFUE. e dall’art. 6 del Trattato sull’Unione Europea, almeno in quella “eredità costituzionale condivisa” che caratterizza tale spazio. Per tali concetti si rimanda a M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze nell’interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, nel [sito della Corte costituzionale](#), 2017, 5-6. Per una elencazione delle norme costituzionali che riconoscono il principio del giudice naturale a livello europeo (e mondiale) si rinvia a M. D’AMICO, G. ARCONZO, *Art. 25, 1° co.*, cit., 526; per una ricostruzione più specifica della disciplina negli ordinamenti dell’Europa occidentale si vedano invece: M. HARTWIG, *Il Gesetzliche richter di cui all’art. 101, 1° comma, 2a proposizione, del Grundgesetz*, in *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, n. 66, 1993, 82 e ss.; I. DIEZ-PICAZO, *Il juez ordinario predeterminado por la ley di cui all’art. 24, comma 2, della costituzione spagnola*, in *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, n. 66, 1993, 104 e ss.; T. RENOUX, *Il principio del giudice naturale nel diritto costituzionale francese*, in *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, n. 66, 1993, 158 e ss.

³ Si veda M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo*, Carocci, Roma, 2018, 78 in cui si afferma: “Il dato davvero rilevante è la rinascita del diritto giurisprudenziale. La “grande trasformazione” è tutta lì: sta nel nuovo [...] ruolo dei giudici rispetto alla posizione che avevano acquisito nello Stato di diritto ottocentesco. Allora essi conoscevano solo la legge, e non vedevano direttamente la Costituzione. Ora invece, non solo per l’opera delle nuove Corti costituzionali, ma proprio per l’esercizio quotidiano della giurisdizione, i giudici tengono sul loro tavolo certamente i Codici, ma accanto alla Costituzione. E tramite la Costituzione spesso si trovano ad operare con altre ulteriori fonti, che provengono dal diritto sovranazionale”. Per una panoramica più ampia si veda, inoltre, M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne*, Giappichelli, Torino, 2014, 163 in cui, nell’analizzare i tre elementi qualificanti lo Stato costituzionale (“l’invulnerabilità dei diritti fondamentali della persona, con l’affermazione del principio di rigidità della costituzione e del controllo di costituzionalità; una certa concezione del principio di uguaglianza, riferita alla concreta posizione della persona nella società, con la connessa problematica dei diritti sociali; una certa concezione del principio democratico, nel senso della democrazia costituzionale, e del conseguente necessario bilanciamento tra i poteri pubblici”), l’Autore aggiunge, da una parte, che con lo Stato costituzionale “i protagonisti del bilanciamento” sono diventati i “poteri d’indirizzo”, che “operano con lo strumento della legge”, e i “poteri di garanzia” che “si esercitano principalmente per il tramite della giurisdizione”, e, dall’altra, che “lo Stato costituzionale non è lo Stato entro cui si realizza il tanto temuto “governo dei giudici”” poiché esso “non ha tolto il potere “sovrano” al legislatore per consegnarlo ai giudici, ma per aprire il campo ad una costituzione che conosce solo poteri limitati e bilanciati”.

⁴ “Affermazione dell’ordinamento nel caso concreto” è la definizione di funzione giurisdizionale proposta in S. SATTA, *Giurisdizione*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XIX, Giuffrè, Milano, 1970, 228.

⁵ A conferma di tale importanza si vedano rispettivamente R. ROMBOLI, S. PANIZZA, *Ordinamento giudiziario*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Vol. X, Utet, Torino, 1995, 371 e R. ROMBOLI, *Giudice naturale*, cit., 369; questi contributi riprendono e valorizzano la riflessione di Alessandro Pizzorusso, il quale già nel 1975 individuava tra i “criteri differenziali” del “modello italiano di ordinamento giudiziario”, oltre al Consiglio Superiore della Magistratura, “il pluralismo nella magistratura e il principio del giudice naturale” (A. PIZZORUSSO, *Ordinamento giudiziario*, Editoriale scientifica, Napoli, 2019, 495 ss.).

su una attuazione piena del principio del giudice naturale in tutta la sua spinta garantistica⁶, esso appare oggi come il più classico esempio di “diritto di carta”⁷ in quanto risulta ancora irrisolto il principale problema che ha caratterizzato la storia del diritto di cui all’art. 25 della Costituzione del 1948⁸: quello della negata azionabilità della sua concezione “forte”⁹ ad opera della persona parte del procedimento giurisdizionale in cui esso è invocato¹⁰.

2. Le cause della negata azionabilità della concezione forte del diritto al giudice naturale nell’ordinamento italiano.

La negata azionabilità della concezione forte del diritto al giudice naturale precostituito per legge nell’ordinamento italiano è dipesa da due cause principali.

2.1. La prima è di ordine teorico e può essere individuata nell’intreccio di altre due questioni che hanno interessato l’art. 25 Cost.: quella della identità di significato tra le espressioni “naturale” e

⁶ Con l’espressione “sistema tabellare” si intende il “complesso insieme di regole” (che ha ottenuto la necessaria copertura legislativa con i nuovi articoli 7-bis e 7-ter del r.d. 30 gennaio 1941 n. 12) con cui, da una parte, “si definiscono l’eventuale ripartizione dell’ufficio giudiziario in sezioni, la destinazione dei magistrati in ciascuna sezione e l’assegnazione delle specifiche funzioni ai singoli magistrati (art. 7-bis cit.)” e, dall’altra, si “stabiliscono i criteri per l’assegnazione degli affari giudiziari alle singole sezioni, ai singoli collegi e ai singoli giudici e i criteri per la sostituzione dei giudici astenuti, ruscusi o impediti (art. 7 ter cit.)”, N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Zanichelli, Bologna, 2019, 232. Per una ricostruzione della storia del sistema tabellare si veda F. GENOVESE, *Orientamento giudiziario e diritto tabellare*, in *Questione Giustizia*, n. 2/2003, il quale a pagina 255 evidenzia come sia proprio nel sistema tabellare che si realizza quella dialettica tra “gli organi democratici di amministrazione della giurisdizione (Csm e Consigli giudiziari) [...] con quelli che restano i poteri autocratici di cui sono titolari i capi degli uffici giudiziari” così importante nelle democrazie costituzionali contemporanee.

⁷ Come ricostruito in G. PINO, *Il costituzionalismo dei diritti*, Il Mulino, Bologna, 2017, 63, l’espressione è stata introdotta nel dibattito italiano da R. GUASTINI, *Diritti*, in ID., *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Giappichelli, Torino, 1996, 142, ma risale a K. N. LLEWELLYN, *A Realistic Jurisprudence – The Next Step*, in *Columbia Law Review*, 1930. È importante esplicitare fin da ora che al fine del presente lavoro si utilizzerà come modello di diritto fondamentale proprio quello elaborato da Giorgio Pino nell’opera testé citata.

⁸ Per quanto concerne l’origine di questa disposizione la dottrina è divisa sulla profondità e sull’importanza del dibattito in Assemblea costituente. Chi ha valorizzato di più le discussioni tenutesi in tale sede in merito al principio del giudice naturale è M. D’AMICO, G. ARCONZO, *Art. 25, I° co.*, cit., 528-529, dal cui contributo si evincono due coordinate storiche particolarmente importanti ai fini del presente scritto. La prima è che uno dei principali artefici dell’art. 25 fu Piero Calamandrei, il quale, avendo individuato il fine generale della norma nel duplice divieto “che si creino delle magistrature ordinarie che giudichino per reati avvenuti prima” da una parte e “che si creino magistrature straordinarie” dall’altra (seduta 14 dicembre 1946), fu anche colui che volle “introdurre per la prima volta il concetto di precostituzione, da intendere come preventiva esistenza del giudice alla causa da giudicare”, come risulta dalla relazione da lui effettuata nella I Sottocommissione della Commissione Forti. La seconda coordinata è invece rappresentata dall’intervento di un altro illustre costituente, Giuseppe Dossetti, il quale, oltre a difendere la riserva di legge da rinvii più generici, si schierò apertamente a favore della riferibilità del principio al giudice persona fisica, riconoscendo l’identità del “concetto di giudice precostituito” con quello “della persona componente l’organo giudicante”.

⁹ La concezione “forte” del principio del giudice naturale è quella che intende il termine “giudice” come riferito alla persona fisica del singolo magistrato e la locuzione “naturale precostituito per legge” come finalizzata ad assicurare una “automaticità assoluta” in materia di composizione dei collegi e di distribuzione degli affari e dei giudici rispetto alle singole regiodicande. Si vedano in tal senso R. ROMBOLI, *Giudice naturale*, cit., 379 e A. PIZZORUSSO, *Ordinamento giudiziario*, cit., 600.

¹⁰ Sul punto deve essere menzionato il più importante lavoro dedicato specificamente a questo tema: R. ROMBOLI, *La azionabilità del diritto al giudice naturale*, in *Studi in onore di V. Palazzolo*, Giuffrè, Milano, 1986, che l’Autore conclude indicando nel rapporto tra art. 24 e art. 25 Cost. la materia da indagare (vedi pagina 747). Diverso è il discorso relativo alla azionabilità del diritto da parte del singolo magistrato, il quale dispone di numerosi rimedi per evitare che gli sia sottratta la propria causa. Per un’analisi completa di questo discorso (che amplifica il carattere paradossale della posizione della persona parte del procedimento giurisdizionale) si rinvia a N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale*, cit., 242 e ss.

“precostituito per legge”¹¹ e, soprattutto, quella della riferibilità del principio al giudice come persona fisica o come organo.

Se la prima questione è stata pacificamente risolta dalla Consulta fin dagli anni cinquanta (in quanto il Giudice delle leggi ha riconosciuto che le espressioni “naturale” e “precostituito” rappresentano una endiadi¹²), la seconda invece deve essere ancora considerata aperta. Anzi, il conflitto che essa ha determinato tra dottrina (tendente in modo condivisibile verso la soluzione della persona fisica¹³) e giurisprudenza (ferma nella sua contrarietà a tale opzione¹⁴) è stato talmente intenso che, non solo ha determinato la riproposizione ciclica della prima questione nel tentativo di restituire dinamicità al dibattito sul principio di cui all’art. 25 Cost., ma ha soprattutto compromesso in modo fino ad oggi insuperabile la questione relativa alla azionabilità del diritto al giudice naturale. Se è vero, infatti, quanto affermato in [Corte cost. sent. n. 26 del 1999](#) in merito alla strumentalità della tutela giurisdizionale rispetto alle singole “posizioni giuridiche di diritto sostanziale”¹⁵, è evidente che il diritto al giudice naturale non potrà essere garantito nella sua

¹¹ Sul punto si veda A. PIZZORUSSO, *Ordinamento giudiziario*, cit., 611 ss. in cui l’Autore, in uno scritto del 1975, affronta e supera la “critica dell’identificazione dei due attributi” all’epoca “assai diffusa soprattutto fra i processualpenalisti”.

¹² Si veda [Corte cost. sent. n. 29 del 1958](#) in cui si afferma che “la locuzione “giudice naturale” è dallo stesso art. 25 definita come corrispondente a quella di “giudice precostituito per legge”, il quale è, come fu osservato nei lavori preparatori della Costituzione, il giudice istituito in base a criteri generali fissati in anticipo e non in vista di determinate controversie”.

¹³ Celebre è la riflessione secondo cui “impedire che un dato processo possa esser giudicato dal tribunale di Catania invece che da quello di Ragusa non vale niente, se non resta impedito anche che si costituisca il tribunale di Ragusa applicando ad esso i giudici del tribunale di Catania”, proposta in G. FOSCHINI, *Giudici in nome del popolo, non già commissari del capo della corte*, in *Foro it.*, 1963, 168. Il senso di queste parole fu condiviso e affermato in termini più espliciti da Alessandro Pizzorusso, che nel 1970 scrisse: “L’interpretazione finalistica dell’art. 25, comma 1, Cost. conduce invece a prendere partito, a nostro avviso senza possibilità di dubbi, per la tesi di coloro che leggono «giudice» come «magistrato». Se infatti la funzione di questo precetto è quella di impedire che un certo affare giudiziario possa essere sottoposto alla decisione di un giudice diverso da quello che risulta dall’applicazione automatica di criteri precostituiti al fine di ottenere un esito della causa almeno ipoteticamente diverso da quello che si sarebbe avuto attraverso l’opera del giudice naturale, sembra evidente che ciò che si vuole impedire è la sostituzione delle persone fisiche dei magistrati che debbono giudicare e non già dell’ufficio giudiziario cui appartengono” (A. PIZZORUSSO, *Ordinamento giudiziario*, cit., 595). Sulle medesime posizioni si è schierata autorevole dottrina: Roberto Romboli, Massimo Nobili, Salvatore Senese per citare i più illustri. Più scettico appare Nicolò Zanon che scrive: “Si potrebbe allora concludere ritenendo che le incertezze della giurisprudenza costituzionale sono dovute alla consapevolezza che solo accogliendo l’interpretazione più garantistica della norma costituzionale relativa al giudice naturale se ne salvaguarda in pieno il significato. Ciò, tuttavia, contrasta con le numerose oggettive difficoltà di tradurre concretamente il principio del giudice naturale così interpretato in disposizioni normative. [...] Da ciò deriva la costante affermazione che il principio del giudice naturale non costituisce, come del resto quasi tutti i principi costituzionali, un valore assoluto, dovendosi ammettere un bilanciamento” (N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale*, cit., 231-232).

¹⁴ Basti citare in ambito penalistico F. ZACCHÈ, *Art. 25 Costituzione*, in A. Giarda, G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, Wolters Kluwer, Milano, 2017, 44 ss. e in ambito costituzionalistico il contributo organico più recente in materia: F. DAL CANTO, *Lezioni di ordinamento giudiziario*, Giappichelli, Torino, 2020, 88. In particolare, quest’ultimo scrive: “Non sono affatto mancate posizioni contrarie. In primo luogo, quella della Corte di cassazione che, ancora una volta per ragioni pratiche – in una situazione di frequente carenza di organico la necessità di supplenze e di sostituzioni è molto frequente – in più di un’occasione ha individuato nell’ufficio l’esclusivo ambito di applicazione del principio [...]. Più incerto, invece, l’indirizzo della Corte costituzionale, che invero ha mostrato una certa oscillazione sul punto: soprattutto in una prima fase [...] ha mostrato implicitamente di accogliere la tesi in base alla quale per giudice naturale doveva intendersi il singolo magistrato (sentt. nn. [146 del 1969](#), [71 del 1975](#) e [217 del 1993](#), n.d.r.); in altre occasioni, invece, essa ha accolto esplicitamente l’indirizzo opposto ([sent. n. 156 del 1985](#) e [ord. n. 271 del 1989](#), n.d.r.)”.

¹⁵ In questa sentenza (Relatore G. Zagrebelsky) la Consulta ha infatti affermato quanto segue: “Al riconoscimento della titolarità di diritti non può non accompagnarsi il riconoscimento del potere di farli valere innanzi a un giudice in un procedimento di natura giurisdizionale. Il principio dell’assolutezza, inviolabilità e universalità della tutela giurisdizionale esclude infatti che possano esservi posizioni giuridiche di diritto sostanziale senza che vi sia una giurisdizione innanzi alla quale esse possano essere fatte valere”. Tale posizione, espressione del principio *ubi ius ibi remedium*, è stata espressa in dottrina anche da G. PINO, *Il costituzionalismo*, cit., 103 (l’Autore ha osservato che se il

interpretazione forte fino a quando la sua identificabilità con la persona fisica del singolo magistrato non sarà certa anche per la giurisprudenza, dimostrando così il carattere inscindibile della connessione tra le controversie indicate.

2.2. La seconda causa è invece di ordine pratico e deve essere ricercata nella giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di art. 25 Cost.¹⁶.

Dopo aver negato il carattere assoluto del diritto al giudice naturale¹⁷, infatti, la Consulta ha legittimato il bilanciamento di quest'ultimo con esigenze che, nonostante la divergenza tra giurisprudenza¹⁸ e dottrina¹⁹ (soltanto parzialmente giustificabile in base alle difficoltà di

diritto non fosse la “ragione per introdurre le forme di tutela giurisdizionale necessarie [...] una norma come quella espressa dall’art. 24 Cost. sarebbe priva di senso [...] a meno di considerarla superflua e tautologica” e che per questo esso deve essere considerato un diritto “di secondo grado [...] un diritto che verte su altri diritti”), R. GUASTINI, *Filosofia del diritto positivo*, Giappichelli, Torino, 2017, 83 (l’Autore ha parlato in proposito di “metadiritto”) e I. PAGNI, *Effettività della tutela giurisdizionale*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, X, Giuffrè, Milano, 2017, 360 che cita a sua volta V. ANDRIOLI, *La tutela giurisdizionale dei diritti nella Costituzione della Repubblica italiana*, 1954, ora in ID., *Scritti giuridici*, I, Milano, 7 (qui si definisce l’art. 24 Cost. una “norma in bianco la quale «aderisce a tutte le norme sostanziali» che attribuiscono situazioni soggettive”, cosicché “quelle norme, anche se nulla dispongono sulla tutela giurisdizionale, funzionano [...] come fattispecie rispetto al primo comma dell’art. 24, che mettono automaticamente in moto tutte le volte che vi sia il riconoscimento della rilevanza dell’interesse giuridico”).

¹⁶ Il Giudice delle leggi non ha mai affrontato la questione del diritto al giudice naturale con un approccio sistematico aperto, secondo la tecnica del *definitional balancing*, e si è invece rifugiato, come da esso stesso riconosciuto nella [sent. n. 272 del 1998](#), in un approccio casistico, tipico dell’*ad hoc balancing* (si veda in particolare il punto 4.2 della sentenza citata in cui la Consulta ha affermato che: “Il rimettente [...] pone una questione [...] che la giurisprudenza costituzionale ha avuto modo di considerare, con riferimento - occorre precisare - alle diverse fattispecie su cui di volta in volta è stata chiamata a pronunciarsi”). Questa tecnica motivazionale ha permesso alla Corte costituzionale di non esprimersi in modo chiaro e definitivo né sulla identificabilità del giudice con la persona fisica del magistrato né tantomeno sulla questione della sua tutela. Anche per questa ragione la dottrina non ha riconosciuto particolare pregio a questa giurisprudenza. Il più severo è stato sicuramente M. NOBILI, *Art. 25, 1° comma*, cit., 162, che ne ha denunciato la “grossolanità”. Il giudizio da parte degli altri studiosi dell’art. 25 Cost. ha invece focalizzato l’attenzione sul suo carattere oscillante e incerto in relazione alla riferibilità del diritto al giudice come persona fisica o come organo. In tal senso si vedano sia R. ROMBOLI, *Giudice naturale*, cit., 375 che N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale*, cit., 231 e F. DAL CANTO, *Lezioni*, cit., 88.

¹⁷ La relatività del principio di cui all’art. 25 Cost. è stata affermata esplicitamente per la prima volta in [Corte cost. sent. n. 109 del 1963](#). Nella pronuncia citata, in materia di rimessione dei processi, si legge: “al divieto sancito nel primo comma dell’art. 25 della Costituzione non può attribuirsi valore assoluto”. È importante evidenziare l’istituto processuale oggetto del giudizio costituzionale perché esso chiarisce che la deroga alla assolutezza del diritto fu originariamente affermata esclusivamente in relazione all’esigenza di assicurare quella imparzialità del giudice che lo stesso art. 25 mirava a tutelare.

¹⁸ La Consulta ha sempre riconosciuto la finalizzazione del principio di cui all’art. 25 Cost. alla esigenza di tutela della imparzialità del giudice (*ex multis* [Corte cost. sent. n. 127 del 1979](#), [sent. n. 460 del 1994](#) e meno esplicitamente [sent. n. 257 del 2017](#)), ma, al contempo e con altrettanta costanza, essa ha affermato la necessità di un temperamento di tale esigenza con quelle di continuità e prontezza delle “funzioni giurisdizionali”, come emerge esplicitamente in [Corte cost. sent. n. 146 del 1969](#) (e in [Corte cost. sent. n. 272 del 1998](#)) in cui il Giudice delle leggi ha affermato che è necessario “contemperare l’obiettività ed imparzialità dei giudizi con le esigenze della continuità e prontezza delle funzioni giurisdizionali”. Come emerge dalla lettura di questo passaggio, la giurisprudenza costituzionale ha costantemente riferito “continuità e prontezza” direttamente alla funzione giurisdizionale. Se, però, in [Corte cost. sent. n. 146 del 1969](#) questa formula poteva apparire come la massima espressione del necessario fondamento del valore dell’imparzialità sull’art. 97 Cost. (che prima del 1999 rappresentava l’unica disposizione costituzionale a riconoscerlo espressamente), nel caso di [Corte cost. sent. n. 272 del 1998](#) essa sembra essere utilizzata invece in modo più consapevole nel tentativo di evitare un contrasto macroscopico con le sentenze pronunciate pochi anni prima in materia di buon andamento dell’amministrazione della giustizia. In tali pronunce, infatti, la Corte costituzionale aveva sostenuto che, se è vero che “l’amministrazione della giustizia” è un “servizio pubblico essenziale” ([Corte cost. sent. n. 171 del 1996](#)) e che quindi “sarebbe paradossale voler esentare l’organizzazione degli uffici giudiziari da ogni esigenza di buon andamento” ([Corte cost. sent. n. 86 del 1982](#)), è altrettanto vero che un conto è “l’ordinamento degli uffici giudiziari e il loro funzionamento sotto l’aspetto amministrativo”, un altro, “del tutto diverso, ed estraneo per definizione alla tematica del buon andamento dell’amministrazione, è l’esercizio della funzione giurisdizionale” ([Corte cost. sent. n. 376 del 1993](#) confermata *in toto* da [Corte cost. ord. n. 44 del 2006](#)). Al fine di evitare questo ostacolo, il Giudice delle leggi

distinguere tra esercizio della funzione giurisdizionale e esercizio di funzioni meramente amministrative di organizzazione degli uffici giudiziari²⁰), risultano certamente riferibili al buon andamento dell'amministrazione della giustizia, realizzando una ponderazione tra interessi in gioco la cui regola del conflitto può essere descritta come una triplice impossibilità: 1) in primo luogo, l'impossibilità di garantire con la certezza della legge l'automatica assegnazione dei giudici e degli affari rispetto alle singole regiudicande, perché dove c'è un *quid* di discrezionalità dei capi degli uffici (leva "necessaria" in quanto atta "ad assicurare l'efficienza della funzione giurisdizionale"²¹) non può esserci vera e propria precostituzione²²; 2) in secondo luogo, la conseguente impossibilità

aveva recepito questa giurisprudenza costante al punto 3.1 di [Corte cost. sent. n. 272 del 1998](#) per poi ribadire, al punto 4.3, che "la Corte è dell'avviso che [...] il problema sia pur sempre quello di temperare obiettività ed imparzialità con continuità e prontezza delle funzioni". Da questa pronuncia emerge la seguente contraddizione: o il buon andamento dell'amministrazione della giustizia non ricomprende la continuità e la prontezza della funzione giurisdizionale e allora, però, si deve spiegare qual è il fondamento costituzionale di questi valori, oppure, come in verità appare (e come sostenuto dalla autorevole dottrina che sarà citata), continuità e prontezza rientrano nel buon andamento tutelato dall'art. 97 Cost. e la Corte costituzionale è stata costretta a considerarli parte del bilanciamento relativo all'art. 25 Cost. nonostante l'irrelevanza a cui li condannerebbe la sua stessa giurisprudenza, perché altrimenti avrebbe dovuto negare la legittimità della ponderazione che essa stessa aveva storicamente avallato nonché, di conseguenza, il potere discrezionale di cui sono titolari i capi degli uffici giudiziari.

¹⁹ A differenza della giurisprudenza costituzionale, la dottrina ha sempre riconosciuto il bilanciamento operato dalla Consulta come una ponderazione tra il valore della precostituzione e quello del buon andamento all'amministrazione della giustizia. In tal senso è sufficiente citare E. BINDI, *La giurisprudenza costituzionale in materia di buon andamento della giustizia*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 4/1996, 2787 (in tale contributo è stato affermato che "Altre volte, è stato invece il principio della precostituzione del giudice ad essere stemperato nella sua assolutezza in nome delle esigenze funzionali dell'organizzazione giudiziaria"), M. NOBILI, *Art. 25, 1° comma*, cit., 148 – 176, (nella prima parte del suo scritto l'Autore ha, innanzitutto, riconosciuto in modo esplicito la decisività del bilanciamento proposto dalla Consulta - "il concetto-scopo di «buon andamento», applicato all'amministrazione della giustizia ed affiancato al principio di precostituzione, finisce per assumere un ruolo portante decisivo; dà infatti dignità costituzionale a quell'accennata serie di esigenze che, per solito, vengono erroneamente qualificate come mere "necessità pratiche" e presentate come *alternative* rispetto alla legale precostituzione. Ricondurle sul piano della disciplina costituzionale ripulisce, per così dire, il discorso da molte ambiguità e da frequenti imbarazzi; soprattutto indirizza la discussione sul piano di un corretto bilanciamento tra valori fissati da norme di pari rango" – per poi concludere denunciando la "pretestuosità dell'operazione che postula il sacrificio della precostituzione sull'altare della buona organizzazione") e R. ROMBOLI, *Giudice naturale*, cit., 379 (l'Autore ha evidenziato che coloro che vorrebbero negare la tesi della identificabilità del giudice naturale con la persona fisica richiamano "altri principi e valori costituzionali, ritenuti prevalenti, i quali sarebbero sacrificati dal riferimento del principio alla persona e da un sistema di assegnazione automatica degli affari. I valori cui si fa riferimento sono essenzialmente quelli dell'efficienza della giustizia, della funzionalità, delle obiettive esigenze di servizio [...]. Detto questo, [...] i valori invocati non sono tali da potersi ritenere prevalenti su quello espresso dal principio della precostituzione del giudice, il quale si pone in stretto collegamento con la realizzazione della indipendenza interna del giudice (art. 107 cost.) e di un certo modello di ordinamento giudiziario") e da ultimo N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale*, cit., 232 (quest'ultimo Autore ha definito quella in materia di giudice naturale la giurisprudenza che, "più di tutte, si preoccupa [...] dell'efficienza dell'organizzazione della giustizia"). L'Autore che, invece, ha affrontato in modo più diretto il tema del ruolo del comune fondamento di imparzialità e buon andamento nell'art. 97 Cost. è sicuramente M. NOBILI *Art. 25, 1° comma*, cit., 147-149 il quale ha parlato in modo esplicito di "bilanciamento delle esigenze alla luce dell'art. 97 1° comma" e ha specificato che tale tema rappresenta un "passaggio ineludibile del dibattito attuale".

²⁰ Alessandro Pizzorusso ha coniato a tal proposito l'espressione "funzioni di «amministrazione della giurisdizione»" la cui peculiarità consiste nel loro essere "strumentali rispetto all'esercizio di funzioni giurisdizionali, cosicché il loro affidamento ad organi giudiziari si risolve in un'importante garanzia di indipendenza di questi ultimi" (A. PIZZORUSSO, *Ordinamento giudiziario*, cit., 358). Tra queste funzioni, "assai strettamente collegate" con quelle giurisdizionali, egli ricomprendeva espressamente "quelle relative all'assegnazione degli affari ai singoli magistrati operanti come giudici singoli o alle varie sezioni o turni in cui gli uffici eventualmente si articolano e quelle relative alla composizione degli organi collegiali giudiziari (soggette alla riserva di legge *ex art. 25, 1° comma, Cost.*, in applicazione del quale è stato ora legislativamente disciplinato il sistema di formazione delle «tabelle» degli uffici giudiziari)" (A. PIZZORUSSO, *Ordinamento giudiziario*, cit., 2019, 765).

²¹ Si veda sempre [Corte cost. sent. n. 146 del 1969](#).

²² In questo senso chiarissima resta [Corte cost. sent. n. 88 del 1962](#) nella parte in cui afferma che "precostituzione del giudice e discrezionalità nella sua concreta designazione sono criteri tra i quali non si ravvisa possibile una

di riconoscere espressamente la identificazione del giudice naturale con il magistrato persona fisica, perché dove non c'è precostituzione piena non può esserci neanche, di fatto, certezza sullo svolgimento di una determinata causa da parte di un determinato giudice; 3) in terzo luogo, infine, la impossibilità di riconoscere una tutela piena della interpretazione forte del diritto di cui all'art. 25 Cost., perché se non c'è certezza sulla identificabilità tra giudice naturale e persona fisica non può esserci neanche la conseguente protezione giurisdizionale²³.

Acclarata sinteticamente la complessità di questo implicito triplice bilanciamento²⁴, è evidente, sulla base della lezione ermeneutica del più autorevole studioso della materia, Alessandro Pizzorusso²⁵, che soltanto un'interpretazione di ordine sistematico può assicurare gli argomenti necessari per superare le cause pratiche e teoriche della negata azionabilità della concezione forte del diritto al giudice naturale precostituito per legge.

È per questa ragione, corroborata dalla consapevolezza dei limiti del sistema costituzionale in cui doveva essere interpretato originariamente l'art. 25 Cost.²⁶ e dalle opportunità rivelate da quello

conciliazione". Tale sentenza merita di essere citata per la sua importanza, universalmente riconosciuta dalla dottrina: già nel 1970 Alessandro Pizzorusso la definiva come un "punto fisso" con valore di "precedente" (A. PIZZORUSSO, *Ordinamento giudiziario*, cit., 587 ss.); nel 1998 Roberto Romboli la indicava come uno snodo "irrinunciabile per la ricostruzione del significato e della portata del principio del giudice naturale" in quanto essa affermava "con estrema chiarezza" che "la precostituzione del giudice per legge consiste nella «previa determinazione della competenza, con riferimento a fattispecie astratte realizzabili in futuro, non già, *a posteriori*, in relazione, come si dice, a una regiodicanda già insorta», «una competenza [cioè] fissata, senza alternative, immediatamente ed esclusivamente dalla legge», escludendo la possibilità di una «alternativa fra un giudice e un altro, preveduta dalla legge, ma risolubile *a posteriori*, con provvedimento singolo, in relazione a un dato procedimento», dal momento che «precostituzione del giudice e discrezionalità nella sua concreta designazione sono criteri tra i quali non si ravvisa possibile una conciliazione» (R. ROMBOLI, *Giudice naturale*, cit., 368); più recentemente Nicolò Zanon ha invece osservato che "con questa decisione la Corte costituzionale individua [...] le garanzie sottese al principio del giudice naturale: a) una riserva di legge in materia di competenza giurisdizionale; b) il fatto che l'indicazione del giudice competente debba avvenire *pro futuro*", così risultando "ancora più chiara la distinzione tra l'ambito di applicazione dell'art. 102 Cost. e quello dell'art. 25 Cost., pur esistendo una loro sfera comune: come l'art. 102 Cost. vieta l'istituzione di giudici straordinari, così l'art. 25 Cost. vieta la sottrazione di funzioni al giudice naturale, con successiva attribuzione delle medesime funzioni, in via straordinaria, ad altri giudici già istituiti" (N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale*, cit., 227).

²³ Quest'ultima impossibilità è dovuta essenzialmente a quella strumentalità della tutela giurisdizionale rispetto alle singole posizioni giuridiche protette che è stata riconosciuta nella già citata [Corte cost. sent. n. 26 del 1999](#) e dalla successiva giurisprudenza costituzionale ad essa conforme.

²⁴ Il bilanciamento in esame appare strutturato su tre livelli in quanto al temperamento tra i principi di imparzialità ed efficienza - buon andamento corrisponde, in primo luogo, quello tra il valore della precostituzione del giudice in senso stretto e la necessità della discrezionalità delle decisioni dei capi degli uffici, nonché, in secondo luogo, quello tra il principio di legalità e il principio di opportunità.

²⁵ Alessandro Pizzorusso osservava già nel 1975 come né gli "argomenti letterali" né gli "argomenti fondati sui precedenti" storici potessero assumere una "funzione preminente" dinnanzi a "un'elaborazione giurisprudenziale ormai così cospicua". Egli considerava "decisivo", invece, "il complesso di ragionamenti che, muovendo dal testo dell'art. 25, comma 1°, cost., possono farsi per coordinare la relativa statuizione con le altre contenute nel testo costituzionale e che nel loro complesso danno luogo ad un argomento di carattere sistematico". Vedi A. PIZZORUSSO, *Ordinamento giudiziario*, cit., 612 ss.

²⁶ Il sistema costituzionale originario aveva almeno tre direttrici interpretative: la prima era quella che conduceva al parallelo tra l'art. 25 Cost. e l'art. 102 Cost. (che esplicita nel Titolo IV della Parte seconda della Carta il divieto di istituire giudici straordinari), che ha avuto come momento di sintesi la [sent. n. 88 del 1962 della Corte costituzionale](#); la seconda era quella che, intrecciandosi con l'art. 108 Cost. e con la VII disposizione transitoria e finale e disegnando così di fatto un'unica riserva di legge organica in materia di ordinamento giudiziario democratico, ha portato al riconoscimento della precostituzione come valore su cui tale sistema è stato e deve essere imperniato; la terza e più importante, infine, era quella che, muovendo dalla necessità di stabilire l'esatta portata del principio di cui all'art. 25 Cost., ha cercato di individuare il valore costituzionale ultimo da esso protetto passando dall'analisi del nesso tra la norma in esame, la soggezione dei giudici alla sola legge (art. 101, comma 2, Cost.; art. 107, comma 3, Cost.) e il principio di uguaglianza dei cittadini davanti alla stessa nella sua applicazione giurisprudenziale (art. 3 Cost.), per fondare quindi il principio del giudice naturale precostituito per legge su quel valore dell'imparzialità che fino al 1999 era sancito espressamente dal solo art. 97 Cost. Come implicitamente affermato nel testo, quest'ultima direttrice

attuale²⁷, che, sebbene sussistano solidi argomenti per sostenere, non solo l'eccentricità, ma l'illegittimità stessa del contemperamento operato dal Giudice delle leggi²⁸, al fine di risolvere il paradosso del caso italiano è necessario procedere attraverso un'analisi della storia recente del diritto al giudice naturale precostituito per legge muovendo dalla prospettiva che è sempre risultata decisiva per le sue sorti: quella della giustizia penale.

3. *Il caso paradigmatico della negata azionabilità del diritto al giudice naturale nel processo penale italiano: il combinato disposto degli articoli 33 e 178 c.p.p. e la capacità del giudice.*

La giustizia penale ha sempre rappresentato il più significativo “banco di prova”²⁹ della tutela del diritto della persona parte di un procedimento al proprio giudice naturale precostituito per legge. Se, però, in epoca repubblicana questa rilevanza si giustificava principalmente sulla base dell'importanza astratta dei beni costituzionali che essa involge e dell'attenzione che in concreto

interpretativa è stata per mezzo secolo di storia costituzionale quella sulla quale si è consolidata la causa di ordine pratico che ha impedito di risolvere le diverse questioni relative all'art. 25 Cost. Infatti, se l'ancoraggio al principio di imparzialità ha assicurato una forza formidabile all'orientamento ermeneutico che propugnava la necessità di identificare il giudice precostituito per legge con il magistrato persona fisica, esso ha finito però per legare in modo implicito ma inscindibile l'art. 25 Cost. all'art. 97 Cost. esponendo così il diritto della persona al giudice naturale al pericolo che si sarebbe rivelato letale: quello del bilanciamento legittimato dalla Corte costituzionale. Questa direttrice interpretativa è stata efficacemente descritta in R. ROMBOLI, *Giudice naturale*, cit., 368-369 in cui l'Autore ha affermato quanto segue: “Circa la *ratio* del principio della precostituzione del giudice ed il valore da esso garantito, essi sono stati individuati nella tutela della imparzialità del giudice. [...] La nostra Costituzione non prevede espressamente il principio di imparzialità con riguardo all'attività giurisdizionale, ma ne parla solo con riguardo alla pubblica amministrazione in una accezione e significato ovviamente diverso, stante la diversa posizione che nella nostra Costituzione vengono ad assumere la pubblica amministrazione e la magistratura. Nonostante ciò può senz'altro ritenersi che il valore dell'imparzialità del giudice discenda direttamente dal principio di uguaglianza, nonché dal suo stretto collegamento con la garanzia della indipendenza del giudice. [...] In particolare attraverso l'affermazione della indipendenza interna o funzionale del giudice - espressa dall'art. 107 comma 3 cost. che fissa il principio secondo cui i magistrati si distinguono tra di loro soltanto per diversità di funzioni - viene superata la concezione gerarchica dell'organizzazione giudiziaria ed affermato al contrario il carattere diffuso del potere giudiziario, che trova una conferma nel riconoscimento della legittimazione a sollevare questioni di costituzionalità di una legge a qualsiasi autorità giudiziaria nel corso di un giudizio e nella giurisprudenza costituzionale la quale, in tema di conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato, ha da tempo qualificato il singolo giudice come potere dello Stato, legittimandolo quindi a sollevare ed a resistere in sede di conflitto. Questa connotazione è tale da caratterizzare in maniera assolutamente particolare il nostro modello di ordinamento giudiziario rispetto agli altri conosciuti, quello inglese, francese e sovietico. L'evoluzione e la effettiva realizzazione di quel modello credo dipenda in buona parte anche dal modo come si intende e soprattutto viene applicato il principio della precostituzione del giudice”.

²⁷ Rispetto alle più significative pronunce della Consulta in materia di diritto al giudice naturale precostituito per legge, come è noto, l'attuale sistema costituzionale è stato integrato: 1) dalla riforma dell'art. 111 Cost. (avvenuta attraverso la l. cost. 23 novembre 1999 n. 2), che ha costituzionalizzato il principio del giusto processo; 2) dalla riforma dell'art. 117 Cost. (avvenuta attraverso la l. cost. 18 ottobre 2001 n. 3), che, costituzionalizzando i vincoli derivanti dagli obblighi internazionali, ha posto le basi per le sentenze gemelle [n. 348 del 2007](#) e [n. 349 del 2007](#) della Consulta che hanno innalzato la C.E.D.U. a parametro interposto di legittimità costituzionale delle norme interne; 3) dal Trattato di Lisbona del 2009, che, rafforzando ulteriormente il processo dell'integrazione europea, ha a sua volta posto le basi per i più recenti orientamenti giurisprudenziali della Corte di Giustizia dell'Unione europea in materia di Stato di diritto. Tali integrazioni risultano particolarmente importanti perché hanno inciso profondamente anche sulla struttura del diritto al giudice naturale precostituito per legge, come si vedrà nel corso dell'odierno lavoro.

²⁸ Nello specifico, se, come si è detto, non è ragionevolmente contestabile la riferibilità delle esigenze di “continuità e prontezza” dell'amministrazione della giustizia all'art. 97 Cost., risulta evidente che il presupposto del contemperamento proposto dalla Consulta, il conflitto intervaloriale tra imparzialità della funzione giurisdizionale ed efficienza dell'organizzazione giudiziaria, è del tutto privo di fondamento rispetto al sistema costituzionale anche precedente al 1999, in quanto i due beni in contrasto, per stessa costante affermazione del Giudice delle leggi, non erano e non sono tra loro bilanciabili.

²⁹ Così, su tutti, G. LATTANZI, *Il principio di precostituzione del giudice nella giurisprudenza penale della Corte di cassazione*, in *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, n. 66, 1993, 206.

essa suscita presso l'opinione pubblica, negli ultimi trent'anni la ragione della centralità del processo penale nel dibattito sul diritto di cui all'art. 25 Cost. deve essere ricondotta al fatto che proprio in questo settore dell'ordinamento tale norma costituzionale e il sistema tabellare funzionale alla sua piena attuazione hanno conosciuto la loro più esplicita negazione, tanto a livello giurisprudenziale quanto a livello legislativo.

3.1. Per quanto concerne in particolare quest'ultimo, è necessario concentrarsi sul codice di procedura penale del 1988 e sui suoi articoli 33 e 178, dedicati rispettivamente alla "capacità del giudice"³⁰ e alle "nullità di ordine generale"³¹.

Al fine di cogliere la portata innovativa di queste disposizioni è innanzitutto indispensabile comprendere che esse hanno recepito una tradizione giuridica risalente al codice di rito del 1930, che al suo art. 185³² aveva stabilito una correlazione sistematica tra questi due istituti di diritto processuale senza però definire formalmente la nozione di capacità del giudice. Se la dottrina aveva sopperito a tale mancanza precisando in modo convenzionale, da una parte, che tale concetto ricomprende tanto la "capacità d'acquisto" della funzione giurisdizionale che la "capacità di esercizio" della stessa e, dall'altra, che quest'ultima deve essere oggetto di un'ulteriore distinzione tra capacità di esercizio generica e capacità di esercizio specifica relativa alla costituzione nel singolo procedimento³³, i giudici avevano rimediato alla vaghezza del codice sanzionando con la nullità assoluta diverse violazioni delle leggi di ordinamento giudiziario idonee a ledere il principio di cui all'art. 25 Cost.³⁴ che si erano verificate anche in alcuni casi di grande rilievo mediatico dinanzi alle Corti d'assise³⁵.

³⁰ L'art. 33 c.p.p. oggi recita così: "1. Le condizioni di capacità del giudice e il numero dei giudici necessario per costituire i collegi sono stabiliti dalle leggi di ordinamento giudiziario. 2. Non si considerano attinenti alla capacità del giudice le disposizioni sulla destinazione del giudice agli uffici giudiziari e alle sezioni, sulla formazione dei collegi e sulla assegnazione dei processi a sezioni, collegi e giudici. 3. Non si considerano altresì attinenti alla capacità del giudice né al numero dei giudici necessario per costituire l'organo giudicante le disposizioni sull'attribuzione degli affari penali al tribunale collegiale o monocratico".

³¹ L'art. 178, comma 1, lett. a) c.p.p. oggi recita così: "1. È sempre prescritta a pena di nullità l'osservanza delle disposizioni concernenti: a) le condizioni di capacità del giudice e il numero dei giudici necessario per costituire i collegi stabilito dalle leggi di ordinamento giudiziario".

³² L'art. 185 del codice di rito del 1930 affermava: "si intende sempre prescritta a pena di nullità l'osservanza delle disposizioni concernenti: 1) la nomina e le altre condizioni di capacità del giudice stabilite dalle leggi d'ordinamento giudiziario, e il numero dei giudici necessario per costituire i collegi giudicanti".

³³ La capacità di acquisto della funzione giurisdizionale "concerne il possesso di tutti i requisiti necessari alla assunzione della qualità di giudice" (cittadinanza, età, esercizio dei diritti civili, condotta civile e morale, laurea e idoneità nel concorso). La capacità di esercizio riguarda "l'esistenza delle condizioni richieste per il valido esercizio del potere giurisdizionale". Rispetto a quest'ultima è possibile affermare che, mentre la capacità di esercizio generica "si acquista con la nomina e con l'ammissione alle funzioni a seguito del superamento del concorso e del necessario periodo di tirocinio", la capacità di esercizio specifica attiene "alla regolare costituzione del giudice nell'ambito di un determinato processo prendendo in considerazione le disposizioni in tema di competenza e le previsioni di carattere ordinamentale che consentono, in un determinato ufficio giudiziario, l'assegnazione di ogni singolo affare a una determinata sezione". Le definizioni sono tratte da P. DELL'ANNO, *Giudice (Capacità del)*, in *Digesto delle discipline penali*, VII Aggiornamento, Utet, Torino, 2013, 249 ss. ma si ritrovano sostanzialmente equivalenti anche in A. GALATI, (*Diritto processuale penale*), in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1978, 909 ss., che rinvia a V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, VI ed., vol. II, 1968, 184 e a G. CONSO, *Capacità processuale (Diritto processuale penale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1960, 134, che nel suo contributo sulla capacità processuale, pur distinguendo tra capacità di acquisto e capacità di esercizio in generale nel processo penale, aveva trattato l'argomento della capacità del giudice solo incidentalmente, usando l'art. 185 del vecchio codice come spunto di diritto positivo da cui muovere per concentrarsi sull'oggetto che aveva individuato per il suo lavoro: la "capacità in senso tecnico", ovvero la capacità delle parti private. La giurisprudenza ha recepito l'impostazione dottrinale fin dagli anni Ottanta come testimonia Cass. pen., sent. 13 dicembre 1983, Curaba citata in A. IACOBONI, *Precostituzione e capacità del giudice*, Giuffrè, Milano, 2005, 88.

³⁴ Per alcuni esempi si veda G. LATTANZI, *Il principio*, cit., 212 che riporta di nullità rilevate: "nel caso di un collegio composto con più di un supplente estraneo, in violazione dell'art. 97 ord. giud (n.d.r., Cass., Sez. II, 7 ottobre

Chiarito questo, la novità del codice del 1988 sta nel fatto che, rovesciando in corsa³⁶ l'impostazione proposta nel progetto riformatore del 1978 che mirava a stabilizzare un più elevato livello di tutela ricomprendente la capacità specifica del giudice³⁷, l'art. 33, comma 2, c.p.p. ha sancito in modo netto la totale irrilevanza processuale di questo tipo di violazioni e quindi di tutto il sistema tabellare con un paradossale peggioramento della tutela del diritto al giudice naturale rispetto al codice fascista del 1930 proprio nel momento in cui il legislatore aveva deciso di attuare la Costituzione in materia processuale penale e di riconoscere il sistema tabellare in materia di ordinamento giudiziario attraverso il d.p.r. 22 settembre 1988 n. 449.

Guardando al passato, è utile ricordare come questa irrilevanza sia stata il risultato di una modifica del progetto iniziale del codice di rito determinata dalla ferma opposizione proprio della Commissione per l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario, la cui ragione sarebbe consistita "essenzialmente nel fatto che il giudizio relativo alla integrazione di una nullità processuale rimanda a norme definite nei confini e prive di rilevanti momenti di discrezionalità", il che implicherebbe una "stretta automaticità" che "è certo esclusa in tema di assegnazione dei giudici agli uffici giudiziari, di competenza del Consiglio Superiore della Magistratura, ma che non è realizzabile – se non a prezzo di rilevanti sacrifici sul piano della funzionalità e del buon andamento degli uffici (art. 97 Cost.) – nemmeno nella formazione delle c.d. tabelle degli uffici e nella determinazione dei criteri di formazione dei collegi e di assegnazione degli affari"³⁸.

1981, Fiorito, in *Cass. pen.*, 1983, p. 395, n. 320; Sez. VI, 10 gennaio 1977, Boscolo, *ivi*, 1978, p. 751, n. 745); nel caso di un collegio di corte di appello composto con un pretore, per la considerazione che la facoltà di provvedere alle supplenze anche con magistrati di grado inferiore, ai sensi dell'art. 2 d. lg. lt. 3 maggio 1945, n. 232 dovesse intendersi limitata ai magistrati che esercitano le funzioni immediatamente inferiori (n.d.r., *Cass.*, Sez. III, 23 gennaio 1979, Giarretta, in *Cass. pen.*, 1980, p. 1223, n. 1184; Sez. I, 31 marzo 1978, Formiliari, *ivi*, 1979, p. 893, n. 926); nel caso di un collegio di tribunale composto da tre magistrati provenienti da preture del distretto, irregolare sotto un duplice profilo: perché una delle applicazioni provvisorie era stata disposta dal presidente del tribunale, anziché dal presidente della corte di appello, e perché del collegio facevano parte tre pretori del distretto, quando invece questi avrebbero potuto essere al massimo due (n.d.r., *Cass. Sez. VI*, 25 febbraio 1970, Saitta, in *Cass. Pen.*, 1971, p. 1166, n. 1696)". A pagina 211 il Presidente emerito della Corte costituzionale osserva invece come nel sistema del codice del 1930 "era il giudice che secondo alcuni parametri elaborati dalla dottrina e recepiti dalla giurisprudenza valutava l'inosservanza [nel caso concreto, n.d.r.] per stabilire se fosse o meno ravvisabile la nullità".

³⁵ Per una ricostruzione di quei casi si vedano G. LATTANZI, *Il principio*, cit., 214 ss. (che definiva tale fenomeno una "vicenda che aveva messo in evidenza nello stesso tempo una diffusa prassi di inosservanza delle norme sulla costituzione delle corti di assise e l'eccessiva rigidità della sanzione di nullità assoluta stabilita dall'art. 185 c.p.p.") e A. IACOBONI, *Precostituzione*, cit., 108 ss. (che individuava tale "situazione di emergenza" come una delle "ragioni storiche che [...] hanno giuocato un qualche ruolo nella peculiare disciplina della capacità del giudice in ambito penale").

³⁶ Come emerge dalla relazione al progetto del 1978, la Commissione redigente aveva previsto la nullità degli "atti compiuti da un giudice che non risulti destinato all'ufficio o alla sezione in base alle tabelle di composizione degli uffici giudiziari [...] ovvero che sia stato designato a conoscere di un processo in violazione delle disposizioni" relative alla designazione dei giudici, dei collegi e delle sezioni.

³⁷ A tal proposito, dalla relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale si apprende: in primo luogo che, dopo avere "a lungo dibattuto il problema se tra le condizioni di capacità del giudice dovessero essere fatte rientrare [...] anche quelle riguardanti la destinazione del giudice ai singoli uffici giudiziari e alle sezioni, la formazione dei collegi e l'assegnazione dei processi a sezioni, collegi e giudici", benché "in un primo tempo [fosse] stata prevista la sanzione della nullità – sia pure di specie diversa rispetto a quella assoluta – [...] poi però all'esito di un approfondito dibattito si è concluso che le norme [in questione] non dovessero farsi incidere sulla capacità del giudice"; nonché, in secondo luogo, che la "disposizione chiarificatrice" introdotta al fine di evitare "equivoci interpretativi" è il risultato dell'uniformazione "ai rilievi espressi dalla Commissione per l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario [...] per la quale una previsione di nullità (non importa di quale specie) per la violazione delle norme riguardanti le disposizioni da ultimo accennate si sarebbe negativamente riflettuta su delicate questioni di ordinamento giudiziario [...] senza parlare poi delle interrelazioni che si potrebbero determinare tra procedure amministrative, eventuale contenzioso e questioni di nullità del processo penale".

³⁸ È comunque rilevante osservare come la medesima relazione preliminare della Commissione per l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario riconoscesse la rilevanza di particolari violazioni del sistema tabellare. Essa, infatti, prosegue affermando che: "Questo quadro di esigenza non esclude che una rilevanza processuale possa essere prevista

Guardando anche al presente e al futuro, invece, è opportuno rimarcare come la scelta di prevedere la sanzione della nullità assoluta in relazione alle sole violazioni della capacità di esercizio generica del giudice e di ridurre l'inosservanza delle norme relative alla capacità di esercizio specifica (e quindi al sistema tabellare) a mere irregolarità aventi rilevanza esclusivamente interna, organizzativa, in sostanza amministrativa e non processuale³⁹, si sia fondata soltanto sulla volontà del legislatore del 1988, che ha tagliato con l'accetta questioni estremamente complesse e dense di implicazioni che interessano anche il tema dell'esistenza degli atti giuridici e la definizione di "giudice"⁴⁰. Per questa ragione non può stupire il fatto che il combinato disposto degli articoli 33 e 178 c.p.p. sia stato percepito fin dal principio come l'espressione di una concezione del diritto al giudice naturale "la più debole fra le deboli"⁴¹.

3.2. Per quanto concerne invece il livello giurisprudenziale, la Corte di cassazione ha applicato il dettato dell'art. 33, comma 2, c.p.p. nel modo più rigoroso possibile limitando il principio di cui all'art. 25 Cost. al discorso sulla competenza⁴² e senza mai riconoscere espressamente la identificabilità del giudice naturale con la persona fisica del singolo magistrato⁴³.

In particolare, per quanto concerne l'applicazione nei primi e turbolenti anni di vigenza del nuovo codice di rito⁴⁴, per comprendere con quale nettezza la Corte di cassazione avesse aderito alla

per il caso in cui risulti che nella assegnazione dei giudici e degli affari si siano adottate soluzioni determinate dallo scopo di eludere o violare il precetto costituzionale sulla precostituzione del giudice. Ma in ogni altro caso si è ritenuto che l'esigenza sopra richiamata di precostituzione del giudice possa essere soddisfatta attraverso la predeterminazione di criteri obiettivi, la cui definizione va rinviata al Consiglio Superiore della Magistratura. [...] L'ipotesi di violazione di quanto disposto nelle tabelle o dei criteri di assegnazione degli affari rimane senza rilievo processuale, ma implica la messa in opera delle procedure amministrative proprie del Consiglio Superiore della Magistratura, oltre che, eventualmente della iniziativa disciplinare". Rispetto a quanto qui affermato è utile ricordare che, come specificato nella relazione al progetto definitivo del codice, anche il "trapianto" della nuova norma dall'art. 178 sulle nullità all'attuale art. 33 è avvenuto "per ragioni di ordine sistematico, al fine di chiarire che la materia in esso considerata non rientra nelle condizioni di capacità del giudice, la cui assenza dà luogo a nullità assoluta". La stessa relazione da ultimo citata rinvia poi alle disposizioni di attuazione "per stabilirsi se e in quali limiti l'inosservanza delle norme indicate nel comma 2 dell'art. 33 potrà assumere rilevanza disciplinare". Tale modifica sistematica veniva infine definita "una modifica di ordine puramente formale, volta, fra l'altro, a fugare ogni perplessità circa il fondamento esclusivamente normativo delle condizioni di capacità del giudice".

³⁹ Per l'analisi di questa esclusione si vedano O. DOMINIONI, *Art. 33*, in E. Amodio E., O. Dominioni (diretto da), *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, Giuffrè, Milano, 1989, 215 ss.; E. ZAPPALÀ, *Art. 33*, in M. Chiavario (coordinato da), *Commentario al nuovo codice di procedura penale*, Utet, Torino, 1989, 179 ss.; C. CONTI, *Sistema tabellare e precostituzione del giudice: una disciplina solo apparentemente innocua*, in *Diritto penale e processo n. 10/1999*, 1999, 1286 ss.; M. BACCARI, *Art. 33*, in A. Giarda, G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, Wolters Kluwer, Milano, 2017, 459 ss.; P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2017, 96 ss.

⁴⁰ In particolare, si veda A. GALATI, *Nullità*, cit., 923, il quale evidenziava la prossimità dei problemi relativi a *iudex incapax* e *non iudex* specificando che può succedere che il vizio di nomina sia tale da configurare una figura di *non iudex* e che "in tal caso [...] non più di nullità bisognerà parlare, ma di inesistenza del provvedimento reso a *non iudice*".

⁴¹ G. CONSO, *Relazione introduttiva*, in *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, n. 66, 1993, 19. In senso contrario, guardava con speranza alla riforma M. ALFIERI, *Giudice naturale*, in *Digesto delle discipline penali*, Vol. V, Utet, Torino, 1991, 460 che rispetto ad essa affermava: "Non si tratta, questa volta, dei soliti e superficiali ritocchi, ma di un'iniziativa encomiabile e coraggiosa, che sfida abitudini e mentalità perverse, incoraggiate da decenni di complicità e silenzi".

⁴² Si veda Cass. pen., sent. 15 ottobre 1998, Mercadante citata in A. IACOBONI, *Precostituzione*, cit., 142.

⁴³ Essa ha sostenuto, al contrario, che "per giudice naturale deve intendersi l'organo giudiziario e non il singolo componente dell'organo stesso". Si veda in tal senso la celebre Cass. pen., Sez. I, sent. 22 novembre 1983, n. 161727, ma anche più recentemente Cass. pen., Sez. IV, sent. 16 luglio 2009, n. 35024.

⁴⁴ Si vedano *ex multis* i casi decisi nelle sentenze: Cass. pen., Sez. V, sent. 9 gennaio 1990, n. 184529; Cass. pen., sent. 7 febbraio 1991, Barbieri; Cass. pen., sent. 15 gennaio 1992, Unzamo; Cass. pen., sent. 17 ottobre 1994, Prigitano; Cass. pen., S.U., sent. 17 aprile 1996, D'Avino; Cass. pen., sent. 15 ottobre 1998, Mercadante; Cass. pen., Sez. I, sent.

impostazione data dal legislatore e con quale fermezza rigettasse le eccezioni avanzate dagli studiosi più garantisti, è sufficiente leggere un passaggio di Cass. pen., Sez. I, sent. 7 marzo 1994, Toso in cui si afferma categoricamente che «causa di nullità assoluta e insanabile del processo penale è il difetto di capacità generica all'esercizio del potere giurisdizionale, e non la mancanza di condizioni specifiche di esercizio della funzione giudicante, mancanza che non elimina nel giudice la sua capacità di organo giudiziario; con la conseguenza che per "incapacità del giudice" deve intendersi la mancanza dei requisiti occorrenti per l'esercizio di determinate funzioni, mentre non attengono alla capacità del giudice le disposizioni sulla destinazione del giudice agli uffici giudiziari e alle sezioni e sulla formazione dei collegi».

3.3. Proprio per questa opposizione frontale tra dottrina e giurisprudenza destò notevole interesse una questione di legittimità costituzionale del 1998 che censurava l'art. 33, comma 2, c.p.p. nella parte in cui "consentirebbe l'applicazione di criteri discrezionali e personalistici di distribuzione degli affari e non impedirebbe che la scelta del magistrato possa essere determinata dalle parti, senza che operi la nullità assoluta [...] prevista per l'inosservanza delle condizioni di capacità del giudice e il numero dei giudici necessari per costituire i collegi"⁴⁵. Tale questione venne decisa dalla Corte costituzionale con la [sent. n. 419 del 1998](#).

Ai fini del discorso sulla azionabilità del diritto al giudice naturale, la decisione in esame è particolarmente importante non tanto per le dichiarazioni di principio contenute nella prima parte del suo *considerato in diritto*⁴⁶, ma soprattutto per le sue prese di posizione in merito al tema della capacità del giudice e dei rimedi da riconoscere in caso di violazioni del diritto tabellare. A tal proposito, infatti, la motivazione, ponendosi "in consapevole contrasto con la teoria prevalente in dottrina"⁴⁷, ha affermato nettamente che l'art. 33, comma 1, c.p.p. ha posto su due piani distinti il discorso sulla titolarità della funzione giurisdizionale in capo a un organo giudiziario e quello relativo alla assegnazione degli affari nell'ambito della organizzazione della giurisdizione. In questo modo la decisione ha reso palese, in primo luogo, che le nozioni di capacità generica e capacità specifica del giudice, che ad esse corrispondono, non si troverebbero nel rapporto di *genus* e *species*, bensì in quello di autonomia reciproca e ancor più precisamente di separatezza, nonché, in secondo luogo, data la interrelazione sistematica tra capacità del giudice e nullità processuale, l'impossibilità di considerare costituzionalmente illegittima la mancata previsione della sanzione della nullità in caso di violazione del diritto tabellare, fermo restando che questa esclusione non implicherebbe che "la violazione dei criteri di assegnazione degli affari sia priva di rilievo e che non vi siano, o che non debbano essere prefigurati, appropriati rimedi dei quali le parti possano avvalersi", conformemente a quanto sostenuto dalla stessa Avvocatura dello Stato⁴⁸.

11 giugno 1999, Manno; Cass. pen., Sez. VI, sent. 10 maggio 2001, n. 24077. Per una ricostruzione nel dettaglio delle pronunce di questo periodo si veda A. IACOBONI, *Precostituzione*, cit., 139 ss.

⁴⁵ La questione di legittimità costituzionale in esame traeva origine da un provvedimento del Presidente del Tribunale di Torino che, in forza di una prassi seguita presso tale foro (già oggetto di segnalazioni davanti al C.S.M.), aveva disposto l'assegnazione di un processo alla seconda Sezione del medesimo Tribunale in violazione dei criteri tabellari vigenti e sulla base di una regola concordata con il Procuratore della Repubblica secondo cui i giudici dovevano trattare i casi portati dai sostituti procuratori assegnati a quella specifica Sezione.

⁴⁶ La Corte, ad esempio, afferma: "Se il giudizio non può essere sottratto alla cognizione del giudice naturale, individuato secondo regole generali prefissate dal legislatore, ancor prima il medesimo giudizio non può essere attribuito alla cognizione di un giudice costituito o designato in relazione ad una determinata controversia"; oppure ancora: "L'individuazione dell'organo giudicante deve, dunque, rispondere a regole e criteri che escludano la possibilità di arbitrio anche nella specificazione dell'articolazione interna dell'ufficio cui sia rimesso il giudizio, giacché pure nell'organizzazione della giurisdizione deve essere manifesta la garanzia di imparzialità".

⁴⁷ A. IACOBONI, *Precostituzione*, cit., 97.

⁴⁸ Svolgendo un'efficace sintesi del dibattito in materia di art. 25 Cost., l'Avvocatura dello Stato aveva affermato che "La norma denunciata [...] esclude che eventuali violazioni determinino una nullità assoluta, così evitando che vicende amministrative ed irregolarità formali incidano, in modo spesso imprevedibile, sulla validità dei processi. Ciò non significa che non debbano essere preordinate le tabelle per la ripartizione in sezioni degli uffici giudiziari, per la

Questo riferimento conclusivo dimostra tutta la ambiguità della sentenza in esame. Si deve infatti condividere quanto osservato da uno dei più autorevoli commentatori di questa decisione della Consulta⁴⁹, il quale ha riconosciuto che attraverso questo richiamo alla posizione dell'Avvocatura dello Stato (in verità soltanto parziale) la Corte costituzionale, da una parte, sembra ricollegarsi a quella dottrina che aveva sostenuto che l'art. 33, comma 2, c.p.p. andasse interpretato in modo da riconoscere la nullità assoluta soltanto nel caso in cui la violazione delle regole del diritto tabellare si rivelasse direttamente in contrasto con l'art. 25 Cost.⁵⁰ (sulla scorta di quanto già affermato nelle relazioni ai progetti del codice di rito), ma dall'altra incorre in un grave "paradosso" in quanto, mentre "da un punto di vista teorico il principio di precostituzione sembra progressivamente consolidare il suo ruolo di norma attributiva di un diritto costituzionale garantito a tutti i cittadini che siano parti in un processo", "da un punto di vista pratico", invece, "esso finisce di fatto per esprimere nulla più che una norma organizzativa priva di sanzione" cedendo così ancora una volta il passo "alle presunte esigenze di efficienza e buon andamento" in omaggio alle quali l'art. 33, comma 2, c.p.p. era stato previsto dal legislatore, ma la cui prevalenza determina ineluttabilmente delle indubbie "battute di arresto [...] verso una completa attuazione dell'art. 25 Cost."⁵¹.

3.4. Nonostante le notevoli criticità, questa sentenza interpretativa di rigetto della Consulta, unitamente alla costituzionalizzazione del principio del giusto processo nel nuovo art. 111 Cost., ha rappresentato un punto di riferimento utile da cui muovere per proporre una nuova interpretazione del combinato disposto degli articoli 33, comma 2, e 178 c.p.p. più adeguata al dettato costituzionale⁵². Tale occasione è stata colta in Cass. pen., Sez. I, sent. 7 maggio 2003, n. 27055, Solito.

formazione dei collegi giudicanti e per l'assegnazione degli affari penali, così come dispongono gli artt. 7-bis e 7-ter dell'ordinamento giudiziario [...]. Queste attività non assumono, tuttavia, diretto rilievo processuale, giacché la sanzione della nullità è riservata all'inosservanza delle disposizioni che dettano discipline prive di rilevanti momenti di discrezionalità. Tuttavia, se si verificano irregolarità formali che fanno escludere, in concreto, la precostituzione del giudice o che sono sintomo di una composizione dell'organo giudicante mirata in relazione ad un particolare processo, opererebbe direttamente l'art. 25, primo comma, della Costituzione. Difatti, ad avviso dell'Avvocatura, il concetto di capacità potrebbe essere ricostruito, ai fini della nullità prevista dall'art. 178 cod. proc. pen., comprendendo in esso il requisito della precostituzione del giudice, imposto dalla norma costituzionale. Se in concreto viene meno la precostituzione del giudice, sarebbe violata la garanzia dell'imparzialità e, mancando una delle condizioni di capacità del giudice, non troverebbe più applicazione l'art. 33, comma 2, cod. proc. pen."

⁴⁹ F. DAL CANTO, *Il principio di precostituzione del giudice: un diritto affermato ma non garantito*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 6/1998, 3608 ss.

⁵⁰ Per apprezzare la coincidenza tra la posizione dell'Avvocatura dello Stato e quella della dottrina a cui fa riferimento l'Autore (che rappresenta la fonte di fatto di tutta la giurisprudenza di legittimità successiva in materia) è sufficiente citare G. LATTANZI, *Il principio*, cit., 219: "Forse non è un male che nel nuovo codice i casi di nullità per i vizi di costituzione del giudice siano stati contenuti per evitare che vicende amministrative e irregolarità formali incidano, in modo molto spesso imprevedibile, sulla validità dei processi, ma proprio per questa ragione può diventare necessario individuare una nuova sfera di operatività diretta dell'art. 25 comma 1 Cost. per quei casi in cui le irregolarità fanno escludere la precostituzione o quanto meno costituiscono il sintomo che si è voluta realizzare una composizione personale dell'organo giudicante mirata in relazione ad un particolare processo. Il concetto di capacità del giudice ai fini dell'art. 178 lett. a) c.p.p. ben può essere ricostruito comprendendo in esso il requisito della precostituzione imposto dalla norma costituzionale, di modo che sia possibile ravvisare una nullità assoluta tutte le volte in cui attraverso la violazione delle disposizioni sulla destinazione dei giudici, la formazione dei collegi o l'assegnazione dei processi quel requisito venga meno. In un caso del genere non dovrebbe operare la regola di esclusione dell'art. 33 comma 2 c.p.p. perché la violazione delle disposizioni previste da tale comma assumerebbe rilevanza come causa di incapacità del giudice non di per sé ma per il tramite della norma costituzionale". In senso analogo si veda L. SALVATO, *L'organizzazione degli uffici giudiziari: «il sistema tabellare»*, in *Cassazione penale*, n. 3/1999, 1066.

⁵¹ F. DAL CANTO, *Il principio*, cit., 3618.

⁵² Un altro caso da segnalare è Cass. pen., Sez. I, sent. 11 giugno 1999, Manno commentata in C. CONTI, *Sistema tabellare*, cit., 1286 ss. in cui, al fine di evitare il nodo della interrelazione sistematica tra capacità del giudice e nullità processuali e quindi il combinato disposto degli articoli 33 e 178 c.p.p., la Corte di cassazione ha prospettato la

Il caso presentatosi davanti al Giudice della nomofilachia era il seguente: il Tribunale di Catanzaro aveva revocato alcune misure cautelari personali disposte da parte del Giudice per le indagini preliminari di Cosenza. Avverso le singole ordinanze proponeva ricorso per cassazione il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Cosenza deducendo, per quanto qui interessa, la violazione degli articoli 178 lett. a) c.p.p. e 25 Cost. in quanto le decisioni in questione erano state assunte da un collegio giudicante appositamente costituito, previa adozione, da parte del Presidente della prima Sezione penale del Tribunale di Catanzaro, di un provvedimento al quale erano estranei tutti i giudici appositamente assegnati con specifica destinazione tabellare, nessuno dei quali risultava mancante o impedito, e previa fissazione di un'udienza straordinaria soltanto per l'esame delle predette richieste. In particolare “erano stati «applicati» al collegio il Presidente medesimo ed altri due giudici, non assegnati tabellarmente alle funzioni di riesame, [...] assegnazione motivata sul presupposto del «notevole carico di lavoro del collegio del riesame»”⁵³.

La motivazione della sentenza ha individuato immediatamente il proprio oggetto essenziale (“valutare se le specifiche censure mosse dal ricorrente si possono ricondurre nell'ambito degli articoli 178 lettera a) e 179 comma 1 c.p.p. – così come dedotto – ovverosia rientrano sempre in mere violazioni degli articoli 7-bis e 7-ter dell'ordinamento giudiziario, rispetto alle quali non si considerano attinenti alle capacità del giudice – e non sono pertanto suscettibili di essere sanzionate da nullità assolute -”) per poi affrontare, forte del nuovo secondo comma dell'art. 111 Cost. e delle “garanzie primarie ed insostituibili” di imparzialità e precostituzione del giudice da esso assicurate alle parti, la questione dello “sbarramento operato dal legislatore ordinario” attraverso l'art. 33, comma 2, c.p.p. Proprio in questo passaggio, dopo aver ricordato come l'origine della norma fosse legata al bilanciamento con gli interessi relativi alla efficienza e alla funzionalità della giustizia, il Giudice di nomofilachia ha evidenziato come la [sent. n. 419 del 1998](#) della Consulta non avesse escluso la possibilità di rimedi per le violazioni del sistema tabellare e come da ciò discendesse la necessità di capire quali violazioni di tale specifica manifestazione del diritto di cui all'art. 25 Cost. fossero idonee a causare la nullità e quali no, posto che “attribuire valore assorbente, in ogni caso, alla previsione di cui all'art. 33, comma 2, c.p.p.” sarebbe stato “in contrasto con gli stessi principi costituzionali sopra richiamati”.

Questo argomento rappresenta la premessa della conclusione della decisione, secondo la quale, in casi come quello alla attenzione della Corte, in cui si realizza la “costituzione di un giudice *ad hoc* per decidere su una determinata controversia”, si realizza quella che “deve ritenersi [...] una vera e propria lesione della condizione di capacità del giudice ravvisabile nella “imparzialità” degli organi giudiziari”. Infatti, aggiungeva la Corte al termine della sua motivazione, “se è vero che le violazioni poste in essere in materia “tabellare” non possono essere ricondotte nell'alveo delle nullità assolute – giusto lo specifico dettato dell'art. 33, comma 2, c.p.p. – è altrettanto vero che esistono e possono esistere atti e/o provvedimenti che solo formalmente sono riconducibili allo schema ora citato, ma che, invece, proprio perché realizzati al di fuori dello stesso, vanno qualificati come posti in essere *extra ordinem*, e, in quanto tali, rientranti nel novero di quelle nullità previste dagli articoli 178 n. 1 lettera a) e 179 comma 1 c.p.p. siccome in irriducibile contrasto con i precetti costituzionali in argomento” che essi “vulnerano [...] stravolgendo le regole di ordinamento giudiziario”.

Questo è il principio di diritto che, rompendo con la precedente granitica giurisprudenza di legittimità in materia grazie a una corretta valorizzazione del dettato costituzionale novellato, ha reso questa decisione l'oggetto di un importante dibattito giuridico.

“opportunità di applicare le norme riguardanti l'incompatibilità (art. 34), l'astensione (art. 36) e la ricsuzione (art. 37)”. Per un approfondimento di questa apertura rimasta isolata si veda A. IACOBONI, *Prestituzione*, cit., 155 ss.

⁵³ A. MARI, *L'applicazione di magistrati può compromettere il processo. La violazione dei criteri tabellari quale causa di nullità*, in *Diritto e giustizia*, 2003, n. 28, 8 ss.

In particolare, sono state mosse due critiche fondamentali alla sentenza in esame: la prima è quella di aver rotto “l’assetto sistematico del codice e il suo collegamento funzionale tra sanzione processuale e capacità del giudice”; la seconda è quella di non aver configurato e delineato “con certezza il quadro di riferimento cui ancorare la sanzione della nullità”⁵⁴ (il che contrasterebbe in modo intollerabile con quel principio di tassatività che regola questa sanzione e realizzerebbe il pericolo denunciato dalle relazioni precedenti al codice di rito⁵⁵). A queste contestazioni si è però replicato prontamente.

Per quanto concerne la prima critica, infatti, è stato osservato (con una efficacia che merita un richiamo per esteso) che essa rischia “di compromettere una importantissima evoluzione della giurisprudenza, attenta come raramente in precedenza accaduto ad un profilo di *garanzia* connessa al principio costituzionale del giudice naturale inteso come *persona fisica* e non ufficio giudiziario, appiattendo così ancora una volta l’interprete su una interpretazione ossificata della scelta fatta nel 1988 con l’art. 33 cpv cpp, come relativa a qualsiasi violazione concernente l’organizzazione tabellare degli uffici giudicanti”. Sempre in questa direzione è stato poi aggiunto che, pur essendo i pericoli prospettati “sicuramente reali”, sussistono “altrettanto gravi pericoli che si annidano in una valutazione delle violazioni della tabella tutta inscritta nella logica degli *interna corporis*, come *cosa dei giudici e basta*, che può condurre ad avallare manipolazioni di ogni tipo degli organi giudicanti (e se nessun giudice protesta....nulla succede), sottovalutando in tal modo il profondo attentato alle garanzie di parti e imputati che si possono così perpetrare e l’effetto di corrompimento generale che si crea (tanto in chi viene prescelto *ad hoc* quanto in chi subisce la sostituzione), le derive sostanzialiste che si potrebbero sviluppare nelle prassi degli uffici, e così via”⁵⁶.

Per quanto concerne la seconda critica, invece, è stato proposto di riconoscere rilevanza *ex art.* 178 c.p.p. esclusivamente alla violazione di “disposizioni che dettano discipline prive di rilevanti momenti di discrezionalità”, in quanto questo criterio avrebbe consentito nel caso concreto di sanzionare “il vero motivo giuridico per poter dire che il provvedimento era fuori dalla procedura tabellare”: l’aver post-costituito “un collegio *ad hoc* composto da tre supplenti [...] in aperta violazione dell’art. 97, co. 4, ordinamento giudiziario e 25 Costituzione”⁵⁷.

Questi discorsi, però, non esplicitano e non valorizzano quella che è la vera rivoluzione di paradigma in materia di azionabilità del diritto al giudice naturale compiuta da questa sentenza. Essa, infatti, ponendo rimedio al grave errore metodologico compiuto dalla Corte costituzionale nella [sent. n. 419 del 1998](#) (che aveva rovesciato il meccanismo dell’interpretazione conforme, adeguando l’art. 25 Cost. al dettato codicistico e non viceversa⁵⁸), grazie al nuovo disposto dell’art. 111 Cost. ha chiaramente definito un nuovo modello costituzionale di capacità del giudice in cui l’imparzialità del medesimo (inteso come singolo magistrato) viene ricompresa a pieno titolo nella capacità di esercizio processualmente rilevante con tutto ciò che ne consegue in termini di

⁵⁴ G. DIOTALLEVI, *Quale sanzione per le violazioni del sistema tabellare?*, in [Questione Giustizia](#), n. 5/2003, 1086-1087.

⁵⁵ In senso analogo si veda A. MARI, *L’applicazione*, cit., 8 ss. che conclude il proprio commento evidenziando che “l’individuazione della linea di confine tra questi provvedimenti, in realtà, appare estremamente difficile. In effetti, la violazione dei criteri tabellari in materia di assegnazione degli affari viene sempre a produrre, come conseguenza, che un determinato procedimento venga conosciuto da un organo differente rispetto a quello che avrebbe dovuto trattare l’affare a seguito della corretta applicazione delle regole interne”.

⁵⁶ C. VIAZZI, *Ancora sul problema della sanzione processuale in caso di violazioni tabellari*, in [Questione Giustizia](#), n. 4/2004, 612.

⁵⁷ C. VIAZZI, *Ancora sul problema*, cit. 618. Questo criterio ha il merito di affrontare il problema che le relazioni precedenti alla riforma del 1988 avevano individuato come centrale per la materia in esame.

⁵⁸ Tale errore emerge al punto 5 del *considerato in diritto* della [sent. n. 419 del 1998](#) della Corte costituzionale da quella che può essere definita la frase-manifesto della decisione: “Il principio costituzionale di precostituzione del giudice non implica che i criteri di assegnazione dei singoli procedimenti nell’ambito dell’ufficio giudiziario competente, pur dovendo essere obiettivi, predeterminati o comunque verificabili, siano necessariamente configurati come elementi costitutivi della generale capacità del giudice, alla cui carenza il legislatore ha collegato la nullità degli atti”.

sanzionabilità *ex art. 178 c.p.p.* Enucleato questo concetto chiave, è necessario aggiungere che, se all'indomani della sentenza in esame sono rimaste delle incertezze in merito alla linea di confine che separa le violazioni del diritto tabellare processualmente rilevanti da quelle irrilevanti, queste possono riguardare esclusivamente le manifestazioni della capacità specifica del giudice diverse da quella decisa nel caso di specie in relazione alla formazione dei collegi (e quindi la destinazione dei giudici agli uffici e la assegnazione degli affari). Per quanto concerne tale tema, infatti, il significato del concetto di provvedimento "*extra ordinem*" che realizza uno "stravolgimento delle regole di ordinamento giudiziario" in "irriducibile contrasto con i precetti costituzionali in argomento" è assolutamente palese rispetto alla questione giuridica trattata dalla Corte di cassazione. L'applicazione realizzata nel caso in esame, invero, non solo non è conforme a quella prevista dall'art. 110 r.d. 30 gennaio 1941 n. 12, che disciplina l'istituto dell'applicazione agli uffici, ma rappresenta un'applicazione *ad processum* che, in quanto tale, realizza una lesione diretta dell'art. 25 Cost. per almeno due motivi autoevidenti: innanzitutto perché, determinando la costituzione - formazione *ex post* di un collegio *ad hoc* per uno o più affari determinati, essa rovescia la logica di un ordinamento in cui, come confermato proprio dall'art. 33, comma 2, c.p.p., sono gli affari che vengono assegnati a collegi precostituiti secondo la legge e non viceversa, come invece avviene nel caso di specie e in tutti i casi di applicazioni *ad processum*; ma soprattutto perché il provvedimento in esame soltanto in una prospettiva nominalista e formalista può essere definito una "applicazione" *ex art. 110*, ma in sostanza esso si traduce in un "commissariamento" del singolo affare da parte del dirigente dell'ufficio giudiziario che è talmente anomalo e abnorme rispetto al significato dell'art. 25 Cost. da non potersi considerare giustificabile, nell'ordinamento costituzionale odierno, da nessuna autorità e da nessuna motivazione⁵⁹ cosicché esso deve essere considerato "al di fuori" del sistema tabellare stesso.

3.5. Nonostante il momento di rottura rappresentato dalla sentenza n. 27055/2003 della Corte di cassazione e l'indicazione da parte sua tanto di un nuovo modello costituzionale di capacità del giudice quanto di una forma tipica di violazione del precetto di cui all'art. 25 Cost., questa importante apertura in favore di una interpretazione forte del diritto al giudice naturale e della sua azionabilità è stata vanificata dalla giurisprudenza di legittimità successiva che non solo non ha recepito o approfondito le novità della decisione esaminata, ma, al contrario, ha arginato la sua spinta garantistica erigendole intorno un muro insuperabile di sentenze di rigetto e di inammissibilità.

Il consolidamento di questa giurisprudenza può essere suddiviso in due fasi.

La prima fase, immediatamente successiva all'*affaire* Solito, è quella che, nonostante il numero limitato di casi trattati, ha posto le basi del diritto vivente successivo. Le sentenze che si sono succedute nel corso di questo periodo, invero, hanno immediatamente colto e affrontato il problema,

⁵⁹ In questa prospettiva il carattere *extra ordinem* della violazione della norma sembra essere il risultato di una lacuna del diritto positivo, che ricomprende all'interno di un'unica disposizione, l'art. 110, due istituti che, per la propria posizione rispetto all'art. 25 Cost., dovrebbero essere disciplinati in due articoli distinti. La possibilità di una applicazione *ad processum*, desumibile soltanto con importanti forzature dall'eccezione prevista dall'ultimo comma dell'art. 110, ha causato in questo senso problemi notevoli. Fortunatamente, proprio l'attività paranormativa del C.S.M. ha posto rimedio all'incertezza causata dalla lacuna citata. Oggi, infatti, l'unica ipotesi in cui questo atto è considerato legittimo all'interno dell'ordinamento è quella, recentemente disciplinata dalla circolare 20 giugno 2018 n. 1135 in materia di "supplenze, assegnazioni, applicazioni e magistrati distrettuali per assicurare il regolare svolgimento della funzione giurisdizionale in presenza di difficoltà organizzative", relativa a procedimenti in avanzato stato di istruttoria dibattimentale che devono essere portati a termine a seguito di trasferimento ad altro ufficio o ad altra posizione tabellare del magistrato competente. In questi casi, non infrequenti nella prassi, proprio per salvaguardare il principio del giudice naturale di cui all'art. 25 Cost. e quello di immediatezza di cui all'art. 6 C.E.D.U. (nonché per evitare il rischio di rinnovazioni dell'istruttoria dibattimentale *ex art. 525 c.p.p.*) si è deciso di ammettere l'utilizzabilità di tale istituto, ma è evidente che qualunque deviazione sarebbe soggetta alle criticità evidenziate a alla conseguente dichiarazione di nullità.

segnalato dalla dottrina già analizzata, relativo alla individuazione dei criteri utili a stabilire la soglia della rilevanza processuale delle violazioni in materia di capacità specifica del giudice e di sistema tabellare. A tal proposito è possibile affermare che dalla giurisprudenza di legittimità sono emersi essenzialmente due criteri, uno oggettivo e uno soggettivo.

Il primo criterio discrimina sulla base della natura della norma violata⁶⁰ e stabilisce che solo “la violazione di norme di legge, che dettano le fondamentali regole di vita e di funzionamento dell'ordinamento giudiziario”, nega la capacità del giudice in quanto si configura tale “da stravolgere principi e canoni essenziali” di tale sistema normativo, mentre la irregolarità amministrativa è in sé “inidonea ad incidere” in tal senso in quanto “non determina una fuoriuscita dal quadro ordinamentale tracciato dal legislatore” dal momento che le suddette disposizioni regolano gli “aspetti più minuti e particolari dell'ordinamento stesso”⁶¹. Rispetto a tale criterio deve peraltro essere evidenziato come non sia chiara la sua vincolatività: diverse decisioni successive, infatti, valorizzando l'impostazione sostanziale del caso Solito, lasciano intendere implicitamente che anche le disposizioni amministrative potrebbero configurare un vizio analogo quando integranti “situazioni *extra ordinem*, caratterizzate dall'arbitrio nella designazione del giudice e realizzate al di fuori di ogni previsione tabellare, proprio per costituire un giudice *ad hoc* [...] dinanzi alle quali non può più affermarsi che la decisione della regiducanda è stata emessa da un giudice precostituito per legge”⁶².

Il criterio soggettivo, invece, riprendendo quanto affermato nella relazione al progetto preliminare delle norme per l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario, stabilisce che le

⁶⁰ Tale criterio è stato sviluppato per la prima volta in Cass. pen., Sez. VI, sent. 14 luglio 2005, n. 27856. Il caso di specie riguardava una eccezione di nullità relativa a una ordinanza cautelare. In particolare, essa si fondava sul rilievo che tale ordinanza “era stata emessa dal Presidente della Sezione GIP dott. B., nonostante che la titolarità del procedimento appartenesse alla dott.ssa F. C., in evidente violazione delle norme tabellari che prevedevano come legittimi sostituti del suddetto giudice la dott.ssa M. ed in seconda istanza la dott.ssa T. escludendo la capacità sostitutiva del Presidente della Sezione GIP”. Essa, inoltre, nel rinviare alla sentenza del caso Solito, rilevava che il Tribunale del riesame aveva “rigettato l'eccezione senza motivazione alcuna, negando l'esistenza di elementi da cui desumere una volontà di sottrazione del procedimento al giudice titolare, ignorando che tale volontà”, aggiungeva però il ricorrente, si sarebbe espressa “nella effettiva sottrazione del procedimento in contrasto con le disposizioni tabellari e richiamando impropriamente il periodo feriale”. È interessante osservare come nel *considerato in diritto* la motivazione dia atto della replica del Presidente della Sezione GIP: “a questa Corte è stato trasmesso il decreto 7 agosto 2004 del Presidente della Sezione GIP con il quale questi ha provveduto all'assegnazione a se medesimo del procedimento nei confronti del C., in sostituzione della dott.ssa C., motivando tale sua determinazione con la considerazione che la titolare “è impossibilitata a far fronte alla richiesta (di misura cautelare n.d.e.) in quanto da tempo impegnata nella tenuta di udienze preliminari con aggravio di sentenze da depositare in termine” e che “nel corrente periodo feriale la turnazione dei giudici con cadenza settimanale preclude altra sostituzione, tanto più che il giudice è destinato alla trattazione degli affari urgenti sopravvenienti sicché è impossibile assicurare in altro modo l'urgente deposito dei provvedimenti cautelari”. In senso analogo si veda Cass. pen., Sez. III, sent. 18 luglio 2012, n. 4841, che riguarda l'ennesimo tipico caso di applicazione *ad processum* finalizzato a consentire la conclusione di un dibattimento da parte di un giudice, il Presidente del collegio (redattore della sentenza), *medio tempore* trasferito presso il Tribunale di Rieti.

⁶¹ La motivazione evidenzia come “la violazione di disposizioni amministrative possa avere effetti dannosi sul corretto funzionamento dei delicati meccanismi ordinamentali ed assumere rilievo sotto più aspetti, compreso quello disciplinare, ma non possa sortire l'effetto di stravolgere le regole basilari dell'ordinamento dettate dalla legge”.

⁶² Questa differente visione emerge per la prima volta in Cass. pen., Sez. VI, sent. 4 maggio 2006, n. 33519 in relazione a un caso in cui un provvedimento di stralcio, successivo alla richiesta di giudizio abbreviato, avrebbe trasmesso gli atti a un collegio determinato. In base alla stringata ricostruzione del fatto operata nella sentenza, il ricorrente avrebbe eccepito in particolare la “inoppugnabilità” del suddetto provvedimento senza esprimersi in merito al rispetto del sistema tabellare. Il passaggio dal quale si evince la differenza evidenziata nel testo è in particolare quello in cui si afferma che “l'inosservanza delle disposizioni riguardanti la destinazione interna dei giudici e la distribuzione degli affari, può incidere sulla costituzione e sulle condizioni di capacità del giudice, determinando la nullità di cui all'art. 33 c.p.p., comma 1, non in caso di semplice inosservanza di disposizioni amministrative richiamate dall'art. 7 ter dell'ordinamento giudiziario in tema di assegnazioni o di sostituzioni, ma solo quando si determini uno stravolgimento dei principi e canoni essenziali dell'ordinamento giudiziario”. A prescindere dall'inciso sulle “semplici inosservanze”, infatti, l'utilizzo iniziale di un concetto neutro come quello di “disposizioni” sembra deporre a favore di un ambito di rilevanza delle violazioni tabellari più ampio rispetto a quello delle sole norme di legge.

irregolarità in materia tabellare “incidono sulla capacità del giudice [...] solo quando commesse allo scopo di eludere o violare il principio del giudice naturale precostituito per legge”. Se tale principio sembra invero risentire molto del caso concreto dal quale è emerso (una tipica ipotesi di applicazione *ad processum* finalizzata a consentire la conclusione del dibattimento iniziato dal giudice naturale⁶³ e quindi esattamente opposta rispetto al caso Solito, che ha imposto questa specificazione proprio per evitare che un approccio formalista potesse condurre fino al paradosso la lettera del principio affermato nella sentenza 7 maggio 2003 n. 27055), esso deve essere così esplicitato a causa della generalizzazione che ha conosciuto in quella seconda fase della giurisprudenza di legittimità in materia di capacità specifica del giudice che giunge sino ad oggi.

Come emerge dalle decisioni pronunciate durante quest'ultimo gradino dell'evoluzione del diritto vivente⁶⁴, infatti, il Giudice di nomofilachia ha cercato di sommare questi criteri al fine di trarne un unico e complessivo modello di violazione del diritto tabellare processualmente rilevante idoneo a essere applicato in via generale a tutte le manifestazioni della capacità specifica di cui all'art. 33, comma 2, c.p.p.

Dopo un primo tentativo in questo senso in Cass. pen., Sez. V, sent. 14 maggio 2015, n. 47190⁶⁵, il Giudice di nomofilachia è giunto da ultimo a una sintesi sufficientemente ordinata nella recentissima ed estremamente importante pronuncia relativa al disastro ferroviario di Viareggio:

⁶³ La sentenza in questione è Cass. pen., Sez. I, sent. 5 aprile 2006, n. 16214. Il caso è quello di una Corte d'assise d'appello che aveva dichiarato la nullità della sentenza di primo grado a causa della doppia applicazione del Presidente e del giudice *a latere* in quanto il contrasto con l'art. 110, comma 7, dell'ordinamento giudiziario (che “prevede espressamente che “non può far parte di un collegio giudicante più di un magistrato applicato”) avrebbe impedito la regolare composizione del collegio ai sensi dell'art. 33, comma 1, c.p.p.

⁶⁴ Senza pretese di completezza (che è praticamente impossibile garantire a causa della estrema genericità con cui le questioni processuali in esame sono state ricostruite nelle rispettive pronunce), si rinvia alle seguenti decisioni: Cass. pen., Sez. VI, sent. 15 novembre 2012, n. 46244 (il caso riguarda quella che viene descritta come una generica violazione tabellare, relativa alla “assegnazione” di un magistrato da parte di un Presidente facente funzioni); Cass. pen., Sez. VI, sent. 14 gennaio 2013, n. 727 (il caso riguarda la proroga del trattenimento di un migrante presso il locale centro di identificazione ed espulsione disposta da un giudice onorario e non da un giudice professionale con conseguente violazione del D.Lgs. 19 febbraio 1998, n. 51 e della circolare del Consiglio Superiore della Magistratura 26 luglio 2008, relativa alle tabelle 2009-2011, che espressamente esclude l'attribuibilità ai g.o.t. di affari in materia di immigrazione); Cass. pen., Sez. Fer., sent. 1-29 agosto 2013, n. 35279 (il caso riguarda l'applicazione del Presidente di un Tribunale collegiale oltre i termini massimi stabiliti dalle tabelle del C.S.M. per i casi di trasferimento presso altro ufficio al di fuori del distretto di provenienza); Cass. pen., Sez. VI, sent. 4 luglio 2013, n. 39239 (il caso, in cui non si contesta la violazione dell'art. 33 ma in cui vengono richiamati i relativi principi, riguarda una dichiarazione di astensione non trasmessa al Presidente della Corte d'appello); Cass. pen., Sez. VI, sent. 12 marzo 2015, n. 13833 (il caso riguarda un provvedimento di “riassegnazione” di un procedimento adottato dal Presidente dell'Ufficio GIP-GUP nei confronti del magistrato assegnatario ad altro ufficio giudiziario a seguito del suo trasferimento); Cass. pen., Sez. IV, sent. 12 maggio 2017, n. 35585 (in questo caso, relativo al naufragio della Costa Concordia, il ricorrente “lamenta che il processo a suo carico è stato celebrato da una Sezione della Corte d'appello [...] diversa da quella tabellarmente competente” nonché “da un collegio costituito *ad hoc* [...] senza ragioni eccezionali tali da giustificare la deroga”); Cass. pen., Sez. II, sent. 22 gennaio 2018, n. 9051 (il caso riguarda la scelta “non casuale” di affidare un processo ad un determinato Presidente di collegio); Cassazione penale, Sezione quinta, sentenza 11 gennaio 2018, n. 10100 (il caso riguarda l'applicazione *ad processum* di un magistrato che aveva seguito l'istruttoria dibattimentale fino al momento della sua assegnazione a funzioni civili, applicazione che era stata disposta dopo il mancato consenso della difesa alla rinnovazione degli atti mediante lettura, il quale era stato manifestato solo dopo che era stata modificata la composizione del collegio); Cass. pen., Sez. VI, sent. 15 maggio 2019, n. 43548 (il caso riguarda la designazione di un Presidente di collegio motivata dal Presidente del Tribunale con il fine di evitare future incompatibilità del giudice che sarebbe stato competente, ma che rivestiva anche il ruolo di Presidente della Sezione delle misure di prevenzione); Cass. pen., Sez. VI, sent. 18 luglio 2019, n. 51126 (il caso riguarda l'applicazione di due giudici protrattasi oltre il termine stabilito senza alcun provvedimento di rinnovo); Cass. pen., Sez. II, sent. 13 settembre 2019, n. 51197 (il caso riguarda una asserita violazione del combinato disposto dell'art. 5, comma 4, d. lgs. n. 159/2011 e dell'art. 7-bis, comma 2-sexies, r.d. 30 gennaio 1941 n. 12).

⁶⁵ La sentenza in questione riguarda il caso di un collegio il cui Presidente, una volta trasferito ad altro ufficio, è stato sostituito da un giudice onorario, che avrebbe assunto la funzione di giudice *a latere* al di fuori di ogni criterio tabellare.

Cass. pen., Sez. IV, sent. 8 gennaio 2021 (dep. 6 settembre 2021), n. 32899. Depurando tale arresto dalle particolarità del caso concreto, essa può essere così riportata: le irregolarità in tema di destinazione dei giudici agli uffici giudiziari e alle sezioni, di formazione dei collegi e di assegnazione dei processi a sezioni, collegi e giudici “incidono sulla capacità del giudice, con conseguente nullità ex art. 178 c.p.p., lett. a), solo quando hanno per scopo l'elusione o la violazione del principio del giudice naturale precostituito per legge [...], ossia quando risultino o siano comprovate situazioni *extra ordinem*, caratterizzate dall'arbitrio nella designazione del giudice e prodottesi al di fuori di ogni previsione tabellare, proprio per costituire un giudice “*ad hoc*”, situazioni dinanzi alle quali non può più affermarsi che la decisione della regiudicanda è stata emessa da un giudice precostituito per legge [...]. Occorre, pertanto, che si determini uno stravolgimento dei principii e dei canoni essenziali dell'ordinamento giudiziario, per la violazione di norme quali quelle riguardanti la titolarità del potere di assegnazione degli affari in capo ai dirigenti degli uffici e l'obbligo di motivazione dei provvedimenti”. Rispetto a questo punto, inoltre, la motivazione ha specificato che in merito al significato del concetto di stravolgimento “non deve trattarsi dell'ordinario esercizio sia pure erroneo - dei poteri che la legge riconosce ai dirigenti, ma del perseguimento di finalità estranee agli scopi per i quali sono attribuiti quei poteri, al quale viene asservito il loro cattivo esercizio”, il che, “volendo mutuare categorie usuali al diritto amministrativo”, significa “parlare di sviamento di potere, giacché il potere organizzativo viene esercitato per scopi diversi da quelli che gli sono tipici”⁶⁶.

Pertanto, ammettendo esclusivamente a fini di chiarezza esplicativa che tutti i momenti di attuazione della capacità specifica del giudice possano sottostare a questo regime uniformante⁶⁷, è possibile affermare che, affinché possa dichiararsi una nullità ex art. 178, comma 1, lett. a) c.p.p. per violazione diretta dell'art. 25 Cost., risulta necessario provare la configurazione dei criteri emersi già durante la prima fase di sviluppo della giurisprudenza di legittimità in materia, integrati, da una parte, dalla tipizzazione di alcune violazioni che si presumono rilevanti (come quelle relative alla titolarità del potere di assegnazione degli affari in capo ai dirigenti degli uffici e all'obbligo di motivazione dei provvedimenti) e, dall'altra, dalla previsione dello sviamento di potere quale modello teorico utile a definire lo “stravolgimento dei principi e dei canoni essenziali dell'ordinamento giudiziario”, la cui esplicitazione costituisce la grande novità della decisione del 2021 da ultimo citata.

Ricostruito il modello elaborato dalla giurisprudenza di legittimità, sarebbe agevole criticarlo innanzitutto segnalandone la totale disorganicità in astratto, che rende difficile la stessa distinzione tra requisito oggettivo e soggettivo, ma soprattutto evidenziando che la diretta conseguenza di questo disordine è, in concreto, l'impossibilità conclamata della prova della nullità⁶⁸, determinata

⁶⁶ Il caso concreto dal quale muove Cass. pen., Sez. IV, sent. 8 gennaio 2021, n. 32899 è complesso ed è legato alla riorganizzazione degli uffici giudiziari disposta con il d.lgs. n. 155/2012. In sintesi, esso verte intorno a un decreto adottato dal Presidente della Sezione penale del Tribunale di Lucca attraverso il quale quest'ultimo si è discostato, senza rispettare le procedure stabilite, da quanto previsto da un precedente decreto di variazione tabellare del Presidente del medesimo Tribunale (il n. 15 del 5 aprile 2013) determinando così l'assegnazione dell'affare in esame ad un nuovo collegio, istituito a seguito della riorganizzazione degli uffici già citata, anziché a quello originariamente competente. La Corte, pur riconoscendo la sussistenza di inosservanze del diritto tabellare, le ha definite “minime deviazioni”.

⁶⁷ L'opinione di chi scrive è che sarebbe necessario tipizzare le violazioni dei diversi momenti di attuazione della capacità specifica del giudice previsti dall'art. 33, comma 2, c.p.p., come avvenuto nella sentenza n. 27055/2003. Tuttavia, la tendenza riscontrabile nella giurisprudenza di legittimità è quella esattamente opposta consistente nella generalizzazione delle formule elaborate in quella decisione a tutti i casi sottoposti all'attenzione della Corte di cassazione, con tutto ciò che ne consegue in termini di possibili sovrapposizioni e confusione.

⁶⁸ In relazione a questo punto è evidente come il nesso inscindibile tra il diritto alla tutela giurisdizionale in senso stretto e il diritto di difesa inteso come “difesa delle proprie ragioni” (così come declinato in [Corte cost. sent. n. 125 del 1979](#), secondo cui la “essenziale finalità” del “testo complessivo dell'art. 24 Cost., nella successione dei vari commi, [...] è quella di garantire a tutti la possibilità di tutelare in giudizio le proprie ragioni”) avrebbe dovuto suscitare dubbi di legittimità costituzionale rispetto a questa materia in forza di quel principio affermato dalla Consulta secondo cui la azionabilità dei diritti fondamentali non deve essere mai resa tanto difficile da vanificarne la previsione. In tal senso si

tanto dall'indeterminatezza del primo requisito quanto dalla diabolicità del secondo, dato che, all'indomani dell'introduzione del discorso sullo sviamento di potere, esso costringe di fatto la parte che voglia censurare la violazione del proprio diritto al giudice naturale, non solo a eccepire la volontà del dirigente di eludere il principio costituzionale (e quindi la sua parzialità), ma a sfiorare i confini della contestazione degli elementi tipici del delitto di abuso d'ufficio⁶⁹. Tutti questi ragionamenti cedono però il passo di fronte a un argomento di prioritaria importanza che è stato introdotto proprio dall'ultima sentenza relativa al disastro ferroviario di Viareggio: la doverosa comparazione con gli ultimi approdi della giurisprudenza europea in materia, rispetto ai quali, asserisce il Giudice della nomofilachia, la giurisprudenza di legittimità italiana “appare in linea”.

4. Le novità introdotte dalla più recente giurisprudenza europea in materia di rule of law.

È opportuno impostare l'analisi della giurisprudenza sovranazionale cominciando dal diritto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo in quanto è proprio in questo livello del sistema europeo che è stato pronunciato il maggior numero di decisioni in materia di giudice naturale.

4.1. Nel dicembre 2020, inoltre, la Grande Camera della Corte di Strasburgo ha colto l'occasione rappresentata dal caso *Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islanda*⁷⁰ (sentenza del primo dicembre 2020 definita “storica” dallo stesso Presidente della Corte europea⁷¹) per riordinare la propria

veda, *ex multis*, [Corte cost. sent. n. 142 del 2009](#) nella parte in cui afferma: “L'effettività dei diritti fondamentali, tra i quali va certamente annoverato il diritto di difesa di cui all'art. 24, secondo comma, Cost., viene meno non soltanto se le norme vigenti consentono che sia radicalmente impedito il loro esercizio, pur formalmente riconosciuto, ma anche se è possibile che si creino, senza la previsione di adeguati rimedi, situazioni tali da rendere eccessivamente difficile l'esercizio stesso. Solo in assenza di tali efficaci rimedi, desumibili dal sistema processuale vigente, questa Corte dovrebbe intervenire per ripristinare, anche con una pronuncia additiva, la tutela del diritto illegittimamente compresso”. Tale orientamento riecheggia chiaramente il principio tipico dei sistemi di *common law* per cui “*there is no right without an effective remedy*”.

⁶⁹ Sulla discussa rilevanza penale dello sviamento di potere (e in particolare sull'importanza dei margini di discrezionalità del pubblico ufficiale) si veda M. BENUSI, *Art. 323*, in E. Dolcini, G. Gatta (diretto da), *Codice penale commentato*, Wolters Kluwer, Milano, Tomo II, 2021, 948 ss.

⁷⁰ Il caso del ricorrente (d'ora in poi G.A.A.) è in sé abbastanza banale (trae origine da una violazione del codice della strada) ma si colloca all'interno della ben più complessa cornice del sistema giudiziario islandese, che ha conosciuto negli ultimi decenni una notevole evoluzione per la ricostruzione nel dettaglio della quale si rinvia alla sentenza nonché a N. PENATI, *L'independent and impartial tribunal established by law: una nuova portata precettiva per l'art. 6 CEDU (Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Camera, ric. n. 26374/2018, 1° dicembre 2020, Guðmundur Andri Ástráðsson v. Iceland)*, in [Osservatorio costituzionale](#), 2021, che ne ha ricostruito il significato a livello europeo. Per quello che qui interessa la doglianza relativa alla violazione del diritto al *tribunal established by law* riguarda l'*appointment* di uno dei giudici (A.E.) che hanno condannato il ricorrente dinnanzi alla neoistituita Corte d'appello islandese. Nonostante “*appointment*” si traduca letteralmente “nomina”, sembra possibile ricomprendere l'atto oggetto della decisione della Corte di Strasburgo nella nozione di “destinazione agli uffici” di cui all'art. 33, comma 2, c.p.p. in quanto la persona che ha partecipato alla procedura per diventare membro nel nuovo ufficio era già un giudice di professione (§§ 182 - 294) e disponeva quindi di quella che nell'ordinamento italiano si definisce la capacità di esercizio generica della funzione giurisdizionale. Inoltre, se anche si reputasse questa analogia non valida, sarebbe possibile evidenziare che è la sentenza stessa al § 234 a specificare che le garanzie che devono proteggere il diritto al giudice naturale valgono tanto per la fase della nomina quanto per l'esercizio della funzione. Su tale punto si tornerà però nelle conclusioni.

⁷¹ R. SPANO, *The rule of law as the lodestar of the European Convention of Human Rights: the Strasbourg Court and the independence of the judiciary*, in *European Law Journal*, 2021, pagina 7 della versione tradotta da M. Durante, in [Giustizia Insieme](#), 23 marzo 2021. A conferma dell'importanza del cambiamento determinato dalla sentenza in esame si veda anche M. LELOUP, *Who Safeguards the Guardians? A Subjective Right of Judges to their Independence under Article 6(1) ECHR*, in *European Constitutional Law Review*, Cambridge University Press, 27.

giurisprudenza in materia di “*tribunal established by law*”⁷² nonché per introdurre alcune novità essenziali per stabilirne il significato esatto. Pertanto, pur con tutta la dovuta prudenza legata alle peculiari caratteristiche delle decisioni di Strasburgo, questa pronuncia rappresenta la prospettiva ideale per realizzare quella comparazione che la Corte di cassazione italiana ha proposto nella sua ultima decisione facendo riferimento esplicito proprio al caso islandese qui in commento.

La prima parte del *Court’s assessment* si è caratterizzata per una ricostruzione generale del diritto in esame in chiara continuità rispetto alla propria giurisprudenza passata.

Prima di tutto, la sentenza ha specificato che la nozione autonoma di “*tribunal*” è caratterizzata, nel suo senso sostanziale, dall’esercizio della funzione giurisdizionale, consistente nel decidere questioni di sua competenza sulla base di norme giuridiche e al termine di procedimenti condotti nel modo prescritto soddisfacendo ulteriori requisiti quali l’indipendenza, l’imparzialità e altri. Dopodiché la sentenza ha riaffermato che, in materia di “*tribunal established by law*”, la “legge” di cui all’articolo 6 § 1 C.E.D.U. non involge soltanto la base legale dell’esistenza del tribunale ma anche la composizione di ciascun collegio per ogni procedimento, con la conseguenza per cui esso non riguarda soltanto l’istituzione e la competenza degli organi giudiziari ma anche e con uguale forza tutte le altre disposizioni di diritto interno la cui inosservanza rende irregolare la partecipazione di uno o più magistrati all’esame di un determinato affare (§223)⁷³. In questo senso, a differenza di quanto sostenuto dal Governo islandese, essa ha chiarito con notevole fermezza che il principio in esame deve essere interpretato come se la Convenzione proteggesse un “*tribunal in accordance with the law*” dal momento che tale esegesi è coerente con l’oggetto e la finalità della disposizione e delle altre esigenze di ordine istituzionale che devono essere rispettate dal *tribunal* e dalle quali non vi è ragione di discostarsi (§229). Infine la decisione ha ribadito che il “*tribunal established by law*” riflette il principio della *rule of law* e intende pertanto proteggere la magistratura contro illegittime influenze esterne, in particolare dell’esecutivo, ma che possono provenire anche dal potere legislativo nonché dallo stesso potere giudiziario (§226)⁷⁴, ipotesi, quest’ultima, su cui la Corte di Strasburgo non si è soffermata a causa delle peculiarità del caso concreto in esame, ma che in passato aveva approfondito specificando che nei sistemi di civil law il principio del giudice naturale è finalizzato ad assicurare che l’organizzazione del sistema giudiziario non possa essere lasciata né nel presente né nel futuro alla discrezionalità delle autorità giudiziarie⁷⁵.

La seconda parte del *Court’s assessment*, invece, addentrandosi progressivamente nelle particolarità del caso concreto, si è caratterizzata per l’introduzione di significative novità finalizzate a realizzare la *mission* che il Giudice di Strasburgo si è dato con questo *leading case*: determinare quando le irregolarità relative all’*appointment* di un giudice, allegare in relazione a un affare determinato, sono di tale gravità da privare la parte del proprio diritto al *tribunal established by law* (§ 235).

Dopo aver esordito interrogandosi sulla opportunità di sanzionare con un automatismo qualunque irregolarità in materia, la Corte ha risposto negativamente in forza della constatazione

⁷² Per la ricostruzione del suo significato da parte della dottrina si vedano J. P. COSTA, *Qu’est-ce qu’un tribunal établi par la loi?*, in *Fair Trial: Regional and International Perspectives, Liber Amicorum Linos-Alexandre Sicilianos*, Anthemis, 2020, 101 ss.; V. ZAGREBELSKY, R. CHENAL, L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Il Mulino, Bologna, 2019, 219 ss; P. CONCOLINO, *Art. 6*, in F. Viganò, G. Uberris (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Giappichelli, Torino, 2016, 138 ss.

⁷³ La Corte ha così confermato quanto precedentemente sostenuto nei casi Lavents c. Lettonia, 2003 § 114, Richert c. Polonia, 2012 § 41, Posokhov c. Russia, 2003 § 39, Fatullayev c. Azerbaijan, 2010 § 144, Kontalexis c. Grecia, 2011 § 42, Buscarini c. San Marino 2000 nonché in Pandjikidzé e altri c. Georgia, 2010 § 104 e Gorguiladzé c. Georgia, § 68.

⁷⁴ La Corte ha così confermato quanto affermato nei casi Richert c. Polonia, 2012, § 42 e Coëme e altri c. Belgio, 2000, § 98 in cui si aggiungeva che il principio assicura anche che il sistema giudiziario sia regolato dalla legge approvata dal Parlamento.

⁷⁵ Si vedano i casi Gorguiladze c. Georgia, 2010 § 69; Coëme e altri c. Belgio, 2000 §§ 98 - 107; Savino e altri c. Italia, 2009 § 94.

per cui il principio della *rule of law*, di cui il diritto al giudice precostituito per legge costituisce espressione, ricomprende al suo interno altri importanti principi che possono essere, sì complementari rispetto a quello in esame, ma che possono al contempo risultare con esso in conflitto e quindi oggetto di bilanciamento (significativo rispetto alla prospettiva italiana è che tale ponderazione sia stata prospettata soltanto in relazione a beni che vengono tassativamente indicati e considerati di pari rango: la certezza del diritto e l'inamovibilità dei giudici - §236 -).

Il Giudice di Strasburgo ha ritenuto opportuno, pertanto, predisporre un test che costituisca la solida base per guidare la Corte stessa e i giudici nazionali nella valutazione innanzitutto su quali irregolarità verificatesi in un caso determinato siano di sufficiente gravità da comportare una violazione del diritto al *tribunal established by law*, ma anche nel giudizio sulla equità e sulla proporzionalità del bilanciamento tra i suddetti diversi principi realizzato dalle autorità degli Stati membri (§243). Esso si articola in tre passaggi: I) il primo consiste nella verifica formale del carattere manifesto della violazione del diritto nazionale, che deve quindi essere oggettivamente e genuinamente individuabile come tale (§244)⁷⁶; II) il secondo consiste nella verifica sostanziale della offensività della violazione rispetto all'oggetto e allo scopo del diritto al giudice naturale, ragione per cui non è sufficiente una irregolarità di natura puramente tecnica, essendo invece necessaria, per superare la soglia della rilevanza, una violazione che si traduca in una totale inosservanza delle regole fondamentali in materia o che indebolisca il fine e gli effetti del principio (e quindi la sua capacità di assicurare al giudice le condizioni per svolgere i suoi doveri libero da influenze indebite in modo da preservare la *rule of law* e la separazione dei poteri dello Stato) (§246); III) il terzo ed ultimo consiste infine nella verifica del controllo esercitato dai giudici nazionali, che si traduce anche nell'accertamento ad opera della Corte dell'adeguata valutazione degli standard della Convenzione da parte delle corti interne (§248 ss.).

In forza di questo test la Grande Camera ha riconosciuto all'unanimità che nel caso concreto vi è stata una violazione dell'art. 6 § 1 C.E.D.U.⁷⁷. Tuttavia, come emerge dal dispositivo, una questione di ordine generale ha diviso i giudici di Strasburgo: la questione dell'autonomia del diritto al giudice naturale precostituito per legge. La Corte ha infatti riconosciuto espressamente che, pur esistendo una relazione estremamente stretta tra precostituzione, indipendenza e imparzialità dei giudici (§231) giustificata dal comune obiettivo di sostenere i principi fondamentali della *rule of law* e della separazione dei poteri in modo da preservare la fiducia del pubblico nel sistema giudiziario e di salvaguardare la sua indipendenza (§233)⁷⁸, tale connessione non oscura la specifica funzione di ciascun diritto, ma serve soltanto a rafforzarli reciprocamente, cosicché è possibile definire il diritto al giudice naturale come un "*stand-alone right*" (§231 ss.). Eppure, se è vero che questo argomento decisivo è stato condiviso dalla maggioranza dei giudici di Strasburgo⁷⁹

⁷⁶ È però la stessa Corte a specificare nel paragrafo successivo che la mancanza di tale carattere manifesto non pregiudica definitivamente la configurabilità di una violazione del diritto *al tribunal established by law*.

⁷⁷ In particolare, la Corte di Strasburgo ha rilevato che, pur avendo il Ministro della Giustizia il potere di discostarsi dalle indicazioni del Comitato di valutazione dei candidati alla nuova Corte d'appello islandese, egli non ha rispettato la regola procedurale fondamentale che lo obbliga a fondare le proprie decisioni su valutazioni e accertamenti sufficienti, prevista al fine di non ledere l'indipendenza e la legittimazione dell'ufficio giudiziario neoistituito (§288).

⁷⁸ Per una panoramica della giurisprudenza in materia di indipendenza delle corti si veda G. RAIMONDI, *L'indipendenza delle corti nel diritto costituzionale, comparato ed europeo: la prospettiva della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in G. Pitruzzella, O. Pollicino, M. Bassini (a cura di), *Corti europee e democrazia*, Bocconi, Milano, 2019, 77 ss.

⁷⁹ Si veda R. SPANO, *The rule of law*, cit., 14-15 nella parte in cui definisce quello di cui all'art. 6 § 1 C.E.D.U. come un "diritto autonomo [...] premessa strutturale per il godimento del generale diritto ad un equo processo" che, proprio in quanto "autonomo e componente fondamentale del *rule of law*, crea una incontestabile presunzione di ingiustizia di quei procedimenti giudiziari in cui ha preso parte il giudice nominato illegittimamente" limitando ai casi di "conflitto sostanziale" con i principi della certezza del diritto e dell'inamovibilità dei giudici l'operatività della seconda fase del test. In una prospettiva parzialmente analoga si veda anche J. P. COSTA, *Qu'est-ce qu'un tribunal*, cit., 105-106 in cui il Presidente emerito della Corte di Strasburgo afferma che le tre garanzie previste all'inizio dell'art. 6 sono "*distinctes et complémentaires*".

consentendo così alla Corte di non pronunciarsi tanto sulle doglianze relative alla indipendenza e all'imparzialità quanto sulla complessiva equità del procedimento in esame (§295), una parte di questi ha invece negato tale natura di requisito autonomo che potrebbe attribuirgli di fatto un carattere assoluto ignoto alla giurisprudenza della Corte E.D.U. in materia di giusto processo (§21). In questa prospettiva, i magistrati dissenzienti hanno rilevato in particolare l'incompatibilità di tali caratteri con la previsione di un test finalizzato a distinguere le violazioni rilevanti da quelle irrilevanti, che proprio nel suo secondo step, secondo la loro ricostruzione, sembra alludere alla necessità di far valere il legame con i requisiti dell'indipendenza e dell'imparzialità (§23)⁸⁰.

Secondo questi giudici, invero, tale contestazione troverebbe sostegno nella sentenza del 26 marzo 2020 pronunciata dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea in relazione al caso *E. Simpson c. Consiglio dell'Unione europea* che rappresenta l'ultima evoluzione di una giurisprudenza che la custode della legalità eurounitaria ha sviluppato nella direzione della difesa di quel valore fondativo dell'Unione che è, *ex art. 2 T.U.E.*, lo Stato di diritto e di quella che viene ormai definita la costruzione dei "caratteri comuni dell'ordinamento giudiziario europeo"⁸¹, la cui importanza ai fini del discorso sulla tutela giurisdizionale del diritto al giudice naturale nell'ordinamento italiano è tale da meritare di essere sinteticamente ripresa.

4.2. Come è noto, questa giurisprudenza si è sviluppata a partire dalla sentenza pronunciata dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea il 27 febbraio 2018 in merito al caso *Associação Sindical dos Juízes Portugueses contro Tribunal de Contas*. In tale decisione è stato infatti affermato per la prima volta il principio di diritto secondo cui lo Stato membro "deve garantire" che il giudice che può pronunciarsi su questioni riguardanti l'applicazione o l'interpretazione del diritto dell'Unione "soddisfi i requisiti inerenti a una tutela giurisdizionale effettiva, conformemente all'articolo 19, paragrafo 1, comma 2, T.U.E." e quindi, di conseguenza, "l'indipendenza di detto organo", la quale, essendo una garanzia "intrinseca alla funzione giurisdizionale", "si impone non soltanto a livello dell'Unione [...] ma anche a livello degli Stati membri, per i giudici nazionali" in quanto primi custodi del diritto dell'Unione attraverso quel meccanismo di cooperazione giudiziaria che è il rinvio pregiudiziale *ex art. 267 T.F.U.E.*, il cui "buon funzionamento" si realizza soltanto se esso "può essere attivato [...] da un organo [...] che soddisfi, segnatamente, tale criterio di indipendenza".

Una volta enucleati questi principi di diritto, nonostante i rischi potenzialmente derivanti per lo *status quo* europeo dall'introduzione di quello che era apparso immediatamente come un "*federal standard*"⁸² in una materia, quale l'organizzazione giudiziaria, tradizionalmente riservata alla competenza degli Stati, la custode della legalità eurounitaria ha provveduto a consolidarne le fondamenta più delicate per la sua valorizzazione: la questione dell'ambito applicativo dell'art. 19 T.U.E. e quella della definizione del modello europeo di indipendenza dei giudici.

⁸⁰ Gli ultimi due paragrafi citati riguardano la *dissenting opinion* dei giudici O'Leary, Ravarani, Kucsko-Stadlmayer And Ilievski a pagina 127 della sentenza. In senso opposto si connotano, invece, le opinioni concorrenti del giudice Pinto De Albuquerque, che spinge sul carattere assoluto del diritto e delle sue violazioni evocando la teoria dei frutti dell'albero avvelenato (in forza della quale sarebbero viziati tutti gli atti compiuti dal giudice illegittimamente nominato), e quella del giudice Serghides, che invoca addirittura l'inesistenza dei suddetti atti in quanto posti in essere da un non giudice (ragione questa che avrebbe dovuto indurre la Corte a dichiarare la questione relativa all'indipendenza e all'imparzialità semplicemente inammissibile).

⁸¹ Si veda C. MICHELINI, *La Corte di Giustizia Ue costruisce i caratteri comuni dell'ordinamento giudiziario europeo*, in [Questione Giustizia](#), 8 gennaio 2020.

⁸² In tal senso si veda L. D. SPIEKER, *From Moral Values to Legal Obligations – On How to Activate the Union's Common Values in the EU Rule of Law Crisis*, 2018, in *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper No. 2018-24*, 12.

Per quanto concerne il primo punto, fin dalle sentenze del 24 giugno e del 5 novembre del 2020⁸³, la Corte di Giustizia ha affermato un principio di autonomia dell'ambito di applicazione dell'art. 19 T.U.E. In particolare, valorizzando il suo rapporto diretto con l'art. 2 T.U.E., in quanto esso "concretizza il valore dello Stato di diritto" (§47), ed emancipandolo dagli articoli 47 e 51 C.D.F.U.E., in quanto esso "riguarda i «settori disciplinati dal diritto dell'Unione», indipendentemente dalla situazione in cui gli Stati membri attuano tale diritto" (§50), i giudici del Lussemburgo hanno stabilito che esso opera ogniqualvolta un organo nazionale è "idoneo a pronunciarsi, in qualità di organo giurisdizionale, su questioni riguardanti l'applicazione o l'interpretazione del diritto dell'Unione e rientranti dunque in settori disciplinati da tale diritto" (§ 51), obbligando gli Stati membri anche quando questi ultimi esercitano le proprie competenze, come nel caso dell'organizzazione della giustizia (§52). Questo è il passaggio cruciale di tutta la giurisprudenza eurounitaria in esame in quanto, superando il confine rappresentato dalle situazioni puramente interne ai singoli Stati, ha segnato il punto in cui la Corte di Giustizia ha optato per una interpretazione non formale dell'art. 19 T.U.E. e della nozione di "settori disciplinati dal diritto dell'Unione" che le ha consentito, da una parte, di affermare la suddetta autonoma applicabilità di tale disposizione e, dall'altra, grazie alla valorizzazione dell'art. 2 T.U.E.⁸⁴, di attrarre al suo interno il principio dell'indipendenza dei giudici⁸⁵, ponendo così le basi per la giustiziabilità da parte sua di un modello europeo sostanziale di Stato di diritto che essa stessa si è incaricata di definire (e che spinge in particolare "la procedura di infrazione verso un sindacato "costituzionale" delle legislazioni statali"⁸⁶).

Per quanto concerne il secondo punto, invece, lo schema di riferimento può essere tratto dalla prima auspicata⁸⁷ e poi criticata⁸⁸ sentenza del 19 dicembre 2019 che la Corte di Giustizia ha pronunciato nel caso A.K. contro Krajowa Rada Sądownictwa in relazione ad alcuni rinvii pregiudiziali sollevati da giudici polacchi. Questa decisione, infatti, come emerge dal suo dispositivo, si è contraddistinta per aver innalzato il requisito della indipendenza dei giudici a questione di prioritaria importanza, che i giudici del Lussemburgo devono risolvere autonomamente rispetto alle altre che le sono sottoposte, tanto è vero che la dottrina europea ha iniziato da allora a parlare di "A.K. test". Chiarito questo, la sentenza, dopo aver ribadito il legame di tale requisito con il diritto fondamentale a un equo processo e l'importanza della C.E.D.U. e della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, ha definito il modello eurounitario di indipendenza dei giudici sia a livello sostanziale che formale.

In relazione al primo livello, in particolare, la sentenza in esame ha richiamato la tradizionale distinzione tra l'aspetto esterno dell'indipendenza (che "richiede che l'organo interessato eserciti le sue funzioni in piena autonomia, senza essere soggetto ad alcun vincolo gerarchico o di subordinazione nei confronti di alcuno e senza ricevere ordini o istruzioni da alcuna fonte, con la conseguenza di essere quindi tutelato dagli interventi o dalle pressioni esterni idonei a

⁸³ Entrambe le sentenze sono state pronunciate a seguito di ricorsi per inadempimento *ex art.* 258 T.F.U.E. proposti dalla Commissione europea contro la Repubblica di Polonia. I paragrafi citati nel proseguo del testo si riferiscono alla prima decisione del 24 giugno 2020.

⁸⁴ Si è molto vicini a quella diretta applicabilità dei valori di cui all'art. 2 T.U.E. di cui parla A. VON BOGDANDY, *Principles and Challenges of a European Doctrine of Systemic Deficiencies*, in *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law Research Paper No. 2019-14*, 24.

⁸⁵ Si veda G. PITRUZZELLA, *Stato di diritto, indipendenza delle corti e sovranità popolare: armonia o conflitto?*, in G. Pitruzzella, O. Pollicino, M. Bassini (a cura di), *Corti europee e democrazia*, Bocconi, Milano, 2019, 11.

⁸⁶ M. CARTA, *La recente giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea in merito all'inadempimento agli obblighi previsti dagli articoli 2 e 19 TUE: evolutionary or revolutionary road per la tutela dello Stato di diritto nell'Unione europea?*, in *Eurojus*, 2020, 20.

⁸⁷ Si veda M. KRAJEWSKI, *The AG Opinion in the Celmer Case: Why the Test for the Appearance of Independence is Needed*, in [Verfassungsblog](#), 5 luglio 2018.

⁸⁸ Si veda P. FILIPEK, *Only a Court Established by Law Can Be an Independent Court*, in [Verfassungsblog](#), 23 gennaio 2020.

compromettere l'indipendenza di giudizio dei suoi membri e a influenzare le loro decisioni", § 121) e l'aspetto interno della stessa (che "si ricollega alla nozione di imparzialità e riguarda l'equidistanza dalle parti della controversia e dai loro rispettivi interessi riguardo all'oggetto di quest'ultima" e "impone il rispetto dell'obiettività e l'assenza di qualsivoglia interesse nella soluzione da dare alla controversia all'infuori della stretta applicazione della norma giuridica", § 122).

In relazione al secondo livello, invece, la decisione ha ricordato che le garanzie di indipendenza e di imparzialità "presuppongono l'esistenza di regole, relative in particolare alla composizione dell'organo, alla nomina, alla durata delle funzioni nonché alle cause di astensione, di ricusazione e di revoca dei suoi membri, che consentano di fugare qualsiasi legittimo dubbio che i singoli possano nutrire in merito all'impermeabilità di detto organo rispetto a elementi esterni e alla sua neutralità rispetto agli interessi contrapposti" (§123).

È a questo punto dell'evoluzione della giurisprudenza eurounitaria che è intervenuta la sentenza del caso E. Simpson c. Consiglio dell'Unione europea⁸⁹, prima decisione della Corte di Giustizia relativa al diritto della persona a un giudice precostituito per legge ad avere riflessi in materia penale e costituzionale⁹⁰. Essa, collocandosi nel solco delle decisioni appena analizzate e attingendo alla giurisprudenza di Strasburgo in materia di giudice naturale (in particolare la prima sentenza del caso G.A.A.), ha affermato il principio per cui "un'irregolarità commessa in occasione della nomina dei giudici in seno al sistema giudiziario di cui trattasi comporta una violazione dell'articolo 47, secondo comma, prima frase, della Carta, in particolare quando tale irregolarità sia di natura e gravità tali da generare un rischio reale che altri rami del potere, in particolare l'esecutivo, possano esercitare un potere discrezionale indebito tale da mettere in pericolo l'integrità del risultato al quale conduce il processo di nomina, così suscitando un dubbio legittimo nei singoli quanto all'indipendenza e all'imparzialità dei giudici interessati, il che avviene qualora vengano in rilievo norme fondamentali che costituiscono parte integrante dell'istituzione e del funzionamento di detto sistema giudiziario".

Se tale riferimento a indipendenza e imparzialità è stato utilizzato dai giudici dissenzienti del caso G.A.A. per insinuare dubbi su ipotetiche zone d'ombra della sentenza pronunciata dalla Corte di Strasburgo, esso deve essere considerato esclusivamente come un tentativo di opporsi alla nuova impostazione proposta dalla decisione della Grande Camera. In questo senso, però, esso risulta non soltanto destituito di ogni fondamento (come conferma il suo essere stato immediatamente smentito nella recentissima sentenza del caso Xero Flor w Polsce sp. z o.o. c. Polonia del 7 maggio 2021), ma anche non pertinente nel riferimento alla sentenza Simpson se è vero, come è vero, che la giurisprudenza della Corte E.D.U. in materia di giusto processo rappresenta per la custode della legalità eurounitaria il *minimum standard* che essa ha l'obbligo giuridico di non conculcare (si veda da ultimo § 118, sentenza A.K.).

Di conseguenza, l'unica certezza emergente tanto dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo quanto da quella di Lussemburgo è che esse hanno affermato in modo inequivocabile la propria idoneità a pronunciarsi ogniqualvolta si configuri una violazione del diritto al giudice naturale precostituito per legge nei singoli ordinamenti nazionali nella sua configurazione minima elaborata dalla Grande Camera nel caso Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islanda assicurando così una gamma di nuovi e importanti rimedi alla persona parte di un procedimento penale italiano, quali il ricorso diretto alla Corte di Strasburgo e la questione pregiudiziale *ex art. 267 T.F.U.E.*

⁸⁹ La sentenza è stata commentata da M. LELOUP, *The appointment of judges and the right to a tribunal established by law: The ECJ tightens its grip on issues of domestic judicial organization: Review Simpson*, in *Common Market Law Review*, Wolters Kluwer, 2020.

⁹⁰ Tale conclusione è confermata dalla rilevazione della mancanza di "precedenti specifici in sede penale" effettuata in V. MANES, M. CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo*, Giappichelli, Torino, 2020, 226.

5. *Conclusioni: un nuovo modello di diritto al giudice naturale precostituito per legge e di capacità del giudice, la sua tutela giurisdizionale e la dignità dell'ordine giudiziario.*

Alla luce della ricostruzione delle interpretazioni del principio del giudice naturale nel sistema giuspolitico europeo del 2021 dovrebbe essere emerso chiaramente che sarebbe sufficiente una comparazione tra la giurisprudenza consolidata della Corte di Strasburgo così come recepita anche dai giudici del Lussemburgo e quella della Corte di cassazione penale italiana per riconoscere il contrasto insanabile tra i dogmi professati da quest'ultima e i principi esplicitati dalla prima, in particolare per quanto concerne la riferibilità del diritto di cui all'art. 25 Cost. al singolo magistrato persona fisica. Tuttavia, al fine del definitivo superamento delle “disastrose conseguenze” che l'art. 33, comma 2, c.p.p. ha determinato “per il principio di legalità nella costituzione degli organi giurisdizionali”⁹¹ dell'ordinamento repubblicano italiano, è necessario concentrarsi sulle ragioni originali di questo abuso della funzione nomofilattica e dell'ultima parola a esclusivo vantaggio dei capi degli uffici giudiziari.

In tale prospettiva, risulta decisiva la sentenza pronunciata dalla Corte di Strasburgo nel caso G.A.A. Questo arresto della Grande Camera, infatti, lungi dall'apparire “in linea” con la giurisprudenza di legittimità, contiene delle considerazioni di ordine sistematico che sono idonee non solo a demolire le colonne portanti dell'impostazione del codice di rito italiano difese dal Giudice di nomofilachia e legittimate dalla Consulta, ma soprattutto ad assicurare una rifondazione del discorso repubblicano sul giudice naturale e quindi sull'ordinamento giudiziario democratico.

Invero, se a livello interno il diritto vivente ha imposto una concezione del valore di cui art. 25 Cost. debole, in quanto generica⁹² e relativa⁹³, e quindi regressiva e mortificante, la decisione della Corte di Strasburgo ha definito un nuovo modello minimo, costituzionale ed europeo di capacità del giudice fondata prioritariamente su una nuova visione proprio della precostituzione, che è stata finalmente consacrata come un valore autonomo e prevalente rispetto agli altri requisiti della nozione di *tribunal*, dotato di immediata e specifica rilevanza processuale a prescindere dalla fase in cui esso esprime la sua spinta garantista, sia essa la nomina del giudice o l'esercizio in concreto da parte sua della funzione giurisdizionale quando è parte di un collegio determinato per un determinato affare (§234).

Questa rivoluzione copernicana di paradigma realizzata dalla sentenza della Corte di Strasburgo, se in astratto consente di qualificare la precostituzione come una forma tipica, autonoma e prevalente di indipendenza oggettiva del giudice⁹⁴, in concreto trova una immediata traduzione nel discorso sulla azionabilità del diritto al giudice naturale.

Affinché questa innovazione possa produrre tutti i propri effetti in tale ambito è però necessario precisare che il riconoscimento di questa natura del principio in esame è a sua volta il risultato del fondamento del diritto di cui all'art. 25 Cost., non sul bene dell'imparzialità, che, come aveva

⁹¹ M. SCAPARONE, *Procedura penale*, Giappichelli, Vol. I, Torino, 104.

⁹² La concezione è generica poiché basata sulla rilevanza della titolarità della funzione giurisdizionale e sulla irrilevanza della costituzione del giudice nel singolo procedimento in base alle regole del sistema tabellare.

⁹³ La concezione è relativa perché dipendente tanto dall'interesse al buon andamento dell'amministrazione della giustizia quanto da quello all'imparzialità dell'organo giudicante complessivamente inteso, rispetto ai quali è di fatto subordinata.

⁹⁴ Questa nuova natura emerge in particolare dai paragrafi 233 e 234 della sentenza. In quest'ultimo la Corte di Strasburgo ha affermato, da una parte, che il giudizio relativo a una violazione del diritto al *tribunal established by law* deve indagare sistematicamente se l'irregolarità eccepita in un determinato caso sia di gravità tale da ledere i principi fondamentali della *rule of law* e della separazione dei poteri e da compromettere di conseguenza l'indipendenza della Corte in questione, e, dall'altra, che quest'ultima, nel suo essere un prerequisito dell'imparzialità, deve essere intesa innanzitutto in senso personale, come impermeabilità alle pressioni esterne, ma anche soprattutto in senso istituzionale come un insieme di disposizioni istituzionali e operative che devono assicurare una salvaguardia contro l'influenza indebita e/o la discrezionalità illimitata degli altri poteri statali tanto nella fase iniziale della nomina di un giudice quanto durante l'esercizio delle sue funzioni.

intuito [Corte cost. sent. n. 100 del 1981](#)⁹⁵, non è in grado di autogiustificarsi, bensì direttamente sul valore superprimario della *rule of law* e sulla sua immediata emanazione: quella dignità dell'ordine giudiziario che, vista dalla prospettiva particolare della magistratura, si manifesta come la "credibilità" o il "prestigio" della stessa⁹⁶, ma, vista dalla prospettiva generale dell'ordinamento repubblicano, si manifesta come la fiducia che il sistema giudiziario deve ispirare nei cittadini⁹⁷.

Questo fondamento, invero, è fonte di due indicazioni essenziali al fine di assicurare la massima espansione necessaria del diritto al giudice naturale e della sua azionabilità. La prima attiene al discorso sul bilanciamento in astratto del valore della precostituzione e rivela che esso può essere contemperato soltanto con beni che siano a loro volta estrinsecazione della *rule of law* quali certezza del diritto e inamovibilità dei giudici, con la conseguenza per cui deve ritenersi definitivamente dimostrata la totale e manifesta illegittimità del contemperamento operato dalla Corte costituzionale con l'interesse al buon andamento dell'amministrazione della giustizia, che anche nel più recente passato aveva trovato applicazione decisiva nelle più imprudenti pronunce della Corte di cassazione⁹⁸. La seconda, invece, attiene alla verifica della violazione della

⁹⁵ Si veda in particolare il punto 7 del *considerato in diritto* in cui si afferma: "I magistrati, per dettato costituzionale (artt. 101, comma secondo, e 104, comma primo, Cost.), debbono essere imparziali e indipendenti e tali valori vanno tutelati non solo con specifico riferimento al concreto esercizio delle funzioni giurisdizionali ma anche come regola deontologica da osservarsi in ogni comportamento al fine di evitare che possa fondatamente dubitarsi della loro indipendenza ed imparzialità: nell'adempimento del loro compito. I principi anzidetti sono quindi volti a tutelare anche la considerazione di cui il magistrato deve godere presso la pubblica opinione; assicurano, nel contempo, quella dignità dell'intero ordine giudiziario, che la norma denunciata qualifica prestigio e che si concreta nella fiducia dei cittadini verso la funzione giudiziaria e nella credibilità di essa".

⁹⁶ Tale manifestazione rappresenta quella che può essere definita la dimensione aristocratica della dignità dell'ordine giudiziario e costituisce espressione dell'art. 104, comma 1, Cost.

⁹⁷ Tale manifestazione rappresenta quella che può essere definita la dimensione democratica della dignità dell'ordine giudiziario e costituisce espressione dell'art. 101 Cost. (e in particolare del suo troppo spesso sottovalutato primo comma). Deve essere inoltre precisato che la distinzione tra queste dimensioni rappresenta la rielaborazione della distinzione operata da Norberto Bobbio sulla base dei "principi di legittimazione del potere". Il filosofo del diritto torinese distingueva infatti tra principio autocratico e principio democratico, evidenziando che quest'ultimo è "quello per cui è legittimo il potere che riposa sul consenso in ultima istanza di coloro cui si rivolge", mentre il primo è "quello per cui è legittimo il potere che deriva dalla superiorità [...] di colui che lo detiene". Si veda P. Polito (a cura di), *Norberto Bobbio, Elementi di politica, Antologia*, Einaudi, Torino, 2010, 102.

⁹⁸ Il riferimento è alle più delicate decisioni del Giudice di nomofilachia in materia di capacità specifica del giudice: quelle relative al naufragio della Costa Concordia e al disastro ferroviario di Viareggio (che proprio in ragione della loro portata mediatica avrebbero richiesto la massima garanzia di indipendenza e imparzialità dei rispettivi giudici). In queste sentenze, infatti, la Corte di cassazione ha affermato l'irrelevanza processuale delle violazioni del diritto tabellare verificatesi (che essa stessa ha dovuto riconoscere) in forza dell'applicazione diretta dell'argomento della tutela del buon andamento dell'amministrazione della giustizia. In particolare: nel caso deciso nella sentenza n. 32899/2021 la Corte ha affermato che "le minime deviazioni" rispetto al sistema tabellare dovevano ritenersi giustificate "dall'intento di meglio perseguire il buon andamento del servizio"; nel caso deciso dalla sentenza n. 35585/2017, invece, essa ha affermato che la natura *extra ordinem* del provvedimento di assegnazione doveva considerarsi esclusa perché, nonostante il suo carattere "derogatorio", esso avrebbe risposto alla "necessità organizzativa di comporre un collegio fisso per la trattazione (articolata attraverso più udienze) del processo di notevole importanza senza nocimento e ritardo nella celebrazione delle udienze ordinarie". Proprio quest'ultima decisione rappresenta la manifestazione più nitida del carattere regressivo della concezione debole del diritto al giudice precostituito per legge: nella successiva sentenza n. 51197/2019, infatti, essa è stata citata come la prova in forza della quale deve escludersi la configurabilità della sanzione della nullità anche nel caso di un "collegio costituito *ad hoc* per assicurare la definizione del giudizio in un tempo ragionevole", sancendo così espressamente la definitiva soppressione della spinta garantistica determinata dalla sentenza n. 27055/2003 (il cui passaggio più inequivocabile era sicuramente quello in cui si affermava, sulla scia di passaggi analoghi della giurisprudenza costituzionale, che la "costituzione di un giudice *ad hoc* per decidere su una determinata vicenda processuale" deve considerarsi indubitabilmente rilevante). Affinché si comprenda quale spirito e quale cultura della precostituzione hanno reso possibile la motivazione di quest'ultima decisione, deve essere segnalato che nel medesimo caso la Corte di cassazione ha giustificato il rigetto delle richieste delle parti volte ad ottenere i provvedimenti adottati in relazione alla composizione dei collegi "poiché le istanze non riguardavano atti di natura processuale e non erano inerenti alle questioni dibattute nel processo", realizzando così il clamoroso paradosso per cui

concezione forte e specifica della precostituzione del giudice nel singolo procedimento e rivela che, essendo incontestabile che il sistema tabellare non solo non confligge, ma al contrario rafforza tanto la certezza del diritto quanto l'inarovibilità dei magistrati⁹⁹, il test trifasico elaborato nella decisione della Grande Camera troverà piena applicazione anche nell'ordinamento italiano con la conseguenza per cui, da una parte, saranno rilevanti le semplici violazioni manifeste del diritto interno in materia di giudice naturale (compreso quello tabellare e senza necessità di fare riferimento al valore dell'imparzialità) e, dall'altra, la Corte di Strasburgo potrà esercitare un controllo penetrante sulla motivazione dei giudici interni in merito alle eccezioni proposte dalle parti in materia.

Queste indicazioni sono importanti non solo perché consentono di superare quelle impossibili (e quindi odiose) prove di parzialità del capo dell'ufficio giudiziario e di sistematicità degli stravolgimenti realizzati dai suoi provvedimenti, ma soprattutto perché esse rivelano che la concezione forte e specifica del diritto al giudice naturale lo configura, nel momento in cui trova attuazione attraverso il sistema tabellare, come un diritto tendenzialmente assoluto¹⁰⁰, non soltanto in forza delle caratteristiche già descritte, ma anche poiché solo tale tratto distintivo può sostenere in astratto quella "incontestabile presunzione di ingiustizia" in concreto di cui ha parlato il Presidente della Corte di Strasburgo¹⁰¹, che nell'ordinamento italiano era già stata teorizzata trent'anni fa dalla dottrina più garantista¹⁰² e che può essere qui ridefinita, alla luce del discorso proposto, come una presunzione di incapacità che opera automaticamente anche in caso di una semplice apparenza che giustifichi il legittimo dubbio in merito alle condizioni del nuovo modello costituzionale ed europeo sopra descritto, in quanto l'inosservanza di quest'ultimo non ha portata limitata al caso concreto ma ha una rilevanza necessariamente generale¹⁰³ dettata dalla sua capacità di incrinare la fiducia che i consociati devono poter riporre nel sistema giudiziario.

da una parte si ammette in astratto la rilevanza processuale di provvedimenti compiuti al di fuori del sistema tabellare al fine di costituire un giudice *ad hoc* e dall'altra si negano gli strumenti difensivi per provare tale situazione.

⁹⁹ Il diritto tabellare assicura infatti la certezza della costituzione del giudice nel singolo procedimento evitando che il singolo magistrato possa essere rimosso dalla posizione che gli garantisce la conoscenza di uno specifico affare.

¹⁰⁰ Nella consapevolezza della difficoltà di una simile affermazione in un ordinamento costituzionale come quello italiano in cui, come affermato da [Corte cost. sent. n. 85 del 2013](#), nessun diritto è "tiranno", chi scrive ritiene possibile e utile citare a proprio sostegno una riflessione dell'illustre Redattore di tale fondamentale decisione. È stato infatti lo stesso Gaetano Silvestri ad affermare in materia di dignità umana che essa "non è suscettibile di riduzioni per effetto di bilanciamento in quanto è la bilancia medesima, il criterio di misura di tutti i principi e di tutti i diritti" (G. SILVESTRI, *La dignità umana dietro le mura del carcere*, in [Diritto penitenziario e Costituzione](#), 2014, 1) rendendo così evidente la prudenza con la quale deve essere letto il principio di diritto autorevolmente proclamato tanto a livello dottrinale quanto a livello giurisprudenziale nel precedente citato (basti pensare alle deroghe di fatto affermate, ad esempio, dall'art. 15 C.E.D.U. o dalla giurisprudenza costituzionale in materia di segreto di Stato per quanto concerne il valore superprimario della sicurezza). Per questo, riprendendo la metafora del Presidente emerito della Corte costituzionale, sembra possibile affermare che, se la dignità umana rappresenta effettivamente l'unità di misura utile per pesare interessi e valori negli ordinamenti occidentali, la bilancia (non bilanciabile) che in concreto rende possibile questa operazione è rappresentata dalle istituzioni che operano i contemperamenti nella realtà quotidiana, a cominciare da quell'ordine giudiziario, da quei giudici comuni indipendenti, imparziali e prima ancora precostituiti per legge, che rappresentano i primi custodi della legalità costituzionale e i primi controllori della ragionevolezza delle leggi, attraverso l'accesso ai quali si realizza quel diritto alla tutela giurisdizionale che identifica gli Stati costituzionali di diritto e che, non a caso, è stato a sua volta considerato assoluto (si veda in particolare la già citata [Corte cost. sent. n. 26 del 1999](#), nella parte in cui parla di "principio dell'assolutezza, inviolabilità e universalità della tutela giurisdizionale").

¹⁰¹ R. SPANO, *The rule of law*, cit., pagina 11 della versione tradotta da M. Durante, in [Giustizia insieme](#), 23 marzo 2021.

¹⁰² Si veda R. ROMBOLI, *Teoria e prassi del principio di precostituzione del giudice*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1992, 3245 che già allora parlava di "presunzione assoluta di parzialità". Si vedano altresì F. DAL CANTO, *Il principio*, cit., 3610-3611 e A. PIZZORUSSO, *Presentazione*, in *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, n. 66, 1993, 8.

¹⁰³ Questa prospettiva (evidenziata al §283 della sentenza della Grande Camera) giustifica il carattere assoluto della nullità, che non a caso è stato indirettamente sostenuto nella opinione parzialmente concorrente e parzialmente

Alla luce di tutto ciò, è possibile trarre due conclusioni.

La prima consiste nel necessario riconoscimento della struttura duale¹⁰⁴ del nuovo modello del diritto affermato dall'art. 25 Cost. così come definitivamente rivelato dall'attuale sistema costituzionale. Quest'ultimo, infatti, consente, da una parte, di prescindere totalmente da quell'endiadi "naturale" e "precostituito per legge" su cui la maggior parte della dottrina si è storicamente concentrata¹⁰⁵ e dall'altra, inoltre, di focalizzare l'attenzione, non sugli attributi del

dissenziente del giudice Pinto De Albuquerque e che, soprattutto, risulta confermato da un'analisi storica di tale sanzione processuale. Esso, infatti, si giustifica essenzialmente in quanto le nullità interessano "l'universalità degli individui che ubbidiscono al codice emanato" ed è per questo che, "nel silenzio stesso della parte, e del pubblico ministero, i giudici debbono dichiararle, e pronunciare in conseguenza ciò che è di ragione" poiché "niuna rinuncia è valida a nome della società" (E. DEZZA, «Justice n'est proprement autre chose que formalité». *La «selva delle nullità» dal codice Romagnosi al codice Rocco*, in L. Garlati (a cura di), *L'inconscio inquisitorio*, Giuffrè, Milano, 2010, 185-186). Questa è anche la ragione per cui l'argomento dell'*horror regressionis* (che era stato invocato al momento dell'approvazione del codice per giustificare l'art. 33 c.p.p. e per scongiurare pronunce della Corte di cassazione come quelle relative ai processi di Corte d'assise di cui si è scritto) non risulta spendibile in materia (per il concetto di *horror regressionis* si veda O. MAZZA, *Tradimenti di un codice*, Giappichelli, Torino, 2020, 96-104).

¹⁰⁴ Questa natura è riconosciuta, benché con significative differenze, da tutta la dottrina più autorevole che ha scritto in materia di giudice naturale: Alessandro Pizzorusso distingueva tra una "norma «sostanziale», che impone la precostituzione del giudice", e una "regola «formale», istitutiva di una riserva assoluta di legge in materia di competenza giudiziaria dalla quale deriva che il legislatore ed esso solo deve dettare i criteri in base ai quali stabilire quale giudice abbia ad occuparsi di ciascun affare" (A. PIZZORUSSO, *Ordinamento giudiziario*, cit., 585); inoltre, nel commentare una questione di legittimità costituzionale "esauriente e perspicua", egli ripropose anche una distinzione basata "sulla contrapposizione di un «contenuto positivo» del principio, «rappresentato dall'esigenza di predeterminazione dell'organo competente a conoscere tutta una serie di fattispecie astratte», e di un «contenuto negativo», conseguente al «divieto che l'ufficio competente sia individuato discrezionalmente a posteriori in relazione alla concreta regiudicanda»" (A. PIZZORUSSO, *Ordinamento giudiziario*, cit., 608-609); Roberto Bin ha sottolineato che "la dottrina e buona parte della giurisprudenza ordinaria hanno accreditato una lettura intransigente dell'art. 25 co. 1°, volta a valorizzarne la doppia valenza garantistica: anzitutto nei confronti delle parti processuali [...] ma poi anche nei confronti dello stesso giudice (R. BIN, *Art. 25*, in V. Crisafulli, L. Paladin (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, Padova, 1990, 179); Roberto Romboli ha parlato di "due diverse anime che il principio in esame ha mostrato fin dalle discussioni svoltesi all'Assemblea costituente: l'una rivolta verso il cittadino e tesa a garantirgli la certezza del giudice che lo dovrà giudicare (*rectius* la certezza che a giudicarlo non sarà un giudice della cui imparzialità, per il modo come è stato indicato, si può dubitare), l'altra relativa invece al giudice ed all'organizzazione giudiziaria" (R. ROMBOLI, *Giudice naturale*, cit., 380); Nicolò Zanon ha scritto che "l'art. 25, comma 1, Cost. contiene a ben vedere due distinti concetti: da un lato esso identifica il c.d. giudice "naturale", dall'altro stabilisce che nessuno può essere sottratto alla competenza di tale giudice" (N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale*, cit., 222); Francesco Dal Canto ha invece individuato nel principio una "duplice valenza: da una parte, e principalmente, esso si sostanzia nella garanzia del cittadino ad avere un giudice individuato con modalità tali da assicurarne in linea di principio l'imparzialità; dall'altra, esso si traduce in una regola di natura organizzativa tesa a definire le procedure attraverso le quali si determinano e si compongono gli uffici giudicanti" (F. DAL CANTO, *Lezioni*, cit., 86). L'approfondimento più interessante in merito alla struttura duale del principio di cui all'art. 25 Cost. è però quella di Massimo Nobili che ha esplicitamente riconosciuto la "duplice natura che caratterizza l'art. 25" (il quale tutela un "duplice oggetto": "assicurare le parti dall'arbitrio e la magistratura da violazioni concrete della propria indipendenza interna" - M. NOBILI, *Art. 25, 1° comma*, cit., 156-157) osservando in particolare che esso contiene "due distinti comandi: infatti il participio passato («precostituito») rinchioda esso stesso un precetto. Chi eserciterà la funzione giudiziaria in rapporto ad ogni procedimento dev'essere sempre individuato dalla legge e, perciò, in via generale e astratta. È *inoltre* vietato distogliere le parti dall'organo così determinato" (M. NOBILI, *Art. 25, 1° comma*, cit., 136-137).

¹⁰⁵ La dottrina che ha analizzato questo principio ha privilegiato l'interpretazione che attribuisce a questo comando negativo la "funzione [...] di impedire che un certo affare giudiziario possa essere sottoposto alla decisione di un giudice diverso da quello che risulta dall'applicazione automatica di criteri precostituiti" (A. PIZZORUSSO, *Ordinamento giudiziario*, cit., 595-596), cioè una esegesi che focalizza ancora una volta la propria attenzione esclusivamente sul significato organizzativo del diritto, come dimostra il riferimento agli "affari" quale soggetto della subordinata. In questo modo però è stato trascurato il fatto che il divieto di distogliere deve essere inteso prima di tutto come diritto fondamentale dell'individuo parte del procedimento, il quale ha la pretesa negativa a non essere distolto dal suo giudice naturale precostituito per legge e quindi a non essere giudicato da un giudice diverso, costituito *ad hoc* e *post factum*, rispetto al quale sussisterebbe un legittimo dubbio di inadeguatezza.

sostantivo “giudice”, ma su quella dicotomia di predicati che la disposizione ha sempre contenuto, ma che oggi, grazie agli occhiali europei, può essere finalmente interpretata in modo nuovo.

Questa dicotomia invero, nel suo essere espressione del carattere complesso della identità sopraccitata¹⁰⁶, rivela ora in modo definitivo che il nucleo di tale diritto fondamentale è composto, non soltanto da quella pretesa positiva della persona parte del procedimento a che il proprio giudice sia “precostituito per legge”, che esprime quel “significato organizzativo”¹⁰⁷ del principio che ha trovato attuazione nel sistema tabellare, ma anche e soprattutto da una pretesa negativa dello stesso individuo a non “essere distolto” dal medesimo giudice che rappresenta invece l’espressione del significato eminentemente giurisdizionale, processuale, difensivo e quindi di parte del diritto sancito dall’art. 25 Cost. senza il quale ogni legge sull’ordinamento giudiziario ispirata al valore della precostituzione si dimostra, se non inutile, manifestamente inadeguata rispetto alla tutela dell’interesse-valore che la norma costituzionale intende proteggere.

Da tale struttura odierna del diritto di cui all’art. 25 Cost. discende quindi ineludibile, in forza della giurisprudenza delle Corti europee e della giurisprudenza della Corte costituzionale relativa al principio supremo dell’ordinamento di cui all’art. 24 Cost.¹⁰⁸, la necessità assoluta¹⁰⁹, da una parte, di superare la negata azionabilità di questo caposaldo della democrazia costituzionale e, dall’altra, quella di garantire una tutela giurisdizionale specifica ed effettiva¹¹⁰ del diritto al giudice naturale precostituito per legge di cui è titolare la persona parte di ogni procedimento giurisdizionale.

La seconda conclusione è quella che passa invece dal riconoscimento del dato di fatto per cui la rilevanza strategica del diritto al giudice naturale e della sua azionabilità non riguarda soltanto il sistema multilivello europeo di protezione dei diritti, ma anche l’ordinamento italiano nel suo complesso in cui, come è noto, la magistratura attraversa oggi la fase più delicata della sua storia repubblicana a causa di alcune vicende, rivelate da altrettante inchieste giudiziarie, che, per usare le parole del Presidente della Repubblica in veste di Presidente del C.S.M., “hanno gravemente minato il prestigio e l’autorevolezza dell’intero Ordine giudiziario”¹¹¹. Se le parole del capo dello Stato non

¹⁰⁶ Attraverso il riferimento alla identità complessa dell’endiadi sopraccitata si intende evidenziare che, se il giudice naturale è certamente solo quello precostituito per legge, lo sdoppiamento di questo unico concetto da parte della disposizione costituzionale è utile a distinguere le due proposizioni e quindi le due prescrizioni che compongono la norma e definiscono i diritti atomici da essa riconosciuti e protetti.

¹⁰⁷ N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale*, cit., 222. Per un approfondimento sul carattere deleterio di una visione della magistratura come mera pubblica amministrazione burocratizzata e gerarchizzata si rinvia a G. NEPPI MODONA, *Quali giudici per quale giustizia nel ventennio fascista*, in L. Garlati (a cura di), *L’inconscio inquisitorio*, Giuffrè, Milano, 2010, 216.

¹⁰⁸ Per quanto attinente al diritto alla tutela giurisdizionale in senso stretto, sembra particolarmente importante riprendere il passaggio di [Corte cost. sent. n. 18 del 1982](#) in cui esso è stato ascritto “tra i principi supremi del nostro ordinamento costituzionale, in cui è intimamente connesso con lo stesso principio di democrazia l’assicurare a tutti e sempre, per qualsiasi controversia, un giudice e un giudizio”.

¹⁰⁹ Il riferimento è alla già citata [Corte cost. sent. n. 26 del 1999](#).

¹¹⁰ L’espressione è qui utilizzata nel senso emergente da L. COMOGLIO, *Art. 24, 1° comma*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 1981, 6 ss. nella parte in cui egli afferma che: “Al di là di ogni diatriba teorica, il problema cruciale dell’accesso alla giustizia sta, in ultima analisi, nell’«effettività» della tutela giudiziaria. Non basta riconoscere, in astratto, la «libertà di agire» e garantire a «tutti», almeno formalmente, l’occasione di esercitarla, proponendo al giudice la domanda di tutela. [...] Occorre, dunque, assicurare a qualsiasi individuo [...] la possibilità, seria e reale, di ottenere adeguata tutela dall’organo giurisdizionale adito”. Per una ricostruzione dell’affermazione del principio di effettività fino al secondo dopoguerra si veda P. PIOVANI, *Effettività (principio di)*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XIV, Giuffrè, Milano, 1965, 420 ss. Importante è non confondere il discorso sulla effettività della tutela con quella della sua efficienza. In tal senso si veda M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *Editoriale scientifica*, Napoli, 2014, 436 laddove l’Autore afferma che destano “perplexità quei passaggi [...] nei quali effettività e efficienza sembrano subire processi di sovrapposizione e di confusione”.

¹¹¹ Si veda *L’intervento del Presidente della Repubblica in occasione della cerimonia commemorativa del quarantesimo anniversario dell’uccisione di Nicola Giacumbi, Girolamo Minervini, Guido Galli, Mario Amato e Gaetano Costa e del trentennale dell’omicidio di Rosario Livatino*, in [Giurisprudenza penale](#), 18 giugno 2020.

consentono di sottovalutare l'importanza del momento né per quanto concerne la gravità della crisi di credibilità della magistratura né per quanto concerne la gravità dei dubbi che avvolgono il futuro delle garanzie di indipendenza e autonomia previste dalla Carta del 1948, diventa fondamentale impostare correttamente l'odierna questione giustizia da un punto di vista costituzionale e, in questo senso, il discorso sulla azionabilità del diritto al giudice naturale appare una chiave di lettura essenziale.

Invero, se è corretto quanto emerge dai principi affermati dalla giurisprudenza europea (ma anche dalle parole del Presidente della Repubblica¹¹²), e cioè che la questione della fiducia dei cittadini nel sistema giudiziario è inscindibilmente legata alla capacità dei magistrati di garantire il giusto processo previsto dalla Costituzione nell'esercizio quotidiano della funzione giurisdizionale¹¹³, ciò significa che la credibilità dell'ordine giudiziario non è stata messa in dubbio in modo estemporaneo a causa di un fatto di cronaca giudiziaria, ma perché esso è intervenuto su una situazione in cui negli ultimi trent'anni, come dimostrato dalla storia della giurisprudenza in materia di art. 25 Cost., si è concretizzato quel pericolo di trasformazione dei giudici da garanti dei diritti a "padroni del diritto" che un Presidente emerito della Consulta aveva stigmatizzato come incompatibile con lo Stato costituzionale di diritto¹¹⁴.

Riconosciuta questa dimensione giurisdizionale, processuale e quindi eminentemente giuridica del discorso sulla fiducia dei cittadini nel sistema giudiziario, risulta evidente che non solo in un ordinamento democratico contemporaneo quest'ultima non può essere ridotta a una questione di puro fideismo, a un *credere ut intelligere*, ma, al contrario, che tanto la lotta per la difesa della magistratura dalle minacce interne e da quelle esterne quanto quella per una concezione forte del diritto al giudice naturale convergono verso un unico rimedio, rappresentato da una inversione di rotta nella cultura della giurisdizione che emerga in modo apprezzabile dalle motivazioni delle sentenze (*intelligere ut credere*), come confermato anche da quella autorevole dottrina che ha recentemente ricordato che "contro le tentazioni involutive che sempre minacciano la figura del magistrato [...] il principale antidoto alla percezione della magistratura come una corporazione di potere, compattamente impegnata nella difesa dei suoi componenti e dei suoi privilegi", è ancora rappresentato dalla "pratica della critica dei provvedimenti"¹¹⁵.

¹¹² Si legga in tal senso il messaggio del Presidente della Repubblica alle Camere tenuto in occasione della sua rielezione, in cui è stato affermato: "In sede di Consiglio Superiore ho sottolineato, a suo tempo, che indipendenza e autonomia sono principi preziosi e basilari della Costituzione ma che il loro presidio risiede nella coscienza dei cittadini: questo sentimento è fortemente indebolito e va ritrovato con urgenza. I cittadini devono poter nutrire convintamente fiducia e non diffidenza verso la giustizia e l'Ordine giudiziario" (si veda *Il messaggio del Presidente Mattarella alla nazione*, in [Questione Giustizia](#), 3 febbraio 2022).

¹¹³ Tale principio è confermato in M. N. PIKRAMENOS, *Public Confidence and the Judiciary in a Democratic Society*, in *Fair Trial: Regional and International Perspectives*, Liber Amicorum Linos-Alexandre Sicilianos, Anthemis, 2020, 422 che cita i risultati di uno studio realizzato dal *National Centre for State Courts* degli Stati Uniti per identificare i fattori che influenzano nel modo più diretto la fiducia del pubblico nelle corti. Questo studio ha accertato che tale grado di fiducia dipende più dalla equità della giurisdizione ("*judicial fairness*") che da qualunque altro aspetto della performance dei tribunali. In particolare, esso ha sottolineato che, mentre la visione di giudici e avvocati dipende più dalla percezione della *fairness* dei risultati delle corti, la visione delle parti e del pubblico dipende dalla *fairness* della procedura giudiziaria, valore che il sondaggio definiva attraverso quattro criteri di cui il primo era rappresentato proprio dalla imparzialità delle corti stesse.

¹¹⁴ Si veda G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1997, 208 ss.

¹¹⁵ L. FERRAJOLI, *Magistratura e democrazia*, in [Questione Giustizia](#), 28 luglio 2021. In senso analogo si veda anche M. N. PIKRAMENOS, *Public Confidence*, cit., 425-426 nella parte in cui cita il Report 2017-2018 *dell'European Network of Councils for the Judiciary* dedicato a "*Public Confidence and the Image of Justice*" in cui si afferma che "*Trust [...] must be earned in the way the Judiciary functions together with all other participants in the process*". Da ultimo questo passaggio è stato citato anche in C. RIZCALLAH, V. DAVIO, *The Requirement that Tribunals be Established by Law: A Valuable Principle Safeguarding the Rule of Law and The Separation of Powers in a Context of Trust*, in *European Constitutional Law Review*, Cambridge University Press, 2022, 25 in cui si afferma che il principio del giudice naturale precostituito per legge "*has the potential to constitute the bedrock of this trust*".

Pertanto, con la sentenza della Grande Camera di Strasburgo e con la giurisprudenza eurounitaria analizzate la lotta comune per la fiducia dei cittadini nella *rule of law* non ha trovato soltanto un punto di riferimento, ma un nuovo modello minimo, costituzionale ed europeo di diritto al giudice naturale precostituito per legge e di capacità del giudice. Di fronte ad esso la Corte di cassazione penale italiana ha, da una parte, la possibilità di cogliere tale opportunità quantomeno sollevando in modo rigoroso la questione di legittimità costituzionale relativa all'art. 33, comma 2, c.p.p., dall'altra, la possibilità di trincerarsi ancora una volta dietro il proprio potere e il proprio diritto mortificante. La grande novità odierna è data dal fatto che, però, se essa deciderà di non optare per la parola più ragionevole, dovrà, volente o nolente, sottostare all'ultima parola dei giudici europei con tutto ciò che potrebbe seguirne per la sua credibilità e per quella dell'intero ordine giudiziario in caso di condanna della Repubblica italiana per violazione del diritto al *tribunal established by law* e quindi dello stesso Stato di diritto.

Alessandra Camaiani

“Il fine non giustifica i mezzi: la Corte costituzionale frena gli entusiasmi referendari sul fine vita, ma salva l’ordinamento da un grave vuoto sanzionatorio”*

ABSTRACT: *After having reconstructed the reasons for the inadmissibility of the referendum on the murder of the consenting person, the paper examines the criticalities of the exploitation of democratic institutions for purposes other than those for which they are set up. The choice of the Constitutional Court is therefore approved even if an inappropriate return to the concept of unavailability of life is contested.*

SOMMARIO: 1. Il caso. – 2. La cd. tecnica del ritaglio e la norma di risulta. – 3. Il motivo del rigetto: la tutela minima della vita. – 4. Le critiche alla decisione e alla proposta di *referendum*. – 5. Considerazioni conclusive.

1. Il caso

La Corte costituzionale, con [sentenza del 15 febbraio 2022, n. 50](#), ha dichiarato inammissibile il *referendum* abrogativo concernente l’omicidio del consenziente.

Secondo la Consulta, infatti, sulla base della formulazione del quesito, se si fosse pervenuto a cancellare l’art. 579 c.p., ancorché parzialmente, l’ordinamento non avrebbe assicurato una tutela minima al diritto alla vita. La Corte, quindi, ha ritenuto la norma sottratta all’abrogazione referendaria, in quanto “a contenuto costituzionalmente obbligatorio”, con conseguente inammissibilità del quesito stesso.

Nel dettaglio, la richiesta di *referendum* popolare per l’abrogazione dell’art. 579 c.p. (Omicidio del consenziente)¹ era stata formulata dal Comitato promotore con la cosiddetta “tecnica del ritaglio”, ovvero sia un modo per *cucire* la normativa risultante, espungendo alcune espressioni lessicali contenute negli articoli già esistenti, in maniera da ottenere la saldatura dei brani linguistici che permangono².

In particolare, si proponeva di abrogare le parole «la reclusione da sei a quindici anni.», contenute nel comma 1, di eliminare integralmente il comma secondo e di espungere, al comma terzo, le sole parole «Si applicano». La norma risultante avrebbe avuto, pertanto, il seguente tenore: «Chiunque cagiona la morte di un uomo, col consenso di lui, è punito con le disposizioni relative all’omicidio se il fatto è commesso: 1) contro una persona minore degli anni diciotto; 2) contro una persona inferma di mente, o che si trova in condizioni di deficienza psichica, per un’altra infermità o per l’abuso di sostanze alcoliche o stupefacenti; 3) contro una persona il cui consenso sia stato dal colpevole estorto con violenza, minaccia o suggestione, ovvero carpito con inganno».

Per eccesso di intenti, di là dalla loro condivisibilità, i promotori hanno cercato di funzionalizzare lo strumento referendario contro la sua natura. Essi erano dichiaratamente mossi da uno scopo creativo, volendo sopperire alla penuria normativa in materia di fine vita e quindi reagire all’inaccettabile inerzia legislativa in proposito³.



¹ Questa l’attuale formulazione codicistica: art. 579 c.p.: «1. Chiunque cagiona la morte di un uomo, col consenso di lui, è punito con la reclusione da sei a quindici anni. // 2. Non si applicano le aggravanti indicate nell’articolo 61. // 3. Si applicano le disposizioni relative all’omicidio se il fatto è commesso: 1) contro una persona minore degli anni diciotto; 2) contro una persona inferma di mente, o che si trova in condizioni di deficienza psichica, per un’altra infermità o per l’abuso di sostanze alcoliche o stupefacenti; 3) contro una persona il cui consenso sia stato dal colpevole estorto con violenza, minaccia o suggestione, ovvero carpito con inganno».

² Sulla tecnica del ritaglio, si veda G. BRUNELLI e A. PUGIOTTO, *L’ammissibilità dei referendum elettorali e la logica di «yankele, il lattai ebreo»*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 21.12.2007 - I paper del Forum.

³ Basti pensare, al riguardo, che già con l’[ord. n. 207 del 2018](#), la Corte costituzionale aveva adottato la tecnica della doppia pronuncia, rilevando la parziale incostituzionalità dell’art. 580 c.p., ma senza dichiararla. La Corte aveva, dapprima, rinviato a nuova discussione (udienza del 24 settembre 2019) la valutazione della eventuale sopravvenienza

L'art. 75 Cost., tuttavia, laddove consente ai cittadini di esprimersi direttamente sull'opportunità di mantenere in vigore una legge lo fa senza tradire la riserva di funzioni individuata dalla Costituzione: attraverso il *referendum* è possibile correggere l'operato del legislatore, ma non anche sostituirsi ad esso⁴. Tant'è che al diverso scopo di stimolare il legislatore all'adozione di norme nuove sono presenti nell'ordinamento altri istituti, quale è quello contenuto all'art. 71, comma 2, Cost., disciplinante la proposta di legge ad iniziativa popolare.

Perciò, l'aver promosso un *referendum* debordante dal perimetro della sua ammissibilità, poiché rivolto a *creare* diritto in un settore in cui difetta una disciplina organica, è il primo motivo della declaratoria di inammissibilità⁵.

La Corte costituzionale si sofferma, altresì, su un ulteriore aspetto, su cui si ritornerà *amplius infra*, ma che preme immediatamente introdurre.

La rilevata creatività avrebbe condotto a un quadro giuridico in cui si sarebbe limitata l'applicabilità delle disposizioni sull'omicidio comune alle sole ipotesi di invalidità del consenso dianzi indicate (art. 579 c.p. risultante, numeri 1, 2 e 3), mentre la punibilità dell'omicidio del consenziente sarebbe stata esclusa in tutte le altre ipotesi, invertendosi così il rapporto tra regola punitiva ed eccezione: la (mera) riduzione sanzionatoria oggi prevista in presenza del consenso⁶.

Se il pur lodevole intento del Comitato promotore ha potuto trovare un ampio consenso civico e una larga partecipazione adesiva tra i consociati, in quanto risponde a un problema reale e particolarmente delicato del vivere sociale, esso non può che sostanzarsi in un atto politico, di marcata spinta all'adozione di una legge che regoli puntualmente il fine vita. Ma dal punto di vista strettamente giuridico si deve plaudire alla decisione della Corte costituzionale, che ha evitato la creazione di un drammatico vuoto normativo in ambito penale, come noto incolmabile in via

legale, adottata in merito al fine vita, secondo le indicazioni offerte dalla Corte costituzionale stessa. Tuttavia, non essendo mai sopraggiunta la legge in parola, la Corte ha ritenuto di poter superare gli scrupoli di leale e dialettica collaborazione istituzionale che ne avevano inizialmente impedito la declaratoria d'incostituzionalità. Decorso un congruo periodo di tempo, infatti, l'esigenza di garantire la legalità costituzionale si riepande e prevale su quella, diversa, di rimettere alla discrezionalità del legislatore la compiuta regolazione della materia (*sic*, [Corte cost. sent. n. 242 del 2019](#)).

⁴ Lo stesso rispetto delle funzioni ha mostrato di avere la Corte costituzionale quando, nel 2019, pur rilevando l'incostituzionalità parziale dell'art. 580 c.p. non l'ha dichiarata, secondo la summenzionata tecnica della "doppia pronuncia", ormai invalsa nella prassi della Sua giurisprudenza, per cui non si surroga al legislatore, rispettandone il potere: "I delicati bilanciamenti ora indicati restano affidati, in linea di principio, al Parlamento, il compito naturale di questa Corte essendo quello di verificare la compatibilità di scelte già compiute dal legislatore, nell'esercizio della propria discrezionalità politica, con i limiti dettati dalle esigenze di rispetto dei principi costituzionali e dei diritti fondamentali delle persone coinvolte" ([Corte cost., ord. n. 207 del 2018](#)).

⁵ Si tornerà sul punto al successivo paragrafo 2. La decisione su quale debba essere il corretto sistema regolatorio della materia esige una valutazione di interessi contrapposti, che il legislatore formula con riguardo alla disciplina generale dell'istituto, e che un *referendum* di natura esclusivamente abrogativa non può invece determinare di per sé, grazie alla fortuita compresenza nella disposizione di indicazioni linguistiche sfruttabili mediante il ritaglio. Laddove non intende abrogare, ma articolare una disciplina in modo differente, il quesito assume invece un tratto propositivo, che ne determina l'inammissibilità. In senso conforme si vedano le pubblicazioni suggerite nel 2013 dal Servizio Studi della [Corte costituzionale](#), *Il giudizio sull'ammissibilità del referendum abrogativo – dottrina (2003 – 2012)*. In particolare, si rinvia a C. FUSARO, *Dopo la sentenza 13/2012. Il "comma 22" dell'ordinamento costituzionale italiano*, in [Osservatorio sulle fonti](#), fasc. 1/2012: "I referendum c.d. manipolativi, in virtù dei quali attraverso richieste referendarie aventi ad oggetto il ritaglio della normativa vigente allo scopo di confezionare una normativa elettorale di risulta di immediata e diretta applicatività, conseguenza di questa impostazione, considerati in precedenza non solo ammissibili, ma addirittura degni di istigazione ([sent. n. 5 del 1995](#)), e di fatto imposti (manipolatività imposta), sono ammissibili a loro volta solo nel caso in cui conducano all'espansione di una formula elettorale già esistente nell'ordinamento. In caso contrario, ove portino a una nuova formula elettorale, si ritorna all'ipotesi di *referendum* non meramente abrogativo, ma di fatto creativo: e dunque vietato".

⁶ Tanto si conforma a quel che la Corte costituzionale ha affermato a decorrere dalla [sentenza n. 16 del 1978](#), con cui ha individuato l'esistenza di «valori di ordine costituzionale, riferibili alle strutture od ai temi delle richieste referendarie, da tutelare escludendo i relativi *referendum*, al di là della lettera dell'art. 75 secondo comma Cost.».

analogica, in forza del principio di stretta legalità che regola la materia⁷ (entro un ordinamento, peraltro, di diritto positivo, che, come tale, contiene il ruolo della giurisprudenza, ancorché costituzionalmente orientata). Un vuoto che avrebbe lasciato impunte condotte di indubbio rilievo penale.

2. La cd. tecnica del ritaglio e la norma di risulta

Alla luce di quanto detto in apertura, preme quindi soffermarsi sulla richiamata tecnica del ritaglio.

La saldatura dei brani linguistici che sarebbero rimasti vigenti nel tessuto legislativo in caso di vittoria referendaria, avrebbe avuto un'attitudine innovativa dell'ordinamento, adducendo una disciplina estranea al contesto normativo di riferimento.

In tal modo, l'abrogazione parziale dell'art. 579 c.p. avrebbe realizzato un abuso dell'istituto, in quanto il *referendum* sarebbe stato impiegato *praeter functionem*, creando deliberatamente diritto, anziché determinare la conseguenza tipica della caducazione normativa⁸ con gli "indisponibili" effetti conseguenti sul sistema.

La tecnica del ritaglio, infatti, è nota all'ordinamento e non è di per sé causa di inammissibilità del quesito referendario, tanto che in varie occasioni è stata utilizzata⁹. Tuttavia, la manipolazione della struttura linguistica delle disposizioni, in cui si sostanzia, non può mai superare il limite della natura del *referendum*, dovendo perciò il quesito rivolgersi solo ad abrogare la normativa vigente.

La disponibilità della norma di risulta è solo parziale e il *referendum* per ritaglio non può mai sconfinare nella riserva di potere legislativo. Non è consentito, cioè, sostituirsi *per referendum* al legislatore, creando *ex novo* un assetto regolatorio in una data materia¹⁰.

La Corte costituzionale, per vero, lo aveva già chiarito in più decisioni rese a proposito di tutele crescenti e rapporto di lavoro ([Corte cost. sent. n. 26 del 2017](#)), nonché sui residui tossici negli alimenti ([Corte cost. sent. n.43 del 2003](#)). Anche allora il giudizio d'inammissibilità del *referendum*

⁷ Per un approfondimento, si vedano A. Manna (a cura di), *Il principio di stretta legalità tra giurisprudenza nazionale e comunitaria*, documenti del Convegno Nazionale dell'UCPI tenutosi a Prato in data 22 aprile 2016, in [Discrimen](#) e, soprattutto, F. GIUNTA, *Jus legibus solutum. Ovvero, la legge del giudice penale* in [Discrimen](#), 12.11.2020, nonché C. F. GROSSO, *Il fascino discreto della conservazione (considerazioni in margine all'asserita crisi del principio di riserva di legge in materia penale)* in [Criminalia](#), 2011.

⁸ In senso conforme, si veda [Corte cost., sent. n. 49 del 2022](#), con cui la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile la richiesta di *referendum* promosso da 9 Consigli regionali sulla responsabilità civile diretta dei magistrati, che volgeva all'abrogazione di norme processuali in materia di loro responsabilità per i danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie. Anche in tal caso, la Corte ha chiarito che «La tecnica manipolativa del ritaglio, in sede di *referendum*, non è ammessa se con essa non ci si limita ad abrogare la normativa vigente ma si propone una disciplina giuridica sostanzialmente nuova, non voluta dal legislatore».

⁹ Si veda la sent. Corte cost. sent. [n. 5 del 1995](#) e si tenga conto, altresì, dei casi in cui la tecnica del ritaglio è addirittura *obbligata*. Il riferimento è ai casi di auto-applicatività della norma di risulta ("L'uso di questa tecnica può essere imposto dalla duplice necessità di assicurare chiarezza, univocità ed omogeneità al quesito e di mantenere in vita una normativa residua che renda possibile il rinnovo delle assemblee legislative" ([sent. n. 15 e 16 del 2008](#)) ovvero per garantire "agli elettori l'espressione di un voto consapevole" ([sent. n. 32 del 1993](#)), di cui si sono occupati, tra gli altri, M. RUOTOLO, *Un'inammissibilità "annunciata". Commento a prima lettura a Corte cost., sent. n. 13 del 2012*, in [federalismi.it](#), n. 3 - 08/02/2012: "È dunque alla luce della pregressa giurisprudenza – che ha indotto peraltro a utilizzare la tecnica del «ritaglio» nella confezione dei quesiti in quanto unica idonea ad assicurare l'auto-applicabilità della normativa di risulta (richiesta sin dalla sent. n. 29 del 1987) – che si giunge alla conclusione odierna" e anche G. AZZARITI, G. FERRARA, A. LUCARELLI, U. MATTEI, L. NIVARRA, S. RODOTÀ, *I quesiti referendari sulla liberalizzazione dei servizi pubblici locali e sul servizio idrico e la relazione introduttiva redatta dagli estensori*, in [Astridonline](#), 5 febbraio 2010, di cui si veda almeno la nota 49 e la parte di testo che ne contiene il rinvio.

¹⁰ V. MARCENÒ, *Il concetto di abrogazione parziale. Raffronto tra l'abrogazione legislativa e l'abrogazione referendaria*, in [Obiter dictum](#), diritto pubblico, marzo, 1998.

fu occasionato dal carattere propositivo del quesito, atto a renderlo estraneo alla funzione meramente abrogativa propria dell'istituto *ex art. 75 Cost*¹¹.

Preme comunque notare, come chiarisce la sentenza in commento, che, quale esito referendario, può ammettersi anche una portata estensiva del significato normativo, ma solo allorché ciò dipenda dalla riesplorazione di principi generali dell'ordinamento o comunque già discendenti dai testi sottoposti ad abrogazione parziale¹².

Nel caso di specie, invece, l'indubitabile effetto innovativo si sarebbe perfino concretato in un vuoto sanzionatorio di portata tale da non potersene assumere nemmeno il rischio, socialmente prima che giuridicamente.

Invero, il risultato oggettivo del successo referendario sarebbe stato quello di rendere penalmente lecita l'uccisione di una persona con il suo consenso, trovando applicazione la fattispecie residuale sanzionatoria solo nei casi in cui questo fosse invalido, poiché prestato da un minore o da un incapace, ove non viziato perché estorto con violenza, minaccia o suggestione, ovvero carpito con inganno¹³.

Ne deriva che nell'analizzare la decisione della Corte costituzionale senza cadere in facili demagogie l'attenzione va posta sul fatto che, ammettendo il *referendum*, ove questo avesse poi avuto esito positivo, uccidere il consenziente sarebbe divenuto lecito in via generale, con conseguente svuotamento della *ratio* legislativa che guida l'intero Capo I del Titolo XII del Libro II del Codice Penale¹⁴. Qui l'ordinamento si rivolge a sanzionare qualsiasi condotta che sia finalisticamente volta ad eliminare la vita di un diverso soggetto (passivo del reato), a prescindere dalle modalità con cui ciò avviene.

Ed è certamente vero, come sostiene la Corte costituzionale¹⁵, che le situazioni di vulnerabilità e debolezza non si esauriscono nelle tre ipotesi che la norma avrebbe considerato, che oggi hanno un'attitudine rovesciata a escludere la riduzione sanzionatoria e non individuano, come invece sarebbe avvenuto, i soli casi -tassativi- in cui l'omicidio del consenziente è punito.

Non appaiono, pertanto, condivisibili le considerazioni del Comitato promotore per cui i casi peculiari, «spesso citati per destare perplessità sulla tenuta del quesito referendario», avrebbero

¹¹ Si trattava di «una proposta all'elettore, attraverso l'operazione di ritaglio sulle parole ed il conseguente stravolgimento dell'originaria *ratio* e struttura della disposizione, di introdurre una nuova statuizione, non ricavabile *ex se* dall'ordinamento, ma anzi del tutto estranea al contesto normativo» ([Corte cost. sent. n. 43 del 2003](#)). Degne di nota sono anche le ulteriori pronunce [n. 36 del 1997](#), [n. 13 del 1999](#) e [nn. 33 e 34 del 2000](#), oltre alle [nn. 15, 16 e 17 del 2008](#) tutte intervenute sulla tecnica del ritaglio.

¹² La Corte costituzionale, nel tentativo di recuperare l'originaria configurazione abrogativa del *referendum*, prevista dall'art. 75 Cost., ha precisato che il quesito può, attraverso la tecnica del ritaglio, espandere le potenzialità intrinseche della normativa vigente, ma non deve avere come effetto la sostituzione della disciplina vigente con una nuova, estranea al contenuto della legge sottoposta alla consultazione ([sentt. nn. 13 del 1999, 33 e 34 del 2000, 15, 16, 17 del 2008](#)).

¹³ Infatti, in modo condivisibile, la Corte al punto 5.4 della sentenza in commento dichiara: «Le ipotesi alle quali rimarrebbe circoscritta la punibilità attengono, infatti, a casi in cui il consenso è viziato in modo conclamato per le modalità con le quali è ottenuto, oppure intrinsecamente invalido per la menomata capacità di chi lo presta. Le situazioni di vulnerabilità e debolezza alle quali hanno fatto riferimento le richiamate pronunce di questa Corte non si esauriscono, in ogni caso, nella sola minore età, infermità di mente e deficienza psichica, potendo connettersi a fattori di varia natura (non solo di salute fisica, ma anche affettivi, familiari, sociali o economici); senza considerare che l'esigenza di tutela della vita umana contro la collaborazione da parte di terzi a scelte autodistruttive del titolare del diritto, che possono risultare, comunque sia, non adeguatamente ponderate, va oltre la stessa categoria dei soggetti vulnerabili. In tutte queste ipotesi, l'approvazione della proposta referendaria – che, come rilevato, renderebbe indiscriminatamente lecito l'omicidio di chi vi abbia validamente consentito senza incorrere nei vizi indicati, a prescindere dai motivi per i quali il consenso è prestato, dalle forme in cui è espresso, dalla qualità dell'autore del fatto e dai modi in cui la morte è provocata – comporterebbe il venir meno di ogni tutela».

¹⁴ Rubricato «Dei delitti contro la vita e l'incolumità individuale».

¹⁵ Situazioni degne di maggior tutela ben possono connettersi a fattori di varia natura (affettivi, familiari, sociali o economici), rammenta la Corte costituzionale, ponendosi la salute solo quale specie di una più lata dimensione generale di necessità d'attenzione psichica verso i soggetti e, d'altra parte, «l'esigenza di tutela della vita umana contro la collaborazione da parte di terzi a scelte autodistruttive [...], che possono risultare, comunque sia, non adeguatamente ponderate, va oltre la stessa categoria dei soggetti vulnerabili».

potuto essere annoverati, in sede processuale, tra le deroghe del nuovo art. 579 c.p., contenute al comma 3, così determinandosi l'applicazione del reato di omicidio doloso. Infatti, in assenza di una previsione legale espressa, per i giudici non sarebbe stato possibile garantire una copertura sanzionatoria a condotte di puro omicidio in presenza del consenso, nemmeno ricorrendo ad interpretazioni costituzionalmente orientate¹⁶.

Ed è proprio questo il punto.

Non si è trattato, o meglio, non avrebbe dovuto trattarsi, di non riconoscere la piena disponibilità della vita da parte degli individui, proposizione contestata da quanti rifiutano l'idea di un assunto dovere di vivere discendente dalla Costituzione¹⁷. Piuttosto, il vero motivo dell'inammissibilità referendaria è l'assolutizzazione della liceità dell'omicidio in presenza del consenso quale risultante dell'eventuale abrogazione parziale dell'art. 579 c.p.

La normativa di risulta, fermo l'inammissibile effetto innovativo del *referendum*¹⁸, avrebbe per giunta trasformato l'attuale comma 3 dell'art. 579 c.p. in una eccezione alla regola dell'impunità, a quel punto divenuta *generale* nell'ordinamento. Sarebbe venuta meno la natura *quoad poenam* della disposizione, che come noto ha la funzione di mitigare la risposta sanzionatoria in presenza del consenso, cui pure non si attribuisce valore scriminante, trasformandosi in norma di fattispecie e con una portata contraria rispetto a quella odierna.

E di tali aspetti la Corte costituzionale si occupa in sede di ammissibilità - attraverso i criteri-valvola delle norme costituzionalmente necessarie o a contenuto costituzionalmente obbligatorio - del *referendum*: in determinati casi, al fine di rendere utile la valutazione della Consulta, occorre anticipare il giudizio a una fase precedente rispetto a quella successiva all'abrogazione, a pena di non svuotare di contenuto il giudizio stesso di ammissibilità, che si esprime sì secondo le rime indicate dalla legge 25 maggio 1970, n. 352, ma come integrate dalla giurisprudenza costituzionale, che si passa immediatamente ad analizzare *in parte qua*.

3. Il motivo del rigetto: la tutela minima della vita

In termini generali, la valutazione di ammissibilità della richiesta di *referendum* abrogativo è volta a verificare che non sussistano motivi per escludere la consultazione popolare.

Si tratta di un giudizio preliminare, che non concerne la legittimità della norma oggetto del *referendum* né di quella risultante in caso di suo successo¹⁹.

¹⁶ Motivo ne è la stretta legalità penale, cui si è già fatto richiamo, che riduce la possibilità di ricorrere a interpretazioni evolutive della giurisprudenza per garantire una disciplina, ancorché in via di principio, sul tema del fine vita. Ciò è reso evidente proprio dalla vicenda referendaria, divenuta necessaria nonostante l'intervenuta adozione della legge sulle disposizioni anticipate di trattamento (l. n. 219/17) e la declaratoria di incostituzionalità statuita da Corte cost. [sent. n. 242 del 2019](#). Per un approfondimento, si veda C. CUPELLI, *Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: dai principi alla legge?* in [Diritto Penale Uomo](#), 13.03.2017.

¹⁷ Si veda, sul punto, quanto sostenuto al successivo paragrafo 4.

¹⁸ La manipolazione richiesta non è diretta a sottrarre dall'ordinamento un certo contenuto normativo, al fine di sostituirlo con ciò che sopravvive all'abrogazione, per come già predisposto dal legislatore. Piuttosto, una simile proposta referendaria si risolve nell'arbitraria vocazione a disciplinare in via generale la materia del fine vita, del tutto sprovvista di un quadro giuridico positivo organico. In questo senso, la nuova statuizione può dirsi «estranea al contesto normativo» ([Corte cost. sent. n. 36 del 1997](#)), perché non segna l'espansione di una scelta legislativa dettata per regolare la fattispecie come conseguenza connaturata all'abrogazione, ma lo converte nell'oggetto di una proposta al corpo elettorale di un nuovo e diverso assetto regolatorio in punto di fine vita (in questi termini, [Corte cost., sent. n. 26 del 2017](#)). Ciò è, nel caso di specie, tanto più evidente perché l'effetto innovativo nell'ordinamento è dirompente.

¹⁹ In termini, Corte cost. sentt. [n. 27 del 2017](#) e [46, 47 e 48 del 2005](#). Anche i promotori avevano richiamato diversi precedenti della Corte costituzionale da cui emerge che eventuali criticità o profili di illegittimità costituzionale della normativa di risulta non possono condurre di per sé a una dichiarazione di inammissibilità del quesito, perché in tale sede non può anticiparsi un giudizio di legittimità costituzionale. A ciò osta la natura del *referendum*, che è strumento costituzionale di democrazia diretta, quindi potere espressivo della sovranità popolare, indubitabilmente preminente sulla volontà legislativa. Nel nostro ordinamento, il recupero della legittimità costituzionale eventualmente persa in

Oltre alle espresse indicazioni contenute nell'art. 75, comma secondo, Cost., che come noto esclude il *referendum* su leggi tributarie, di bilancio, amnistia e indulto, ovvero di ratifica dei trattati internazionali, ostano alla declaratoria di ammissibilità anche ulteriori ragioni, individuate, dalla giurisprudenza costituzionale²⁰.

Si tratta, in particolare, di criteri desumibili dall'ordinamento costituzionale, dunque di motivi di inammissibilità implicita del *referendum*, che si pongono a fianco dei limiti testuali dianzi richiamati. Queste cause ulteriori di esclusione dell'accesso alla via referendaria derivano da un'interpretazione logico-sistematica della Costituzione²¹ e afferiscono alla natura giuridica dell'istituto, nonché alle disposizioni oggetto del quesito e alla sua formulazione testuale.

Tralasciando i pacifici casi concernenti la Costituzione di per sé, le leggi di revisione costituzionale e le "altre leggi costituzionali", cui si riferisce l'art. 138 Cost., regolando un apposito procedimento di modifica e formazione, così come ogni altra norma per cui è la Costituzione stessa a individuare le (sole) forme di modifica e correzione (si pensi, al riguardo, alla legge di esecuzione dei Patti lateranensi)²², in varie pronunce la Corte costituzionale ha attratto in questo alveo valutazioni di omogeneità del quesito, di chiarezza e semplicità della sua formulazione, nonché giudizi volti a indagare la completezza o la coerenza della proposta referendaria²³ e, non meno,

conseguenza del *referendum* avviene a valle, quando la Corte può esprimere -in via incidentale- una valutazione di merito sulla normativa sopravvenuta.

²⁰ [Sentt. n. 174 del 2011](#), [n. 137 del 1993](#), [n. 48 del 1981](#) e [n. 70 del 1978](#), tra le altre.

²¹ Si esprime in questi termini la pronuncia in commento e, preme citare, [Corte cost. sent. n. 16 del 1978](#) per cui «esistono valori di ordine costituzionale, riferibili alle strutture oppure ai temi delle richieste referendarie, da tutelare escludendo i relativi *referendum*, al di là della lettera dell'art. 75, secondo comma, Cost.» e «Vero è che questa Corte giudica dell'ammissibilità dei *referendum* - stando alle concordi previsioni della legge costituzionale n. 1 del 1953 e della legge ordinaria n. 352 del 1970 - "ai sensi del secondo comma dell'art. 75 della Costituzione". Ma non per questo si può sostenere che il secondo comma debba essere isolato, ignorando i nessi che lo ricollegano alle altre componenti la disciplina costituzionale del *referendum* abrogativo. Il processo interpretativo deve muoversi invece nella direzione opposta. Occorre cioè stabilire, in via preliminare, se non s'impongano altre ragioni, costituzionalmente rilevanti, in nome delle quali si renda indispensabile precludere il ricorso al corpo elettorale, ad integrazione delle ipotesi che la Costituzione ha previsto in maniera puntuale ed espressa. Diversamente, infatti, si determinerebbe la contraddizione consistente nel ritenere - da un lato - che siano presenti, nel nostro ordinamento costituzionale, ipotesi implicite d'inammissibilità, inerenti alle caratteristiche essenziali e necessarie dell'istituto del *referendum* abrogativo; e che questa Corte non possa - d'altro lato - ricavarne conseguenze di sorta, solo perché il testo dell'art. 75 secondo comma Cost. non le considera specificamente». Critico sui limiti di ammissibilità, pur in un ambito peculiare, quale è quello della legge elettorale (per cui si veda [Corte cost. n.13 del 2012](#)), è A. PERTICI, *La Corte costituzionale conferma la propria giurisprudenza: quesiti referendari inammissibili se la normativa elettorale "di risulta" non è direttamente applicabile in Rivista del Gruppo di Pisa*, 2012. Si veda anche M. CROCE, *Incostituzionalità ipotetiche, "probabilità concrete" e "aspetti problematici": quando la Corte vede ma non provvede* in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 6 marzo 2008.

²² La ragione di tale limite è chiara e compete alla natura del *referendum*, fonte equiordinata alla legge ordinaria, come tale insuscettibile di modificare norme di rango superiore (si veda in proposito [Corte cost., sent. n. 29 del 1987](#)).

²³ Tra i cosiddetti limiti giurisprudenziali al quesito referendario, si trovano omogeneità, coerenza ed intelligibilità del testo, caratteri avvinati alla libertà del voto, posto che il *referendum* «è (...) strumento di genuina manifestazione della sovranità popolare» (ex sent. [Corte cost. n. 16 del 1978](#)). Occorre, quindi, che i quesiti posti agli elettori siano tali da esaltare le loro possibilità di scelta, dovendosi invece escludere ogni tentativo di porre in contraddizione il principio democratico, espresso dagli articoli 1 e 48 Cost., incidendo sul loro diritto a esprimere un voto che sia effettivamente libero mediante la formulazione oscura e non chiara della domanda su cui si interrogano. La Corte costituzionale ha parlato di «inconfondibilità della domanda» da sottoporre agli elettori (Corte cost. [sent. n. 28 del 1981](#)), affinché sia loro garantito il diritto di esprimere un voto consapevole. Si tenga conto, inoltre, che omogeneità e chiarezza devono competere anche alla normativa di risulta, non potendosi ammettere consultazioni che finirebbero per condurre ad una disciplina non chiara e ciò evidenzia come il carattere oggettivamente ambiguo del risultato implica l'assenza di univocità della domanda referendaria, che manca di una evidente finalità intrinseca, idonea a garantire ai cittadini la summenzionata, e dovuta, consapevolezza. Peraltro, «Corrisponde alla naturale funzione dell'istituto (aderendo ad alcune importanti indicazioni ricavabili dagli atti dell'Assemblea Costituente) l'esigenza che il quesito da porre agli elettori venga formulato in termini semplici e chiari, con riferimento a problemi affini e ben individuati; e che, nel caso contrario, siano previste la scissione od anche l'integrale rieiezione delle richieste non corrispondenti ad un tale modello» (così si esprime ancora Corte cost., [sent. n. 16 del 1978](#), vero e proprio *leading case* in materia di giudizio di ammissibilità del *referendum*).

l' idoneità a conseguire il fine perseguito mediante la consultazione, pur nei limiti di cui si è dato atto in apertura²⁴.

Accanto ai predetti profili, un ruolo primario nella valutazione di ammissibilità spetta poi all'incidenza che in caso di vittoria il *referendum* ha, per come formulato, sul quadro normativo di riferimento: occorre verificare se l'abrogazione della norma determini nella sua portata oggettiva e nei suoi effetti diretti «un pregiudizio totale all'applicazione di un precetto costituzionale»²⁵.

In tal caso, si parla di legge a contenuto costituzionalmente vincolato, in quanto l'alterazione del suo nucleo normativo dà luogo alla lesione dei corrispondenti precetti costituzionali.

Pertanto, tali leggi non possono essere oggetto di richieste referendarie, dal momento che sono dirette a rendere effettivo un diritto fondamentale della persona riconosciuto dalla Costituzione.

In particolare, la Corte individua due categorie:

1) le leggi (“a contenuto costituzionalmente obbligatorio”) che contengono l'unica necessaria disciplina attuativa conforme alla norma costituzionale, di modo che la loro abrogazione si tradurrebbe nella lesione (diretta) della Costituzione (cfr. sentenze [Corte cost. sent. nn. 26 del 1981](#) e [16 del 1978](#));

2) le leggi la cui eliminazione ad opera del *referendum* priverebbe totalmente di efficacia un principio o un organo costituzionale “la cui esistenza è invece voluta e garantita dalla Costituzione” (cfr. [Corte cost. sent. n. 25 del 1981](#))²⁶. A quest'ultima categoria appartengono, inoltre, leggi la cui caducazione porta a escludere una tutela perfino minima per le situazioni che ne cadono ad oggetto, tutela che è la Costituzione stessa a esigere (ex [Corte cost. sent. n. 35 del 1997](#))²⁷.

Le citate leggi costituzionalmente necessarie possono essere modificate o sostituite, di talché il referendum in tanto è ammissibile, in quanto la normativa di risulta eviti un vuoto normativo altrimenti determinato dall'abrogazione (sent. [Corte cost. sent. n. 49 del 2000](#)). Proprio tra queste rientra l'art. 579 c.p. nella sua portata sostanziale²⁸.

Invero, nel caso di specie, il quesito aveva ad oggetto l'art. 579 c.p., norma non di per sé immodificabile, ma costituzionalmente necessaria, sottratta a *referendum* perché, nella fattispecie,

²⁴ Si tratta della finalità oggettivamente ricavabile dalla formulazione del quesito e non quella dichiarata dal Comitato promotore, che a nulla vale, in tal senso («i propositi e gli intenti dei promotori circa la futura disciplina legislativa che potrebbe o dovrebbe eventualmente sostituire quella abrogata (...) Ciò che conta è la domanda abrogativa, che va valutata nella sua portata oggettiva e nei suoi effetti diretti, per esaminare, tra l'altro, se essa abbia per avventura un contenuto non consentito perché in contrasto con la Costituzione», cfr. sent. [Corte cost. n.17 del 97](#)). Si vedano, al riguardo, le sentenze della [Corte costituzionale nn. 37 del 2000](#), [15](#) e [16 del 2008](#), [24 del 2011](#), [17 del 2016](#) e [28 del 2017](#) e si consideri che, per evitare la compressione del diritto a esprimere un voto consapevole, anche dal quesito deve emergere chiaramente e con semplicità la ratio che ispira il *referendum* (ex sent. [Corte cost. n. 29 del 87](#)). Dalle norme proposte mediante il *referendum* deve ricavarsi un comune criterio ispiratore, che la Consulta ha definito “matrice razionalmente unitaria”, cioè un comune principio rimesso alla volontà popolare: l'eliminazione o la sua permanenza dipende chiaramente dall'esito referendario.

²⁵ Il vincolo costituzionale può essere anche solo parziale, riferendosi esclusivamente a parti della normativa oggetto del quesito referendario e non alla norma nella sua interezza (in termini, [sent. n. 45 del 2005](#)), ma in ogni caso si tratta di norme «senza di che si potrebbero verificare, (...) effetti abrogativi che la Costituzione ha implicitamente ma sicuramente voluto riservare ad organi ed a procedure ben diversi dal corpo elettorale e dal *referendum* regolato nell'art. 75 Cost. (con esiti analoghi a quelli che si avrebbero ammettendo che una disposizione di legge ordinaria potesse abrogare - sia pure illegittimamente - un articolo della Costituzione)» (cfr. [sent. n. 16 del 1978](#)).

²⁶ In senso conforme si veda la sent. [Corte cost. n. 27 del 1987](#).

²⁷ Chiarisce la Corte nella sentenza in commento che tale carattere può dipendere anche dal fatto che una data disciplina coinvolge plurimi rilevanti interessi costituzionali, i quali postulano, complessivamente, almeno un bilanciamento tra loro, tale da assicurare un livello minimo di tutela legislativa per certi diritti, mentre il vincolo costituzionale può anche riferirsi solo a parti della normativa oggetto del quesito referendario o anche al fatto che una disciplina legislativa comunque sussista.

²⁸ Si noti che la Corte costituzionale in una parte successiva della pronuncia in commento (par. 5.3) esclude l'art. 579 c.p. dalle leggi con contenuto costituzionalmente vincolato, “non essendo quella ora indicata l'unica disciplina della materia compatibile con il rilievo costituzionale del bene della vita umana”. Tuttavia, ritiene che solo un intervento legislativo possa incidere quel contenuto, di talché siano bilanciati i diritti confliggenti e sia garantita una tutela minima al diritto alla vita, invece esclusa dalla mera abrogazione per *referendum*.

l'abrogazione comporterebbe l'espunzione totale dall'ordinamento di una tutela anche minima del bene giuridico protetto dalla legge abrogata (*la vita*): non essendo l'unica disciplina posta a tutela della vita, la fattispecie di omicidio del consenziente ben può essere modificata, ma ciò può avvenire solo in via legislativa, al fine di evitare quel vuoto protettivo.

Come altre disposizioni dell'ordinamento, l'art. 579 c.p. tutela il diritto alla vita, come noto diritto inviolabile e valore cardine di sistema, implicitamente riconosciuto dall'art.2 Cost., oltretutto dall'art. 2 della Convenzione EDU. In quanto presupposto per l'esercizio di tutti gli altri diritti²⁹, esso si pone in posizione apicale nell'ambito dei diritti fondamentali della persona e pertanto lo Stato ha il dovere di tutelarlo in capo a ciascun individuo, dovendo ostacolare ogni processo volto ad agevolarne la violazione.

In altri termini, l'integrale abrogazione della norma per *referendum* avrebbe reso lecita la condotta di omicidio del consenziente *sic et simpliciter*³⁰, pregiudicando il livello minimo di tutela richiesto dai disposti costituzionali ai quali tale norma si salda e, in particolare, l'art.2 Cost.

Come si è visto, infatti, con la vittoria del *referendum*, il consenso che attualmente rileva solo a fini di dosimetria della pena avrebbe assunto un inammissibile valore scriminante della condotta di partecipazione al suicidio, *rectius*: di omicidio del consenziente, eccezion fatta per i tre casi espressamente esclusi dalla applicazione della norma risultante dopo il taglio referendario³¹.

L'effetto ricercato dai promotori, dichiaratamente volto a rendere lecita la condotta di supporto attivo al suicidio verso persone in stato di grave malattia irreversibile, sarebbe stato *doppiato* dal diverso effetto di lecitazione generale e senza limiti dell'omicidio di *qualunque* consenziente, salve proprio le sole suddette eccezioni espresse.

Tutte le componenti della "cintura di legittimità" che il Comitato promotore ha addotto a conforto dell'ammissibilità del *referendum* non possono essere ritenute sicure, atteso il loro rinvio all'incerta applicazione giurisprudenziale, che non avrebbe anzi più trovato alcun appiglio normativo una volta intervenuta la caducazione sostanziale dell'art. 579 c.p. Sicché, in difetto di legge, non è vero che soggetto attivo dell'odierno reato avrebbe potuto essere solo un esercente la professione sanitaria, come invece indicava nel [2019](#) la Corte costituzionale, individuando la via per una disciplina del fine vita compatibile col dettato costituzionale³², e nemmeno avrebbero assunto rilievo alcuno i motivi alla base dell'intervento, potendo essere diversi dalla partecipazione emotiva, dall'affetto verso la persona offesa o dalla ragione professionale. Altrettanto, nessuna rilevanza avrebbero assunto i mezzi impiegati per dare la morte, ben potendo, quindi, essere presidi diversi dai farmaci palliativi, i soli ammessi dalla Corte costituzionale nella citata pronuncia³³.

²⁹ [Corte cost. sent. n. 223 del 1996](#).

³⁰ Si è visto *supra*, infatti, come l'abrogazione dell'illecito interesserebbe tutte le condotte di omicidio del consenziente, eccetto le tre espressamente previste, non riducendosi quindi ai casi in cui l'intento suicidiario sia manifestato da una persona affetta da patologie gravi e irreversibili, e a prescindere da ogni considerazione motiva e modale, sia nella determinazione che nella realizzazione della condotta, sia con riguardo alle intenzioni dell'agente che del soggetto passivo dell'azione.

³¹ A nulla sono valsi gli argomenti posti dai promotori a sostegno dell'ammissibilità referendaria: con memoria depositata presso la Corte costituzionale, si erano profusi sulla natura e sulle finalità del *referendum* abrogativo, in quanto esso avrebbe avuto una matrice razionalmente unitaria, idonea al raggiungimento dello scopo espresso, cioè quello di «eliminare parzialmente dall'ordinamento il rilievo penale della condotta dell'omicidio del consenziente, tranne nei casi specifici già previsti al medesimo art. 579, terzo comma, c.p. e per i quali è già stabilita la sanzione penale di cui all'art. 575 c.p.». Epperò, la permanenza della sanzione in tali soli casi si appalesa insufficiente a garantire tutela al bene giuridico che la norma volge a proteggere.

³² Si rimanda, al riguardo, al p.5 della [sent. n. 242 del 2019](#) della Corte costituzionale, dove la Consulta fu chiara nel riferire l'incostituzionalità dichiarata ai soli casi indicati in quella stessa pronuncia e corrispondenti alle fattispecie circostanziate in base alla disciplina positiva sulle disposizioni anticipate di trattamento, l. n. 219/17, cui la pronuncia fa espresso rinvio, richiamandone tutti i presupposti applicativi e ciò proprio al fine di garantire tutela al bene vita.

³³ Chiarifica il punto quanto occorso in sede di valutazione dell'Ufficio centrale per il *referendum* presso la Corte di Cassazione e riferito anche nella pronuncia in commento. Qui, dopo aver proposto una denominazione del quesito referendario nella quale non compariva la parola «eutanasia», come detto rubricato «Abrogazione parziale dell'art. 579 del codice di penale (omicidio del consenziente)», la Cassazione, con l'ordinanza conclusiva, non ha accolto la richiesta

Orbene, pur non potendo ritenere che con la declaratoria d'incostituzionalità parziale di cui alla [sent. n. 242 del 2019](#), siccome anticipata dall'[ord. n. 207 del 2018](#), la Corte costituzionale abbia reso esigibile la prestazione di aiuto al suicidio da parte dello Stato, allorché comunque ha valorizzato la posizione soggettiva di chi chiede supporto nella realizzazione del proprio autonomo proposito suicidario, parrebbe avere introdotto una causa di relativizzazione del dovere statale di tutelare la vita di ogni individuo, sino ad allora ritenuto indiscutibilmente principio assoluto³⁴.

Anzi, potrebbe perfino ravvisarsi, in questa parte, una contraddittorietà del sistema che se da un lato impone allo Stato il dovere di proteggere il bene vita, dall'altro lo costringe a rinunciare al proprio ruolo di garante, in ragione della libera autodeterminazione, posta a sostegno del rilievo di incostituzionalità compiuto dalla Corte nella citata [sentenza del 2019](#).

I due aspetti, in realtà, sono conciliabili e la contraddittorietà è solo apparente.

Si ritiene, infatti, che per inquadrare correttamente la fattispecie occorra discostarsi dal consueto approccio, volto a considerare la prevalenza o meno della libertà di autodeterminazione sul bene della vita, valorizzando piuttosto una diversa forma di tutela della vita umana, quella *negativa*³⁵. Consentendo l'auto-soppressione negli stringenti casi già delineati, lo Stato non aiuta un soggetto a morire, ma ne tutela ancora la vita.

Dopo gli approdi della Consulta nei richiamati precedenti non può ragionevolmente ritenersi che oggetto di tutela da parte dello Stato possa semplicisticamente essere il bene vita inteso come mero mantenimento dell'attività cerebrale, eventualmente mediante apporti artificiali. Piuttosto, quello che la Corte pare avere sancito con una portata definitivamente innovativa è che lo Stato è tenuto a garantire una vita degna³⁶, dove la dignità -preme precisare- è concetto che, in quest'ottica, si contempera con una connotazione oggettiva.

dei promotori di aggiungere a tale denominazione la frase «Disponibilità della propria vita mediante consenso libero, consapevole, informato», in quanto tale integrazione avrebbe prospettato un bilanciamento tra diritto alla vita e diritto all'autodeterminazione privo di ogni fondamento nella [sent. n. 242 del 2019](#) e dunque non rispettando i limiti di un quesito di natura abrogativa, si sarebbe spinto sul terreno riservato agli organi istituzionalmente competenti all'adozione di una disciplina organica della materia.

³⁴ Queste le conclusioni della sentenza: “dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 580 del codice penale, nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della Legge 22 dicembre 2017, n. 219 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento) – ovvero, quanto ai fatti anteriori alla pubblicazione della presente sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, con modalità equivalenti nei sensi di cui in motivazione –, agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente”.

³⁵ Non può negarsi che sebbene non sia riconosciuto un incondizionato diritto a disporre di sé, i descritti approdi giudiziari hanno condotto a un quadro interpretativo per cui, entro i rigidi vincoli circostanziali già enucleati dalla Corte costituzionale, allorché taluno non sia in grado di darsi autonomamente la morte, stante l'impedimento fisico assoluto, l'Istituzione è chiamata almeno a un'astensione punitiva del terzo, se non proprio a rimuovere gli ostacoli per una condizione di uguaglianza effettiva tra i soggetti. In tali casi, quindi, l'unico modo per garantire il diritto a una vita degna del soggetto interessato è quello di supportarlo, anche indirettamente, nel proposito suicidario, purché si sia formato consapevolmente e in modo libero, mentre, senza dubbio, non può ammettersi una generale depenalizzazione dell'omicidio del consenziente, a meno di non voler sottrarre alla vita la sua “tutela minima”.

³⁶ Si pongono a conforto della lettura proposta anche diverse disposizioni costituzionali, atte a mostrare come tale dovere di tutelare il bene vita spetta allo Stato non come garanzia della mera perduranza della attività cerebrale, ma come diritto complesso e pluristrutturato, capace di postulare doveri di condotta positivi e negativi per lo Stato stesso. L'Istituzione è, infatti, tenuta a non ingerirsi nei processi di selezione personale dell'espressione di sé (ad esempio, ai sensi dell'art.2 Cost., il cittadino è libero di partecipare alla vita in comunità secondo le proprie scelte e opinioni, poiché vi trova un modo per soddisfare se stesso e realizzare la propria identità), riservati all'individuo, ma ha altresì il dovere -positivo- di consentire che nel libero esercizio delle attività che il cittadino sceglie esso sia tutelato, protetto e, di più, messo in condizioni di esprimere effettivamente e non solo formalmente la propria identità. Al riguardo, si pensi ai doveri che lo Stato ha di consentire a tutti le stesse possibilità, economiche ma non solo, di correggere le diversità sociali, di sopperire alle penurie naturali o di circostanza che abbiano a connotare l'esistenza dei cittadini, ma si pensi anche agli obblighi statali per consentire l'accesso indiscriminato ai servizi, ovvero quello complementare di rimuovere

Invero, trattandosi di limitare l'intervento sanzionatorio a protezione del bene vita umana, occorre che siano tenute in debito conto le circostanze fattuali già descritte dalla Corte costituzionale (quelle di cui al caso Antoniani, per intendersi). Affinché, cioè, si possa legittimamente pretendere l'impunità di una condotta diretta a sottrarre la vita a un individuo, occorre parametrare l'astensione istituzionale a elementi oggettivi³⁷, non potendola ridurre alla sola volontà dell'interessato, a pena di una rinuncia dello Stato al proprio ruolo di protezione dei consociati.

Ma come chiarisce la Corte costituzionale medesima, con l'avvento della Costituzione, è mutata l'interpretazione sistematica del disposto di cui all'art. 579 c.p.: se nell'intenzione originaria del Codice Rocco la norma era volta a tutelare la vita umana quale bene indisponibile anche in funzione dell'interesse che lo Stato-istituzione riponeva nella conservazione in essere dei propri cittadini, certamente oggi la si deve rendere conforme al dettato costituzionale e dunque non si può continuare a intenderla come mezzo per il soddisfacimento di interessi collettivi³⁸.

La sanzione penale appare essere presidio imprescindibile contro le ingerenze dei terzi nei processi autodeterminativi dei soggetti, specialmente di quelli più vulnerabili. La norma vieta ai terzi di "farsi esecutori delle altrui richieste di morte, pur validamente espresse" e dunque, incriminando l'omicidio del consenziente, protegge ancora il diritto alla vita³⁹ di costui e sanziona la condotta d'intromissione del terzo nella realizzazione del proposito suicidario⁴⁰.

gli ostacoli che tutto ciò impediscano (si fa riferimento, in particolare, agli articoli 30, 31, 33, 34, 35, 37 e 38 Cost.). È evidente che in ciò deve ravvisarsi un argomento sistematico a sostegno del carattere pluristrutturato del bene vita che lo Stato è chiamato a tutelare, nonché un indice sintomatico della dignità che connota tale bene poliforme. Se il bene vita, infatti, è presupposto a ogni altro diritto, con evidenza la tutela di ciascuno di quegli altri diritti involge quella della vita, che quindi assume una accezione composita, come vita non mera ma aggregata in base ai propri desiderata (art. 2 Cost.), come vita paritaria ed equa (art.3 Cost.), come vita dignitosa e autosufficiente (art. 4 Cost.) e così via. Come noto, la Costituzione è improntata al principio personalistico, sicché, ogniqualevolta dispone precetti o si occupa in via di principio di qualsiasi aspetto della vita sociale o di ogni altro diritto, lo fa necessariamente tutelando il bene vita, secondo una tutela implicita permanente; dacché, è evidente che non può essere condiviso un approccio riduzionista al diritto alla vita, che si limiti a considerare la permanenza dell'attività cerebrale e nemmeno può validamente ritenersi che la vita si limiti alla *permanenza in essere* anche in forme non patologiche. Ma non è questa la sede per poter sviluppare la riflessione.

In senso conforme, si veda L. PIROZZI, *Appunti per una riflessione sul diritto alla vita nella Costituzione italiana* in federalismi.it, n. 13 - 03/07/2019, dove l'Autore si sofferma sulle declinazioni del diritto alla vita costituzionalmente tutelate, tra le quali riconosce sia il diritto a non essere privato da altri della vita, sia il diritto a ottenere i mezzi economici necessari per vivere. Per un approfondimento sul concetto di dignità si veda, invece, P. BILANCIA, *Riflessioni sulle recenti questioni in tema di dignità umana e fine vita*, in federalismi.it, n. 5 - 06/03/2019.

³⁷ Non sfugge che nella [sent. n. 242 del 2019](#) la Corte abbia valorizzato la "percezione di sé" e delle proprie sofferenze (da parte della persona che richiede l'aiuto al suicidio) nel definire il concetto di dignità, ma qui il concetto è richiamato ad altri fini da quelli qualificatori.

³⁸ Secondo la Corte costituzionale, «l'intento del legislatore del codice penale del 1930 (sarebbe quello) di tutelare la vita umana anche nei casi in cui il titolare del diritto intenderebbe rinunciarvi, sia *manu alius*, sia *manu propria*, ma con l'ausilio di altri» (*cf.* la sentenza in commento). Epperò, si vedano le successive note 44 e 45, dove si evidenzia che la ratio dell'art. 579 c.p., in omaggio a un'accezione liberale del diritto e quindi in base a una interpretazione evolutiva e costituzionalmente orientata della norma, conduce a ritenere che la tutela della vita si rivolga esclusivamente a impedire l'intervento dannoso di terzi anche nella eventuale dinamica suicidaria, non essendo più possibile accogliere la sopra menzionata accezione, per cui scopo dell'art. 580 c.p. sarebbe la tutela del diritto alla vita anche contro il titolare stesso. Oggi è dato perfino ritenere legittimo il diritto a pretendere un intervento da parte di terzi al fine di dare attuazione al proposito suicidario, almeno nei casi in cui siano presenti gli stringenti parametri fattuali che consentono un recesso del diritto penale di fronte al bisogno di garantire dignità alla vita. Anche tale diritto, infatti, deve trovare ragionevoli contemperamenti ove sia divenuto intollerabile, in omaggio al bilanciamento cui anche la Corte costituzionale si riporta nella sentenza in commento.

³⁹ Si chiarisce nella sentenza in commento: "soprattutto – ma non soltanto – delle persone più deboli e vulnerabili di fronte a scelte estreme, ma non necessariamente "collegate a situazioni, magari solo momentanee, di difficoltà e sofferenza, o anche soltanto non sufficientemente meditate".

⁴⁰ Come a dire che se sull'intenzione del singolo nulla è dato, sulla possibilità che qualcuno dall'esterno concorra a determinarla o a concretarla, lo Stato reagisce in modo netto (la cornice edittale è elevata), in modo da realizzare

La stigmatizzazione contenuta nell'art. 579 c.p. non si rivolge, quindi, al soggetto passivo del reato, che nulla conta nella dinamica omicidiaria, nemmeno e perfino allorché vi esprima consenso. Ma l'attenzione normativa è interamente rivolta al soggetto agente.

L'incriminazione dell'omicidio del consenziente serve solo a ribadire l'irrelevanza della scriminante del consenso nel caso in cui sia prestato intorno al bene vita stesso e la prospettiva da cui guardare la fattispecie non appare quella del soggetto che lo presta, piuttosto quella di chi lo sfrutta.

Pertanto, là, dove protegge, il legislatore si rivolge all'interessato, soggetto della cui vita si fa questione, dove sanziona, invece, guarda alla condotta del terzo interveniente.

Lo Stato, non potendo nulla in rapporto al proposito suicidiario, che come noto non sanziona (nella forma del tentativo) neanche allorché non vada a buon fine, con la previsione in parola punta a impedire che si realizzino condotte comunque di omicidio nonostante il consenso, ancorché validamente prestato.

La riprova sta proprio nel fatto che l'art. 579 c.p. è norma con l'unico scopo di ridurre la sanzione prevista per l'omicidio dall'art. 575 c.p.⁴¹, dovendosi distinguere - dal lato attivo della condotta - il caso di chi sottrae la vita contro la volontà dell'offeso e chi invece lo fa in presenza del suo consenso. Se tanto non vale a escludere la pena, comunque robusta per l'omicidio del consenziente, ne riduce il disvalore, tanto da ridimensionare la risposta sanzionatoria (dalla reclusione non inferiore a 21 anni si perviene a una forbice che va da sei a quindici anni)⁴².

Per tali ragioni, quindi, in caso di esito positivo del *referendum* si sarebbe pervenuti al sovvertimento concettuale per cui (illegittimamente) la condotta delittuosa del soggetto agente sarebbe stata agevolata, divenendo non punibile salvo che nei casi in cui si fosse manifestata con violenza o raggiri, nonché ove rivolta contro un minore o un infermo di mente, mentre il livello minimo di tutela della vita dell'interessato vittima ne sarebbe rimasto significativamente pregiudicato, finendo la norma di risulta per avere proprio quel carattere pregiudizievole, di pregnanza tale da integrare un limite implicito all'ammissibilità della consultazione stessa.

4. *Le critiche alla decisione e alla proposta di referendum*

Si vuole ora sottoporre a un vaglio critico sia la decisione adottata dalla Corte costituzionale, sia la proposta presentata alla sua attenzione.

Muovendo da quest'ultima, preme ripetere che il Comitato promotore, con l'obiettivo di eliminare l'attuale discriminazione verso i soggetti non autonomamente in condizione di darsi la morte, ha promosso un *referendum* che avrebbe determinato il venire meno della tutela minima del diritto alla vita. Infatti, si è visto come molti dei ritenuti elementi costitutivi della fattispecie derivata non fossero, in realtà, presenti nel dato legale risultante⁴³ e certo, per escludere derive applicative incostituzionali, non appare sufficiente considerare che il consenso richiesto avrebbe

appieno due delle principali funzioni della pena, quella deterrente, che cerca di scongiurare la commissione del fatto, e quella retributiva, dopo che il delitto sia stato comunque commesso.

⁴¹ F. MANTOVANI, *Delitti contro la persona in Diritto Penale, Parte Speciale I*, Cedam 2019, pp.126 ss.

⁴² Anche dalla previsione espressa dei soli casi di debolezza psichica, certa, naturale o presunta (il minore) come presupposti per escludere l'abbattimento della pena, si rende evidente il predetto approccio che valuta la gravità della condotta del soggetto agente. Verso queste categorie l'azione di sottrazione della vita, ancorché retta su un consenso comunque non scriminante, non è nemmeno degna di giovare della riduzione sanzionatoria di cui all'omicidio del consenziente.

⁴³ Che il nuovo delitto di omicidio-non omicidio del consenziente si fosse potuto riferire solo a soggetti affetti da malattia irreversibile, entro i limiti di specie di cui si era occupata la Corte costituzionale nel noto caso Antoniani, era una convinzione dei promotori non suffragata in alcun modo dal dato letterale normativo risultante.

comunque dovuto essere rigorosamente accertato in sede processuale come serio, esplicito, non equivoco, attuale e perdurante (fino al momento della completa realizzazione della condotta)⁴⁴.

Il problema giuridico innescato dagli esiti referendari non si sarebbe esaurito nel dovere di compiere una valutazione sul consenso prestato, volta a stabilire se questo fosse valido o no; piuttosto, abolendo la fattispecie di omicidio del consenziente, si sarebbe creato un vuoto sanzionatorio per condotte a tutti gli effetti omicidarie, posto che non è sufficiente che altri ci invitino alla sua eliminazione per dirsi legittimati a farlo.

Peraltro, si è dato atto in avvio di come un *referendum* atto a incidere nelle riserve del potere legislativo risulti impiegato in modo non conforme al proprio scopo. Solo il legislatore può disciplinare *ex novo* intere materie e, nella specie, solo alla legge spetta individuare con rigore le modalità di tutela dei soggetti colpiti da patologie irreversibili. Risolvere l'attuale discriminazione è suo compito inderogabile, trattandosi di innovare l'ordinamento mediante l'introduzione di eccezioni alla regola sanzionatoria di condotte dirette alla sottrazione della vita umana, nel rispetto dei criteri fissati dalla Corte costituzionale⁴⁵.

Non può ritenersi, quindi, sufficiente l'intento ricercato col *referendum* per rendere ammissibile un quesito che, ove avesse trovato accoglimento, avrebbe determinato nell'ordinamento un vuoto sanzionatorio incolumabile.

Va tenuto conto, infine, della contingenza cronologica dell'esperienza referendaria e del periodo successivo al rilievo d'incostituzionalità della Corte costituzionale (risalente alla fine del mese di novembre 2019).

In un ordinamento bersagliato dalle catastrofi, prima la pandemia e ora la guerra, che certamente attraggono l'attenzione normativa, l'ordinaria lentezza del legislatore si incrementa, non consentendo di accettare il descritto rischio di vuoto sanzionatorio in modo duraturo. L'inerzia legislativa avrebbe ben potuto, infatti, perdurare fino e oltre il momento dell'insorgenza della normativa di risulta, e ciò avrebbe determinato, nelle more di un intervento positivo, l'impunità di condotte gravi del cui disvalore sociale e del cui rilievo penale non è dato dubitare.

Per vero, già la Corte costituzionale, con l'[ord. n. 207 del 2018](#), aveva preso in rassegna i motivi d'inopportunità della mera caducazione di una norma in detta materia, evidenziando come ciò avrebbe determinato il pericolo di lesione di altri valori costituzionalmente protetti, lasciando «del tutto priva di disciplina legale la prestazione di aiuto materiale ai pazienti in tali condizioni, in un ambito ad altissima sensibilità etico-sociale e rispetto al quale vanno con fermezza preclusi tutti i

⁴⁴ Anche sostenere come hanno fatto i promotori che si sarebbe dovuta escludere «la possibilità di desumere l'esistenza del consenso da semplici ed estemporanee manifestazioni di sofferenza e, in modo del tutto conseguente, sarebbe possibile «intercettare (facendole ricadere nel perimetro della più gravemente punita fattispecie di omicidio volontario) tutte quelle situazioni in cui la formazione della volontà sia stata in qualche modo viziata e condizionata»; con ciò, in definitiva, scongiurando il rischio di una mancata tutela delle persone fragili e vulnerabili», evidenzia come lo scopo ricercato avesse alterato la reale considerazione giuridica della vicenda: perché preoccuparsi dei soli vulnerabili, quando il consenso -ove validamente prestato- nella normativa di risulta, non avrebbe consentito di sanzionare qualsiasi caso in cui un terzo partecipasse dell'eliminazione di un altro uomo; e ciò anche al di fuori di vicende tristi come quelle legate al fine vita? Peraltro, soffermarsi a considerare solo le categorie di soggetti vulnerabili, è argomento che non coglie nel segno perché queste sono già schermate dal dato positivo risultante dal ritaglio mentre vi sfuggono tutte quelle ulteriori.

⁴⁵ In proposito, preme altresì ribadire che la prescrizione sanzionatoria non può essere colmata in alcun modo per via giurisprudenziale in ambito penale. E la possibilità di integrare una norma in via giudiziale è ridotta in ogni settore dell'ordinamento, stante l'impronta positivista che connota il nostro sistema giuridico. Con l'eccezione, a conferma della regola, del diritto civile, materia dove regna l'autonomia regolatoria delle parti. Specialmente in ambito penale, quindi, in assenza di una disciplina positiva, non assume rilievo dirimente il «contesto – normativo e giurisprudenziale ... idoneo ad offrire ... solide sponde per assicurare una tutela piena ed effettiva ... alle persone che in esse potrebbero essere ricomprese», come ritenuto dai promotori. Semmai, si potrebbe riflettere sull'opportunità di introdurre sistemi di attivazione coatta del legislatore in caso di doppia pronuncia e/o declaratoria d'incostituzionalità di una norma, ovvero in caso di presentazione di leggi a iniziativa popolare, ma, come si vedrà nella parte conclusiva di questa trattazione, il terreno è piuttosto scivoloso per via della libertà politica che connota il nostro ordinamento.

possibili abusi»⁴⁶. E causa principale della scelta di non dichiarare, inizialmente, l'incostituzionalità pur rilevata fu proprio l'assenza di una specifica disciplina sul fine vita, circostanza che non avrebbe garantito dal rischio di derive applicative del quadro normativo risultante, potendosi prevedere delle «conseguenze ipotetiche dell'ablazione di cui la Corte non può non farsi carico»⁴⁷.

Il ragionamento della Corte costituzionale appare, perciò, anche oggi del tutto condivisibile in *parte qua*.

Va detto, però, che si è mancata l'occasione per rinsaldare la portata dell'[ordinanza della Corte n. 207 del 2018](#), e della successiva [sentenza n. 242 del 2019](#), le quali si ritiene abbiano scalfito il dogma della indisponibilità della vita, sebbene non se ne debba ricavare *-sic et simpliciter-* il riconoscimento di un diverso diritto a morire.

⁴⁶ Le medesime riserve legate alla permanenza nell'ordinamento di un vuoto regolatorio dall'incerta durata sono state fatte proprie dalla Corte costituzionale allorché, nella citata [sent. n. 242 del 2019](#), al par. 2.5 chiariva: “Questa Corte ha rilevato, da ultimo, come, in casi simili, essa abbia dichiarato l'inammissibilità della questione sollevata, accompagnandola con un monito al legislatore per l'introduzione della disciplina necessaria a rimuovere il vulnus costituzionale: pronuncia alla quale, ove il monito fosse rimasto senza riscontro, ha fatto seguito, di norma, una declaratoria di incostituzionalità. Tale soluzione è stata ritenuta, tuttavia, non percorribile nella specie. La ricordata tecnica decisoria ha «l'effetto di lasciare in vita – e dunque esposta a ulteriori applicazioni, per un periodo di tempo non preventivabile – la normativa non conforme a Costituzione. La eventuale dichiarazione di incostituzionalità conseguente all'accertamento dell'inerzia legislativa presuppone, infatti, che venga sollevata una nuova questione di legittimità costituzionale, la quale può, peraltro, sopravvenire anche a notevole distanza di tempo dalla pronuncia della prima sentenza di inammissibilità, mentre nelle more la disciplina in discussione continua ad operare. Un simile effetto non può considerarsi consentito nel caso in esame, per le sue peculiari caratteristiche e per la rilevanza dei valori da esso coinvolti» ([ord. n. 207 del 2018](#)). Questa Corte ha ritenuto, quindi, di dover procedere in altro modo. Facendo leva sui «propri poteri di gestione del processo costituzionale», ha fissato, cioè, una nuova udienza di trattazione delle questioni, a undici mesi di distanza (segnatamente, al 24 settembre 2019): udienza in esito alla quale avrebbe potuto essere valutata l'eventuale sopravvenienza di una legge regolatrice della materia in conformità alle segnalate esigenze di tutela. In questo modo, si è lasciata al Parlamento la possibilità di assumere le necessarie decisioni rimesse alla sua discrezionalità, ma si è evitato che, nel frattempo, la norma potesse trovare applicazione. Il giudizio a quo è rimasto, infatti, sospenso”. Circa l'eticità dell'ambito, si veda V. ZAMBRANO, *La questione del “fine vita” e il ruolo del giudice europeo: riflessioni a margine del caso Lambert c. Francia* in [federalismi.it](#), 1/2016.

⁴⁷ Non si sarebbe con certezza potuto prevedere che l'interruzione del sostegno vitale fosse eseguita solo dall'esercente una professione sanitaria, non si sarebbero potute scongiurare mercificazioni dell'assistenza al suicidio e, ben più, nel silenzio della legge, non sarebbe stato possibile svolgere alcun controllo preventivo sull'effettiva sussistenza della capacità di autodeterminazione, ovvero sui caratteri del consenso e della patologia. Si veda, infine, quanto sostiene la Corte cost. al p. 4 della [sent. n. 242 del 2019](#), quando precisa che “In assenza di ogni determinazione da parte del Parlamento, questa Corte non può ulteriormente esimersi dal pronunciare sul merito delle questioni, in guisa da rimuovere il *vulnus* costituzionale già riscontrato con l'[ord. n. 207 del 2018](#)”, pur dandosi carico di arginare gli effetti dell'abrogazione sanzionatoria, ed “evitare che la sottrazione pura e semplice di tale condotta alla sfera di operatività della norma incriminatrice dia luogo a intollerabili vuoti di tutela per i valori protetti, generando il pericolo di abusi «per la vita di persone in situazioni di vulnerabilità»”, chiarendo perciò che essi interessano solo le già puntualmente individuate “situazioni in rapporto alle quali l'indiscriminata repressione penale dell'aiuto al suicidio, prefigurata dall'art. 580 cod. pen., entra in frizione con i precetti costituzionali evocati. Si tratta in specie – come si è detto – dei casi nei quali venga agevolata l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella trova intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli”.

In quella occasione la Corte costituzionale si era occupata dell'art. 580 c.p., norma dalla ratio discussa, per cui è dato registrare due distinti orientamenti, gli stessi insorti in giurisprudenza relativamente all'art. 579 c.p. Come si accennava, un primo orientamento, di matrice storica, riconosce nello scopo dell'art. 580 c.p. la tutela del diritto alla vita anche contro la volontà del titolare; l'altro, invece, in omaggio a una concezione liberale e in base a una interpretazione evolutiva e costituzionalmente orientata della norma, ritiene che la tutela della vita si rivolga esclusivamente a impedire l'intervento dannoso di terzi anche nella eventuale dinamica suicidiaria. Ne deriva che oggi, almeno nei casi in cui siano presenti gli stringenti parametri fattuali, che soli consentono un recesso del diritto penale di fronte al bisogno di garantire dignità alla vita, è dato perfino ritenere legittimo il diritto a pretendere un intervento da parte di terzi al fine di dare attuazione al proposito suicidiario.

Sebbene non sfugga che la giurisprudenza costituzionale tradizionalmente ritenga quello alla vita un diritto indisponibile⁴⁸, appare ormai anacronistico ancorarsi a tale retaggio del passato, divenuto confliggente -nella sua assolutezza- con l'interpretazione evolutiva del diritto alla vita fornita nei richiamati precedenti costituzionali.

Nel caso di specie, la Corte avrebbe ben potuto limitarsi a precisare che, in caso di vittoria del referendum, si sarebbe determinata la sottrazione di una tutela anche minima per la vita umana⁴⁹.

Sarebbe stato sufficiente considerare che “L'approvazione del referendum ... avrebbe reso lecito l'omicidio di chi vi abbia validamente consentito, a prescindere dai motivi per i quali il consenso è prestato, dalle forme in cui è espresso, dalla qualità dell'autore del fatto e dai modi in cui la morte è provocata”, andando la liceità “ben al di là dei casi nei quali la fine della vita è voluta dal consenziente prigioniero del suo corpo a causa di malattia irreversibile, di dolori e di condizioni psicofisiche non più tollerabili”.

Allorché, invece, ci si è soffermati sul conflitto tra diritti -della cui sussistenza, peraltro, è dato dubitare, in forza degli argomenti già espressi *supra*⁵⁰- e anche le scelte lessicali contenute nella pronuncia hanno enfatizzato questa tensione (“Discipline come quella dell'art. 579 cod. pen., poste a tutela della vita, non possono ... essere puramente e semplicemente abrogate, facendo così venir meno le istanze di protezione di quest'ultima *a tutto vantaggio* della libertà di autodeterminazione individuale”), si è finito per esaltare l'effetto di limitazione all'esercizio dell'autodeterminazione che la pronuncia in commento ha avuto, consentendo l'insinuarsi del dubbio di una contaminazione etica nelle valutazioni della Corte⁵¹.

Tornare sul concetto d'indisponibilità della vita ha determinato un diffuso malcontento proprio in quanto postula un immanente -contrario- dovere di vivere; un dovere lontano dal sentimento comune, popolare, oltre che almeno relativizzato dai citati precedenti⁵².

L'ordinamento non costringe all'esistenza ed essendo lo Stato tenuto a garantire il diritto a una vita dignitosa, deve consentirne l'espressione anche in via negativa, nei termini di cui si è dato conto, affinché la soddisfazione ne sia effettiva.

Del resto, un diritto non è tale, e certamente non è garantito in modo pieno, se non ne viene concesso il non uso, carattere connaturato a tale posizione giuridica (e che lo distingue da altre forme di attribuzione soggettiva, quale, per esempio, l'onere).

⁴⁸ Riassume ottimamente gli argomenti a conforto di tale tesi F. RE, *Sugli effetti penali e politici del referendum parzialmente abrogativo dell'art. 579 c.p. in tema di eutanasia legale*, in [Giurisprudenza penale](#), 10.02.2022.

⁴⁹ Come successivamente accaduto nella conferenza stampa tenuta dal Presidente della Corte costituzionale.

⁵⁰ Del resto, del necessario bilanciamento tra diritti non v'è ragione di dubitare, si tratta della logica espressa nella ormai nota [sent. n. 85 del 2013](#), con cui la Corte costituzionale ha ribadito che non esistono diritti tiranni. Se è vero, anzi, che “Discipline come quella dell'art. 579 cod. pen., poste a tutela della vita, non possono ... essere puramente e semplicemente abrogate, facendo così venir meno le istanze di protezione di quest'ultima a tutto vantaggio della libertà di autodeterminazione individuale”, anche il diritto alla vita deve trovare ragionevoli contemperamenti ove sia divenuto intollerabile, proprio in omaggio al citato contemperamento tra diritti, che evidenzia come assolutizzazioni astratte non siano mai soluzioni accettabili, dovendosi compiere di volta in volta una valutazione precipua, che tenga conto delle circostanze di fatto nel loro complesso.

⁵¹ In effetti, anche il comunicato stampa della Corte costituzionale, più che sull'impunità ipotetica conseguente al referendum, si concentra altrettanto sul concetto d'indisponibilità della vita, alimentando il *fumus* di un indebito contemperamento della valutazione giuridica svolta con elementi che le sono divenuti ormai estranei (vi si legge: “Così facendo, sarebbe stata sancita, al contrario di quanto attualmente avviene, «la piena disponibilità della vita da parte di chiunque sia in grado di prestare un valido consenso alla propria morte, senza alcun riferimento limitativo» (...) Quando viene in rilievo il bene “apicale” della vita umana, ha precisato la Corte, «la libertà di autodeterminazione non può mai prevalere incondizionatamente sulle ragioni di tutela del medesimo bene, risultando, al contrario, sempre costituzionalmente necessario un bilanciamento che assicuri una sua tutela minima”).

⁵² Ma si veda anche la giurisprudenza della Corte EDU in proposito, che impone di adottare un ulteriore approccio alla materia, cioè quello cosiddetto convenzionalmente orientato. Noti i casi [Pretty v. Regno Unito](#), [Haas v. Svizzera](#) e [Widmer v. Svizzera](#), ad esempio.

Lungi da assolutizzazioni, si potrebbe dire, anzi, che un diritto che non possa essere speso in modo pieno, allorché non vi ostino confliggenti ragioni d'ordine generale, integra una contraddizione in termini, rendendosene doveroso il godimento⁵³.

In conclusione, se è vero che va ribadito il «cardinale rilievo del valore della vita», come rammenta la Corte costituzionale, ciò non può tradursi né in un inaccettabile “dovere di vivere”, né in una liberatoria generale all'aiuto al suicidio o all'omicidio del consenziente.

La soluzione valoriale, costituzionalmente compatibile, è integrata proprio da un bilanciamento, ma che non riguarda i due diritti assuntamente confliggenti, vita e autodeterminazione, posto che in realtà non appaiono in contrasto nella logica legislativa⁵⁴; piuttosto, esso attiene ai due ruoli dello Stato, quello positivo, di intervento a protezione e tutela di un diritto, e quello negativo, consistente nel dovere di astensione dalle scelte private dei singoli.

Il corretto temperamento tra le predette posizioni istituzionali impone di adottare a criterio dirimente per l'ammissibilità di una norma sul fine vita le condizioni concrete in cui si iscrive l'istanza di soppressione di un individuo, affinché lo Stato se ne faccia garante. L'obbligo statale di garantire il bene vita nella sua integrità e nelle forme sostanziali già descritte può consistere anche in una rinuncia alla sanzione penale, potendo essa però dimostrarsi recessiva solo allorché sussistano stringenti presupposti fattuali. Diversamente, a persone come Antoniani⁵⁵ è impedito in

⁵³ A riprova dell'assunto valga considerare, ad esempio, l'atteggiarsi del diritto alla salute nell'ordinamento. L'effettività della sua tutela si esplica anche attraverso la possibilità di rifiutare le cure, cui corrisponde un dovere di astensione del medico, il quale non può ingerirsi in modo coattivo e contrario ai suoi propositi. E, certamente, fuori da una concezione di Stato assolutista, che costringe a mantenersi in vita, riconoscendovi un dovere di solidarietà verso la collettività, non esistono ragioni d'interesse generale ostative alla decisione di auto-soppressione. Anche il carattere non scriminante del consenso, più che implicare l'impossibilità di disporre di sé, rivela l'inesigibilità di un intervento diretto o indiretto dello Stato nella realizzazione del proposito suicidiario. Del resto, se fosse possibile pretendere in via generale il supporto pubblico nell'attuazione del suicidio, inteso come attivazione diretta o messa a disposizione di strumenti per l'eliminazione di sé, ovvero come rinuncia alla punizione del privato che interviene col consenso del suicida, si determinerebbe una situazione di marcata irragionevolezza, entrando il sistema in insanabile contraddizione. Infatti, in tal modo lo Stato-istituzione si sottrarrebbe alla propria funzione identitaria, che è quella di garantire la vita dei consociati in un contesto collettivo e quindi gli stretti rigori circostanziali, che circoscrivono i casi in cui il dovere dello Stato di tutelare la vita si esplica nella sua accezione negativa, esplicitano piuttosto il valoriale bilanciamento tra il dovere dello Stato di supportare il singolo anche in decisioni drammatiche e il dovere contrario di preservarlo dalle medesime.

⁵⁴ Ciò sul presupposto che, secondo la tesi che si sostiene in questo elaborato, non c'è realmente alcun conflitto tra gli stessi. Si veda, in proposito, il precedente paragrafo 3.

⁵⁵ Infatti, proprio il caso Antoniani-Cappato, nel 2017 aveva riportato in auge il dibattito mai sopito sul fine vita e avviato con le tristemente note vicende Welby ed Englaro; fatti ai quali, peraltro, si era riferita la già citata [sentenza della Corte costituzionale sent. n. 242 del 2019](#). Dopo anni di strenuo dibattito, politico-sociale prima che dottrinario e giurisprudenziale, il legislatore è intervenuto a disciplinare la materia del fine vita, autorevolmente definita quale ambito privo di soluzione univoca (nota è, al riguardo, l'espressione di S. Rodotà in materia di fine vita, da Lui definito l'ambito dell'indecidibile in [La Repubblica](#) del 15/02/2008). L'ordinamento italiano è, quindi, giunto ad adottare una forma di regolazione per situazioni analoghe a quelle di Eluana Englaro e Piergiorgio Welby: la l. n. 219/17, nota anche col nome di legge DAT, sulle disposizioni anticipate di trattamento, ha accolto lo statuto giurisprudenziale formatosi in materia, sia per la spinta della Corte costituzionale che per quella proveniente dalle Corti ordinarie. Si tratta di casi in cui è possibile praticare la cosiddetta eutanasia passiva, cioè quella che si sostanzia nel mero distacco di un soggetto dai macchinari che lo mantengono in vita. Tuttavia, il sistema legislativo italiano non riconosce la forma attiva dell'eutanasia, che si realizza mediante una condotta, appunto, attiva, che determina la morte del soggetto. Non c'è, attualmente, soluzione per il caso di chi, come Antoniani, nel pieno delle proprie facoltà psichiche e intellettive, mantenuto in vita artificialmente, si trovi nella impossibilità fisica di provvedere da sé a togliersi la vita. Potendo legittimamente attuare la pratica dell'eutanasia passiva, la scelta di non ricorrere ai macchinari che alimentano artificialmente il soggetto in ragione delle atroci sofferenze che se ne ricaverebbero appare degna di tutela. Ad oggi, il crinale distintivo tra le due forme di eutanasia ruota attorno al profilo causale: ove attiva, causa o concausa della morte è l'azione che si compie (si pensi alla dose di *pentobarbital sodium* che Antoniani ha spinto all'interno del proprio corpo, una volta condotto in clinica, mordendo la cannula che gli veniva offerta, innescante l'iniezione letale); ove passiva, invece, causa della morte è l'evoluzione della malattia, limitandosi l'intervento del terzo (ad esempio, il medico) a interrompere il trattamento di sostegno vitale e quindi a non impedire il decorso naturale della patologia e la sua degenerazione nell'evento morte. Dal punto di vista causale, quindi, è la malattia a cagionare la morte e non l'intervento

modo totale di esercitare il proprio diritto alla libertà e alla vita. Occorre, quindi, scrivere la parola fine all'ipocrisia in cui verte l'ordinamento, ma la conclusione deve pervenire necessariamente dal potere politico.

5. Considerazioni conclusive

In conclusione, occorre prendere atto della persistente necessità di un intervento normativo sul fine vita.

Nella logica del bilanciamento adottata dalla Corte costituzionale e in omaggio al principio per cui non esistono diritti tiranni nell'ordinamento⁵⁶, anche il diritto alla vita, inteso come capacità di restare in vita, deve trovare ragionevoli contemperamenti ove sia divenuto intollerabile.

Tuttavia, è necessario garantire una tutela minima del bene, dacché -come si è visto- tale risultato non può essere raggiunto attraverso il referendum, la cui natura giuridica è solo abrogativa. Piuttosto, tale materia complessa necessita di una disciplina puntuale, che escluda la pena solo in casi tassativi, dettagliatamente individuati dalla legge⁵⁷.

Il fine vita, quindi, con il suo bisogno di regolazione positiva, ci rammenta i limiti dell'istituto referendario e, altrettanto, la vicenda in commento rivela l'insufficienza degli attuali istituti giuridici volti a promuovere l'intervento legislativo.

Questo può essere solo stimolato, ma non preteso nel suo esercizio. E ciò anche quando l'inerzia del legislatore si ponga a valle di una declaratoria d'incostituzionalità.

Sarebbe forse opportuno, quindi, avviare una riflessione su un tema tanto importante, poiché afferente all'essenza stessa della democrazia⁵⁸.

dell'uomo, come -invece- nell'opposto caso della eutanasia attiva. Il distacco o l'interruzione dell'alimentazione artificiale non determina un'intrusione del terzo nel processo determinativo e/o materiale del suicidio, ma è piuttosto una condotta liberatoria, che si limita a rimuovere un quid artificiale che mantiene in vita un corpo naturalmente destinato alla morte. Al contrario, l'eutanasia attiva integra una vera e propria azione e prevede che un soggetto si ingerisca in qualche momento della fase esecutiva del proposito suicidiario del paziente, aiutandolo fattivamente a darsi la morte. E' evidente come causalmente non sia la malattia a uccidere, ma l'atto compiuto in concreto.

⁵⁶ Il principio di necessario bilanciamento tra i diritti è affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza sul caso ILVA, sent. [n. 85 del 2013](#).

⁵⁷ In ragione dei già rilevati rischi di abuso cui si presterebbe altrimenti la pratica di assistenza al suicidio (tra i quali spicca quello di possibili mercificazioni dell'assistenza suicidiaria, già tenuto in conto dalla Corte costituzionale nell'[ord. n. 207 del 2018](#)).

⁵⁸ Si sono occupati, tra gli altri, dei problemi che pone l'inerzia del legislatore, affrontando temi distinti, C. MORTATI, *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore* in *Foro Italiano*, Vol. 93, No. 9 (Sett. 1970), 153/154-191/192, M. LUCIANI, *La modulazione degli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento: primi spunti per una discussione sulla Corte costituzionale degli anni novanta* in AA.VV. *Effetti temporanei delle sentenze della Corte Costituzionale anche con riferimento alle sentenze straniere*, Milano 1989 e M. C. GRISOLIA, *Alcune osservazioni sulle sentenze "comandamento" ovvero sul potere "monitorio" della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1982, 826 ss. (tutti gli articoli raccolti nel *Quaderno processuale del servizio studi della Corte costituzionale, Le tipologie decisorie della Corte costituzionale attraverso gli scritti della dottrina*, 2016).

Si veda anche M. PICCHI, *Leale e dialettica collaborazione» fra Corte costituzionale e Parlamento: a proposito della recente ordinanza n. 207/2018 di monito al legislatore e contestuale rinvio della trattazione delle questioni di legittimità costituzionale*, in [Osservatorio sulle fonti](#), n. 3/2018.

Sempre in tema di indirizzo verso il legislatore e di onere di attivazione, si consideri, infine, G. FERRI, [Abrogazione popolare e vincolo per il legislatore: il divieto di ripristino vale finché non intervenga un cambiamento del «quadro politico» o delle «circostanze di fatto»](#), in questa [Rivista](#), 2012 (08.12.12) con riguardo al diverso tema del vincolo referendario e si segnala S. CURRERI, *Iniziativa legislativa popolare e democrazia rappresentativa parlamentare: un delicato equilibrio*, in [laCostituzione.info](#) 05.12.2018, in tema di effetti della proposta di legge a iniziativa popolare.

Luca Bartolucci

Riforma dei regolamenti parlamentari e Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*

ABSTRACT: *The National Recovery and Resilience Plan (NRRP) is a tool that could cause a profound transformation of Parliaments, which must reinvent their ability to think in the medium-long term. However, no adjustments have been made so far at the parliamentary level. A "window of opportunity" for the reform of parliamentary rules of procedure is offered by the constitutional law (n. 1/2020) on the reduction of the number of MPs. The objective of the paper, therefore, is to identify the areas in which parliamentary rules of procedure could be adapted with an eye to the implementation of the NRRP, using this tool to correct some pre-existing gaps that have characterized the life of the Chambers, also by improving the legislative procedure, without leading to serious upheavals.*

SOMMARIO: 1. Premessa: il “vincolo” del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza - 2. Il PNRR e un adeguamento “soft” dei regolamenti parlamentari - 3. I tempi - 4. I contenuti - 5. Sul “prendere sul serio” il Semestre europeo e su qualche (limitata) innovazione nelle procedure di bilancio - 6. Il controllo parlamentare sul PNRR - 7. Conclusioni: lo “stallo” parlamentare di alcune riforme e qualche considerazione sul procedimento legislativo.

1. Premessa: il “vincolo” del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza.

Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza racchiude contenuti e scadenze e, per questo, è idoneo a vincolare fortemente l’attività di Governo e Parlamento nei prossimi anni (e, dunque, anche le prossime Camere). Si tratta, in realtà, di un autovincolo, in quanto il Parlamento ha approvato – con le due risoluzioni nell’aprile 2021¹ – il Piano presentato dal Governo.

Rispetto agli altri vincoli esterni² che hanno caratterizzato l’attività del Parlamento negli ultimi decenni, è un vincolo molto più forte sul piano contenutistico, perché stavolta non si tratta solo di non spendere troppo, ma di fare delle riforme con contenuti predeterminati, più o meno



¹ Alla Camera, la risoluzione Crippa e altri è stata approvata con 442 voti a favore, 19 contrari e 51 astenuti (A.C., XVIII legislatura, res. sten., 27 aprile 2021, 55). Dal resoconto della seduta del Senato svoltasi lo stesso giorno si evince che le dichiarazioni di voto contrario sono state soltanto quelle del gruppo Fratelli d’Italia e di alcuni senatori del gruppo misto.

² L’espressione ‘vincolo esterno’ è stata coniata (o, quantomeno, resa popolare) da Guido Carli. Cfr. G. CARLI, *Cinquant’anni di vita italiana*, in collaborazione con P. Peluffo, Roma-Bari, 1996. I parametri di Maastricht e le misure che si sono poi succedute nel tempo hanno infatti agito da limitazione per i decisori politici. L’integrazione europea e il trattato di Maastricht davano compiuta incarnazione all’idea “del vincolo esterno come motivazione alla disciplina, necessaria per innestare nella società italiana ordinamenti che non sapeva produrre autonomamente”. Così L. TORCHIA e B. SETTIS, *Carlo Azeglio Ciampi*, in *I presidenti e la presidenza del Consiglio dei ministri nell’Italia repubblicana*, a cura di S. Cassese, A. Melloni e A. Pajno, Editori Laterza, Bari-Roma, 2022, 777 s., spec. 780. Cfr., sul punto, R. GUALTIERI, *L’Europa come vincolo esterno*, in *L’Italia nella costruzione europea. Un bilancio storico (1957-2007)*, a cura di P. Craveri e A. Varsori, Milano 2009, 313-331; S. CASSESE, *Governare gli italiani. Storia dello Stato*, Bologna 2014, 358-362. Per una interpretazione critica del vincolo esterno, cfr. A. SOMMA, *Sovranismi. Stato, popolo e conflitto sociale*, Roma, 2018. La teoria del ‘vincolo esterno’ ha visto nel Trattato sull’Unione europea siglato a Maastricht “una nuova occasione per ritentare l’impresa ripetutamente fallita in questi decenni: innestare l’economia di mercato nel tessuto vivente, nelle fibre della società, introdurla a mentalità della classe dirigente, favorire la nascita di una nuova classe dirigente”. In esso venivano individuate le tracce di “un mutamento profondo nella Costituzione ‘materiale’ del Paese”. G. CARLI, *Cinquant’anni di vita italiana*, cit., 7. Cfr. anche F. SAIITO, *Ragionando sul trattato di Maastricht come momento di “frattura”: processo di integrazione europea e trasformazioni del sistema economico*, in *Il Politico*, n. 2, 2019, 138 s., spec. 146 s. Si può notare come la creazione di un vincolo esterno alle politiche di bilancio è stato un fatto nuovo nel diritto pubblico degli Stati, posto che il potere di bilancio è stato dei Parlamenti fin dalla loro nascita: cfr. V. ONIDA, *Le leggi di spesa nella Costituzione*, Milano, 1969, 165 s. (come ha ricordato di recente la Corte costituzionale, le decisioni di bilancio “costituiscono il nucleo storico delle funzioni affidate alla rappresentanza politica sin dall’istituzione dei primi Parlamenti e che occorre massimamente preservare”, [Corte cost., ordinanza n. 17 del 2019](#), *Cons. in dir.* 4.1.).

precisamente, con rigide scadenze, sottoposte a un controllo delle istituzioni europee e quindi degli altri Stati membri dell'Unione³.

Già poco dopo il Trattato di Maastricht, in dottrina, si notava come i vincoli di bilancio europei avrebbero avuto effetti sulla democrazia interna, soprattutto in termini di trasparenza delle decisioni politico-economiche che sarebbero state obbligate a comporre gli interessi sull'impiego delle risorse pubbliche a causa del giudizio dei mercati sul debito pubblico⁴. Il 'vincolo esterno' è stato tuttavia un vincolo di tipo quantitativo, che non ha avuto la 'forza' di cambiare la qualità delle spese dei singoli Stati. Il Calendario comune di bilancio ha fatto dei primi timidi passi in tale direzione, soprattutto attraverso l'obiettivo della differenziazione dei quadri nazionali, gli Obiettivi di medio termine e le *Country Specific Recommendations*.

Da ultimo, a causa dell'inevitabile aumento dei debiti pubblici nazionali derivato dalla pandemia di Covid-19, l'Unione europea ha dato una serie di risposte che potrebbero rappresentare una svolta anche in riferimento alle scelte di bilancio nazionali e proprio con un orizzonte sulla '*Next Generation*'. La filosofia ispiratrice delle reazioni europee all'emergenza del 2020, infatti, è quella di uscire dalla crisi gettando le basi per un'Europa più moderna e sostenibile, in grado di riparare i danni e preparare il futuro per la prossima generazione, anche attraverso un vero e proprio cambiamento di paradigma: dal 'vincolo esterno' quantitativo ad un nuovo 'indirizzo qualitativo' per l'utilizzo delle risorse dell'Unione. In tal senso, le misure adottate dalle istituzioni e dagli Stati membri dell'UE per affrontare i danni provocati da Covid-19 costituiscono un punto di svolta, sia con riguardo al processo d'integrazione europea, sia perché vincola l'erogazione dei fondi anche ad una serie di riforme, in larga parte già previste dalle Raccomandazioni Specifiche per Paese del 2019 e del 2020. Si tratta, in tal modo, di un vero e proprio cambiamento di paradigma nell'ambito della teoria del "vincolo esterno"⁵.

Ovviamente, "si può e si deve discutere su quale sia il grado di vincolo che la pre-determinazione di questa rilevante quota di indirizzo politico e amministrativo esercita sull'attività degli organi politici e amministrativi"⁶. Mentre alcuni lo hanno interpretato come una sorta di indirizzo politico "normativo", che finisce per impegnare anche Governi e Parlamenti futuri⁷, anche per via della sua "legificazione"⁸, altri ritengono che si tratti di una pianificazione principalmente –

³ Su *Next Generation EU* e Unione europea, cfr. B. DE WITTE, *The European Union's COVID-19 recovery plan: The legal engineering of an economic policy shift*, in *Common Market Law Review*, Volume 58, Issue 3, 2021, 635 s., che definisce l'adozione del *Recovery plan* una mossa politicamente audace e un caso di ingegneria legale creativa, poiché i suoi architetti hanno dovuto affrontare una serie di questioni centrali del diritto istituzionale dell'UE, tra cui il principio di attribuzione e la scelta della base giuridica adeguata, i vincoli imposti dal sistema di finanza pubblica dell'UE, il rispetto dell'equilibrio istituzionale e la definizione di un meccanismo di *governance* per l'attuazione del piano. *Contra*, P. LEINO-SANDBERG e M. RUFFERT, *Next Generation EU and its constitutional ramifications: A critical assessment*, in *Common Market Law Review*, Volume 59, Issue 2, 2022, 433 s., secondo cui il consenso tra i grandi Stati membri e le principali parti interessate istituzionali è insufficiente per ignorare i principi chiave del Trattato.

⁴ In questi termini v. G. DELLA CANANEA, *Indirizzo e controllo della finanza pubblica*, Bologna, 1996, 58 s. e C. PINELLI, *Cittadini, responsabilità politica, mercati globali*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1997. Criticamente, invece, cfr. A. GUAZZAROTTI, *Crisi dell'euro e conflitto social. L'illusione della giustizia attraverso il mercato*, Milano, 2016, 20 s., in cui si trova anche un'analisi della manualistica pre-crisi, e si nota "non senza un qualche sconcerto" come nella manualistica costituzionalistica (italiana) nessun accenno è stato fatto alla perdita di sovranità monetaria e al carattere rivoluzionario della stessa. Le regole europee, il ruolo della BCE e il vincolo esterno hanno avuto un doppio ruolo: da una parte, hanno avuto una funzione 'tranquillizzante' per i mercati, dall'altra, hanno svolto, per quanto possibile, il ruolo di temperare lo sguardo dei Governi nazionali verso misure di breve termine, utili per il consenso ma non altrettanto per la tutela dei conti pubblici.

⁵ Sul NGEU, in generale, cfr. F. FABBRINI, *Next Generation EU. Il futuro di Europa e Italia dopo la pandemia*, Bologna, 2022.

⁶ N. LUPO, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e alcune prospettive di ricerca per i costituzionalisti*, in [federalismi.it](https://www.federalismi.it), 12 gennaio 2022, 5.

⁷ Cfr. A. SCIORTINO, *PNRR e riflessi sulla forma di governo italiana. Un ritorno all'indirizzo politico «normativo»?* in [federalismi.it](https://www.federalismi.it), n. 18, 2021, 235 s., spec. 260 s.

⁸ Infatti, secondo F. CINTIOLI, *Risultato amministrativo, discrezionalità e PNRR: una proposta per il Giudice*, in [lamagistratura.it](https://www.lamagistratura.it), 13 novembre 2021, il PNRR impegna, quanto ai risultati indicati, "non solo l'amministrazione chiamata ad eseguire il Piano, ma anche gli altri operatori giuridici, gli interpreti tutti, inclusa la giurisdizione

se non esclusivamente – politica, perciò “con un grado di vincolatività diretta piuttosto limitata per i soggetti istituzionali coinvolti nella sua attuazione”⁹. Secondo tale ultima visione, infatti, sebbene “l’attuale Parlamento, che ha avuto modo di esaminare e discutere il piano approvando anche alcune risoluzioni, dovrebbe, per ragioni di coerenza, essere incline a dar seguito alle iniziative legislative indicate nel piano”, allo stesso tempo, “non è ipotizzabile sotto il profilo anzitutto costituzionale che il PNRR possa creare vincoli giuridici per il Parlamento, né in ordine alle tempistiche previste per le numerose leggi da approvare, né per quanto riguarda i contenuti”¹⁰.

Sicuramente il PNRR potrebbe essere modificato, tramite la procedura di cui all’art. 21 del Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021, che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza. A livello nazionale, è stata prevista, dall’art. 9-*bis* del decreto-legge n. 152 del 2021, una procedura di consultazione e informazione del Parlamento nel processo di attuazione e di valutazione della spesa del PNRR. In particolare, prevedendo che, nelle ipotesi di cui all’articolo 21 del regolamento (UE) 2021/241, il Governo debba trasmettere alle Camere la proposta di un PNRR modificato o di un nuovo PNRR, prima del suo invio alla Commissione europea e in tempo utile per consentirne l’esame parlamentare.

Tale previsione si innesta su quanto già disciplinato dalla legge n. 234 del 2012, la quale prevede che il Governo debba illustrare alle Camere la posizione che intende assumere prima dello svolgimento delle riunioni del Consiglio europeo e che debba tenere conto degli eventuali indirizzi formulati (art. 4). Dunque, il Parlamento avrebbe la possibilità, già a legislazione vigente, di formulare indirizzi al Governo prima che il Consiglio europeo si riunisca per approvare un nuovo PNRR, eventualmente anche apponendo la riserva di esame parlamentare (art. 10). Anche l’art. 5 della legge n. 234 del 2012 può ritenersi spendibile per la procedura di modifica del PNRR, in quanto quest’ultimo può considerarsi rientrare tra gli accordi in materia finanziaria¹¹.

ovviamente”. Secondo l’A., infatti, “parrebbe a prima vista che il PNRR abbia mantenuto la veste (e gli effetti) di un provvedimento amministrativo, imputabile formalmente solo al Governo. Solo a prima vista, però. Il PNRR, infatti, mi sembra che sia stato in verità sostanzialmente legificato attraverso la *relatio* che è stata implicitamente ma incontestabilmente effettuata dal citato d.l. n. 77 del 2021 e dalla sua legge di conversione. Il decreto è stato convertito in legge e, dal momento che esso ha predisposto un modello organizzativo complesso per l’attuazione del Piano, già solo per questo parrebbe aver unito alla volontà governativa quella parlamentare mediante l’approvazione della legge di conversione”. Inoltre, il Piano sembra così essere “obbligatorio *ex lege* quantomeno – e anzitutto – nei confronti di tutte le amministrazioni che siano già indicate o che saranno indicate come responsabili dell’attuazione dell’uno o dell’altro progetto”. Si tratta di una considerazione “importante, perché comincia col portare il Piano al livello della fonte legislativa, emancipandolo da una dimensione esclusivamente amministrativa, benché certamente e in ogni caso appartenente al tipo dell’alta amministrazione. Il *risultato* è dunque consolidato in un atto che risale alla legge e che si avvale della sua forza e possiamo dire, da questo punto di vista, che quel *risultato* impegna non solo l’amministrazione chiamata ad eseguire il Piano, ma anche gli altri operatori giuridici, gli interpreti tutti, inclusa la giurisdizione ovviamente”.

⁹ M. CLARICH, *Il PNRR tra diritto europeo e nazionale: un tentativo di inquadramento giuridico*, in *ASTRID-Rassegna*, 2021, n. 12, 11 s., secondo il quale “si può dire che il PNRR rientra tra gli strumenti di pianificazione per obiettivi a valenza principalmente politica”.

¹⁰ *Ibidem*. Pertanto, secondo l’A., “il PNRR ha un grado di vincolatività massimo, secondo il diritto europeo, e minimo, secondo il diritto nazionale. Esso trova infatti la disciplina principale direttamente nel Regolamento (UE) 2021/241, che tende a tutelare soprattutto gli interessi finanziari europei e a garantire la realizzazione dei progetti di investimento. E questo anche in considerazione che le risorse sono acquisite con titoli europei e dunque con un’assunzione di responsabilità che in ultima analisi può gravare su tutti gli Stati membri. Il diritto nazionale assume invece un ruolo per così dire strumentale e di supporto” (14).

¹¹ In base all’art. 5 della legge n. 234 del 2012, il Governo deve informare tempestivamente le Camere di ogni iniziativa volta alla conclusione di accordi tra gli Stati membri dell’Unione europea che prevedano l’introduzione o il rafforzamento di regole in materia finanziaria o monetaria o comunque producano conseguenze rilevanti sulla finanza pubblica e assicurare che la posizione rappresentata dall’Italia nella fase di negoziazione degli accordi tenga conto degli atti di indirizzo adottati dalle Camere. Sulla legge n. 234 del 2012, cfr. A. ESPOSITO, *La legge 24 dicembre 2012, n. 234, sulla partecipazione dell’Italia alla formazione e all’attuazione della normativa e delle politiche dell’Unione europea. Parte I – Prime riflessioni sul ruolo delle Camere*, in federalismi.it, n. 2, 2013; nonché G. PICCIRILLI, *Il Parlamento italiano: le procedure europee nella legge n. 234 del 2012*, in *Il sistema parlamentare euro-nazionale. Lezioni*, a cura di A. Manzella e N. Lupo, Torino, 2014, 205 s.

Infatti, il PNRR, pur essendo strumento “straordinario”, si può considerare rientrante tra i procedimenti euro-nazionali¹² e, in particolare, tra quelli che attengono alla materia economico-finanziaria. Pertanto, l’eventuale abbandono del Piano, oltre ad avere – per chi volesse accantonarlo – un forte costo politico, rischierebbe anche di avere almeno due costi economici¹³: in primo luogo, ovviamente, quello di perdere i fondi destinati all’Italia; in secondo luogo, e questo sarebbe l’aspetto più preoccupante, potrebbe essere prevedibile una reazione dei mercati finanziari – con conseguente forte aumento dello spread – che, come si è osservato in passato, non sono teneri con quegli Stati (e soprattutto con l’Italia, per via del suo alto debito) che hanno deciso di discostarsi dalle regole e dagli accordi siglati in sede sovranazionale¹⁴. Soprattutto in un momento di forti tensioni politiche ed economiche come quello attuale, nel quale, peraltro, la Banca Centrale Europea potrebbe limitare il suo acquisto di titoli del debito pubblico.

Ad ogni modo, è evidente che una diversa maggioranza parlamentare potrebbe decidere di non attuare più il Piano: da una parte, andando incontro alle conseguenze di cui si è detto poc’anzi e, dall’altra, anche col concreto rischio di non riuscire a negoziare una nuova versione del PNRR. Non sembra peraltro potersi dire che la “legificazione” del PNRR sia da sola in grado di renderlo vincolante per le future maggioranze: al limite, si potrebbe infatti intervenire con una nuova legge per rimuovere quegli effetti. Sul lato dell’indirizzo politico, invece, l’efficacia del puro indirizzo parlamentare al Governo (espresso da mozioni e risoluzioni) è strettamente connesso alla maggioranza di governo *pro tempore* registrabile.

Peraltro, l’attuazione del PNRR, e soprattutto la parte sulle riforme, è del tutto centrale per il futuro italiano ed europeo: sia perché interviene su quei “colli di bottiglia” che in Italia si combattono da decenni; sia perché dal successo del PNRR italiano dipende probabilmente la possibilità di rendere permanente questo meccanismo oppure di crearne altri simili (ad esempio, per altre emergenze)¹⁵. Si possono intravedere pertanto delle chiare conseguenze euro-nazionali derivanti dal successo (o dall’insuccesso) del PNRR italiano.

¹² Si tratta di quei procedimenti che sono disciplinati da norme sia europee sia nazionali e ai quali partecipano istituzioni dell’Unione europea e dello Stato membro. Sul punto, cfr. A. MANZELLA e N. LUPO (a cura di), *Il sistema parlamentare euro-nazionale*, cit.; N. LUPO e G. PICCIRILLI, *The Italian Parliament and the New Role of National Parliaments in the European Union*, in N. Lupo e G. Piccirilli (a cura di), *The Italian Parliament in the European Union*, Oxford, 2017, 1 s. Sui procedimenti euro-nazionali di bilancio, in particolare, sia consentito anche un rinvio a L. BARTOLUCCI, *La sostenibilità del debito pubblico in Costituzione. Procedure euro-nazionali di bilancio e responsabilità verso le generazioni future*, Padova, 2020.

¹³ Cfr. F. BILANCIA, *Indirizzo politico e nuove forme di intervento pubblico nell’economia in attuazione del Recovery and Resilience Facility, tra concorrenza e nuove politiche pubbliche*, in Costituzionalismo.it, n. 1, 2022, 42, secondo il quale “a fronte di un programma di governo, condiviso dal Parlamento, che si proietta oltre la prossima legislatura, fortemente legittimato proprio in base all’attesa efficacia dell’azione e al perseguimento degli obiettivi, la paralisi che conseguirebbe al fallimento conclamato del programma rischia, infatti, di determinare una crisi economico-finanziaria talmente grave che non potrebbe non avere serissime conseguenze anche sul piano politico-istituzionale”.

¹⁴ Si pensi, ovviamente, a quanto accaduto nel 2011 e, sebbene in misura minore, col periodo della sessione di bilancio del 2018. Sullo spread, cfr. G. DI GASPARE, *Teoria e critica della globalizzazione finanziaria. Dinamiche del potere finanziario e crisi sistemiche*, Padova, 2011, spec. 184 s., C. PINELLI, *Le agenzie di rating nei mercati finanziari globalizzati*, in *Rivista trimestrale di diritto dell’economia*, n. 2, 2012, 229 s.; A. SOMMA, *La dittatura dello spread. Germania, Europa e crisi del debito*, Roma, 2014.

¹⁵ Al contrario, sprecare questa opportunità rischia di minare il futuro processo di integrazione europea, andando ad influire pesantemente sulla fiducia che, ad esempio, i Paesi frugali nutrono nei confronti dei Paesi debitori e, in particolar modo, dell’Italia. Gli aiuti europei sono finalizzati a ridurre i gap di competitività tra Paesi, ma se il NGEU verrà centrato solo dal lato della spesa e della domanda, il gap tra Nord e Sud Europa rischia di allargarsi ulteriormente. Dunque, un eventuale spreco o fallimento nel *Next Generation EU* da parte dell’Italia potrebbe pertanto innescare una doppia crisi d’integrazione: economica e politica, proprio nel momento in cui l’Europa aveva fatto un ulteriore passo per aumentare quelle integrazioni. In definitiva, il successo di *Next Generation EU* ha “un valore esistenziale per le prospettive future europee; e tale successo dipende, in larga misura, proprio dalla capacità del nostro paese di utilizzare le risorse finanziarie (trasferimenti e prestiti) in modo efficiente, mediante la definizione e la realizzazione del cosiddetto Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza”. Per l’Italia, in particolare, si tratta “non solo di un’occasione per recuperare stabilità e benessere economici, ma anche per riguadagnare un ruolo costruttivo nella comunità internazionale” (così C. BASTASIN, L. BINI SMAGHI, M. BORDIGNON, S. DE NARDIS, C. DE VINCENTI, V. MELICIANI, M.

Tornando sul discorso intorno alla natura del PNRR, e lasciando in disparte le possibilità per un suo abbandono o per una sua modifica, si può ritenere che il PNRR finisca per essere parte del programma di governo degli Esecutivi che si susseguiranno fino al 2026. Si tratta dunque di un condizionamento forte su quel “programma” che, come era stato giustamente notato, “potrebbe essere generico o ripetizione di altro documento o magari imposto da circostanze politiche o da necessità sociali contingenti”¹⁶. Seguendo tale concezione, non si ritiene il PNRR uno strumento di indirizzo politico¹⁷: infatti, mentre il Piano può essere considerato lo “spartito”¹⁸, l’indirizzo politico rappresenta la “direzione d’orchestra”¹⁹.

Allo stesso tempo, si tratta di una vera e propria “trasformazione del modo di formazione delle decisioni politiche da parte del Governo, concordata con il Consiglio europeo, dell’Unione e con la Commissione europea, che non si era mai vista in Italia, nonostante la significativa influenza che ormai le istituzioni dell’Unione esercitano nella formazione del bilancio dello Stato”²⁰.

Si tratta pertanto di un vero e proprio “cambio di metodo”²¹, che comporterà, almeno in parte, riflessi di rilievo, “a cominciare dal *modus operandi* del Governo: non più spazio a negoziazioni o accordi spartitori, ma una azione governativa già determinata negli obiettivi e nelle linee di intervento per conseguirli. A cominciare proprio dalla scelta tipologica degli atti normativi da adottare: in prevalenza decreti-legge o decreti delegati con ricadute sulla forma di governo e sulle dinamiche parlamentari”²².

Eppure, nessun adeguamento si è registrato finora a livello parlamentare, sebbene il PNRR sia diventato il principale procedimento euro-nazionale²³. Tuttavia, una “finestra di opportunità” per la riforma dei regolamenti parlamentari è offerta dalla legge costituzionale (n. 1/2020) sulla riduzione

MESSORI, S. MICOSI, P.C. PADOAN, G. TONIOLO, *Una visione del paese per una grande opportunità: le necessarie scelte del governo italiano in vista di Next Generation-EU*, in [Luiss School of European Political Economy, Policy Brief](#), n. 42/2020, 3).

¹⁶ A. MANZELLA, *Il presidente del Governo*, in *I presidenti e la presidenza del Consiglio dei ministri nell’Italia repubblicana*, cit., 1159 s., spec. 1174-1175.

¹⁷ *Contra* F. BILANCIA, *Indirizzo politico e nuove forme di intervento pubblico nell’economia in attuazione del Recovery and Resilience Facility, tra concorrenza e nuove politiche pubbliche*, cit., spec. 34-35, secondo il quale “Il PNRR, in sostanza, è un atto di indirizzo politico di straordinaria portata”. Dello stesso avviso sembra essere A. SCIORTINO, *PNRR e riflessi sulla forma di governo italiana. Un ritorno all’indirizzo politico «normativo»?», cit., 253, che definisce il PNRR “un concentrato massimo di ‘indirizzo politico’”.*

¹⁸ A. MANZELLA, *Il presidente del Governo*, cit., 1175: “Ricorre insomma lo stesso fenomeno di giuridificazione (e di conseguente valorizzazione economica) che comunemente si verifica in ogni caso di funzioni creative unificanti. Tali: quella della direzione d’orchestra (che non coincide né con il testo musicale, né con il complesso orchestrale); quella della conduzione tattica di una squadra sportiva (che non coincide né con il gioco in se stesso, né con l’insieme degli atleti); quella della creazione di uno stile di moda (che non coincide né con gli abiti, né con i modelli che l’indossano) o quella dell’invenzione di una ‘maniera’ artistica (che non coincide né con le singole opere dello stesso autore, né con la loro corposità materiale); e così via”.

¹⁹ Come nota anche A. SCIORTINO, *PNRR e riflessi sulla forma di governo italiana. Un ritorno all’indirizzo politico «normativo»? cit., 253, “quello delle riforme contenuto nel PNRR è un percorso ‘obbligato’ dove governo e parlamento potranno imprimere un certo indirizzo piuttosto che un altro”.*

²⁰ Cfr. E. CATELANI, *Profili costituzionali del PNRR*, lettera al sito dell’[AIC](#), maggio 2022. Come continua l’A., è “un condizionamento dell’UE che si riflette sulla realizzazione di tutta una serie di riforme strutturali da tempo invocate in Italia, ma mai portate a termine (la riforma della giustizia con riguardo ai tempi di decisione ed agli aspetti procedurali, la riforma della pubblica amministrazione nelle sue varie sfaccettature, comprensiva ad esempio del tanto discusso codice degli appalti) e, nello stesso tempo, l’attivazione di un processo di rinnovamento nei settori che costituiscono le sei missioni contenute nel PNRR, dalla transizione digitale ed ecologica, alle infrastrutture, fino al sostegno e innovazione a tutela dei tre diritti sociali classici: istruzione, lavoro e salute”.

²¹ S. CASSESE, *Il cambio di metodo. Doverosi passaggi di governo*, in [Corriere della sera](#), 19/06/2021.

²² A. SCIORTINO, *PNRR e riflessi sulla forma di governo italiana. Un ritorno all’indirizzo politico «normativo»? cit., 251.*

²³ Cfr. Sulle procedure euro-nazionali cfr. A. Manzella e N. Lupo (a cura di), *Il sistema parlamentare euro-nazionale*, cit.; N. LUPO e G. PICCIRILLI, *The Italian Parliament and the New Role of National Parliaments in the European Union*, in N. Lupo e G. Piccirilli (a cura di), *The Italian Parliament*, cit., 1 s. In generale, i procedimenti euro-nazionali sono procedure disciplinate in parte da norme europee, in parte da norme nazionali e nelle quali sono coinvolte sia istituzioni europee, sia nazionali.

del numero dei parlamentari. Questo è, pertanto, l'obiettivo del presente contributo: quello di individuare gli ambiti nei quali i regolamenti parlamentari potrebbero essere adeguati con un occhio all'attuazione del PNRR, utilizzando tale strumento per aggiustare alcuni "difetti" preesistenti e che hanno caratterizzato la vita delle Camere, anche migliorando il procedimento legislativo, senza con questo giungere a pesanti stravolgimenti²⁴.

2. Il PNRR e un adeguamento "soft" dei regolamenti parlamentari.

Comunque lo si voglia interpretare, pare tuttavia pacifico che il PNRR sia idoneo a causare una trasformazione profonda dei Parlamenti, che devono reinventare la propria capacità di pensare nel lungo periodo²⁵. Si tratta di un cambio di paradigma importante, soprattutto alla luce di quello che il Parlamento italiano ha palesato negli ultimi lustri, con una incapacità quasi costante di programmare il futuro²⁶ (specie negli ultimi mesi, visto che sta prevalendo una lettura debole della programmazione dei lavori).

Si ritiene, infatti, che le riforme dei regolamenti attualmente in discussione debbano senz'altro innovare non solo per adeguarsi ai nuovi numeri parlamentari, ma anche per rendere più efficace il ruolo del Parlamento, restituendo a quest'ultimo maggiori spazi nella dinamica rappresentativa. Allo stesso tempo, tuttavia, si ritiene che sul procedimento legislativo dovrebbe essere evitate riforme troppo incisive, anche per facilitare l'attuazione del PNRR. Ci si potrebbe muovere, pertanto, nella linea della continuità regolamentare, già molto spesso utilizzata nella storia italiana²⁷ – attribuendo un ruolo "interstiziale" ai regolamenti parlamentari: pervenendo dunque ad un adattamento del loro contenuto, facendo però leva su quanto già esiste. Anche considerando il ruolo attuale del Parlamento, che è sempre meno legislatore e che potrebbe allo stesso tempo divenire sempre più controllore e valutatore.

Si potrebbe dunque seguire la via di "cauti e progressivi innesti"²⁸, anche considerando che non solo l'attuazione del PNRR richiede una certa accortezza, ma anche tenendo a mente che potrebbe essere complicato prevedere i nodi problematici di un Parlamento con numeri tanto ridotti: potrebbe, al contrario, essere più saggio intervenire ora in modo non troppo esteso, rimandando alla fine della prossima legislatura quegli interventi che l'esperienza abbia dimostrato necessari (nel frattempo adeguandosi con procedure sperimentali, spesso funzionali nella vita parlamentare italiana).

Come prima notazione, le ipotesi di riforme dei regolamenti parlamentari in discussione presso le Giunte dei regolamenti di Camera e Senato operano essenzialmente in due ambiti: da una parte, adeguano i "numeri" sulla composizione degli organi collegiali e sui quorum procedurali alla riforma sulla riduzione dei parlamentari; in secondo luogo, dedicano grande attenzione ai gruppi

²⁴ Sul "giusto" procedimento legislativo, cfr., da ultimo, il n. 3 del 2021 di Quaderni Costituzionali: in particolare, i contributi di A. MANZELLA, *Dai Regolamenti del 1971 al giusto procedimento legislativo: un'introduzione*, 523 s.; M. MANETTI, *Le modifiche tacite al disegno costituzionale del procedimento legislativo*, 531 s.; G. LASORELLA, *Le garanzie interne al giusto procedimento legislativo. Presidente d'Assemblea e Comitato per la legislazione*, 551; M. RUOTOLO, *I controlli esterni sul giusto procedimento legislativo. Presidente della Repubblica e Corte costituzionale*, 572; C. FASONE, *Pubblicità, trasparenza, apertura: quale impatto sul giusto procedimento legislativo?* 599.

²⁵ Sul ruolo dei Parlamenti nell'attuazione dei PNRR, cfr. European Parliament, *Survey on the role of national parliaments in the implementation of the Recovery and Resilience Facility*, aprile 2022.

²⁶ Anche nell'attuazione del PNRR tale caratteristica sembra confermata, se si pensa al maggior numero di decreti-legge – vincolati nell'approvazione, o poiché previsti dal Piano oppure perché necessari alla sua attuazione, e approvati con questione di fiducia – che offrono più finestre ai parlamentari anche per l'inserimento di disposizioni localistiche e microsettoriali.

²⁷ L. GIANNITI e N. LUPO, *Corso di diritto parlamentare*, Bologna, III ed., 2018, 27, laddove si riconosce come siano stati rarissimi i cambiamenti drastici o radicali, essendosi per lo più preferito procedere con innovazioni parziali.

²⁸ P. UNGARI, *Profilo storico del diritto parlamentare in Italia. Corso universitario 1970-1971*, Assisi-Roma, 1971. L'A. faceva riferimento alla continuità regolamentare come fattore di forza e alla scelta continuista che si seguì nelle prime Camere repubblicane. *Contra*, A. MANZELLA, *Il Parlamento*, III ed., Bologna, 2003, 64 s.

parlamentari²⁹, con una particolare “ossessione” per il fenomeno del transfughismo, anche proponendo soluzioni che rischiano di ingessare eccessivamente le dinamiche politiche. D’altro canto, appare poco utile continuare ad approvare riforme in tal senso se poi quelle stesse regole, sulla spinta degli irriducibili fenomeni politici, hanno difficoltà ad essere fatte rispettare, come sovente accaduto anche nella XVIII legislatura³⁰.

Come secondo rilievo si può dire che potrebbe sembrare inopportuno, almeno a un primo sguardo, inserire nei regolamenti una disciplina *ad hoc* per il PNRR, ad esso specificamente dedicata. Infatti, sebbene si tratti di uno strumento di medio periodo che si estende fino al 2026, è comunque qualcosa di contingente e temporaneo. Ciò non toglie, tuttavia, che Piani del genere e con la stessa logica potrebbero moltiplicarsi, tutti in modo temporaneo, ma con lo stesso tipo di procedura. A quel punto, sarebbe difficile negare la possibilità d’inserire una disciplina *ad hoc* nei regolamenti parlamentari.

D’altronde, il PNRR utilizza, soprattutto per le riforme, che sono l’elemento che impatta di più sul ruolo del Parlamento, strumenti legislativi ordinari: decreti-legge³¹, leggi ordinarie, leggi delega e relativi decreti³², leggi annuali. Ciò non toglie che una serie di interventi possano essere previsti, a livello di regolamenti parlamentari, per restituire efficienza al procedimento legislativo, facendo recuperare un ruolo anche al Parlamento, senza relegarlo ad una funzione ratificatoria.

Nel momento in cui si decidesse di intervenire sui regolamenti parlamentari anche a tal fine, e cioè con l’obiettivo di incrementare il ruolo parlamentare nell’attuazione del PNRR, e allo stesso tempo conservare i binari entro cui è necessario muoversi, sarebbero due i *focus* su cui concentrarsi con riferimento al PNRR: tempi e contenuti.

In riferimento ai tempi, in particolare, si potrebbe intervenire sulla programmazione dei lavori; in riferimento ai contenuti, invece, sarebbe possibile agire su alcune regole che influenzano il procedimento legislativo.

Non è possibile neppure trascurare, in materia, non solo il coinvolgimento del Parlamento nel calendario comune di bilancio, ma anche il procedimento di approvazione della legge di bilancio, che negli ultimi anni ha visto un continuo deterioramento.

²⁹ Cfr. S. CURRERI, *Gruppi politici e “anti-trasfughismo”*: nuove regole e spunti critici, in [laCostituzione.info](https://www.lacostituzione.info/), 22/02/2022.

³⁰ *Ibidem*, laddove si nota come le ipotesi di riforma sul punto potrebbero essere formulate in termini più precisi e talora stringenti per rimediare a prassi applicative distorsive, come accaduto al Senato con la riforma del 2017: “prassi certo espressione della dinamicità del quadro politico – in certa misura incompressibile – ma che hanno finito per contraddirne la *ratio*, che vuole i gruppi politici in primo luogo corrispondenti alle forze che si sono presentate alle elezioni e che vi hanno ottenuto il consenso degli elettori, anziché espressione delle volubili e talora poco trasparenti volontà degli eletti”.

³¹ Limitatamente ad una serie di semplificazioni da approvare entro maggio 2021.

³² In particolare, per molte delle riforme previste nel PNRR si individua nelle leggi delega e nei decreti legislativi la fonte principale per delineare il quadro degli interventi normativi necessari per l’efficace esecuzione del Piano. Si tratta, peraltro, di una scelta in linea con quanto era stato auspicato, anche in dottrina, vista la capacità di questo strumento di coniugare un procedimento decisionale tutto sommato veloce, ma fondato su approfondite istruttorie. È stato fatto, in tal senso, un parallelo col modello della legge n. 421 del 1992, che potrebbe essere “il contenitore più idoneo per questa strategia d’insieme, per combinare indirizzi generali e obiettivi specifici nei diversi campi, tutti interessati dalla digitalizzazione e dalla sostenibilità”. Cfr. V. DI PORTO e F. PAMMOLI, *L’Europa, l’Italia, la lezione del 1992*, in [Corriere della sera](https://www.corriere.it/), 10/08/2020. Sul punto, diffusamente, cfr. anche N. LUPO, *La delega legislativa come strumento di coordinamento dell’attività normativa di Governo e Parlamento: dalla legge n. 421 del 1992 al “Next Generation EU”*, in [Amministrazione In Cammino](https://www.ammministrazioneincammino.it/), 5 gennaio 2022, 10: “non è certo ricorrendo a decreti-legge *omnibus* dalla lunga gestazione endogovernativa, dall’impervio cammino parlamentare durante il quale vengono introdotte ulteriori disposizioni (“impacchettate” in maxi-emendamenti su cui il Governo pone la questione di fiducia), e dalla faticosa implementazione, che si può pensare di utilizzare efficacemente le risorse ora destinate all’Italia dall’Unione europea”. D’altro canto, la delegazione legislativa è ampiamente prevista nel PNRR, in settori cruciali, quali la riforma della giustizia e quello delle semplificazioni.

3. I tempi.

Un primo punto sul quale si potrebbe far leva è la valorizzazione delle procedure di programmazione dei lavori parlamentari: visto che ora le priorità, anzitutto del Governo, sono chiare e prevedibili³³. Lo stesso Comitato per la legislazione (nel parere sul d.l. n. 152 del 2021) ha sottolineato come “in termini generali, si pone l’esigenza di una riflessione sull’opportunità, con riferimento al PNRR, di una programmazione legislativa condivisa tra Parlamento e Governo che eviti in futuro di avvicinarsi alle scadenze previste dal PNRR con un numero significativo di provvedimenti legislativi ancora da approvare, il che rende inevitabile, come nel caso in esame, il ricorso a decreti-legge di ampie dimensioni, con possibile pregiudizio di un’adeguata istruttoria legislativa”³⁴. Significa pertanto immaginare “una programmazione parlamentare conformata su obiettivi e tempi del programma pluriennale europeo”³⁵, su quel PNRR “che vincolerà il Governo nelle prossime legislature”³⁶.

Il momento che può essere utilizzato come esempio per mostrare i danni che una scarsa programmazione può avere è quello della sessione di bilancio per il 2022, quando si è registrato un vero e proprio “ingolfamento” presso le Camere (tra disegno di legge di bilancio, decreto-legge c.d. “fiscale”, decreto-legge “PNRR” e i decreti-legge per contenere l’emergenza sanitaria), che ha inevitabilmente condotto ad un esame dei provvedimenti non approfondito, con ripercussioni anche in termini di pubblicità dei lavori parlamentari (come nel caso della legge di bilancio in commissione³⁷), tanto che la legge di bilancio è stata definita “la legge delle due notti”³⁸.

Dunque, si potrebbe immaginare un’estensione del programma dei lavori, nonché una loro maggiore tenuta. Sappiamo oggi qual è il termine entro il quale deve essere presentato un progetto di legge (il trimestre entro il quale deve essere presentato, da PNRR). Non sappiamo però quando effettivamente il Governo lo presenterà. Sarebbe utile avere questa informazione con largo anticipo³⁹, in modo da organizzare i lavori parlamentari, posto che tra l’altro è prevedibile che il lavoro delle Camere continuerà anche nei prossimi mesi ad essere caratterizzato dalla conversione di molti decreti-legge. Per quanto riguarda la tenuta, si dovrebbero superare quelle prassi attuali che si possono considerare elusive del Regolamento.

³³ N. LUPO, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e alcune prospettive di ricerca per i costituzionalisti*, cit., spec. VII-VIII.

³⁴ AC, XVIII legislatura, Boll. giunte e comm., 17 novembre 2021, 7.

³⁵ A. MANZELLA, *Nuovo Parlamento senza regola*, in *Corriere della sera*, 10/04/2022.

³⁶ *Ibidem*. Dunque, come si rileva in Camera dei deputati, *Il PNRR e le assemblee legislative. Nota tematica per il seminario di Torino del 1° aprile 2022*, 8, “merita di essere approfondita la ‘strumentazione’ legislativa con la quale affrontare il Piano, anche al fine di scongiurare il rischio di ricorrere, in prossimità delle scadenze degli adempimenti previsti dal Piano, a decreti-legge multisettoriali il cui esame in Parlamento non può essere necessariamente molto approfondito”.

³⁷ Al Senato, in Commissione Bilancio, si è registrata una vera e propria maratona notturna, più volte sospesa: v. Senato della Repubblica, Commissione 5ª Bilancio, res. somm., martedì 21 dicembre 2021 (dalle ore 02.00 alle 15.35). Si è trattato di una seduta fiume, nella quale sono stati votati centinaia di emendamenti e, all’esito della quale, non si è avuta tempestivamente notizia di quelli approvati, in tal modo finendo per influire anche sulla trasparenza dei lavori parlamentari. I lavori parlamentari sono stati troppo compressi, anche a causa degli altri provvedimenti all’esame del Parlamento, nonché dell’approvazione tardiva del disegno di legge di bilancio da parte del Consiglio dei ministri. Vi è stata quindi una certa difficoltà nell’analizzare gli emendamenti proposti dai gruppi parlamentari. Peraltro, come ha sottolineato anche il Senatore Gianmauro dell’Olio del Gruppo M5S (v. Senato della Repubblica, res. sten. Assemblea, giovedì 23 dicembre 2021, 71), il meccanismo di lavoro ha visto la creazione di tavoli condivisi tra gruppi politici e Governo, per arrivare a una sintesi condivisa su molti temi. Eppure, in tal modo si trasporta fuori dal Parlamento il momento della decisione, anche in tal modo influenzando sulla trasparenza delle decisioni parlamentari.

³⁸ Una in Commissione e una in Aula. Così Matteo Renzi, v. Senato della Repubblica, res. sten. Assemblea, giovedì 23 dicembre 2021, 56. Come continua il Senatore Renzi, esprimendo “un garbato, ma civile dissenso sul metodo che questo Governo ha utilizzato per il disegno di legge di bilancio”, quest’ultima, “come metodo, è una delle leggi peggiori nel corso della storia repubblicana, per come è stata fatta” (57). Come fa notare ivi il Senatore Luca De Carlo, peraltro, le forze di maggioranza hanno presentato oltre 6.000 emendamenti, mentre l’opposizione ne ha presentati 786.

³⁹ Qualche indicazione in tal senso, invero, il Governo la sta dando, soprattutto nelle Relazioni al Parlamento.

A tale valorizzazione si potrebbe arrivare, secondo alcuni, attraverso una sistematica applicazione delle prassi già affermatesi negli ultimi anni, prima tra tutte la condivisione al maggior grado possibile dell'istruttoria legislativa tra le Commissioni dei due rami del Parlamento, almeno per quanto riguarda l'attività conoscitiva, l'espressione del parere su atti del Governo e la possibilità di promuovere consultazioni pubbliche (oggi spesso estesa anche ai procedimenti legislativi, sebbene solo informalmente). Questa condivisione implicherebbe calendari sempre più condivisi, agevolando una programmazione legislativa finalmente comune tra Governo e Parlamento, resa indispensabile – lo ribadisco – dalle numerose scadenze del PNRR⁴⁰. Questa programmazione condivisa e di lungo periodo consentirebbe “a Parlamento e Governo di adottare metodi di normazione decisamente migliori rispetto al passato, con l'effettuazione di adeguate attività istruttorie, consultazioni degli *stakeholder* e analisi di impatto”⁴¹.

Ancora sui tempi e, più in generale, sul procedimento legislativo, devono evidenziarsi due tendenze contrapposte. Da un lato abbiamo un procedimento legislativo che arriva al PNRR in condizioni non buone e che, con la pandemia, ha visto aggravare alcuni suoi caratteri: pensiamo non solo all'eterogeneità dei decreti-legge, ma anche ai tentativi parlamentari di aumentare questa eterogeneità, alla prassi dei maxi-emendamenti e questione di fiducia che continua senza soluzione di continuità, alla prassi dei decreti-legge “minotauro”, al monocameralismo di fatto, ai decreti “staffetta precoce” (cioè abrogazione o modifica esplicita ad opera di un DL di norme contenute in un altro decreto-legge ancora in corso di conversione). Questa è la condizione del procedimento legislativo sulla quale si innesta il PNRR. Quest'ultimo prevede un recupero, almeno “sulla carta”, di una legislazione più ordinata, tramite gli strumenti della delegazione legislativa e delle leggi annuali, nonché con la possibilità che offre di fare una programmazione di medio-lungo periodo dell'attività legislativa.

Quindi abbiamo due tendenze contrapposte: una situazione di partenza non buona e un'idea di legislazione presente nel PNRR. Nella prima fase di attuazione hanno prevalso le vecchie abitudini: molti decreti-legge eterogenei, maxi-emendamenti e questioni di fiducia anche per le leggi delega, monocameralismo di fatto su diversi decreti PNRR⁴².

Su questo versante, recentemente si è sostenuto che potrebbe apparire sconsigliabile innovare “troppo” nei regolamenti parlamentari in questa legislatura, ad esempio introducendo una corsia preferenziale per i progetti del Governo in Parlamento, perché l'attuazione del PNRR pare la priorità assoluta in questa fase, anche a costo di continuare a utilizzare, per quanto criticabili, nei prossimi mesi, le prassi utilizzate finora⁴³ (e quindi almeno l'utilizzo della questione di fiducia sui maxi-emendamenti, perlomeno limitatamente agli interventi legislativi attuativi del PNRR). La questione di fiducia su maxi-emendamenti è, infatti, una prassi che – come ha ricordato la Corte costituzionale nell'ordinanza n. 17 del 2019 – “si è consolidata nel tempo” e della quale si è “fatto frequente uso sin dalla metà degli anni Novanta anche per l'approvazione delle manovre di bilancio da parte dei Governi di ogni composizione politica, in cerca di risposte alle esigenze di governabilità”⁴⁴.

⁴⁰ V. DI PORTO, *Il sistema bicamerale alla prova della riduzione dei parlamentari*, in *Rivista trimestrale di scienza dell'amministrazione*, n. 1, 2022, 20-21.

⁴¹ N. LUPO, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e alcune prospettive di ricerca per i costituzionalisti*, in federalismi.it, 12 gennaio 2022, spec. VIII.

⁴² Sul punto, cfr. S. CECCANTI, *Dieci mesi vissuti pericolosamente (6 gennaio 2021 – 5 novembre 2021): riflessioni dalla Presidenza del Comitato per la legislazione sulla produzione normativa in periodo d'emergenza in sei punti sintetici e tre passaggi logici*, in [Osservatorio sulle fonti](https://osservatorio.sullefonti.it), n. 1, 2022, 364 s.

⁴³ Sia consentito un rinvio a L. BARTOLUCCI, *Sull'inopportunità di intraprendere un percorso di riforma del procedimento legislativo in tempo di Next generation EU*, in [Diritto Pubblico Europeo – Rassegna online](https://diritto-pubblico-europeo.it), n. 2, 2021, 133 s. *Contra*, N. LUPO, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e alcune prospettive di ricerca per i costituzionalisti*, in federalismi.it, 12 gennaio 2022, IV s., spec. VIII.

⁴⁴ *Corte cost., ordinanza n. 17 del 2019*, *Cons. in dir.* 4.3. Allo stesso tempo, nell'ordinanza, la Corte non manca di rilevare le criticità di tale prassi. Non solo la Corte rileva che “le modalità di svolgimento dei lavori parlamentari sul disegno di legge di bilancio dello Stato per il 2019 hanno aggravato gli aspetti problematici della prassi dei maxi-emendamenti approvati con voto di fiducia” (*Cons. in dir.* 4.5), ma anche come “le carenze lamentate dal ricorso

Per non pervenire ad interventi troppo traumatici sul procedimento legislativo, al limite potrebbe essere esteso agli altri disegni di legge uno strumento già presente nel Regolamento della Camera, come quello previsto per i provvedimenti collegati di sessione: ci si riferisce, in particolare, a quello dell'art. 123-*bis* del regolamento della Camera, in base al quale “il Governo può richiedere che la Camera deliberi sul progetto di legge entro un determinato termine, riferito alle scadenze connesse alla manovra finanziaria complessiva”. Si tratterebbe, in questo caso, di estendere un istituto già previsto, senza necessità di stravolgere il procedimento legislativo. Gli stessi collegati sembrano uno strumento da valorizzare, come sembra voler fare il Governo Draghi. Infatti, nel DEF 2021, il Governo dichiara di voler presentare, a completamento della manovra di bilancio 2022-2024, quali collegati alla decisione di bilancio una lunga lista di disegni di legge (in totale 22).

Per il resto, si dovrebbe rivalutare anche alla Camera la sede redigente, tenendo in considerazione la riforma regolamentare del Senato (2017). Questa ipotesi è realizzabile per l'approvazione di disegni di legge ordinaria per i quali, a differenza delle leggi di conversione dei decreti-legge⁴⁵, non è prevista la necessaria assegnazione in sede referente⁴⁶. Inoltre, secondo quanto previsto dal Regolamento del Senato (e ovviamente, prima ancora, dall'art. 72, quarto comma Cost.), qualora un decimo dei componenti dell'Assemblea (o un quinto della Commissione) decidessero di chiedere la remissione in sede referente, sarebbero garantiti tempi certi per l'esame.

D'altro canto, in sede di conversione della decretazione d'urgenza si è andati – di fatto – verso un uso della sede redigente. Mentre al Senato, dopo la riforma del regolamento del 2017⁴⁷ e a partire dall'inizio della XVIII legislatura, la sede redigente è diventata l'opzione di *default* per l'esame e l'approvazione dei disegni di legge, alla Camera dei deputati, per la conversione dei decreti-legge, si è costruito, di fatto, un procedimento che assomiglia molto alla sede redigente per effetto della posizione della questione di fiducia⁴⁸.

Dunque, uno sviluppo regolamentare potrebbe essere quello di individuare, anche alla Camera, nella sede redigente la procedura da applicare “di regola” per l'esame dei disegni di legge.

4. I contenuti

Uno dei modi per arginare alcune prassi è quella del voto a data certa. In quest'ambito si può prendere in considerazione almeno la riforma proposta dall'On. Giorgis che prevede l'istituzione di

abbiano determinato una compressione dell'esame parlamentare” (*Cons. in dir.* 4.2). La Corte, infatti, sottolinea come abbia “già avuto occasione di segnalare gli effetti problematici dell'approvazione dei disegni di legge attraverso il voto di fiducia apposto su un maxi-emendamento governativo, osservando che in tal modo, per effetto del ‘voto bloccato’ che la questione di fiducia determina ai sensi delle vigenti procedure parlamentari, sono precluse una discussione specifica e una congrua deliberazione sui singoli aspetti della disciplina e impedito ogni possibile intervento sul testo presentato dal Governo ([sentenza n. 32 del 2014](#))”. In generale, sull'incostituzionalità della prassi dei maxiemendamenti cfr., G. PISTORIO, *Maxi-emendamento e questione di fiducia. Contributo allo studio di una prassi illegittima*, Editoriale scientifica, Napoli, 2018, spec. 117 s. Cfr. anche, tra i tanti, N. LUPO, *Presentazione. Alla ricerca di una nozione costituzionale di articolo*, in *Maxi-emendamenti, questioni di fiducia, nozione costituzionale di articolo*, a cura di N. Lupo, Padova, 2010, 1 s.; G. PICCIRILLI, *L'emendamento nel processo di decisione parlamentare*, Padova, 2009, spec. 263 s.

⁴⁵ Art. 96-*bis*, comma 1, Reg. Camera; art. 78, commi 5 e 6, Reg. Sen.

⁴⁶ Tale procedimento non sarebbe utilizzabile neppure, ai sensi dell'art. 35, comma 1, Reg. Sen., per i progetti di legge collegati al Bilancio.

⁴⁷ La riforma del Regolamento del Senato del 2017 individua nella sede redigente la procedura da applicare “di regola” per l'esame dei disegni di legge, in base all'art. 34.1-*bis* Reg. Sen. così come modificato dalla riforma del 2017. Su quest'ultime, cfr. A. CARBONI e M. MAGALOTTI, *Prime osservazioni sulla riforma organica del Regolamento del Senato*, in [federalismi.it](#), n. 1, 2018, 22 s.; F.S. TONIATO, *Innovazione e conservazione nel Regolamento del Senato*, in *Nuova Antologia*, n. 1, 2018, 59 s. Invece, sulla sede redigente nella storia repubblicana, cfr. M. CECCHETTI, *La sede redigente nel “modello Camera”*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 1994, 467 s.; S. TRAVERSA, *Commissioni in sede redigente*, in *Rassegna Parlamentare*, n. 2, 2008, 535 s.

⁴⁸ C. FASONE, *Le commissioni parlamentari nella gestione della crisi pandemica*, in *Il Parlamento nell'emergenza pandemica*, Il Filangieri, Quaderno 2020, a cura di V. Lippolis e N. Lupo, 2021, 59 s., spec. 69.

un procedimento legislativo con tempi certi per progetti di cui sia dichiarata l'urgenza ai sensi dell'articolo 69 del regolamento per i quali è previsto “un termine per la deliberazione finale dell'Assemblea, non superiore a quaranta giorni dalla dichiarazione d'urgenza”⁴⁹.

Nella prima bozza di ipotesi di modifica del Regolamento si interveniva sull'art. 89 Reg. Cam., con l'intento di superare la prassi dei maxi-emendamenti, dotando il Presidente di Assemblea della facoltà di dichiarare irricevibili “gli emendamenti interamente sostitutivi di un articolo e contestualmente soppressivi di altri, nonché quelli volti a modificare uno o più articoli senza che fra le modifiche proposte sussista una evidente consequenzialità logico-normativa”. Si tratta di una disposizione che è poi stata eliminata nella nuova formulazione del testo di riforma del Regolamento della Camera predisposto dai relatori⁵⁰.

Tuttavia, si può ritenere, venendo al versante dei contenuti, che le prassi già in uso siano preferibili, invece al voto a data certa e al divieto di maxi-emendamenti⁵¹, se viste nell'ottica dell'attuazione corretta del PNRR, perché con esse il Governo ha la possibilità di influenzare di più i contenuti dei provvedimenti. Infatti, il rischio in Parlamento di alcune misure legislative di attuazione del PNRR, specie in questi ultimi mesi di legislatura ovviamente, potrebbe essere il cambiamento delle misure in un modo non in linea con gli obiettivi del PNRR. Si tratta senz'altro di un'affermazione forte, basandosi sul presupposto che, spesso, il Parlamento non sia in grado di auto-limitarsi (così come il Governo, d'altro canto).

Con tali prassi, si dovrebbe riuscire a non far uscire i contenuti dei provvedimenti dalle strettoie del Piano, sempreché anche il Governo adotti atti in linea con quest'ultimo. Non si vuole, invece, affermare il tema della immutabilità del testo in senso contrario al PNRR. In tal caso, infatti, deve essere registrata l'assenza, nel nostro ordinamento, di leggi organiche in grado di condizionare la legislazione successiva⁵².

La legislazione dovrà adeguarsi ai contenuti del Piano. Ci possiamo chiedere, in quest'ambito, quali spazi ci sono per il Parlamento tra le *milestones* e i target del PNRR. Ci sono sicuramente spazi di integrazione, o di interpretazione di una determinata *milestone*, ma sempre tra le strettoie date dal PNRR stesso. In particolare, gli spazi di integrazione possono essere visti come luoghi ove il Parlamento possa integrare quanto previsto dal Piano, mentre gli spazi di interpretazione possono essere utilizzati laddove il Piano non è poi così preciso.

Allo stesso tempo, escluse le ipotesi di rinnegamento del Patto o di un (complicato) tentativo di modifica, non potranno essere messe in discussione né le misure ivi contenute né il momento nel quale dovranno essere approvate (non essendo più possibile l'opzione politica del rinvio di una determinata decisione).

Il PNRR impone quindi omogeneità perlomeno delle leggi di conversione. Dunque, una riflessione potrebbe essere fatta sul vaglio di ammissibilità presidenziale. Sebbene sia arduo arrivare a sostenere che il vaglio di ammissibilità debba essere orientato a quanto dice il PNRR, sarebbe però allo stesso tempo necessaria una uniforme applicazione dei criteri di emendabilità fra le Camere, anche nell'ambito della decretazione d'urgenza. Certo, questo ovviamente può funzionare solo se, allo stesso tempo, anche il Governo, nello scrivere il decreto-legge, riesca ad auto-limitarsi,

⁴⁹ A.C. doc. II, n. 22 dell'On. Giorgis e altri. Su tale proposta di modifica, cfr. G. PICCIRILLI, *La proposta PD di modifica del regolamento della Camera. Un netto passo avanti nel dibattito sulle riforme regolamentari*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 2, 2021.

⁵⁰ Camera dei deputati, Giunta per il regolamento, Allegato 1, Nuova formulazione del testo di riforma del Regolamento della Camera predisposto dai relatori – 27 aprile 2022.

⁵¹ V. LIPPOLIS, *Un onesto compromesso regolamentare: il divieto di maxi-emendamenti in cambio di tempi certi di esame dei disegni di legge governativi*, in *Maxi-emendamenti e questioni di fiducia, nozione costituzionale di articolo*, a cura di N. Lupo, Cedam, Padova, 2010, 41-45; A. MALASCHINI e M. PANDOLFELLI, *Crisi della legislazione: riorganizzazione parziale del procedimento legislativo o codificazione ordinaria ex post?*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 3, 2021, 166 s.

⁵² Al di là del dibattito sulla legge “rinforzata” o “organica” prevista dall'art. 81, sesto comma, Cost. Sul punto, cfr. N. LUPO, *La revisione costituzionale della disciplina di bilancio e il sistema delle fonti*, in *Costituzione e pareggio di bilancio*, a cura di V. Lippolis, N. Lupo, G.M. Salerno e G. Scaccia, Napoli, 2011, 89 s.

inserendo solo contenuti omogenei e attuativi del PNRR, senza inserire in quella sede altre disposizioni che possono considerarsi estranee alla materia. Altrimenti, anche il vaglio di ammissibilità presidenziale difficilmente potrebbe essere utilizzato per attenersi alla realizzazione del Piano.

Qualche considerazione può essere fatta sul far discendere dal PNRR limiti all'emendabilità parlamentare. Eppure, se ci si muove nel sentiero dell'art. 11 Cost. e della Costituzione composita europea, non è difficile immaginare come tale vincolo discenda dallo stesso procedimento euro-nazionale rappresentato dal PNRR. D'altro canto, altre volte procedimenti parlamentari italiani sono stati anche pesantemente condizionati dal dispiegarsi dei procedimenti euro-nazionali: si pensi, per tutti, al caso della sessione di bilancio per il 2019, laddove la lunga interlocuzione con le istituzioni europee (richiamata anche dalla Corte costituzionale nell'ordinanza n. 17 del 2019⁵³) ha profondamente influenzato i tempi dell'approvazione della legge di bilancio⁵⁴. Oppure, al fatto che la Commissione europea può esprimersi sul Documento programmatico di bilancio, anche a fine novembre. Il fatto che la Commissione possa adottare questo parere entro il 30 novembre, mentre il disegno di legge di bilancio viene presentato alle Camere entro il 15 ottobre, pone infatti le attività parlamentari in una situazione peculiare: l'attività parlamentare non potrà ritenersi sospesa da un punto di vista giuridico, ma potrebbe esserlo, di fatto, da un punto di vista politico⁵⁵.

Sull'attività emendativa, si pone l'esigenza di una riflessione più ampia. Il Parlamento usa gli spazi che gli rimangono nel procedimento legislativo, anche nel corso della conversione di decreti-legge, presentando migliaia di emendamenti, la maggior parte dei quali poi non vengono "segnalati" dai gruppi⁵⁶. Si tratta dunque di migliaia di proposte, che non vengono né discusse né – tantomeno – votate, ma presentate ad un semplice scopo "propagandistico". Sarebbe pertanto augurabile che le forze politiche pongano un argine agli emendamenti⁵⁷. In tal modo, il Parlamento lavorerebbe su meno temi, ma meglio, valorizzando il ruolo delle Commissioni di merito. Infatti, molto spesso il Parlamento tenta di dare un apporto con "emendamenti minuti e particolari, i quali intervengono in

⁵³ Sull'ordinanza n. 17 del 2019 della Corte costituzionale la letteratura è ampia. Cfr., almeno, N. LUPO, *Un'ordinanza compromissoria, ma che pone le basi per un procedimento legislativo più rispettoso della Costituzione*; S. CURRERI, *L'occasione persa (prime note sull'ordinanza n. 17/2019 della Corte costituzionale)*; A. LUCARELLI, *La violazione del procedimento legislativo "costituzionale" è una violazione grave e manifesta?* A. MANZELLA, *L'opposizione in regime di parlamentarismo assoluto*; A. MORRONE, *Lucciole per lanterne. La n. 17/2019 e la terra promessa di quote di potere per il singolo parlamentare*, F. SORRENTINO, *La legge di bilancio tra Governo e Corte costituzionale: il Parlamento approva a scatola chiusa*, tutti in federalismi.it, 20/02/2019; E. ROSSI, *L'ordinanza n. 17/2019 e il rischio dell'annullamento della legge di bilancio*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 1, 2019, 165 s.; G.L. CONTI, *Corte costituzionale e prerogative del Parlamento nei dintorni della decisione di bilancio*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1, 2019; G. TARLI BARBIERI, *L'ordinanza 17/2019 a distanza di sessant'anni dalla sent. 9/1959: una nuova "storica (ma insoddisfacente) sentenza"?*, *ibid.*, n. 1, 2019; P. PASSAGLIA, *La garanzia giurisdizionale del procedimento legislativo: un quadro deprimente ad eziologia complessa*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 5, 2019, 40 s.; I. NICOTRA, *La Corte, il fattore tempo e il battesimo dei nuovi "mille" poteri dello Stato*, *ibid.*, n. 5, 2019, 66 s.; M. MANETTI, *La tutela delle minoranze parlamentari si perde nel labirinto degli interna corporis acta*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2019, 611 s.; A. RUGGERI, *Il "giusto" procedimento legislativo in attesa di garanzie non meramente promesse da parte della Consulta*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2019, 597 s.; L. DI MAJO, *Il conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato (a partire da violazioni di «prerogative» e «diritti» dei Parlamentari). Nota ad ordinanza n. 17/2019 della Corte costituzionale*, in Forum di Quaderni Costituzionali, 11/04/2019,

⁵⁴ G. RIVOSECCI, *Manovra di bilancio 2019: la rientrata procedura di infrazione per debito eccessivo*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 1, 2019, 155 s.; C. BERGONZINI, *Manovra di bilancio 2019: quando si finisce col fare a meno del Parlamento*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 1, 2019, 162.

⁵⁵ D.A. CAPUANO e E. GRIGLIO, *La nuova governance economica europea. I risvolti sulle procedure parlamentari italiane*, in *Il sistema parlamentare euro-nazionale cit.*, 245.

⁵⁶ Cfr., sul punto, M. NARDINI, *La prassi della segnalazione degli emendamenti nella legislazione d'emergenza sanitaria*, in *Rassegna Parlamentare*, n. 2, 2021, 247 s.

⁵⁷ Più complicato, al contrario, sarebbe prevedere un limite alla possibilità di presentare emendamenti, posto che una simile riforma incontrerebbe il limite dell'art. 71 Cost., dato che per la Corte costituzionale il potere di emendamento deriva da quello d'iniziativa legislativa (da ultimo, ord. 17 del 2019, 3.3).

maniera alluvionale e spesso interstiziale rispetto alle disposizioni in cui vanno a collocarsi”⁵⁸. Si tratta di una tecnica emendativa che “guarda al particolare se non al micro, prescindendo dal generale, anche perché è talora impossibile avere una visione d’insieme di testi ipertrofici e multisettoriali, per lo più contenuti in decreti-legge da esaminare in tempi rapidi”⁵⁹. A tal proposito, sarebbe utile una concentrazione nelle Commissioni dell’istruttoria sui micro-emendamenti e alzando il livello del dibattito in Assemblea, da sviluppare attorno a proposte alternative di più ampio respiro⁶⁰.

Quello su cui si potrebbe riflettere riguarda ulteriori disposizioni volte a contrastare l’inserimento di norme eterogenee rispetto ai contenuti del decreto-legge. Il regolamento della Camera prevede, all’art. 96-bis, comma 7, l’inammissibilità degli emendamenti che non siano strettamente attinenti alla materia del decreto-legge, ma “la prassi dimostra come tale disposizione sia sovente disattesa”⁶¹. Per quanto riguarda il Regolamento del Senato, non vi sono previsioni sulla stretta attinenza degli emendamenti presentati al decreto-legge. In questo versante, sarebbe pertanto augurabile pervenire ad una armonizzazione dei Regolamenti delle due Camere (anche tenendo conto del fatto che il controllo di inammissibilità dei due Presidenti dovrebbe tendere ad eguagliarsi anche per rispondere alle sollecitazioni che, sulla disomogeneità dei decreti-legge emanati e delle leggi di conversione approvate, provengono loro dal Presidente della Repubblica in sede di promulgazione e dalla Corte costituzionale).

Allo stesso tempo, tuttavia, si può segnalare come sia stato il Senato – almeno in alcune fasi – ad avere un approccio più rigido in materia di proponibilità delle proposte emendative. In questo ambito, il Senato sembrava anche aver inaugurato una nuova dimensione dell’ammissibilità nell’ambito della conversione dei decreti-legge, giudicando sovente improponibili quegli emendamenti che introducono misure a regime o, comunque, che estendono l’arco temporale degli interventi (o che introducono interventi con un arco temporale più lungo di quello considerato dal decreto-legge)⁶² che potrebbe essere non solo positivizzato nel regolamento del Senato stesso, ma anche trasferito presso la Camera dei deputati. L’estensione temporale degli interventi, tanto più in un momento di emergenza, può considerarsi parte dell’omogeneità che deve sussistere tra decreto-legge e legge di conversione: in tal senso, una proposta emendativa che introduce una misura strutturale (a tempo indeterminato) o allunga eccessivamente la durata di una misura difficilmente può ritenersi collegata alle finalità del decreto-legge, adottato per tamponare l’emergenza e con disposizioni con una durata commisurata a questo obiettivo.

In quest’ambito, è condivisibile l’ipotesi di riforma dell’art. 78, comma 6-bis, del regolamento del Senato⁶³, secondo il quale, “qualora ricorrano le condizioni di cui all’articolo 97, comma 1, il Presidente del Senato può dichiarare improponibili disposizioni contenute nel testo proposto dalla Commissione all’Assemblea”. Sembra trattarsi di una innovazione in linea con l’omogeneità che richiede anche il PNRR.

⁵⁸ V. DI PORTO, *La riforma “furba” e le possibili opportunità per riforme regolamentari che assecondino le tendenze monocamerale dell’ordinamento*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 14 settembre 2020, 393 s., spec. 401.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ G. TOZZI, *La lettera del Presidente Mattarella del 23 luglio 2021 tra prassi parlamentare, riforme dei Regolamenti parlamentari e PNRR*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 12 febbraio 2022, 130 s., spec. 139.

⁶² Solo per fare un paio di esempi, in riferimento all’AS 2144 (decreto-legge 22 marzo 2021, n. 41, recante misure urgenti in materia di sostegno alle imprese e agli operatori economici, di lavoro, salute e servizi territoriali, connesse all’emergenza da COVID-19), si pensi all’emendamento 1.0.30, che riduce le aliquote Iva per vini DOC DOCG e IGT fino al 31 dicembre 2023, introducendo una modifica strutturale e non legata temporalmente all’emergenza; oppure, all’emendamento 2.36, il quale prevede che le società per la realizzazione e la gestione di impianti di trasporto per la mobilità turistico-sportiva in aree montane siano escluse, per un periodo di 24 mesi, dall’applicazione del d.lgs. n. 175/2016; anche in tal caso si tratta di misura non riconducibile all’emergenza, dato che introduce una misura a lungo termine. Queste proposte, come altre con caratteristiche simili, sono state dichiarate improponibili: cfr. Senato della Repubblica, Legislatura 18^a, Commissioni 5^o e 6^o riunite, Res. somm. n. 18 del 21/04/2021.

⁶³ Cfr. Senato della Repubblica, Testo base adottato dalla Giunta per il Regolamento, Allegato al res. somm. della riunione del 18 gennaio 2022, spec. 48.

A tal fine, si ritiene anche necessario – per i provvedimenti di attuazione dello stesso – un deciso irrigidimento del regime di ammissibilità degli emendamenti; oppure, si potrebbe immaginare che un organo, ad esempio alla Camera il Comitato per la legislazione, oppure una commissione permanente, che dia un parere sugli emendamenti che incidono sulle *milestones*⁶⁴.

Certo, tutto questo ovviamente può funzionare solo se, allo stesso tempo, anche il Governo, nel redigere il decreto-legge, riesca ad auto-limitarsi, inserendo solo contenuti omogenei e attuativi del PNRR, senza inserire in quella sede altre disposizioni che possono considerarsi estranee alla materia. Altrimenti, anche il vaglio di ammissibilità presidenziale difficilmente potrebbe essere utilizzato per attenersi alla realizzazione del Piano.

Altri versanti della riforma dei regolamenti che possono incidere sul PNRR sono sicuramente quelli dell'articolazione delle Commissioni permanenti. La riforma dei Regolamenti di Camera e Senato si potrebbe sfruttare anche per intervenire sull'organizzazione delle Commissioni parlamentari, aggiornando e adattando il sistema delle Commissioni non solo alla nuova articolazione governativa, ma anche alla centralità che la questione ambientale – e l'interesse intergenerazionale – stanno assumendo nell'ambito dell'ordinamento italiano.

Da questo punto di vista, una riflessione può essere fatta sull'accorpamento delle Commissioni che si prevede nelle bozze di riforma del Regolamento del Senato⁶⁵ e, in particolare, sull'unica Commissione Camera per ambiente e lavori pubblici. Nell'ottica del nuovo art. 9 Cost., in particolare, tale scelta può apparire sensata, in quanto estende la tutela paesaggistica a quella ambientale, anche nell'interesse delle generazioni future, in tal modo accogliendo una visione più ampia, simile a quella di sviluppo sostenibile che deve pertanto legarsi ad altri settori dell'agire umano (come, ad esempio, i lavori pubblici). A tal fine, se ne potrebbe contestualmente anche aumentare l'attività consultiva in altri settori che, come i lavori pubblici, hanno conseguenze sull'ambiente e, in senso lato, sulle generazioni future e sullo sviluppo sostenibile.

Con una riforma ancora più ambiziosa si potrebbe addirittura pensare di introdurre una sorta di “Commissione per il futuro”, sul modello finlandese, oppure di prendere spunto da una delle altre esperienze presenti nel diritto comparato (si pensi al *Parliamentary Advisory Council for Sustainable Development* tedesco). L'obiettivo sarebbe quello d'inserire un momento di riflessione “*future-oriented*” nel procedimento legislativo, per “allungare” lo sguardo del legislatore, superando quell'approccio di breve periodo e del “qui ed ora” che molto spesso ha caratterizzato la vita politica e parlamentare⁶⁶.

D'altro canto, riprendendo una splendida immagine di Hegel, Andrea Manzella ha individuato nel Parlamento il ‘porticato’ tra Stato e società civile⁶⁷. Oggi il porticato non basta più: non ci si può limitare a guardare (e rappresentare) chi è (adesso) nella piazza, ma si deve tener conto anche di chi quella piazza la occuperà in futuro, per espressa previsione costituzionale, agendo anche

⁶⁴ AC, XVIII legislatura, Boll. giunte e comm., 17 novembre 2021, 7, laddove il Comitato chiede alla Commissione di merito di valutare l'opportunità di approfondire l'istruttoria legislativa – cui potrebbe eventualmente contribuire anche la predisposizione di apposite analisi di impatto della regolamentazione – sull'articolo 6; sui commi 8 e 9 dell'articolo 9, sull'articolo 15 e sull'articolo 22, in modo da verificare l'idoneità delle norme a dare completa attuazione agli obiettivi indicati nella decisione del Consiglio UE di approvazione del PNRR. Inoltre, lo stesso Comitato rileva come il provvedimento appaia riconducibile a finalità distinte (tra le quali garantire la tempestiva attuazione degli interventi previsti dal PNRR) e lo qualifica come “provvedimento *ab origine* a contenuto plurimo”, che presenta sì una sostanziale omogeneità di scopo (in questo caso l'attuazione del PNRR), ma contiene anche altre specifiche finalità, che non appaiono direttamente connesse con il PNRR ma sono pure indicate nel preambolo. Ciò premesso, chiede di valutare comunque l'opportunità di approfondire la riconducibilità alle finalità unitarie delle disposizioni di cui all'articolo 40 (disposizioni relative al sistema del servizio civile universale) e all'articolo 44 (disposizioni in materia di Alitalia).

⁶⁵ L'ipotesi di modifica del Regolamento prevede che “Eventuali accorpamenti (che potrebbero riguardare le Commissioni i cui ambiti di competenza sono contigui) potrebbero essere definiti in raccordo con la Giunta del Senato al fine di garantire una tendenziale specularità delle Commissioni permanenti nei due rami del Parlamento”. Cfr. Camera dei deputati, Giunta per il Regolamento, res. somm. della riunione del 17 febbraio 2022, spec. 16, sull'art. 22 Reg. Cam.

⁶⁶ Sul punto, sia consentito il rinvio a L. BARTOLUCCI, *La sostenibilità del debito pubblico in Costituzione*, cit., 1 s.

⁶⁷ A. MANZELLA, *Il Parlamento*, cit., 30.

nell'interesse delle future generazioni. Per tale ragione, è necessario un vero e proprio cambiamento di paradigma per le Camere, anche recuperando quella funzione 'pedagogica' che già Bagehot annoverava tra i principali compiti di un Parlamento: stavolta, però, educando al futuro.

5. Sul "prendere sul serio" il Semestre europeo e su qualche (limitata) innovazione nelle procedure di bilancio.

Il PNRR si inserisce nell'ambito del Calendario comune di bilancio, diventando il principale procedimento euro-nazionale dei prossimi anni. A tal proposito, pare allora utile anche analizzare brevemente quali migliorie apportare ai regolamenti parlamentari non solo per rendere il Parlamento più attivo nelle varie fasi del semestre europeo, ma anche per renderlo più attento al semestre nazionale, laddove tutti i momenti precedentemente trascurati vengono al pettine nel momento della discussione e dell'approvazione della legge di bilancio.

Peraltro, gli stessi Piani Nazionali di Ripresa e Resilienza elaborati dagli Stati e approvati dall'UE si basano sulle Raccomandazioni Specifiche per Paese formulate negli anni passati, per affrontare tutti quei nodi che – in tempi normali – sono stati invece spesso ignorati (come dimostra, in Italia, lo scarso livello di attuazione delle stesse Raccomandazioni Specifiche).

Questo è un nodo che potrebbe essere affrontato nei regolamenti parlamentari, intervenendo sui momenti principali e più significativi del calendario comune di bilancio, per evitare che, in futuro, si "resti indietro" nell'attuazione di quanto contenuto nelle Raccomandazioni Specifiche per Paese. Per raggiungere tale obiettivo, si potrebbe inserire una "sessione europea", a luglio, dedicata all'esame analitico delle Raccomandazioni Specifiche per Paese.

Allo stesso modo, per tentare di rendere la sessione di bilancio il luogo delle grandi scelte, pervenendoci già con un'idea chiara della politica economica che si andrà ad attuare, andrebbe data maggiore importanza a quei momenti nei quali si esaminano i documenti programmatici economico-finanziari, come DEF e NADEF, inserendo delle "pre-sessioni di bilancio": momenti parlamentari dedicati esclusivamente all'analisi di tali documenti, in maniera analitica.

In generale, la direzione verso cui tendere è quella di "prendere sul serio" il calendario comune di bilancio, partecipando attivamente e consapevolmente a tutte le sue fasi, lasciando in tal modo più tempo al controllo parlamentare sull'Esecutivo nel Semestre nazionale. Invece, trascurare – anche a livello parlamentare – alcuni snodi fondamentali del Calendario comune di bilancio, non solo pregiudica la capacità del Parlamento di esercitare uno scrutinio tempestivo sulle grandi scelte di politica economica, ma gli lascia anche meno 'spazio' in sede di sessione di bilancio. L'Analisi annuale sulla crescita, il DEF, le Raccomandazioni Specifiche per Paese, la NADEF: si tratta di strumenti attraverso i quali si dovrebbe decidere, tra Parlamento e Governo, sulle linee fondamentali della politica economica che poi si seguirà nella legge di bilancio.

Molte potrebbero essere le proposte per intervenire sui regolamenti parlamentari in tema di procedure di bilancio⁶⁸. Eppure, due particolari aspetti si ritiene utile prendere in considerazione in questa sede: i ritardi governativi e la rincorsa parlamentare ad inserire qualsiasi contenuto in legge di bilancio.

Come è noto, negli ultimi due anni, si è accentuato il fenomeno di depositare il disegno di legge di bilancio oltre il termine del 20 ottobre previsto dalla legge (ritardi rispettivamente di 29 e 22 giorni).

Per rimediare a questo fenomeno, il presidente della commissione bilancio della Camera, ha presentato una proposta di legge che modifica alcuni termini temporali della manovra di finanza pubblica. In particolare, si anticipa il deposito del documento della NADEF al 20 settembre (rispetto al 27) e si anticipa al 10 ottobre (anziché al 20) il termine entro il quale il Governo deve depositare il disegno di legge di bilancio. Infine, si prevede che in caso di sfioramento del termine

⁶⁸ Sul punto, si rimanda a quanto già sostenuto, riprendendo le proposte di Paolo De Ioanna, in L. BARTOLUCCI, *La sostenibilità del debito pubblico in Costituzione*, cit., 371 s.

previsto per il deposito del disegno di legge di bilancio, il Presidente del Consiglio debba riferire tempestivamente in entrambe le camere per chiarire i motivi del ritardo. Nella seduta della commissione dell'8 marzo 2022, tuttavia, il Viceministro dell'economia, Laura Castelli, ha dichiarato la contrarietà del Governo su uno dei nuovi termini temporali proposti, quello relativo al 20 settembre per il deposito della NADEF, con una motivazione tecnica: al 20 settembre non sono disponibili i conti annuali diffusi dall'Istat, indispensabili per il Governo per disporre di dati consolidati di finanza pubblica per effettuare previsioni a legislazione vigente. È seguita la reazione del Presidente della Commissione bilancio, che ha annunciato la convocazione di un'audizione informale dei rappresentanti dell'Istat.

L'audizione di rappresentanti dell'ISTAT si è tenuta mercoledì 16 marzo 2022 presso la V Commissione della Camera: in quella sede, l'ISTAT ha effettivamente fatto presente come “la nuova tempistica” comporterebbe “un ulteriore onere” per l'istituto, che è già in forte dipendenza dai tempi di acquisizione delle relative informazioni dalle fonti istituzionali, con possibili gravi ricadute sulla qualità e sull'affidabilità delle statistiche di finanza pubblica⁶⁹.

Anche alla luce di questo, è stato presentato l'emendamento 1.5. del Relatore per anticipare il termine per la presentazione della NADEF al 25 settembre di ciascun anno e la presentazione della legge di Bilancio al 15 ottobre, anticipando così rispettivamente di due e cinque giorni i termini attualmente vigenti.

Si tratta di un'iniziativa non destinata a cambiare in profondità il procedimento di bilancio, in quanto l'anticipazione del termine è esigua e potrebbe sempre essere interpretato come non perentorio, ma comunque idonea a dare un piccolo segnale sulla volontà del Parlamento di “avere più tempo”.

Sull'emendabilità parlamentare, qualcuno ha anche proposto di creare una “legge mancia 4.0”, che nasca a seguito di regole chiare (e in seguito a un patto politico solido)⁷⁰. In tal modo, si potrebbe tutelare il contenuto proprio della legge di bilancio, assicurando allo stesso tempo al Parlamento qualche spazio di agibilità politica nel sostegno a specifici territori o opere infrastrutturali. Si tratterebbe di istituire un fondo pluriennale per il finanziamento di specifiche finalità, ripartito poi con atto amministrativo su indicazione politica del Parlamento tramite atto di indirizzo. Per far funzionare uno strumento del genere, ovviamente, i gruppi parlamentari dovrebbero evitare che i propri componenti presentino emendamenti microsettoriali e localistici nell'*iter* di altri provvedimenti o che ne impediscano la segnalazione, mentre Presidenti di Commissioni e Aula dovrebbero far rispettare in maniera intransigente i criteri di ammissibilità.

Questo anche perché si trascurano – a livello parlamentare – alcuni snodi fondamentali del Calendario comune di bilancio, non solo pregiudicando la capacità del Parlamento di esercitare uno scrutinio tempestivo sulle grandi scelte di politica economica, ma lasciandogli anche meno ‘spazio’ in sede di sessione di bilancio. L'Analisi annuale sulla crescita, il DEF, le Raccomandazioni Specifiche per Paese, la NADEF: si tratta di strumenti attraverso i quali si dovrebbe decidere, tra Parlamento e Governo, sulle linee fondamentali della politica economica che poi si seguirà nella legge di bilancio e, invece, seguendo i lavori parlamentari in quelle occasioni, si può vedere come si risolvano in dibattiti più o meno sterili su tutt'altro, e non su quei temi che effettivamente dovrebbero essere discussi. Si giunge così all'inizio dell'autunno completamente impreparati e l'interlocuzione con le istituzioni europee, che invece quei documenti prendono sul serio, si fa evidentemente più lunga e complicata.

⁶⁹ Audizione di rappresentanti dell'ISTAT nell'ambito dell'esame della proposta di legge recante modifiche all'articolo 7 della legge 31 dicembre 2009, n. 196, in materia di termini per la presentazione della Nota di aggiornamento del Documento di economia e finanza e del disegno di legge del bilancio dello Stato alle Camere (C. 3437 Melilli).

⁷⁰ G. DE FILIO, *Proposta (non provocatoria). E se per tutelare la legge di bilancio dalle marchette si tornasse ad una legge mancia 4.0?* in [Linkedin](#), post del 22 dicembre 2021.

Durante la sessione di bilancio, poi – a causa del suo carattere ‘motorizzato’⁷¹ – oltre ai ritardi governativi, si assiste ad una rincorsa parlamentare ad inserire qualsiasi contenuto in legge di bilancio, come anche le sessioni di bilancio 2018 e 2019 – caratterizzate da tensioni derivanti dall’evidente disallineamento tra Italia e Unione europea – hanno contribuito a dimostrare⁷². Da tale affastellamento di misure deriva il fatto che esse non vengono valutate per i benefici che possono assicurare, bensì per la spesa che comportano: in tal modo, il Paese è governato dagli strumenti (le risorse finanziarie necessarie) e non dagli obiettivi (le politiche pubbliche)⁷³.

Sembra pertanto necessario “riportare la legge di bilancio alla sua natura propria, rispettando in fondo lo spirito e la lettera della legge di contabilità. Fare cioè dell’annuale sessione di esame della legge di bilancio un momento essenzialmente di controllo dell’indirizzo costruito con vari passaggi parlamentari (l’approvazione del DEF e poi del NADEF) sulle scelte di prelievo e di spesa, nel contesto di una — sempre cruciale per l’Italia (Paese con un alto debito pubblico e appartenente all’Euro) — interlocuzione con le istituzioni dell’Unione europea”⁷⁴.

Un punto di caduta dovrebbe essere l’attuazione dell’art. 5, comma 4, della legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1, che rimanda ai regolamenti parlamentari la disciplina relativa all’esercizio della funzione di controllo sulla finanza pubblica da parte delle Camere, con particolare riferimento all’equilibrio tra entrate e spese nonché alla qualità e all’efficacia della spesa delle pubbliche amministrazioni.

Certo, ci sono altre prassi che andranno verificate: si pensi a quella che ha visto una alternanza tra Camera e Senato nell’esame in prima lettura di disegno di legge di bilancio e decreto-legge fiscale, consolidando quel “monocameralismo di fatto”⁷⁵ che già si era instaurato nelle sessioni di bilancio del 2018 e 2019⁷⁶. Si tratta di una prassi che è recentemente saltata: durante la sessione di

⁷¹ A. MANZELLA, *Il Parlamento*, cit., 348.

⁷² S. CASSESE, *Una legge confusa*, in [Corriere della sera](#), 17/12/2019.

⁷³ *Ibidem*. Cfr. anche M. DEgni, *Come crescere un punto in più?* in [Bilancio Comunità Persona](#), n. 1, 2019, 101 s., spec. 104: infatti, “le politiche pubbliche (e la relativa articolazione in programmi) dovrebbero essere ben definite, per consentirne l’appropriata traduzione quantitativa nella prima sezione del bilancio integrato. Non ci si dovrebbe limitare, com’è spesso fatto, all’allocazione di generici fondi. Il Parlamento dovrebbe attivare una severa azione di stralcio preliminare [...] espungendo dal testo governativo tutte le norme micro-settoriali e attivando un altrettanto severo filtro di ammissibilità per gli emendamenti. Una regola semplice potrebbe essere fornita dalla struttura del DPB, che richiede l’indicazione di tutte le misure con un impatto superiore a 0,1 punti di PIL. Si potrebbe stabilire, agendo sui regolamenti parlamentari, che disposizioni d’impatto inferiore non possano essere collocate nel progetto di bilancio. Testi più compatti produrrebbero un numero più contenuto di proposte emendative (anche qui si potrebbe intervenire agendo sui regolamenti parlamentari) e si potrebbe impostare una discussione più consistente, riequilibrando il rapporto tra commissione bilancio e commissioni di settore”.

⁷⁴ L. GIANNITI, *Le sessioni di bilancio del 2018, del 2019 e del 2020: procedure di bilancio, poteri del Parlamento, rapporti con l’Unione europea*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 6, 2020, 3323 s., spec. 3339: “riducendo dunque allo stretto indispensabile il contenuto normativo della prima sezione della legge, assicurando nel corso dell’esame parlamentare (sin e soprattutto nella fase referente in commissione), un rigoroso rispetto delle regole (costituzionali legislative e regolamentari) sui vincoli finanziari e sul contenuto normativo proprio della legge di bilancio. E l’esperienza di queste prime sessioni di bilancio della XVIII legislatura mostra come sia più utile e produttiva riversare la disciplina normativa compiuta a valle delle scelte allocative in strumenti diversi dalla legge di bilancio (31), che si è invece trasformata in un ‘coacervo di misure indirizzate a diverse finalità condivisibili, ma senza un sottostante disegno di politica di bilancio ben delineato”.

⁷⁵ Nella sessione di bilancio 2019, infatti, il Parlamento “ha in sostanza operato come un’Assemblea monocamerale; solo una Camera ha realmente deciso, l’altra si è limitata a confermare la sua decisione” (cfr. G. DI COSIMO, *Approvazione del bilancio: cambiano le maggioranze, ma non le procedure*, in [laCostituzione.info](#), 27/12/2019). Si assiste, in tal modo, a una affermazione di una sorta di bicameralismo diseguale, o alternato, o di uno pseudo-bicameralismo” (F. BILANCIA, *Sistema delle fonti ed andamento del ciclo economico*, in [Osservatorio sulle fonti](#), n. 3, 2020, 1432). In tal modo, le procedure parlamentari sono utilizzate per coprire la debolezza dei partiti politici e il diritto parlamentare perde giuridicità allo scopo di evitare criticità all’interno della maggioranza.

⁷⁶ Peraltro, nell’[ordinanza n. 60 del 2020](#), la Corte costituzionale ha considerato come uno dei motivi di inammissibilità del ricorso il fatto che la contrazione dell’esame del disegno di legge di bilancio alla Camera sia stato dovuto al fatto che la stessa Assemblea aveva trattato il decreto-legge fiscale. Sull’ordinanza n. 60 del 2020, cfr. R. DICKMANN, *Ancora in tema di legittimazione al conflitto di attribuzione dei singoli membri delle Camere... ma non dei gruppi parlamentari (nota a Corte cost., ord. 26 marzo 2020, n. 60)*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 16/04/2020,

bilancio per il 2022, infatti, sia il disegno di legge di bilancio sia il decreto-legge fiscale sono stati presentati presso il Senato, mentre alla Camera – in “compensazione” – era stato affidato l’esame del decreto-legge n. 152 del 2021 (c.d. DL PNRR). Si può ipotizzare che tale scelta sia stata fatta poiché, almeno in teoria, il decreto-legge sul PNRR aveva una maggiore mole di risorse rispetto a quello fiscale. Tuttavia, essendo attuativo del PNRR, le risorse erano per la gran parte vincolate e non è stato possibile per i deputati, allocare risorse e soddisfare le loro istanze. Forse, allora, il monocameralismo alternato tra Camera e Senato su bilancio e decreto-legge fiscale è una prassi che, per quanto limitativa del ruolo delle Camere, riesce comunque, meglio di altre, ad “accontentare” i due rami del Parlamento.

Infine, si è ipotizzata, in dottrina, l’istituzione di commissioni bicamerali⁷⁷ a composizione paritaria tra maggioranza e opposizione col compito esclusivo del controllo sulla finanza pubblica⁷⁸. Infatti, specie dopo la riduzione del numero dei parlamentari, sul versante del controllo-indirizzo e per quanto attiene ai rapporti con altri soggetti/ordinamenti, potrebbero essere affidate funzioni ulteriori alle commissioni bicamerali, anche “al fine di limitare le duplicazioni e di muoversi in piena coerenza con la linea evolutiva verso un bicameralismo più coordinato, financo ‘unitario’”⁷⁹. Infatti, “dal momento che gli indirizzi vengono indicati in parallelo da Camera e Senato, nelle risoluzioni approvative del DEF, della NADEF e delle relazioni governative sullo scostamento, viene naturale domandarsi che senso abbia non potenziare ulteriormente l’istruttoria bicamerale”⁸⁰.

Relativamente a tale profilo si registra, proprio a carico dei regolamenti parlamentari, una perdurante inattuazione costituzionale: una inattuazione “che risulta particolarmente grave, specie nel momento in cui, per fronteggiare le conseguenze del Covid-19, si sta sensibilmente sviluppando il volume della spesa pubblica e, quindi, giustamente, si chiede di accrescere i controlli sulla sua qualità”⁸¹.

89 s.; M. ARMANNO, *Il conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato come strumento di verifica della regolarità del procedimento legislativo e l’invalidabile soglia del controllo di ammissibilità*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 4, 2020, 195 s.; L. SAMBUCCI, *Quello che la Corte non dice. Tre osservazioni a proposito di un rinnovato conflitto sulla procedura di bilancio (ord. n. 60/2020)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 26/06/2020, 870 s. Da ultimo, cfr. L. GIANNITI, *Le sessioni di bilancio del 2018, del 2019 e del 2020: procedure di bilancio, poteri del Parlamento, rapporti con l’Unione europea*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 6, 2020, 3323 s.

⁷⁷ Sulle commissioni bicamerali nell’esperienza italiana, cfr. A. BALDASSARRE, *Esperienze e prospettive delle commissioni bicamerali*, in *Il Parlamento nella Costituzione e nella realtà: atti, regolamenti e prassi della Camera nella VII legislatura*, Milano, 1979, 155 s.; C. CHIMENTI, *Gli organi bicamerali nel Parlamento italiano*, Milano, 1979; G.F. CIAURRO, *Le Commissioni bicamerali nell’esperienza parlamentare italiana*, in *Bollettino di informazioni costituzionali e parlamentari*, n. 1, 1981; L. CALIFANO PLACCI, *Le commissioni parlamentari bicamerali nella crisi del bicameralismo italiano*, Milano, 1993.

⁷⁸ N. LUPO, *La revisione costituzionale della disciplina di bilancio e il sistema delle fonti*, in *Costituzione e pareggio di bilancio*, a cura di V. Lippolis, N. Lupo, G.M. Salerno e G. Scaccia, Napoli, 2011, 121. Sul modello delle commissioni con funzioni di solo controllo e meccanismi di funzionamento *bipartisan*, e in particolare sull’esperienza del Regno unito, cfr. C. FASONE, *Sistemi di commissioni parlamentari e forme di governo*, Padova, 2012, 473 e F. ROSA, *Il controllo parlamentare sul governo nel Regno Unito. Un contributo allo studio del parlamentarismo britannico*, Milano, 2012, 134. Bisogna tuttavia rilevare che nel corso della seduta dell’Assemblea della Camera del 12 dicembre 2012, prima di procedere all’esame dell’A.C. 5603-A (recante “Disposizioni per l’attuazione del principio del pareggio di bilancio ai sensi dell’articolo 81, sesto comma, della Costituzione”), la Presidenza ha dichiarato inammissibile un articolo aggiuntivo volto all’istituzione di una commissione bicamerale per l’esercizio della funzione di controllo sulla finanza pubblica. La Presidenza ha motivato la decisione di inammissibilità opponendo l’esistenza di una riserva di regolamento parlamentare in materia, derivante dalla disposizione di cui all’art. 5, comma 4, della legge cost. n. 1 del 2012.

⁷⁹ N. LUPO, *Riduzione del numero dei parlamentari e organizzazione interna delle Camere*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 3, 2020, 327 s., spec. 340. Infatti, come continua l’A., è chiaro “che fin tanto che il Parlamento era il solo organo rappresentativo nello Stato-nazione il bicameralismo poteva essere senz’altro utile ad assicurare una maggiore riflessioni sulle leggi da approvare, mentre quando si trova chiamato a confrontarsi con altre sedi rappresentative, spesso anch’esse dotate di potere legislativo, il bicameralismo paritario finisce spesso per rivelarsi un impiccio, o comunque per appesantire non poco processi la cui tempistica sfugge alla determinazione da parte del Parlamento”.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ *Ibidem*.

6. Il controllo parlamentare sul PNRR.

Infine, c'è il ruolo del Parlamento per il monitoraggio del PNRR, e quindi tutto il versante del controllo parlamentare sull'attuazione del PNRR. Nella fase di elaborazione del PNRR gli indirizzi parlamentari e quelli elaborati in sede regionale hanno anche indicato un auspicabile percorso di coinvolgimento delle assemblee legislative nell'attuazione del Piano⁸².

La legge di bilancio per il 2021 ha previsto la trasmissione alle Camere da parte del Consiglio dei ministri di una relazione annuale, entro il 30 giugno di ciascun anno dal 2021 al 2027, nella quale sono riportati i prospetti sull'utilizzo delle risorse del programma *Next Generation EU* e sui risultati raggiunti. La relazione indica anche le eventuali misure necessarie per accelerare l'avanzamento dei progetti e per una migliore efficacia degli stessi rispetto agli obiettivi perseguiti (legge n. 178 del 2020, art. 1, comma 1045).

Il d.l. n. 77 del 2021 ha stabilito, invece, che la relazione sullo stato di attuazione del PNRR, che comprende anche le informazioni richieste dal citato comma 1045, sia trasmessa alle Camere dalla Cabina di regia, tramite il Ministro per i rapporti con il Parlamento, ed abbia cadenza semestrale (art. 2, comma 2, lett. e)). Con una modifica inserita dall'articolo 9-bis del d.l. n. 152/2021, conv. nella l. 29 dicembre 2021, n. 233, si prevede che la relazione contenga anche una nota esplicativa relativa alla realizzazione dei traguardi e degli obiettivi stabiliti nel periodo di riferimento. La Cabina di regia trasmette, inoltre, anche su richiesta delle Commissioni parlamentari, ogni elemento utile a valutare lo stato di avanzamento degli interventi, il loro impatto e l'efficacia rispetto agli obiettivi perseguiti, con particolare riguardo alle politiche di sostegno per l'occupazione e per l'integrazione socioeconomica dei giovani, alla parità di genere e alla partecipazione delle donne al mercato del lavoro.

L'articolo 1, commi 2-7, della legge n. 108 del 2021 (di conversione del d.l. n. 77/2021), al fine di assicurare al Parlamento la possibilità di effettuare un monitoraggio efficace sull'attuazione dei progetti previsti dal PNRR e sul rispetto dei termini, nonché di prevenire, rilevare e correggere eventuali criticità relative all'attuazione del PNRR, stabilisce che il Governo è tenuto in particolare a fornire alle Commissioni parlamentari competenti: le informazioni e i documenti utili per esercitare il controllo sull'attuazione del PNRR e del Piano nazionale per gli investimenti complementari al PNRR; tutti i dati, gli atti, le informazioni e i documenti necessari allo svolgimento dei loro compiti; i documenti, riguardanti le materie di competenza delle medesime, inviati agli organi dell'Unione europea relativamente all'attuazione del PNRR.

Si prevede, quindi, che le Commissioni parlamentari competenti, sulla base delle informazioni ricevute e dell'attività istruttoria svolta, anche in forma congiunta, con le modalità definite dalle intese tra i Presidenti della Camera e del Senato, monitorino lo stato di realizzazione del PNRR e i progressi compiuti nella sua attuazione, anche con riferimento alle singole misure, con particolare attenzione al rispetto e al raggiungimento degli obiettivi inerenti alle priorità trasversali del medesimo Piano, quali il clima, il digitale, la riduzione dei divari territoriali, la parità di genere e i giovani. Possono quindi formulare osservazioni ed esprimere valutazioni utili ai fini della migliore attuazione del PNRR nei tempi previsti.

Le commissioni Affari costituzionali e Ambiente della Camera hanno approvato la proposta dell'on. Stefano Ceccanti (Pd) secondo cui il Governo dovrà fornire alle Commissioni parlamentari competenti tutte le informazioni e i documenti utili per monitorare il PNRR; inoltre, in base al d.l. n. 152 del 6 novembre 2021 precitato, prima di inviare il nuovo piano all'Ue, dovrà presentarlo alla Camera e al Senato, in tempo utile per il suo esame parlamentare.

Come già stabilito dalla legge n. 196 del 2009 per l'esame di documenti di finanza pubblica (DEF e NADEF), si prevede che i Presidenti delle Camere possano adottare intese volte a promuovere le attività delle Camere, anche in forma congiunta, nonché l'integrazione delle attività

⁸² Camera dei deputati, *Il PNRR e le assemblee legislative*, cit., 7.

svolte dalle rispettive strutture di supporto tecnico. Si intende in tal modo favorire lo svolgimento congiunto dell'attività istruttoria utile al controllo parlamentare e potenziare la capacità di approfondimento dei profili tecnici a supporto delle Commissioni parlamentari competenti.

Le Camere possono stipulare con il Ministero dell'economia e delle finanze una convenzione per disciplinare le modalità di fruizione dei dati di monitoraggio rilevati dal Sistema informativo unitario "ReGiS". La Corte dei conti riferisce almeno semestralmente al Parlamento sullo stato di attuazione del PNRR (d.l. n. 77/2021, cit., art. 7, comma 7).

L'articolo 43 della legge europea 2019-2020 (legge 23 dicembre 2021, n. 238) dispone nuovamente che il Governo trasmetta alle Camere, su base semestrale, relazioni periodiche sullo stato di avanzamento dell'attuazione del programma di riforme e investimenti contenuti nel Piano nazionale di ripresa e resilienza. Le Commissioni parlamentari competenti per l'esame del PNRR esaminano le relazioni semestrali e svolgono ogni opportuna attività conoscitiva finalizzata al monitoraggio del corretto utilizzo delle risorse dell'Unione europea assegnate all'Italia, alla verifica del conseguimento soddisfacente dei traguardi e degli obiettivi intermedi, anche in considerazione delle regole fissate dall'articolo 24 del regolamento (UE) 2021/241 sull'erogazione dei contributi finanziari, nonché alla valutazione dell'impatto economico, sociale e territoriale derivante dall'attuazione delle riforme e dalla realizzazione dei progetti finanziati. Le Commissioni parlamentari svolgono, in particolare, audizioni dei soggetti responsabili e attuatori dei progetti e sopralluoghi nei luoghi in cui sono in corso di realizzazione i progetti del PNRR aventi ricadute sui territori. Al termine dell'esame di ogni relazione semestrale possono essere adottati atti di indirizzo al Governo che indicano le eventuali criticità riscontrate nel programma di adozione delle riforme concordate in sede europea e nello stato di avanzamento dei singoli progetti.

Il 23 dicembre 2021 il Governo ha presentato al Parlamento una prima Relazione sullo stato di attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza⁸³, annunciando il raggiungimento dei 51 traguardi e obiettivi con scadenza al 31 dicembre 2021, funzionali al pagamento della prima rata di sovvenzioni e di prestiti da parte dell'Unione Europea. La Relazione preannuncia che a partire dal 2022 le Relazioni semestrali saranno trasmesse al Parlamento entro la prima metà di aprile, in corrispondenza con la trasmissione del Documento di economia e finanza (DEF), ed entro la fine di settembre, nell'ambito della procedura prevista dal semestre europeo. In tal modo, ciascuna relazione illustrerà le indicazioni conclusive sulla rata oggetto della precedente rendicontazione effettuata alla Commissione europea e lo stato di avanzamento degli interventi oggetto della successiva rendicontazione e, più in generale, sullo stato di attuazione del Piano. Il Governo evidenzia, infine, che nelle prossime relazioni, i contenuti potranno essere ulteriormente arricchiti e migliorati, anche in relazione al progressivo sviluppo del sistema ReGiS e della reportistica prodotta dal medesimo sistema.

Inoltre, tra gennaio e marzo, è iniziato un ciclo di audizioni dei Ministri nelle commissioni permanenti per esaminare l'attuazione del PNRR nel 2021 a livello di singola amministrazione ministeriale⁸⁴. I ministri hanno illustrato di fronte alle competenti Commissioni di Camera e Senato

⁸³ [Relazione sullo stato di attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza.](#)

⁸⁴ In particolare, alla Camera, sul DOC. CCLXIII, n. 1, Relazione sullo stato di attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR), riferita all'anno 2021, sono stati auditi: il Ministro degli Affari regionali il 20 gennaio 2022 in V Commissione; il Ministro per il Sud e la coesione territoriale il 7 febbraio 2022 in V Commissione; il Ministro dell'Università e della ricerca l'8 febbraio 2022 in VII Commissione; il Ministro del lavoro il 9 febbraio 2022 presso le Commissioni riunite XI Lavoro e XII Salute; il Ministro della cultura il 9 febbraio 2022 in VII Commissione; il Ministro dell'infrastrutture e mobilità sostenibile il 9 febbraio 2022 in VIII Commissione; il Ministro della transizione ecologica il 15 e il 21 febbraio 2022 presso le Commissioni riunite VIII Ambiente, X Industria e XIII Agricoltura; il Ministro della giustizia il 15 febbraio 2022 in II Commissione; il Ministro della salute il 15 febbraio 2022 in XII Commissione; il Ministro dell'istruzione il 16 febbraio 2022 in VII Commissione; il Sottosegretario con delega allo Sport il 23 febbraio 2022 in VII Commissione; ancora il Ministro dell'infrastrutture e mobilità sostenibile il 23 febbraio in IX Commissione; il Ministro per le pari opportunità e la famiglia il 9 marzo 2022 nelle Commissioni riunite I, XI e XII; il Ministro per la pubblica amministrazione il 10 marzo 2022 nelle Commissioni riunite I e XI; il Ministro per la transizione digitale il 16 marzo 2022 in I Commissione. Poi sono stati auditi, in Commissioni congiunte, il Ministro per il turismo il 9 febbraio 2022 presso le Commissioni congiunte X e 10^a; il Ministro per le politiche agricole alimentari e

le attività svolte sinora nell'ambito del Piano e delineato i prossimi passi relativi all'attuazione e al monitoraggio dei target e *milestones* relativi al primo semestre e all'intero 2022⁸⁵.

Altrettanto rilevante, all'esito dell'esame della Relazione, risulta l'attività di indirizzo del Parlamento, tramite risoluzioni. Infatti, gli atti di indirizzo (alcuni approvati, altri da approvare), possono considerarsi la conclusione di queste procedure. In particolare, presso la Camera al momento si sono pronunciate approvando risoluzioni le Commissioni Bilancio (8-00154 e 8-00155), Giustizia (8-00160), Cultura (8-00157), Affari sociali (8-00158 e 8-00159), Agricoltura (8-00151). Politiche dell'UE (8-00152 e 8-00153) e Affari Costituzionali (8-00166).

Il Parlamento sta, pertanto, riservando una particolare attenzione all'attuazione del PNRR e la prima relazione sullo stato di attuazione dello stesso ha generato un'importante attività informativa. In generale, le audizioni dei Ministri in commissione parlamentare sono state molto utili, anche a fronte di una trasparenza generale del PNRR che nel corso del primo anno di attuazione ha lasciato più volte a desiderare.

Le Camere stanno anche iniziando a riservare attenzione alle altre strutture della *governance* del PNRR: recentemente, infatti, è stato audito il prof. Nicola Lupo, coordinatore dell'Unità per la razionalizzazione e il miglioramento della regolazione⁸⁶. Maggiore attenzione potrebbe forse essere riservata al Tavolo per il partenariato economico, sociale e territoriale: alcuni risultati cui è giunto il tavolo nelle sue numerose riunioni (si è attestato tra fine 2021 e marzo 2022), avrebbero potuto costituire una buona base informativa non solo per la Cabina di regia del PNRR, ma anche per il Parlamento, che avrebbe potuto trarre spunti utili da quel lavoro con le parti sociali.

Un altro punto delicato che può tuttavia rintracciarsi come uno degli ambiti nei quali il Parlamento potrebbe dare un contributo è quello della valutazione dopo che è stato compiuto il monitoraggio. Si tratta di un profilo che potrebbe essere valorizzato.

In questo ambito, una delle ultime iniziative è, invero, quella contenuta nella c.d. riforma "Renzi-Boschi" che, com'è noto, non è stata confermata dal referendum *ex art.* 138 Cost. del 4 dicembre 2016, e relativa all'introduzione di una funzione parlamentare – presso il Senato – di valutazione delle politiche pubbliche, all'interno della quale sarebbe stato probabilmente possibile superare l'approccio "*partisan*" che caratterizza tutt'oggi larga parte del controllo parlamentare. La riforma costituzionale aveva attribuito infatti alle Camere un ruolo diverso anche nell'esercizio della funzione di controllo: il controllo "sanzione", cioè sull'operato del Governo, era attribuito alla Camera dei deputati, mentre il controllo "valutazione", in particolare sulle politiche pubbliche, era affidato al Senato⁸⁷: quest'ultimo avrebbe potuto esercitarlo senza privilegiare, almeno in questo caso, il *cleavage* politico. Si tratta di una funzione parlamentare che era stata introdotta in Francia, dopo la costituzionalizzazione della valutazione delle politiche pubbliche: presso l'Assemblea

forestali il 9 febbraio 2022 presso le Commissioni congiunte XIII e 13^a; il Ministro dell'Economia e finanze il 23 febbraio 2022 presso le Commissioni riunite V – VI e XIV e 5^a - 6^a e 14^a; il Ministro per la transizione digitale il 23 febbraio 2022 presso le Commissioni congiunte X e 10^o; il Ministro per lo sviluppo economico il 1^o marzo 2022 presso le Commissioni congiunte X e 10^a. Al Senato, invece, sul DOC. CCLXIII, n. 1, Relazione sullo stato di attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR), riferita all'anno 2021, sono stati auditi: il Ministro della salute il 2 marzo 2022 presso le Commissioni riunite 5^a - 12^a e 14^a; il Ministro del lavoro e delle politiche sociali l'8 marzo 2022 presso le Commissioni riunite 5^a - 11^a e 14^a; il Ministro per l'innovazione tecnologica e la transizione digitale il 10 marzo 2022 presso le Commissioni riunite 1^a - 5^a - 8^a e 14^a; il Ministro per le pari opportunità e la famiglia il 10 marzo 2022 presso le Commissioni riunite 1^a - 5^a - 11^a e 14^a; il Ministro per la transizione ecologica il 10 marzo 2022 presso le Commissioni riunite 5^a - 10^a - 13^a e 14^a; il Ministro dell'istruzione il 22 marzo 2022 presso le Commissioni riunite 5^a, 7^a e 14^a; il Ministro dell'università e della ricerca il 22 marzo 2022 presso le Commissioni riunite 5^a, 7^a e 14^a e il Ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibili il 23 marzo 2022 presso le Commissioni riunite 5^a, 8^a e 14^a.

⁸⁵ Al sito di [Italia domani](#).

⁸⁶ Mercoledì 11 maggio, alle ore 15, presso l'Aula della Commissione Giustizia, il Comitato per la legislazione, ai sensi dell'art. 143, comma 2, del Regolamento, ha svolto [l'audizione di Nicola Lupo](#), coordinatore dell'Unità per la razionalizzazione e il miglioramento della regolazione, su qualità della legislazione ed emergenza.

⁸⁷ Sul punto cfr. E. GRIGLIO, *La tassonomia delle funzioni non legislative delle Camere: una prova per il bicameralismo differenziato*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 187-188, 2015, 105 s.; N. RANGONE, *La valutazione delle politiche pubbliche nella riforma del Senato tra tecnica e politica*, *ivi*, 85 s.; M. LUCIANI, *Funzione di controllo e riforma del Senato*, in [Rivista AIC](#), n. 1, 2016, 1 s.

nazionale era stato istituito, infatti, nel 2009 il “*Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques*”⁸⁸. Anche in Italia, forse, un simile organismo avrebbe potuto contribuire a spostare l'attenzione parlamentare e dell'opinione pubblica verso il futuro.

Nonostante il fallimento di quella riforma costituzionale, tuttavia, sono rimaste delle tracce di quel passaggio, soprattutto presso lo stesso Senato della Repubblica dove, infatti, è stato istituito l'Ufficio Valutazione Impatto: quest'ultimo è un organo tecnico e imparziale che ha l'obiettivo di diffondere e sviluppare la cultura della valutazione dentro il perimetro istituzionale. L'UVI è presieduto dal Presidente del Senato e realizza analisi e valutazioni delle politiche pubbliche basate sull'esame – anche sperimentale – dei rischi, dei costi, dei benefici e dell'efficacia (come riportato nella stessa pagina web dell'UVI). L'UVI ha cominciato a pubblicare le proprie ricerche il 1° agosto 2017 ma precedentemente il Senato aveva avviato, in una prima fase iniziata nel 2015, la formazione del proprio personale sul campo dell'analisi e della valutazione delle politiche pubbliche, dando vita a un gruppo più ristretto e specializzato. Ha poi iniziato un rapporto di collaborazione con la Conferenza dei Presidenti dei Consigli regionali sulla valutazione delle politiche europee nei territori. Nel settembre 2017, così, il Senato è stato il primo organo parlamentare europeo ad adottare, dopo averle sottoposte a consultazione pubblica, linee guida in materia di consultazioni pubbliche. Quello della valutazione delle politiche pubbliche e, più in generale, del c.d. “*post-legislative scrutiny*”⁸⁹, può peraltro essere considerato uno dei settori nei quali sembrano esserci per i Parlamenti i maggiori spazi per “lo sviluppo di nuovi e ulteriori, auspicabilmente più efficaci e dinamici, poteri e procedimenti parlamentari di controllo”⁹⁰. Settore che dovrebbe a maggior ragione essere sviluppato sulla scorta delle incisive riforme previste dal PNRR. Purtroppo, si tratta probabilmente di attività che hanno uno scarso “*appeal politico*” e che, pertanto, sono spesso trascurate in quanto poco proficue sotto il profilo politico-elettorale, ancorché impegnative. In tal modo, si potrebbe pensare ad una attività di monitoraggio del Piano come un flusso di informazioni continua da parte del Governo al quale possa corrispondere un'analisi costante da parte del Parlamento⁹¹. Favorendo la conoscenza costante ed aggiornata su come il Piano sta dispiegando i suoi effetti, si potrebbero raggiungere anche gli obiettivi che si sono delineati poc'anzi con riferimento ai “tempi” e Parlamento e Governo potrebbero condividere, in sede di programmazione, la scelta degli strumenti normativi idonei. In questo modo si potrebbe “creare, nell'attuazione del PNRR, un *continuum* virtuoso tra valutazione delle politiche pubbliche e politiche sulla qualità della normazione e della legislazione”⁹².

7. Conclusioni: lo “stallo” parlamentare di alcune riforme e qualche considerazione sul procedimento legislativo

Tirando, per quanto possibile, le somme di una materia nuova per il sistema istituzionale italiano come il PNRR, si può dire che ci si trova dinanzi ad un meccanismo che influenzerà nel profondo la forma di governo e il procedimento legislativo.

⁸⁸ Cfr. P. AVRIL, *Le contrôle. Exemple du Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques*, in [Jus Politicum](#), n. 6, 2011.

⁸⁹ Sul punto, cfr. U. KARPEN, *Comparative Law: Perspectives of Legislation*, in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 17, 2003, 168; E. GRIGLIO, *Post-Legislative Scrutiny as a Form of Executive Oversight. Tools and Practices in Europe*, in *European Journal of Law Reform*, n. 2, 2019, 36 s.; F. DE VRIEZE, *Post-legislative Scrutiny. Guide for Parliaments*, Londra, 2017, 12.

⁹⁰ In questi termini, N. LUPO, *Introduzione. Le metamorfosi del Parlamento*, in *Le metamorfosi del Parlamento* (a cura di N. Lupo), special issue di [Rassegna di diritto pubblico europeo](#), n. 1, 2019, 1 s., spec. 9. Sul punto cfr. anche E. GRIGLIO, *La valutazione delle politiche pubbliche in parlamento: riflessioni comparate e note sull'esperienza del Senato*, in focus su *Parlamento e governo parlamentare in Italia. Verso un affresco contemporaneo*, in [federalismi.it](#), 15 aprile 2019.

⁹¹ Camera dei deputati, *Il PNRR e le assemblee legislative*, cit., 8.

⁹² *Ibidem*.

Come si è visto, ci sono diversi ambiti nei quali le riforme dei regolamenti parlamentari potrebbero intervenire anche in relazione al PNRR, per aiutare nella sua corretta attuazione, per più versi cruciale per Italia e Unione europea.

Sebbene le Camere siano “collocate inevitabilmente in un ruolo più limitato rispetto a quello costituzionalmente loro attribuito”⁹³, ciò non toglie che – da qui fino al 2026 – esse, oltre a riesplorare la funzione legislativa “in ambiti ultronei rispetto al PNRR, su cui il Parlamento pare ora indirizzarsi (leggi nn. 22 e 23/22)”⁹⁴, potrebbero anche percorrere alcune delle vie che sono state sin qui ipotizzate, poiché l’intervento del Parlamento – e un intervento, possibilmente, di qualità – è essenziale per le numerose riforme previste dal Piano.

Qualche considerazione si può fare in riferimento allo “stato dell’arte” di alcune riforme previste dal PNRR in Parlamento, che stanno generando soluzioni innovative e a partire dalle quali si può ipotizzare qualche ragionamento conclusivo sul procedimento legislativo.

Alcuni tra gli scogli più duri nel percorso di attuazione del Piano sono senza dubbio le leggi annuali per il mercato e la concorrenza. Per il disegno di legge presentato nel 2021 e che deve essere approvato (insieme a tutti gli atti attuativi) entro il 2022, le Camere hanno scelto di seguire un procedimento del tutto inedito, che prevede una divisione – tra Camera e Senato – delle parti da esaminare⁹⁵. In particolare, al fine di favorire un accordo sui principali temi, l’esame del disegno di legge dovrebbe essere “spacchettato” tra i due rami del Parlamento, affidando al Senato gli articoli da 1 a 18⁹⁶ (tranne il 7 e l’8)⁹⁷, 29-32, e alla Camera gli articoli 7-8 e 19-28⁹⁸. Si è dunque deciso di seguire un metodo di lavoro che non affida alla Camera un ruolo di mera ratifica, proseguendo sulla strada del monocameralismo di fatto o alternato che ha avuto grande diffusione durante l’emergenza pandemica. Eppure, si tratta di una procedura inedita che dovrà essere verificata, soprattutto per il rispetto delle tempistiche, ormai stringenti, per l’approvazione del disegno di legge.

In generale, pare che il motore delle riforme cominci a rallentare⁹⁹. Nel merito, e in connessione a quanto previsto dal Piano, preoccupa anche il fatto che siano state presentate proposte che, anziché andare verso un sistema maggiormente concorrenziale, avrebbero contribuito, qualora approvate, a rendere ancora meno concorrenziale il sistema italiano. Si tratta esattamente di quello che si dovrebbe evitare: cioè presentare (e, ovviamente, approvare) proposte che non possono considerarsi né di interpretazione né di integrazione del PNRR, ma che vanno palesemente al di là dei suoi confini, addirittura contraddicendoli.

Eppure, appare indice di una duplice tendenza. La prima, di natura più particolare, sul tema della concorrenza, che mostra come in Italia le battaglie in favore del mercato siano sempre difficili, posto che pare esserci un rifiuto ideologico di apertura, concorrenza e mercato, tanto più dopo la pandemia, che ha riportato lo Stato al centro della vita economica del Paese. La seconda, di ordine più generale, sul fatto che le forze politiche sembrano affrontare le riforme più per costrizione che non per esplicita volontà di cambiamento del Paese.

Allo stesso tempo, quello che accade per il disegno di legge annuale per la concorrenza mostra ancora una volta come il procedimento legislativo sia efficiente soprattutto nell’ambito della decretazione d’urgenza, in particolare quella *omnibus*, mentre, al contrario, vi è un procedimento

⁹³ Così E. CATELANI, *Profili costituzionali del PNRR*, cit.

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ Si v. Senato della Repubblica, 10^a Commissione permanente, Res. somm. del 19/05/2022, laddove il viceministro Pichetto Fratin invita i Gruppi a ritirare gli emendamenti riferiti a quegli articoli - in particolare gli articoli 7, 8 e da 19 a 28 - che, in base alle intese tra le forze politiche, dovranno essere trattati nel merito dalla Camera dei deputati.

⁹⁶ Si tratta di un pacchetto che include capitoli significativi, dalle concessioni balneari a quelle idroelettriche, dai servizi pubblici locali ai farmaci.

⁹⁷ Si tratta delle misure che riguardano trasporto pubblico locale, Ncc e taxi.

⁹⁸ Si tratta delle norme su telecomunicazioni, Rc auto e attività d’impresa.

⁹⁹ Come nota M. MONTI, *Le nostre occasioni*, in *Corriere della Sera*, 15 maggio 2022: “poco o nulla è stato fatto sulle riforme strutturali più importanti, dalla concorrenza alla riforma fiscale, per le quali si sono registrati arretramenti da parte del governo che da questo governo non ci saremmo aspettati. Così l’Italia sta sprestando forse l’ultima seria occasione per avvicinarsi ad essere una moderna economia sociale di mercato”.

legislativo ordinario che non riesce a funzionare. In tal modo, si configura un motore legislativo a due velocità: lentissimo per le riforme strutturali, velocissimo per tamponare le emergenze¹⁰⁰.

Si tratta di un'attitudine che si rispecchia nel procedimento legislativo ma che, in realtà, è una tendenza di lungo periodo nella storia italiana: l'incapacità di pensare al futuro¹⁰¹ e limitarsi a strategie di breve o brevissimo termine, che già più volte hanno danneggiato il Paese e che il PNRR avrebbe dovuto contribuire a superare.

¹⁰⁰ M. CLARICH, *Il PNRR produce un fiume di leggi, ma le vere riforme non ci sono*, in *Milano finanza*, 7/05/2022.

¹⁰¹ Sia consentito un rinvio a L. BARTOLUCCI, *La sostenibilità del debito pubblico in Costituzione*, cit., 1 s.

Marco Marazzini

Emergenza politica e custodia della Costituzione.

Il contributo di Kelsen e Schmitt nel contesto del processo *Prussia contro Reich* del 1932*

ABSTRACT: *The essay retraces the controversy between Hans Kelsen and Carl Schmitt on the 'Custody of the Constitution' in the light of the historical events of the end of the Weimar Republic. Methodologically, it starts from the idea that it is useful to study legal ideas as historically given in their political and social context. It will be shown how the theoretical positions of the two great jurists on the protection of the constitutional order, jurisdiction and emergency were reflected in the 1932 Prussia v. Reich trial. It is precisely this hard case that offers the opportunity to measure the impact of jurists, courts and institutional actors on a situation of 'political' emergency.*

SOMMARIO: 1. Le ragioni di una ricerca – 2. Hans Kelsen: la possibilità teorica e necessità pratica della giustizia costituzionale – 3. Il significato politico della giustizia costituzionale nel funzionamento della democrazia kelseniana – 4. Carl Schmitt: il pluralismo politico e la critica alla giustizia costituzionale – 5. Emergenza e custodia politica della costituzione – 6. La parabola della Repubblica di Weimar: dai primi anni alla crisi – 7. Giudici, politica e controllo di costituzionalità a Weimar – 8. Il processo del 1932 e il suo significato storico-costituzionale – 9. Il *Preussenschlag* e il contributo dei due modelli – 9.1. (*segue*) Schmitt: l'emergenza, il diritto e la rottura dell'ordine – 9.2. (*segue*) Hans Kelsen: sulla duttilità delle forme processuali costituzionali – 10. Tentativi di raccordo: linee di faglia e possibili percorsi fra passato e presente.

1. Le ragioni di una ricerca

Il 25 ottobre 1932, con la [decisione presa dalla Staatsgerichtshof \(la "Corte di Stato"\) della Repubblica tedesca, si concludeva in un'aula giudiziaria la vicenda del Preussenschlag](#), letteralmente il "colpo contro la Prussia"¹. I fatti risalgono al 20 luglio del medesimo anno, con la rimozione forzata del Governo del *Land* di Prussia, avvenuta tramite un'ordinanza presidenziale d'emergenza emessa dal Presidente del *Reich* Paul von Hindenburg e controfirmata dal Cancelliere Franz Von Papen, secondo quanto previsto dall'art. 48 della Costituzione.

Il processo *Prussia contro Reich* rappresenta un episodio storico di per sé rilevante per comprendere gli eventi che avrebbero portato al collasso della democrazia costituzionale in Germania, a poco più di dieci anni dalla proclamazione della Repubblica e dall'entrata in vigore della Costituzione². Tuttavia, le vicende del 1932 presentano anche un interesse più propriamente giuridico, in quanto le teorie elaborate da alcuni fra i più importanti giuristi tedeschi del tempo vi vennero a svolgere un ruolo di primo piano. Nel processo davanti alla *Staatsgerichtshof* parteciparono attivamente Carl Schmitt, Erwin Jacobi, Karl Bilfinger, quali rappresentanti del governo centrale, mentre, dalla parte avversa, vi erano giuristi di fama quali, fra gli altri, Gerhard Anschütz, Friedrich Giese, Hermann Heller. L'allora giovane Otto Kirchheimer denunciò con forza l'illegittimità dell'intervento del Governo (contro il suo antico maestro Carl Schmitt) e anche Hans Kelsen, allora docente all'università di Colonia, si occupò della questione, nei suoi scritti del periodo. Il processo fu, al contempo, l'esito e la manifestazione di uno scontro politico, ma anche il banco di prova concreto su cui si misurarono le principali correnti dottrinarie di un periodo che, pur con i suoi continui rivolgimenti, appare come



¹ Già Carl Friedrich, nel 1928, traduceva il termine con l'inglese "*Court of State*", C. J. FRIEDRICH, *The issue of judicial review in Germany*, in *Political Science Quarterly*, n. 2, 1928, 189, nello stesso modo P. CALDWELL, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law. The Theory & Practice of Weimar Constitutionalism*, Durham and London, 1997, 147. Non del tutto appropriata pare invece la traduzione del termine *Staatsgerichtshof* come Corte costituzionale. Nelle pagine che seguono si è scelto, come regola generale, di non tradurre dal tedesco i nomi delle varie corti e istituzioni della Repubblica di Weimar, eventuali traduzioni si sono limitate a dove non vi fosse differenza rilevante di significato fra il termine originale e la sua traduzione italiana.

² Come noto, la Repubblica era stata proclamata in Germania il 9 novembre 1918, mentre la nuova costituzione democratica – meglio conosciuta come costituzione di Weimar, dal nome della città in cui si svolsero le sedute dell'Assemblea Nazionale costituente – venne adottata dall'Assemblea il 31 luglio 1919 e promulgata l'11 agosto dello stesso anno.

estremamente ricco dal punto di vista della teoria costituzionale³.

Prima di analizzare il contesto e la decisione del 25 ottobre 1932, tramite gli scritti dei protagonisti intellettuali del dibattito, sembra però opportuno riflettere se vi siano dopotutto dei buoni motivi per tornare a ragionare su di una sentenza di novant'anni fa, il cui antefatto teorico, la disputa fra Schmitt e Kelsen sul custode della costituzione, è stato ampiamente indagato dalla dottrina italiana e straniera. Quale può essere il significato di una simile operazione oggi?

In primo luogo, si può rispondere che se tanti giuristi provenienti da scuole e paesi diversi hanno rinvenuto e ancora rinvengono spunti d'interesse nello studio delle opere di Kelsen e Schmitt sul tema della custodia della costituzione, è perché esse hanno la forza propria dei "classici", nell'accezione data da Norberto Bobbio a questo termine⁴. Un autore "classico" non è solo un grande interprete del proprio tempo, ma contribuisce anche a forgiare categorie concettuali utili per altre epoche storiche, motivo per cui anche a distanza di generazioni si sente il bisogno di rileggerlo e, rileggendolo, di reinterpretarlo. A questo si aggiunge talvolta l'essere l'autore vissuto in un periodo di transizioni epocali, che hanno contribuito a formare la realtà e le idee delle epoche successive, e che si riflettono indirettamente nella sua opera. Dunque, non solo la continuità, ma anche la distanza o la differenza fra 'noi' e classici come Hans Kelsen e Carl Schmitt risulta particolarmente interessante, appunto in quanto ci permette di misurare il cambiamento intercorso, e al contempo le origini e le cause del cambiamento.

Inoltre, nel caso concreto del 1932 si rinvengono almeno due elementi di particolare interesse, il primo dei quali ci riporta proprio a quella disputa che aveva impegnato la dottrina tedesca negli anni precedenti: la sentenza della *Staatsgerichtshof* e ciò che vi gravita attorno rappresentano infatti la concretizzazione del dibattito fra Schmitt e Kelsen su chi debba essere il 'custode' della costituzione. Ciò tenendo a mente che i temi principali di quel dibattito andavano in realtà a toccare – e non solo per la profondità di pensiero dei protagonisti, ma per un nesso profondo – le differenti prospettive dei due grandi giuristi in tema di teoria della giurisdizione, interpretazione giuridica e forma di governo, volendo riferirsi con quest'ultimo termine a quella parte del pensiero degli autori che ne mette in collegamento la teoria generale del diritto e della costituzione con quella dello Stato e della politica. Alla luce di tutto ciò, il caso concreto del 1932 è dunque un modo per vedere 'in azione' i rispettivi modelli di Schmitt e Kelsen, nella convinzione che sia ancora utile mantenere memoria teorica, e non solo storica, dei problemi da essi sollevati.

Da questo punto di vista, sembra potersi dire che l'attenzione della dottrina costituzionalistica italiana si è concentrata in genere soprattutto sul dibattito fra Schmitt e Kelsen, forse meno sul successivo processo del 1932 e sugli scritti che i due giuristi vi hanno dedicato. Certamente, al riguardo non si può tralasciare l'importante saggio che vi dedicò nel 1977 Giuseppe Volpe, che ripercorreva anche le radici della dottrina di Weimar entro il più ampio contesto della cultura germanica del secolo XIX. Tuttavia, proprio in considerazione dei più di quattro decenni trascorsi dal libro di Volpe, si ritiene poter forse essere interessante tornare sullo studio delle vicende del 1932 tenendo in considerazione anche la numerosa dottrina straniera nel frattempo intercorsa, pur essendo stata la scienza giuridica e costituzionalistica italiana sicuramente pioniera nello studio dei due autori di cui ci si andrà maggioritariamente a occupare⁵.

³ Il processo del 1932 verrà trattato nel dettaglio nel corso dell'articolo. Per la sua ricostruzione storica e per quella delle diverse teorie giuridiche che vi si confrontarono si vedano J. W. BENDERSKY, *Carl Schmitt Theorist for the Reich*, Princeton (N.J.), 1983, trad. it. a cura di M. Gheraldi, *Carl Schmitt teorico del Reich*, Bologna, 1989, 182-204; P. CALDWELL, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law*, cit., 164-171; D. DYZENHAUS, *Legality and Legitimacy. Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*, New York, 1997; E. KENNEDY, *Constitutional Failure. Carl Schmitt in Weimar*, Durham and London, 2004; L. VINX, *The Guardian of the Constitution. Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law*, Cambridge, 2015; L. VITA, *¿Quién debe ser el guardián de la Constitución? Una relectura del debate entre Kelsen y Schmitt a la luz del caso Prusia contra Reich de 1932*, in *Lecciones y Ensayos*, n. 2, 2017, 131-166; G. VOLPE, *L'ingiustizia delle leggi. Studi sui modelli di giustizia costituzionale*, Milano, 1977.

⁴ N. BOBBIO, *La teoria dello Stato e del potere*, in P. Rossi (cur.), *Max Weber e l'analisi del mondo moderno*, Torino, 1981, 215-246, ora anche in N. BOBBIO, *Teoria generale della politica*, M. Brovero (cur.), Torino, 1999 (2ª ed. 2009), 71.

⁵ Si veda G. VOLPE, *L'ingiustizia delle leggi*, cit. Oltre allo studio di Volpe, si deve citare anche la monografia di A. GIOVANNELLI, *Dottrina pura e teoria della costituzione in Kelsen*, Milano, 1979, di poco successiva al libro di Volpe e incentrata sul rapporto fra teoria del diritto e teoria della costituzione in Kelsen. Entrambe, così come anche le traduzioni degli studi kelseniani sulla giustizia costituzionale edita dalla casa editrice Giuffrè a inizio anni '80 (per le quali si rinvia alla nota n. 9), testimoniano di

Un altro punto di perdurante interesse è, agli occhi di chi scrive, il tema della custodia *emergenziale* della costituzione, tema presente in tutto il corso del dibattito, ma che acquista evidente importanza in rapporto agli eventi del *Preussenschlag* e al successivo processo, in quanto caso critico concreto, e che, forse, ha ancora qualcosa da dire anche rispetto ai problemi di un'epoca che, come quella attuale, sembra dover nuovamente fare i conti con la dimensione emergenziale, anche nel diritto. Le vicende tedesche rappresentano un vero e proprio 'test' per i due modelli e insieme ci permettono di meglio comprendere quale possa essere la funzione degli organi giurisdizionali durante un'autentica emergenza.

L'intento di studiare nel dettaglio il caso *Prussia contro Reich* non è dunque motivato solo dal ruolo che vi ebbero Kelsen e Schmitt, ma anche dalla convinzione che farlo sia utile per capire le dinamiche di rottura dell'ordine costituzionale, nonché per indagare come reagisca davanti a ciò una comunità d'interpreti giuridici – la dottrina come la giurisprudenza – e anche come vi contribuisca o, invece, vi si opponga, posto che non sul solo diritto né sui soli giuristi si regge la salvezza di un ordinamento democratico.

Tale prospettiva richiama la figura istituzionale del custode della costituzione o del *titolare formale della sua garanzia*; figura che i due autori considerati permettono di esemplificare molto bene, perché presentano con chiarezza le due alternative poste da un custode in forma politica o in forma giurisdizionale. In merito a quest'ultima, si cercherà di trarre la massima utilità dalle implicazioni dei due modi di concepire la giurisdizione di Kelsen e Schmitt e, al riguardo, si seguirà l'interpretazione sviluppata da Giovanni Bisogni, che li definisce come concetti formale e sostanziale di giurisdizione⁶. In particolare, si esamineranno alcune implicazioni della concezione kelseniana che, se correttamente intesa, fornisce un ottimo strumento per spiegare e anche per giustificare la *diversità* degli organi di giustizia costituzionale rispetto alle corti ordinarie. Kelsen disegna infatti un modello di corte costituzionale che è in primo luogo *prescrittivo* e che serve a rivestire della forma giudiziaria un organo che si desidera eserciti una certa dose di discrezionalità in senso lato politica, al fine di integrare e sostenere il corretto svolgersi della dialettica parlamentare. Insomma, se, come sosteneva Schmitt, Kelsen 'abusa' deliberatamente delle forme giurisdizionali, lo fa proprio perché per questo autore la giurisdizione è data solo dalle forme tipiche nelle quali viene esercitata, mentre Schmitt ritiene consista anche in un'operazione logica razionale, più o meno strettamente deduttiva.

Come si cercherà di evidenziare nel corso dell'articolo, tuttavia, un modello coerentemente kelseniano della giurisdizione costituzionale deve misurarsi coi problemi dell'interpretazione giudiziaria e della razionalità interna alle decisioni, aspetti non secondari già nel 1931-1932, ma che diventano particolarmente importanti entro un contesto in cui, alla funzione di controllo affidata all'organo di giustizia costituzionale, si venga a sommare anche quella di 'chiusura' del sistema, come avvenuto in Europa a seguito del secondo conflitto mondiale⁷.

un periodo di grande attenzione da parte della dottrina giuridica italiana verso lo studioso austriaco. Un interesse incominciato peraltro già dai primi anni '50, grazie a studiosi quali Norberto Bobbio e Renato Treves (del quale si deve ricordare la curatela alla traduzione della prima *Dottrina pura* per la casa editrice Einaudi, nel 1952) e giunto in seguito a coinvolgere anche i costituzionalisti. Sulla recezione di Kelsen in Italia, si vedano M. LOSANO, *Presenze italiane in Kelsen*, in H. KELSEN, U. CAMPAGNOLO, *Diritto internazionale e Stato sovrano*, Milano 1999; J. LUTHER, *La dottrina generale di Kelsen in Italia, semper docet?* saggio introduttivo a H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1925, trad. it. a cura di J. Luther ed E. Daly, *Dottrina generale dello Stato*, Milano, 2013; C. MARGIOTTA, *La Recezione di Kelsen nel dibattito italiano sulla democrazia costituzionale 1950-1980*, Firenze, 2005. Per una bibliografia più estesa si rimanda alla nota n. 12 di questo saggio.

⁶ Circa l'uso dei concetti di giurisdizione formale e sostanziale e la loro attribuzione, rispettivamente, ad Hans Kelsen e a Carl Schmitt, G. BISOGNI, *La 'politicità' del giudizio sulle leggi. Tra le origini costituenti e il dibattito giustezionario contemporaneo*, Torino, 2017. Oltre allo studio della giurisdizione, si è fatto riferimento ai preziosi studi del professor Bisogni per molti aspetti teorici affrontati nel presente lavoro, in particolare rispetto al pensiero di Kelsen e alla sua teoria dell'interpretazione giudiziaria.

⁷ Si fa riferimento a quel diritto all'"ultima parola" delle corti costituzionali contemporanee di cui scriveva E.W. BÖCKENFÖRDE, *Verfassungsgerichtsbarkeit. Strukturfragen, Organisation, Legitimation*, in *Staat, Nation, Europa. Studien zur Staatslehre, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie*, Frankfurt am Main, 2000, trad. it. a cura di M. Nicoletti e O. Brino, *Giurisdizione costituzionale. Questioni strutturali, organizzazione, legittimazione*, in *Id. Stato, costituzione, democrazia*, Milano, 2006, 628.

2. Hans Kelsen: la possibilità teorica e necessità pratica della giustizia costituzionale

Le posizioni di Hans Kelsen e Carl Schmitt sulla custodia della costituzione sono note; in Italia, si può poi fare riferimento alla traduzione degli scritti più rilevanti che i due protagonisti hanno dedicato al dibattito. Facendo dunque riferimento alla già vasta letteratura sull'argomento, nei prossimi paragrafi si ripercorreranno le posizioni di Kelsen e Schmitt prima del 1932, per poi concentrarsi sul *Preussenschlag* e sul suo contesto storico⁸.

In merito alla teoria della giurisdizione costituzionale di Kelsen, è noto come il giurista viennese abbia attivamente contribuito alla stesura degli articoli della Costituzione austriaca del 1920 che prevedevano una Corte costituzionale (*Verfassungsgerichtshof*) di tipo accentrato, prima nel suo genere in Europa, insieme alla coeva Corte cecoslovacca. È ugualmente noto come Kelsen sia stato prima giudice e poi Presidente della *Verfassungsgerichtshof*, fino alle dimissioni presentate in opposizione al secondo disegno di riforma costituzionale della Corte, teso in primo luogo a limitare l'elezione solo parlamentare dei suoi membri e a rafforzare un potere di nomina presidenziale allora congeniale all'involutione autoritaria in atto in Austria⁹.

⁸ Per quanto riguarda le traduzioni delle opere dei due autori, il riferimento va alla raccolta di scritti di H. Kelsen su *La giustizia costituzionale* edita da Giuffrè nel 1981 e curata da Carmelo Geraci e alla traduzione da parte della stessa casa editrice di C. Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, München-Leipzig, 1931, trad. it. di A. Caracciolo, *Il custode della costituzione*, Milano, 1981.

La dottrina che si è occupata del dibattito teorico fra Kelsen e Schmitt è molto vasta. Oltre agli autori già citati in rapporto al solo processo del 1932, si vedano P. PETTA, *Schmitt, Kelsen e il «custode della costituzione»*, in *Storia e Politica*, n. 3, 1977, 505-551; M. BARBERIS, *Kelsen e la giustizia costituzionale*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", n. 1, 1982, 225-242; N. ZANON, *La polemique entre Hans Kelsen et Carl Schmitt sur la justice constitutionnelle*, in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1989, 177-189; C.M. HERRERA, *La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardian de la constitución*, in *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n. 4, 1994, 195-228; S.L. PAULSON, *The Schmitt-Kelsen Dispute on the "Guardian of the Constitution": The Issue of Subsumption*, in *Diritto e cultura*, n. 1, 1995, 169-188; G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, Bologna, 2008, 360-369 e G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÓ, *Giustizia costituzionale. Volume I. Storia, principi, interpretazioni*, Il Mulino, Bologna, 2018, 49-58; A. SCALONE, *Una battaglia contro gli spettri: diritto e politica nella Reine Rechtslehre di Hans Kelsen (1905-1934)*, Torino, 2008 e ID., *L'ordine precario. Unità politica e pluralità nella Staatslehre novecentesca da Carl Schmitt a Joseph H. Kaiser*, Monza, 2011, 146 e ss.; J.F. KERVÉGAN, *Que faire de Carl Schmitt?* Paris, 2011, trad. it. di F. Mancuso, *Che fare di Carl Schmitt?* Roma-Bari, 2016 (edizione digitale, formato Epub); O. CHESSA, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Milano, 2014, 103 e ss.; O. BEAUD, *Carl Schmitt face à Weimar de la Verfassunslehre au Hüter der Verfassung (1928-1931)*, in *Nomos*, n. 3, 2015, 5-8; G. BISOGNI, *La 'politicalità' del giudizio sulle leggi. Tra le origini costituenti e il dibattito giusteorico contemporaneo*, Torino, 2017, 15-43 e 55-77. Per uno studio condotto da un punto di vista prettamente filosofico-politico, si vedano le pagine dedicate da C. GALLI, *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, Bologna, 1996.

⁹ Nella Carta costituzionale austriaca si prevedeva una Corte costituzionale agli articoli 139-140; una prima riforma della Corte si era avuta nel 1925, le modifiche più incisive furono però portate dalla riforma del 1929-1930.

Alcuni aspetti della futura *Verfassungsgerichtshof* erano peraltro stati anticipati nella proposta di G. JELLINEK, *Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich*, Wien, 1885, trad. it. di E. Palici Di Suni Prat, *Una Corte costituzionale per l'Austria*, Torino, 2013. Circa la partecipazione di Kelsen alla stesura della Costituzione austriaca del 1920, si vedano A. SCALONE, *Una battaglia contro gli spettri*, cit., 194-201 e P. PETTA, *Schmitt, Kelsen e il «custode della costituzione»*, cit., 507. Petta tende peraltro a ridimensionare il ruolo di Kelsen nella stesura della Costituzione, definendolo come "sistematore formale", più che "creatore" della Carta, anche rispetto agli articoli 139-140, *ibid.* In effetti vi sono delle differenze tra la concreta esperienza della giustizia costituzionale in Austria e il modello delineato da Kelsen nel saggio del 1928, il più completo fra gli scritti dedicati al tema. Si deve ad esempio notare come in Austria, fra le due guerre mondiali, le minoranze parlamentari non fossero ancora legittimate a ricorrere alla *Verfassungsgerichtshof*, mentre Kelsen non solo prevede questa eventualità nel proprio modello, ma parrebbe valutarla anche positivamente, come si vedrà nelle pagine seguenti. In Austria, dal 1975, per quanto riguarda la rappresentanza parlamentare, sono legittimati a impugnare i provvedimenti legislativi anche un terzo dei membri del Consiglio nazionale e un terzo dei membri del Consiglio federale. G. PARODI, *La Germania e l'Austria*, in P. Carrozza, A. Di Giovine, G. F. Ferrari (curr.), *Diritto costituzionale comparato*, Roma-Bari, 2009 (2^a ed., 2014), 189.

Una raccolta aggiornata di studi sulla Costituzione austriaca e la giustizia costituzionale si troveranno nei saggi raccolti in *I cento anni della Costituzione austriaca*, nella collana *Percorsi Costituzionali*, n. 3, 2019, pubblicata dalla Fondazione Magna Carta e oggetto di una recente conferenza presso l'Istituto Storico Austriaco di Roma, dal titolo [La Costituzione austriaca nella scienza giuridica italiana e nel diritto comparato](#), ultima consultazione il 4/4/2022. Per una recente, sintetica, ricostruzione della nascita della giustizia costituzionale in Austria [1° ottobre 1920 – 1° ottobre 2020. La nascita della garanzia costituzionale in Europa \(la Costituzione austriaca del 1920\)](#), in questa [Rivista, 2021/1](#). In merito agli scritti critici della nuova riforma si veda H. KELSEN, *Der*

A questi fatti seguirà il primo esilio di Kelsen, che accetterà una cattedra universitaria a Colonia, restandovi dal 1930 fino all'avvento del nazismo¹⁰.

Dal punto di vista teorico, Kelsen presenta in maniera completa la sua costruzione concettuale dell'organo di giustizia costituzionale ne *La garanzia giurisdizionale della costituzione*, del 1928, seppure nella "grande assenza" della contro-posizione rappresentata da Carl Schmitt, in contrapposizione del quale il giurista austriaco integrerà le sue tesi nel successivo *Chi dev'essere il custode della costituzione?* del 1931¹¹.

Tornando alla *Garanzia giurisdizionale*, chiari sono i rapporti fra questo scritto e la Teoria Pura del diritto, come sviluppata dall'autore alla fine degli anni '20, dopo, dunque, la *Dottrina generale dello Stato* del 1925, ma prima della sistematizzazione operata nella prima edizione della *Dottrina pura del diritto* del 1934¹².

Il modello di corte kelseniana, per come descritto nel 1928, va compreso in relazione ad alcune acquisizioni teoriche della Teoria pura del diritto, seppure si chiarirà come lo stesso Kelsen intenda in modo soprattutto prescrittivo la proposta concreta di istituire un organo di giustizia costituzionale¹³.

Dal punto di vista della teoria del diritto, la questione della giustizia costituzionale viene affrontata da Kelsen come strettamente legata al "problema giuridico della regolarità", intesa come regolarità

Drang zur Verfassungsreform, in *Neue Freie Presse*, numero del 20 ottobre 1929, trad. it. di C. Geraci, *Le linee fondamentali della riforma costituzionale*, in ID. *La giustizia costituzionale*, Milano, 1981. Si veda anche P. PETTA, *Schmitt, Kelsen e il «custode della costituzione»*, cit., 510-511, dove Petta riporta come l'attacco contro Kelsen da parte della destra cattolica avvenisse sotto forma di richiesta di "spolitizzazione" della Corte austriaca, in quanto integralmente eletta dai partiti, ivi, 511. Meno critico verso la riforma del 1929 pare G. VOLPE nell'*Ingiustizia delle leggi*, cit., 149, 152, nota n. 44, laddove l'autore vi intravede alcuni tratti di spoliticizzazione e tecnicizzazione dell'organo compatibili con le posizioni espresse da Kelsen nel 1928. Fu comunque solo con la riforma del 1929 che fu concesso anche agli organi di vertice del potere giudiziario di sollevare una questione di costituzionalità di fronte al Tribunale costituzionale. Per un riferimento all'attuale funzionamento del *Verfassungsgerichtshof* austriaco, G. PARODI, *La Germania e l'Austria*, cit.; E. ORLANDO, *La giustizia costituzionale in Austria*, in L. Mezzetti (cur.), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, Padova, 2009.

¹⁰ Una bibliografia che tenga conto di chi ha studiato il pensiero di Kelsen in Italia potrebbe difficilmente essere esaustiva, per citare solo gli autori a cui si è fatto riferimento nello scrivere questo articolo, si veda la premessa alla più recente edizione della *Dottrina pura del diritto* curata da Mario Losano per Einaudi nel 2021, nonché alla premessa alla precedente edizione del 1990 e al *Saggio Introduttivo* dell'autore alla prima edizione italiana del 1966 (H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Wien, 1960, trad. it. di M. G. Losano, *Dottrina pura del diritto*, Torino, 1966). Si vedano poi N. BOBBIO, *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, Napoli 1992; A. CARRINO, *L'ordine delle norme. Stato e diritto in Hans Kelsen*, Napoli, 1984 (3^a ed. ampliata, 1992); V. FROSINI, *Saggi su Kelsen e Capograssi*, Milano, 1988; B. CELANO, *La teoria del diritto di Hans Kelsen. Una introduzione critica*, Bologna, 1999; A. GIOVANNELLI, *Dottrina pura e teoria della costituzione in Kelsen*, cit.; M. LOSANO, *Forma e realtà in Kelsen*, Milano, 1981, ma già ID., *Diritto e logica in Hans Kelsen*, in *Il Politico*, n. 4, 1966, 812-821; nonché le pagine su Kelsen in A. CARRINO, *La costituzione come decisione. Contro i giusmoralisti*, Milano-Udine, 2019 (edizione digitale, formato Epub) e in M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, 1994. Si vedano anche i già citati A. SCALONE, *Una battaglia contro gli spettri*, cit.; G. BISOGNI, *La 'politicità' del giudizio sulle leggi*, cit.

Per una biografia aggiornata su Kelsen, T. OLECHOWSKI, *Hans Kelsen. Biographie eines Rechtswissenschaftlers*, Tübingen, 2020. Per un sintetico resoconto di quest'ultima opera, M. LOSANO, *Le opere e i giorni di Hans Kelsen, il giurista del secolo*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, n. 3, 2020, 455-484.

¹¹ Scrive di una prima "grande assenza" delle posizioni schmittiane Antonio La Pergola, nella sua *Premessa* a H. KELSEN, *La garanzia giurisdizionale*, cit., IX. La risposta a Schmitt è in H. KELSEN, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* in *Die Justiz*, 1931, 576-628, trad. it. di C. Geraci, *Chi dev'essere il custode della costituzione?* in ID., *La giustizia costituzionale*, cit. Le posizioni di Kelsen sulla giustizia costituzionale erano state già in parte espresse nello scritto *Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit in den Diensten des Bundesstaates, nach der neuen österreichischen bundesverfassung vom 1 Oktober 1920*, in *Zeitschr. Für schwitz. Recht*, XLII, 1923-1924, 173-217, trad. it. di C. Geraci, *Le giurisdizioni costituzionale e amministrativa al servizio dello stato federale, secondo la nuova costituzione austriaca del 1° ottobre 1920*, in ID., *La giustizia costituzionale*, cit. Nell'opera del 1928 la giurisdizione costituzionale è però esaminata a un livello teorico che va aldilà della descrizione del solo modello austriaco, peraltro inteso nel primo scritto soprattutto in chiave di risoluzione delle controversie interne a uno Stato federale.

¹² H. KELSEN, *Dottrina generale dello Stato*, cit. e ID., *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Deuticke, Wien, 1934, trad. it. di R. Treves, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 1952 (2^a ed., 2000).

¹³ Al riguardo, si può sin da ora citare Giovanni Bisogni, quando scrive che "[...] è vero che la giustizia costituzionale kelseniana è largamente debitrice della teoria pura del diritto, ma non bisogna dimenticare che essa è oggetto di una proposta *normativa* – di 'politica del diritto', come avrebbe detto Kelsen – e non di una descrizione scientifica [corsivo dell'autore]". G. BISOGNI, *La 'politicità' del giudizio sulle leggi*, cit., 57. Dunque, a fronte dell'applicarsi all'idealtipo di corte costituzionale kelseniano delle conseguenze derivanti dalle teorie *descrittive* kelseniane dell'interpretazione giudiziale autentica e della teoria gradualistica, il cuore della proposta dell'autore è mosso da un proposito di 'politica del diritto', ossia consapevolmente prescrittivo.

dell'esecuzione e della creazione del diritto¹⁴. Per Kelsen è erroneo identificare la sola legislazione con la creazione del diritto e l'esecuzione, intesa sia come giurisdizione che amministrazione, come sua mera applicazione, giacché anche le ultime due presentano in realtà una funzione creatrice, seppure con un minore margine di discrezionalità della funzione legislativa. L'elemento teorico centrale adottato da Kelsen è quello della *Stufenbau*, o costruzione a gradi dell'ordinamento giuridico, che gli permette di superare le posizioni 'statiche' della dottrina precedente, e la rigida separazione fra il momento creativo e quello applicativo del diritto, rendendo possibile, dal punto di vista teorico, una garanzia della regolarità anche rispetto alla legge¹⁵.

Pur senza addentrarci nella teoria delle norme kelseniana, proprio la legge diventa, nella concezione dinamica dell'ordinamento resa possibile dalla *Stufenbaulehre*, un grado intermedio della gerarchia normativa, un grado che mantiene sì un ampio contenuto di *creazione* del diritto, ma che è anche momento di *esecuzione* rispetto alle norme di grado più elevato, ossia quelle di rango costituzionale.¹⁶ Più che una differenza contenutistica che caratterizzi la legge in quanto tale, differenziandola da ogni atto d'esecuzione subordinato, ciò che si verifica, per Kelsen, è una restrizione della libertà di creazione man mano che si scende per i gradi dell'ordinamento. Dagli ampi margini di discrezionalità che la costituzione pone alla legge, si scende fino a quelli sempre più ristretti di una sentenza o di un atto amministrativo rispetto alla norma generale di grado superiore, mentre, da ultimo, è l'atto coercitivo individuale che chiude la *Stufenbau*, ponendo fine all'esecuzione. Appunto il rapporto di conformità fra i gradi dell'ordinamento giuridico si definisce, nell'ottica kelseniana, come *regolarità*.

Posta tale definizione di regolarità giuridica, è ben possibile "postulare la regolarità e le garanzie idonee ad assicurarla non soltanto nei rapporti tra gli atti di esecuzione materiale e le norme individuali" ma altresì "nei rapporti tra la legge e la costituzione", intesa come regola per la creazione delle norme giuridiche essenziali dello Stato, la determinazione dei suoi organi e dei procedimenti legislativi¹⁷.

Sempre da un punto di vista teorico, si ricorda, inoltre, che Kelsen ricostruisce in termini assai residuali la categoria giuridica della nullità, nella misura in cui una corretta interpretazione di quest'ultima non richiederebbe in realtà la necessità di alcun organo giuridico che la dichiari tale. Dove l'emanazione di un atto che sanzioni il primo atto come nullo è invece richiesta, si ricadrebbe sempre entro una sottospecie di annullabilità, che ricomprende dunque anche i casi di una legge difforme a costituzione. In assenza della sanzione di un organo abilitato ad annullare l'atto incostituzionale, esso resta valido¹⁸.

¹⁴ H. KELSEN, *La garanzia giurisdizionale della Costituzione*, cit., 145.

¹⁵ Com'è noto, la teoria della *Stufenbau* fu formulata inizialmente dall'allievo di Kelsen, il giurista Adolf J. Merkl. Essa non è infatti presente fin da subito nelle opere kelseniane (è ad esempio assente negli *Hauptprobleme* del 1911). Per un'analisi particolareggiata si veda L. PAULSON, *How Merkl's Stufenbaulehre Informs Kelsen's Concept of Law*, in *Revus*, n. 21, 2013 e A. SCALONE, *Una battaglia contro gli spettri*, cit., 171-184. Circa la costituzione a gradi dell'ordinamento giuridico, si veda anche quanto scritto dallo stesso Kelsen nel 1934 in ID., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., 104-117. Sebbene elaborata precedentemente, l'esposizione sistematica della propria teoria venne formulata da A. J. MERKL nei *Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues*, in A. Verdross (cur.) *Gesellschaft, Staat un Recht. Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre*, Vienna, 1931, 252-294. Per una trattazione delle citate posizioni teoriche di Kelsen in rapporto all'elaborazione della *Verfassungsgerichtsbarkeit* da parte dell'autore, si veda G. VOLPE, *L'ingiustizia delle leggi*, cit., 139 e ss; sulla teoria gradualistica anche A. GIOVANNELLI, *Dottrina pura e teoria della costituzione in Kelsen*, cit.

¹⁶ Si veda H. KELSEN, *La garanzia giurisdizionale della Costituzione*, cit., 147-148, laddove l'autore scrive che "Ogni grado dell'ordinamento giuridico costituisce quindi, allo stesso tempo, produzione del diritto rispetto al grado inferiore e riproduzione del diritto rispetto a quello superiore". Ivi, 148. Dunque, legge, atto amministrativo e sentenza sono soltanto "gli stadi tipici della formazione della volontà collettiva nello Stato moderno", ivi, 147.

¹⁷ Ivi, 148, 152.

¹⁸ Ivi, 162-164. Per KELSEN "[...] all'interno di un sistema di diritto positivo non c'è nullità assoluta" ma solo l'annullabilità e, ancora, "l'atto è nullo solo se la competente autorità lo dichiara tale", come l'autore scrive in *Judicial Review of Legislation. A comparative Study of the Austrian and the American Constitution*, in *Journal of politics*, n. 2, 1942, 183-200, trad. it. di C. Geraci, *Il controllo di costituzionalità delle leggi. Studio comparato delle costituzioni austriaca e americana*, in ID., *La giustizia costituzionale*, cit., 302. Si veda anche H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, Cambridge, 1945, trad. it. di S. Cotta e G. Treves, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, 1952 (6ª ed. it., Milano, 1994), 157. La sentenza del giudice dichiarante l'invalidità ha, insomma, sempre natura costitutiva, un aspetto che risulterà problematico nel processo *Prussia contro Reich* del 1932.

Riguardo a quando un atto avente forza di legge possa essere annullato, e come prova del carattere prescrittivo del nucleo della proposta kelseniana, si noti che, per Kelsen, la differenziazione delle disposizioni costituzionali dalle leggi ordinarie può dirsi tecnicamente compiuta solo laddove siano previsti meccanismi di revisione aggravati per la loro modifica, seppure sia in realtà dubbio che ciò appaia strettamente necessario a una costituzione proprio da un punto di vista puramente logico-giuridico¹⁹.

D'altra parte, valore in primo luogo descrittivo ha invece la posizione kelseniana nel ridurre anche l'incostituzionalità materiale, tipicamente legata ai diritti fondamentali, a una sottospecie della più ampia categoria dell'incostituzionalità formale, intesa come il mancato rispetto delle procedure di produzione del diritto valido, laddove però, nel tipo di costituzione tecnicamente avanzata a cui pensa Kelsen, queste saranno vincolate a procedure di revisione aggravate²⁰. Seguendo tali procedure, sarebbe sempre possibile superare l'incostituzionalità di una legge il cui contenuto sia materialmente contrario alla costituzione stessa. Inversamente, seguendo il ragionamento che Kelsen svilupperà in seguito contro Schmitt, è possibile ricostruire il funzionamento della giustizia costituzionale come un'operazione di sussunzione di una fattispecie sotto una norma costituzionale, ma la fattispecie in questione non è che il *procedimento di produzione* della legge o dell'atto equiparato sottoposto a giudizio²¹. Si tratta di una concezione dinamica, antitetica all'idea di un nucleo imm modificabile della legge fondamentale dello Stato, alla luce del quale un organo speciale viene preposto ad annullare gli atti contrari alla costituzione in quanto formati in modo difforme rispetto alle procedure previste dalla costituzione stessa per la propria revisione.

La previsione di un tale organo non è l'unica garanzia indicata come possibile da Kelsen, che ne fornisce una tassonomia completa, indicando, però, il tipo più efficace in quella che chiama garanzia "repressiva oggettiva", repressiva perché posteriore alla creazione dell'atto irregolare, oggettiva perché diretta solo contro l'atto stesso, e non contro il soggetto che l'ha emanato²².

Chiariti questi presupposti, è lecito chiedersi se una tale garanzia debba necessariamente essere offerta da un organo giurisdizionale. La risposta, in effetti, è che potrebbe anche non esserlo, benché sia evidente che una garanzia della conformità alla costituzione degli atti a questa immediatamente subordinati, le leggi *in primis*, non possa essere efficacemente offerta dall'organo medesimo che li ha emanati. Tale è la ragione per la quale Kelsen esclude un mero autocontrollo del parlamento, ma resta il fatto che il modello offerto dall'autore si discosta comunque dalla giurisdizione ordinaria, alla quale potrebbe ben essere affidato anche il controllo sulla costituzionalità delle leggi.

In realtà, è da un punto di vista prescrittivo che Kelsen propende per la specialità dell'organo di controllo, ma ciò gli è possibile alla luce dell'equiparazione funzionale fra giurisdizione e legislazione, ambiti che nella teoria dell'autore differiscono per il grado di discrezionalità esercitabile, non per una qualità intrinseca o materiale. Da qui deriva quello che si è indicato in dottrina come concetto formale di giurisdizione, in quanto consente di 'usare' in modo strumentale le *forme* tipiche degli organi giurisdizionali, adattandole allo scopo e

¹⁹ Per Kelsen, l'assenza di una garanzia rappresentata da un controllo di costituzionalità delle norme, è un fattore che indica la reale flessibilità anche delle costituzioni che si considerino come rigide. Ciò proprio in quanto in realtà vi manca una procedura di controllo e annullamento dell'atto anticostituzionale. H. KELSEN, *La garanzia giurisdizionale della Costituzione*, cit., 200-201. Invero, si potrebbe sostenere che, al contrario, proprio una costituzione che non preveda procedure per la propria modificabilità sia imm modificabile, da un punto di vista teorico. Così O. CHESSA, *I giudici del diritto*, cit., 36 e ss., ma si vedano già gli studi di A. PACE, *La causa della rigidità costituzionale*, Padova, 1995, 7 e ss.

²⁰ H. KELSEN, *La garanzia giurisdizionale della Costituzione*, cit., 154. La riduzione, operata da Kelsen, dell'incostituzionalità sostanziale all'incostituzionalità formale, incontra diverse critiche nella dottrina contemporanea, del resto inevitabili in un contesto costituzionale nel quale sono molto più presenti richiami a principi di quanto fosse immaginabile negli anni '20. Ad esempio, Gustavo Zagrebelsky afferma che la riduzione kelseniana equivale a "ridurre l'esperienza costituzionale a una questione di 'modo di esercizio' della forza", G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., 383-384. Una critica alla visione dinamica dell'ordinamento, propria già del Kelsen maturo e poi preponderante nell'ultimo Kelsen, è espressa da L. FERRAJOLI in *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen. Capitolo VI. La rimozione della dimensione statica e sostanziale degli ordinamenti*, Roma-Bari, 2016. Per una periodizzazione delle posizioni kelseniane sul punto, si veda Ivi, 118-127.

²¹ H. KELSEN, *Chi dev'essere il custode della costituzione?* cit., 248.

²² H. KELSEN, *La garanzia giurisdizionale della Costituzione*, cit., 161.

alla funzione che si ritiene più opportuno l'organo di garanzia svolga entro l'ordinamento²³. La flessibilità che ne deriva consente a Kelsen di tracciare i caratteri da lui ritenuti più efficaci a un organo di garanzia costituzionale, pur non essendo certo gli unici possibili, anche seguendo i presupposti della Teoria pura. Da questo punto di vista, si tratta di un modello da intendersi, appunto, come prescrittivo. Prescrittivi sono i caratteri di accentramento in capo a un solo organo del potere di annullamento, ma anche il fatto che le pronunce di tale organo abbiano portata generale e che la loro eventuale forza retroattiva sia intesa in modo strumentale e tutto sommato residuale, pur a fronte degli ampi margini che Kelsen concede al tribunale nel decidere sui limiti temporali dell'annullamento, nonché sul suo differimento nel tempo²⁴.

Già solo per le conseguenze del modo formale d'intendere la giurisdizione, ma anche per la portata generale conferita alle decisioni dell'organo di giustizia costituzionale, la teoria kelseniana è comunque notevolmente distante dal concetto di giurisdizione 'classico' continentale. Ciò spiega perché Kelsen debba difendersi dalla critica secondo la quale nel suo modello si verrebbe a creare un vero e proprio doppio potere legislativo, un problema che l'autore stesso definisce nei termini del pericolo di uno "spostamento di potere"²⁵.

In effetti, la difficoltà sta proprio nell'applicazione della stessa *teoria del giudizio* kelseniana al giudice costituzionale. Ciò dal momento in cui, più che in requisiti strutturali caratterizzanti tipologie diverse di norme, Kelsen differenzia l'attività del legislatore da quella del giudice sulla base del solo grado di discrezionalità esercitabile (o interpretazione nell'ambito di una 'cornice' di possibilità poste dall'ordinamento), in conformità con le premesse della teoria *Stufenbau*²⁶. È infatti evidente che una corte che debba interpretare la norma di vertice dell'ordinamento nazionale non sia soggetta – proprio per la natura della fonte del diritto in questione, che rappresenta la medesima 'cornice' entro cui opera il legislatore – alle medesime restrizioni di discrezionalità che si verificano man mano che si discendono i gradi della *Stufenbau*.

Del resto, se compito dell'organo di garanzia è annullare una legge, da tale annullamento nascerà un atto di portata generale, a differenza di quanto possa accadere nel caso di una semplice disapplicazione rispetto a una situazione giuridica concreta. Non a caso, Kelsen definisce la corte del suo modello come un vero e proprio "legislatore negativo"²⁷.

Si comprende, dunque, perché egli debba trovare a sua volta validi argomenti per tutelare il potere legislativo-parlamentare, anche considerando la primaria importanza attribuita al parlamento nell'intera produzione dell'autore²⁸. Sotto questo punto di vista, Kelsen non nega che quello dei *limiti* della giurisdizione

²³ Per quanto riguarda il concetto formale di giurisdizione in Kelsen, si rimanda a G. BISOGNI, *La 'politicità' del giudizio sulle leggi*, cit., p. 75, dove l'autore afferma che in Kelsen "la giustizia costituzionale sembra essere sostanzialmente giurisdizionale, ma in realtà non lo è. Sembra esserlo perché Kelsen usa intensamente – e si dovrebbe aggiungere: strategicamente – la 'forma giudiziaria', allo scopo di contenere la politicità del giudizio sulle leggi". Si veda anche quanto scritto in G. VOLPE, *L'ingiustizia delle leggi*, cit., dove l'autore scrive che il modello di giustizia costituzionale kelseniano non rientra propriamente nel concetto di giurisdizione, se intesa come applicazione della norma a fatti concreti, e che la funzione della corte è qui più affine a quella legislativa che a quella giurisdizionale, trattandosi di un legislatore 'su richiesta' più che un giudice: ivi, 162, 163.

²⁴ H. KELSEN, *Il controllo di costituzionalità delle leggi*, cit., 299, 308-309, dove l'effetto retroattivo viene definito da Kelsen come una "necessità tecnica" processuale, laddove la logica del controllo di costituzionalità euro-continentale resta essenzialmente pubblicistica e sovraindividuale (ivi, 305-306), in opposizione al modello americano. Il fatto che Kelsen individui l'*actio popularis* come il modello astratto, benché impossibile, da preferire, è un altro fattore indicante la sua distanza dal modello della controversia fra singoli, tipico del *judicial review* americano, ma anche la controversia fra organi supremi dello Stato (*Organstreit*), comunque basata su fatti concreti prima che sul raffronto logico fra norme, tipica della concezione tedesca della *Staatsgerichtsbarkeit*. Si veda su questi punti, G. VOLPE, *L'ingiustizia delle leggi*, cit., 156 e ss e 166.

²⁵ Il termine "spostamento di potere" è in H. KELSEN, *La garanzia giurisdizionale della Costituzione*, cit., 190.

Per una genealogia del concetto di giurisdizione continentale sopra menzionato, G. BISOGNI, *Un profilo storico-concettuale della giurisdizione moderna*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 1, 2011, 35-62.

²⁶ G. BISOGNI, *Kelsen e l'interpretazione giuridica: una prospettiva storico-concettuale*, in *Ars interpretandi*, n. 2, 2012, 7, 9-10 e ID., *La 'politicità' del giudizio sulle leggi*, cit., 59-65 e 71; G. VOLPE, *L'ingiustizia delle leggi*, cit., 135 e ss. Si veda anche quanto scrive lo stesso Kelsen, al riguardo del più ampio tema dell'invalidità, in H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., 115.

²⁷ Circa l'espressione "legislatore negativo", si veda H. KELSEN, *La garanzia giurisdizionale della Costituzione*, cit., 174. Sul punto, si vedano le considerazioni espresse da G. VOLPE, *L'ingiustizia delle leggi*, cit., 162 e ss.

²⁸ In particolare, H. KELSEN, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Tübingen, 1929, *Essenza e Valore della Democrazia*, trad. it. di G. Melloni, in ID., *La democrazia*, Bologna, 1998, nonché ID., *Das Problem des Parlamentarismus*, Wien-Leipzig, 1924, trad. it. di B. Fleury, *Il problema del parlamentarismo*, in ID., *La democrazia*, cit.

sia un problema centrale, lo configura, però, come un problema non concettuale bensì soltanto *organizzativo*, com'è inevitabile, viste le premesse dalle quali l'autore parte.

La prima contro-obiezione di Kelsen poggia sul fatto che la corte può solo annullare gli atti viziati, il che garantisce una minore discrezionalità del 'legislatore negativo', rispetto all'attività di libera (benché non più del tutto libera) creazione del legislatore ordinario. È questo che porta Kelsen ad ammettere con molta cautela i casi in cui l'annullamento avvenga in modo manipolativo, dal momento che teme il rischio che ne derivi una norma creativa di contenuto positivo. Del resto, nonostante il tentativo di distinguerne l'attività sul piano dell'annullamento, resta vero che per Kelsen legislazione e giurisdizione sono funzionalmente omogenee, per cui una distinzione fra i due 'legislatori' non può essere una definizione 'forte', quanto piuttosto una fondata sul piano delle procedure che ne regolano il funzionamento, determinando direttamente o indirettamente la larghezza delle possibilità di produzione di diritto che gli sono riservate.

Così, proprio le tecniche procedurali tipiche della forma giudiziaria *devono* essere applicate all'organo di giustizia costituzionale, che pur si è visto differire dalla giurisdizione ordinaria, in quanto rappresentano la sola limitazione 'a valle' veramente efficace, rispetto alle sue potenzialità²⁹.

Ecco, dunque, che primaria importanza riveste il principio della domanda per l'attivazione del controllo di costituzionalità, attivazione che, prima ancora che ai giudici delle sole giurisdizioni superiori, Kelsen innovativamente attribuisce, nel descrivere il proprio modello ideale di giustizia costituzionale, anche alle minoranze parlamentari, oltre che alle istituzioni dello Stato federale.

Ma i vincoli formali riguardano anche, a 'monte', le modalità di formazione dell'organo. Infatti, sebbene Kelsen lo intenda come composto prevalentemente da tecnici, nel senso di persone dotate di precisi requisiti di conoscenza del diritto, il giurista austriaco ne prevede la scelta da parte di organi politici democraticamente eletti. Certo, l'autore non offre una soluzione unica, esprimendo comunque le due esigenze della preparazione tecnica e dell'esclusione dei membri di governo e parlamento dalla carica di giudice, ma si ricava piuttosto chiaramente la preferenza per una completa nomina parlamentare dei componenti della corte³⁰. Del resto, si è detto che Kelsen riduce ogni questione d'incostituzionalità materiale a un'incostituzionalità formale o procedurale. Si tratta di una conseguenza della concezione dinamica dell'ordinamento, ma è di fondamentale importanza se si considera che ciò consente al legislatore di superare ogni questione d'incostituzionalità dei propri atti tramite una modifica della costituzione³¹.

Un altro limite riequilibratore è da intendersi anche nell'esortazione, del tutto prescrittiva, a non inserire principî di giustizia materiale in costituzione, seppure appaia oggi uno degli aspetti più datati della proposta kelseniana³².

²⁹ Infatti, lo stesso autore si premura di precisare che "i poteri del legislatore negativo, dell'organo di giustizia costituzionale, sono invece completamente stabiliti dalla costituzione [in contrapposizione con l'ampia libertà di creazione del parlamento]". H. KELSEN, *La garanzia giurisdizionale della Costituzione*, cit., 174. Non è un caso che anche oggi le procedure di funzionamento della concreta Corte costituzionale austriaca siano disciplinate in modo estremamente dettagliato, riducendo al minimo gli spazi di auto-normazione.

³⁰ L'importanza del metodo di formazione della *Verfassungsgerichtshof* doveva essere tanto più chiara a Kelsen dinnanzi ai tentativi di riforma che si ebbero in Austria dal 1929, ai quali egli duramente si oppose.

³¹ Non a caso, si sono già richiamati in nota i pareri critici a queste argomentazioni di Kelsen formulati da G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., 383-384.

³² "Per evitare un simile spostamento di potere [...] dal parlamento ad un organo estraneo e che può diventare il rappresentante di forze politiche ben diverse da quelle che si esprimono nel parlamento, la costituzione deve [...] astenersi da questa fraseologia e, se intende porre principî relativi al contenuto delle leggi, li deve formulare nel modo più preciso possibile". H. KELSEN, *La garanzia giurisdizionale della Costituzione*, cit., 190. Peraltro, nella concezione kelseniana dell'interpretazione e della funzione giurisdizionale non vi sono comunque strumenti per impedire che un tribunale costituzionale faccia uso dei principî di giustizia materiale inseriti nella costituzione, una volta che esso venga proceduralmente abilitato a farlo. Sull'approccio kelseniano ai diritti fondamentali (che si pone indubbiamente in contrasto con la realtà del costituzionalismo contemporaneo), si veda L. FERRAJOLI, *La logica del diritto. Capitolo III. I diritti fondamentali: una nozione estranea alla teoria kelseniana*, cit., in particolare 57-59.

3. Il significato politico della giustizia costituzionale nel funzionamento della democrazia kelseniana

Non si deve del resto trascurare il significato della giustizia costituzionale per la teoria politica kelseniana. Ad essere in gioco, infatti, oltre a una rilettura tecnicamente adeguata della dottrina della separazione dei poteri, vi è la garanzia della protezione delle minoranze dalle maggioranze, tramite un controllo sulla correttezza delle procedure democratico-parlamentari e federali³³.

Circa la separazione dei poteri, intesa da Kelsen come “distinzione dei poteri”, l'autore ha chiaro che un suo riadattamento a una repubblica democratica non può che prendere la forma di un *controllo* fra gli organi statali, allo scopo d'impedire la concentrazione di un eccessivo potere e di garantire la regolarità del funzionamento di ciascun organo³⁴. Se il principio della completa legalità dell'azione statale è d'importanza centrale, forti sono anche i legami fra controllo di costituzionalità e il principio democratico, per come interpretato in *Essenza e valore della democrazia*³⁵.

La concezione democratica kelseniana pone al centro il costante compromesso fra le diverse partizioni della società, e più esattamente fra i partiti, in quanto, in una visione realistica, essi soli rappresentano in realtà lo strumento che permette alle pretese individuali di avere una qualche forma di influenza nella direzione dello Stato-apparato. Si tratta di una teoria democratica radicalmente relativista e formale-procedurale, che sottopone a una critica corrosiva l'idea di una volontà generale o di un bene comune alla totalità dei cittadini. Ora, proprio il fatto che un simile modello, nelle società di massa, possa funzionare solo per tramite dei partiti, rende quanto mai chiaro perché la giustizia costituzionale sia pensata da Kelsen come meccanismo in cui entrano in gioco interessi sopraindividuali, con possibilità di ricorso diretto delle minoranze parlamentari. Solo un corretto funzionamento del conflitto parlamentare, regolato proceduralmente, può assicurare quella “risultante” dei diversi interessi che è l'unica volontà generale che Kelsen è disposto a riconoscere³⁶. Questo spiega perché la proposta della garanzia giurisdizionale di costituzionalità, benché legata alle premesse della *Reine Rechtslehre*, assuma un valore normativo indipendente, che Kelsen stesso avrebbe definito come di politica del diritto.

Nella democrazia pluralistica descritta ne *Essenza e Valore della Democrazia*, la giustizia costituzionale deve regolare lo svolgimento del conflitto democratico fra maggioranza e minoranza, senza insidiare il primato del parlamento, ma esercitando un ruolo di per sé non funzionalmente diverso da quello legislativo-parlamentare. Appunto nella prospettiva di impedire la creazione di un doppio legislativo paritario, vanno letti gli accorgimenti tecnici volti a delimitare competenza e raggio d'azione del tribunale costituzionale.

Al contempo, peraltro, il parlamento avrà sempre a disposizione, per riaffermare il suo reale primato, la possibilità di modificare interamente la costituzione, ponendosi dunque, anche da un punto di vista procedurale coerente con la teoria a gradi dell'ordinamento, gerarchicamente più in alto della giustizia costituzionale, benché solo in casi prevedibilmente eccezionali. Il punto di vista kelseniano indica perciò come senz'altro giuridicamente possibile il controllo di costituzionalità da parte di un organo che adotti le forme

³³ Sul rapporto tra giustizia costituzionale e Stato federale, H. KELSEN, *Die Bundesexekution. Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des Bundesstates, unter besonder Berücksichtigung des deutschen Reichs und der österreichischen Bundes-Verfassung*, in *Festgabe für Fritz Fleiner zum 60. Geburtstag*, Tübingen, 1927, 127-187, trad. it. di C. Geraci, *L'esecuzione federale. Contributo alla teoria e alla prassi dello stato federale, con particolare riguardo alla costituzione del Reich tedesco e alla costituzione federale austriaca*, in ID., *La giustizia costituzionale*, Milano, 1981. Sullo stretto rapporto tra il buon funzionamento dello Stato federale e l'istituzione progettata da Kelsen, anche M. BARBERIS, *Kelsen e la giustizia costituzionale*, cit., 230-233.

³⁴ Circa l'espressione “distinzione dei poteri”, ivi, 173, ma anche H. KELSEN, *Grundriß einer allgemeinen Theorie des Staates*, Wien, 1926, trad. it. di A. CARRINO, *Lineamenti di Teoria generale dello Stato*, Torino, 2004, 89-91. Sulla critica kelseniana alla dottrina tradizionale della divisione dei poteri e sulla sua reinterpretazione alla luce della Teoria pura, si veda A. SCALONE, *Una battaglia contro gli spettri*, cit., 102 e ss. Circa la preoccupazione di evitare concentrazioni eccessive di potere in capo a un solo organo, H. KELSEN, *La garanzia giurisdizionale della Costituzione*, cit., 173

³⁵ H. KELSEN, *Essenza e Valore della Democrazia*, cit. La concezione pluralistica, conflittuale, relativistica e formale di democrazia di Kelsen è del tutto antitetica a quella di un autore come Schmitt.

³⁶ H. KELSEN, *Essenza e Valore della Democrazia*, cit., 69. Entro questa concezione, la stessa costituzione è il “principio in cui si esprime giuridicamente l'equilibrio delle forze politiche nel momento considerato”. H. KELSEN, *La garanzia giurisdizionale della Costituzione*, cit., 152. Sul legame fra democrazia, compromesso e diritto in Kelsen, A. GIOVANNELLI, *Dottrina pura e teoria della costituzione in Kelsen*, cit., 79 e ss.

tipiche della giurisdizione, sebbene ammetta al contempo che l'attuazione o meno di tale possibilità sia una scelta politica, che Kelsen valuta come *prescrittivamente necessaria*. Al contempo una tale prospettiva presuppone, dal punto di vista scientifico o *descrittivo*, il fatto che la realtà statale nel suo complesso sia sempre esprimibile nelle forme giuridiche e che tutte le funzioni dello Stato siano assoggettabili alle procedure del diritto, in qualsiasi situazione concreta.

I caratteri fin qui descritti rendono chiaro come proprio la concezione ‘tecnologica’ della forma giudiziaria, sia indicata da Kelsen come la più adatta a “*portare alla luce l’effettiva situazione degli interessi*” in uno scenario di pluralismo conflittuale³⁷. Tutto questo è valutato con favore nella misura in cui il contrasto, latente nella società, non potrebbe essere gestito in forma giuridica, qualora occultato dietro la finzione di un’unità superiore d’intenti, che si vorrebbe comune a tutti i soggetti all’ordinamento coercitivo.

Tali presupposti originano dalle più ampie teorie kelseniane del diritto, dello Stato, ma anche della forma politica e della democrazia, e rappresentano proprio ciò che mina alla radice una prospettiva di accordo con il modello decisionista di Carl Schmitt, ma anche con l’istituzionalismo classico e con modelli allora intermedi o alternativi, quali quelli rappresentati in Germania dalla teoria dell’integrazione di Rudolf Smend e dalle posizioni di Hermann Heller³⁸.

4. Carl Schmitt: il pluralismo politico e la critica alla giustizia costituzionale

Quando Carl Schmitt giunse a Berlino, nel 1928, già avevano visto la luce alcuni fra i suoi lavori più importanti: lo scritto su *La Dittatura* (1921), la prima *Teologia politica* (1922), il fondamentale saggio su *Il concetto di Politico* (1927) e la *Dottrina della costituzione* (1928), l’opera più complessa dello Schmitt del periodo weimariano.

Cattolico conservatore, ma dotato di una spiccata sensibilità per i mutamenti rivoluzionari che attraversavano la società e la cultura del tempo, Schmitt, negli anni ’20, aveva ormai formulato tutti i principali concetti propri del decisionismo, la corrente giuridica e filosofico-politica di cui il giurista di Plettemberg può dirsi il principale esponente³⁹. Agli inizi degli anni ’30, erano ormai compiute le teorie schmittiane sulla

³⁷ H. KELSEN, *Chi deve essere il custode della costituzione?* cit., 260, il corsivo è dell’autore.

Efficace per comprendere l’uso ‘disinvolto’ da parte di Kelsen di una forma giurisdizionale ritenuta utile finanche dove vi è ampia discrezionalità, allo scopo di fare emergere contrastanti interessi, è quanto scritto dall’autore stesso nella replica a Schmitt: “Il carattere contenzioso, la c.d. ‘forma giudiziaria’ del procedimento è senz’altro conveniente anche quando si tratta dell’applicazione di una norma costituzionale che lasci un largo margine di discrezionalità. La controversia, allora, non verte, o meglio, non verte *solo* e non *solo direttamente* sulla questione di costituzionalità ma [...] è anche un dibattito sul modo migliore in cui la *creazione* – individuale o generale – del *diritto* debba svolgersi nel quadro delineato dalla costituzione. Qualora eventualmente si tratti della questione se una legge ordinaria violi la costituzione e il tenore di quest’ultima non rechi, sul punto, un preciso significato, sicché la sentenza del tribunale sia in realtà lo sviluppo della costituzione in una determinata direzione, proprio allora il contrasto d’interessi esistente è della massima importanza. E proprio qui è particolarmente importante che la volontà statale che si manifesta nella sentenza del tribunale costituzionale si formi in un procedimento che porti ad espressione il contrasto d’interessi esistente [...] la forma giudiziaria si dimostra adatta all’attività ‘politica’ di creazione del diritto svolta dal tribunale proprio nella misura in cui la sentenza realizza una ‘valutazione d’interessi’ [corsivi dell’autore]”. Ivi, 259-260. Peraltro, la desostanzializzazione della giurisdizione, in Kelsen, si spinge fino a indicare una completa possibilità di adozione di metodi e forme tipici dei tribunali anche per altri organi dello Stato. Finanche il procedimento “dialettico” parlamentare, per l’autore, è “qualcosa di completamente simile alla ‘forma giudiziaria’” che serve a “portare alla luce tutto ciò che sta a favore o contro una determinata situazione”, risultato meglio garantito “se la pretesa e la difesa sono affidati a organi diversi”. Ivi, 245, si veda anche 260.

³⁸ R. SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, München 1928, trad. it. di J. Luther, *Costituzione e diritto costituzionale*, Milano, 1988 e H. HELLER, *Die Souveränität. Ein Beitrag zur Theorie des Staats- und Völkerrechts*, Berlin, 1927, trad. ing. di B. Cooper, *Sovereignty. A Contribution to the Theory of Public and International Law*, New York, 2019; ID., *Staatslehre*, Leiden, 1934, trad. it. di U. Pomarici, *Dottrina dello Stato*, Napoli, 1988. Circa il pensiero degli autori citati si vedano P. CALDWELL, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law*, cit., 120-145; M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, cit., 287-315; A. Jacobson, B. Schlink (curr.), *Weimar. A Jurisprudence of Crisis*, Berkeley, 2001; G. BISOGNI, *Weimar e l’unità politica e giuridica dello Stato: saggio su Rudolf Smend, Hermann Heller, Carl Schmitt*, Napoli, 2005.

³⁹ Critici di un’associazione spesso troppo semplicistica fra Schmitt e il decisionismo sono M. CROCE, A. SALVATORE, *L’indecisionista. Carl Schmitt oltre l’eccezione*, Macerata, 2020. Gli autori recuperano in particolare la dimensione istituzionalista che sarebbe propria anche di Schmitt, dopo la fase autenticamente decisionista, quest’ultima in realtà di durata più breve di quanto

ripartizione esistenziale fra amico [*Freund*] e nemico [*Feind*] – costitutiva dell'elemento del Politico e fondativa della stessa unità di un popolo – così come sul concetto di costituzione, intesa quale decisione fondamentale sulle forme politiche della propria unione da parte del popolo politicamente consapevole e per ciò stesso omogeneo⁴⁰.

Nel periodo berlinese, Schmitt cercò di avvicinarsi alle élite burocratiche e conservatrici tedesche, ben rappresentate dall'amico Johannes Popitz, e finì per trovarsi a stretto contatto con il cuore della vita politica weimariana, in un contesto particolarmente travagliato, come descritto nel paragrafo storico di questa ricerca.

Tornando però alla produzione teorica, non è possibile affrontare l'idea di custodia politica della costituzione propria di Schmitt, né la sua critica alla costruzione kelseniana, senza toccare alcuni presupposti propri all'autore già prima del 1931, e poi rielaborati e radicalizzati ne *Il custode della costituzione*, l'opera principale che si andrà a esaminare⁴¹. Tali presupposti fanno riferimento, in primo luogo, a quello che si può indicare come il contesto o la situazione costituzionale *concreta*, ossia dell'evoluzione storica dei concetti giuridici e politici del pensiero europeo, alla luce dei cambiamenti che la realtà sociale vi imprime⁴².

Si tratta di elementi da tenere a mente nel considerare un testo complesso come *Il custode della costituzione*, che unisce la descrizione, a tratti quasi sociologica, delle trasformazioni dello Stato parlamentare, con la critica alla sostenibilità teoretica della giurisdizione di norme su altre norme e si chiude con la proposta politica del potere presidenziale come vero garante *neutrale* della costituzione. Proprio l'osservazione attenta dei mutamenti sociali serve a Schmitt per negare che un buon guardiano della costituzione possa essere il solo parlamento.

Da questo punto di vista, la critica al parlamentarismo – inteso come concezione tipicamente liberale e antitetica alla democrazia di massa – risale già al 1923, ma nel *Custode* Schmitt vi aggiunge un elemento che renderebbe impossibile immaginare una difesa parlamentare di una costituzione bisognosa di protezione proprio nei confronti del parlamento, ossia il concetto propriamente schmittiano di *pluralismo*. Il pluralismo è la forma assunta dalla politica partitico-parlamentare nel contesto della società di massa, dove l'economia diventa sempre di più il fattore decisivo della politica, a discapito della concezione propriamente moderna dello Stato, inteso in senso hobbesiano (e liberale) come chiaramente distinto proprio da una società

ancora si tende a sostenere. Non è questo lo spazio in cui occuparsi di questo problema, basti dire che, fra gli scritti schmittiani che prenderemo in considerazione, *Il custode della costituzione* presenta in effetti tratti di un pensiero ormai volto alle 'istituzioni concrete'.

Come per la letteratura su Kelsen, anche per Schmitt non è possibile fornire in questa sede una bibliografia esauriente. Ci si limita dunque alle opere principali utilizzate per questa ricerca, in parte già citate. Si vedano la *Presentazione* di G. MIGLIO a C. SCHMITT, *Le categorie del 'politico'*, Bologna, 1972; P. P. PORTINARO, *Che cos'è il decisionismo?* in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1982, 247-267; J. FREUND, *Les lignes de force de la pensée politique de Carl Schmitt*, in "Novelle Ecoles", n. 44, 1987, 11-27, trad. it. di A. Campi, in J. FREUND, *La crisi dello Stato tra decisione e norma*, a cura di A. Carrino, Napoli, 2008; J. W. BENDERSKY, *Carl Schmitt teorico del Reich*, cit.; C. GALLI, *Genealogia della politica*, cit.; D. DYZENHAUS, *Legality and Legitimacy*, cit.; Id. (cur.), *Law as Politics. Carl Schmitt's Critique of Liberalism*, Durham and London, 1998; P. CALDWELL, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law*, cit.; E. KENNEDY, *Constitutional Failure*, cit.; O. BEAUD, *Carl Schmitt, juriste nazi ou juriste qui fut nazi? Tentative de réexamen critique*, in *Droits*, n. 2, 2004, 207-218; G. BISOGNI, *Weimar e l'unità politica e giuridica dello Stato*, cit.; A. SCALONE, *L'ordine precario*, cit., 77 e ss.; L. VINX, *The Guardian of the Constitution*, cit.; J.F. KERVÉGAN, *Che fare di Carl Schmitt?* cit. Per una biografia aggiornata su Schmitt, si può consultare la monumentale opera di R. MEHRING, *Carl Schmitt*, München, 2009, trad. ing. di D. Steuer, *Carl Schmitt. A biography*, Cambridge, 2014, la più completa che sia stata finora scritta, avvalendosi anche dei diari personali e dell'archivio di Schmitt. Fra le opere citate, quest'ultima permette di indagare meglio il discusso capitolo dell'adesione di Schmitt al nazismo, nella primavera del 1933.

⁴⁰ Le opere di riferimento sono naturalmente C. SCHMITT, *Der Begriff des Politischen*, Duncker & Humblot, München-Leipzig, 1927 (3^a ed. del 1932), trad. it. di Pierangelo Schiera, *Il concetto di 'politico': testo del 1932 con una premessa e tre corollari*, in ID., *Le categorie del "politico"*, cit. e, soprattutto, C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, München-Leipzig, 1928, trad. it. di A. Caracciolo, *Dottrina della Costituzione*, Milano, 1984.

⁴¹ C. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, München-Leipzig, 1931, trad. it. di A. Caracciolo, *Il custode della costituzione*, Milano, 1981.

⁴² A questo riguardo, Schmitt stesso scrive della necessità di "rintracciare una topica dei [...] concetti" ed aggiunge che "È questo un lavoro che non può essere condotto con considerazioni di fondo astratte dal tempo", C. SCHMITT, *Il concetto di 'politico'*, cit., 89.

depoliticizzata⁴³. Schmitt descrive il fenomeno pluralistico come una molteplicità di complessi organizzati di potere sociale (partiti, sindacati, cartelli industriali, chiese), in grado di penetrare attraverso tutte le strutture ‘tradizionali’ dello Stato, sia a livello centrale che federale, senza però cessare di essere soltanto delle formazioni sociali, ossia non-statali. È quest’ultimo l’aspetto problematico, perché le nuove forze non intendono assumersi la responsabilità del Politico, inteso nell’accezione schmittiana, ma restano fuori dalla sfera pubblica [*Öffentlichkeit*], rimanendo formalmente private, laddove esse stesse determinano in realtà la crisi della distinzione liberale tra pubblico e privato. Così facendo, la concezione ‘classica’ o hobbesiana dello Stato come unità viene meno, aprendo la strada a un ritorno di quella guerra civile fra valori e interessi incompatibili, che proprio la costruzione dello Stato moderno era nata per impedire⁴⁴.

In questo scenario, i partiti di massa si rivelano tanto più pericolosi per l’unità statale e per l’idea schmittiana di democrazia, in quanto mirano essi stessi alla totalità, ma lo fanno a partire dagli interessi particolari di cui sono portatori⁴⁵. Il contrario di dei “trasformatori”, cioè di dei produttori di universale a partire dal particolare, secondo il disegno ideale del parlamentarismo classico, che intendeva il parlamento come luogo di libero e aperto scambio d’opinioni, teso a raggiungere una sintesi razionale, e non certo come luogo di convalida di un potere gestito altrove da segreterie di partito o gruppi d’interesse. Insieme al parlamentarismo, entra poi in crisi anche l’idea della legge come atto dotato di uno specifico valore sostanziale di ragione, lasciando il passo a quella che per Schmitt è una disgregazione formalistico-positivista del concetto, e a una prassi in cui diventa impossibile distinguere la legge dal provvedimento sulla base di elementi materiali, in primo luogo la generalità⁴⁶.

Descrivendo come una degenerazione il moderno Stato dei partiti, o “Stato totale solo quantitativo”, Schmitt nega che i semplici compromessi fra coalizioni possano generare una sintesi corrispondente a un’unità, secondo quanto sostenuto da una concezione ‘armistiziale’ di costituzione⁴⁷. Dal punto di vista della teoria giuridica schmittiana, gli accordi fra gruppi sociali organizzati non generano una decisione sui problemi politici fondamentali, ma, più propriamente, dei compromessi dilatori. Compromessi che comporrebbero anche buona parte della Costituzione tedesca del 1919 e che rappresentano altrettante questioni potenzialmente conflittuali (atte cioè a generare nuove ripartizioni secondo lo schema amico-nemico), la cui decisione è stata soltanto rimandata e certo non può risolversi in un compromesso, appunto in quanto attinente a questioni

⁴³ Schmitt scrive che “[...] in ogni Stato moderno il rapporto dello Stato con l’economia forma il vero oggetto delle questioni di politica interna direttamente attuali [...] In una situazione simile la richiesta di non intervento diventa un’utopia, anzi un autocontraddizione”. C. SCHMITT, *Il custode della costituzione*, 127. Legata alla necessità di progettazione economica della politica moderna è la critica di Schmitt a quella che chiama *policrazia*, ossia la spartizione dell’economia pubblica in capo ad autonomi centri decisionali particolari, strettamente collegata al pluralismo partitico. Si veda ivi, pag. 141 e ss.

Per la critica al parlamentarismo, si veda già C. SCHMITT, *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, München-Leipzig, 1923 (2ª ed., 1926), trad. it. di G. Stella, *La condizione storico-spirituale dell’odierno parlamentarismo*, Torino, 2004.

⁴⁴ L’unitarietà è per Schmitt il fattore genetico della statualità europea dalla fine delle guerre di religione e dall’abolizione dei ceti e, in un ordinamento democratico (secondo la dottrina schmittiana della democrazia), l’unità non può che derivare dal carattere omogeneo di un popolo a sua volta unito, capace di esprimere una costituzione sotto forma di decisione fondamentale. Tali posizioni Schmitt le esprime con particolare chiarezza nella *Dottrina della costituzione*, cit., 109-125, 130 e ss. (potere costituente) e 291 e ss. (dottrina della democrazia). Sulla formazione del sistema statale moderno in Europa, C. SCHMITT, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, Berlin, 1950 (2ª ed., 1974), trad. it. a cura di E. Castrucci e F. Volpi, *Il nomos della terra nel diritto internazionale dello “jus publicum europaeum”*, Milano, 1991.

⁴⁵ “[...] Noi non abbiamo propriamente nessuno Stato totale, ma più esattamente alcune formazioni partitiche sociali che racchiudono interamente i loro uomini fin dalla giovinezza ed aspirano alla totalità [...] Con la pluralizzazione non è però eliminata la svolta verso il totale, ma è per così dire soltanto parcellizzata, giacché ogni gruppo di potere sociale organizzato [...] per quanto possibile cerca di realizzare la totalità in se stessa e per se stessa”, C. SCHMITT, *Il custode della costituzione*, cit., 131.

⁴⁶ Sulla crisi dell’idea di legge, si veda già la *Dottrina della costituzione*, cit., 194-195, laddove il formalismo veniva accusato di aver ridotto la legge a nient’altro che “ciò che è fatto dalle istanze competenti per la legislazione con il procedimento prescritto per la legislazione”, ivi. 195. Si noti, che la legge per Schmitt deve essere generale proprio a significare che generale e la volontà che l’emana, cosa immaginabile solo dal punto di vista del parlamentarismo ‘pre-pluralistico’. In tal senso ivi, 199-206.

Circa la definizione dei partiti come “trasformatori” politici, si veda ivi, 137.

⁴⁷ La definizione di “Stato totale solo quantitativo” è in C. SCHMITT, *Il custode della costituzione*, cit., 123 e ss. La critica al compromesso costituente tra partiti viene ripresa in modo più violento nel 1931, ma la negazione della sostenibilità di un mero armistizio costituzionale è già in C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, 90-97.

politiche nel senso radicale del termine⁴⁸.

Se si fa cenno a questi presupposti della teoria schmittiana – per quanto più spazio richiederebbe l'analisi dello Stato che interviene in economia, che prefigura anche il moderno Stato previdenziale, oltre a quello totale – è perché a partire da essi è possibile comprendere le ragioni profonde dell'ostilità di Schmitt verso una compiuta giustizia costituzionale. Infatti, è vero che si tratta di presupposti definibili come 'politici', ma solo se si tiene presente che la dimensione giuridica non è mai separabile, nel pensiero schmittiano, dalla teoria politica dell'autore. Ciò non tanto nel senso di un'influenza dell'una sull'altra, quanto per un'effettiva e inevitabile coincidenza fra i discorsi politico e giuridico di Schmitt, come ben dimostra proprio il fatto che la preoccupazione anti-pluralistica sia anche l'elemento principale alla base della *vis* polemica contro la tutela giuridica della costituzione.

L'ostilità di Schmitt alla proposta di Kelsen, peraltro, non deve fare dimenticare che lo stesso Schmitt non si era in precedenza posto come contrario, almeno in astratto, a una forma di controllo giudiziale *diffuso* della costituzionalità delle leggi. Una posizione alla quale, peraltro, non era forse estraneo il carattere politicamente conservatore dei giudici tedeschi, ma che, almeno in parte, si rifaceva idealmente alla tradizione tedesca della giurisdizione fra organi dello Stato (*Staatsgerichtsbarkeit*), specie in un contesto federale⁴⁹.

Riassumendo le ragioni profonde per cui Schmitt non può accettare un penetrante controllo di costituzionalità – specie se accentrato in un organo speciale e che annulli gli atti aventi grado di legge in modo generale – esse risiedono nello stesso concetto di costituzione schmittiano, nonché nei difetti propri della Carta di Weimar, aggravati dalla 'degenerazione pluralistica'.

Per quanto riguarda il primo aspetto, Schmitt rimprovera a Kelsen un'impropria confusione fra il concetto di "legge costituzionale", ossia qualunque disposizione inserita nella costituzione scritta e modificabile tramite le procedure rafforzate prescritte dalla stessa costituzione, e il concetto della decisione fondamentale sottesa a ogni vera costituzione, ossia le determinazioni politiche essenziali che un popolo si è dato sulla propria forma di governo e che non sono modificabili da alcun potere costituito, ma soltanto dal popolo stesso⁵⁰.

Si sono poi già menzionati i compromessi dilatori che, secondo Schmitt, rischiano di indebolire la Costituzione del 1919. Da questo punto di vista, la critica schmittiana ai numerosi principi materiali di giustizia inseriti nella costituzione, peraltro comune anche a Kelsen, è motivata, però, dalla ragione che è sotto le sembianze di "formule ambigue" e "petizioni di principio" che si celano i compromessi non risolti sulle scelte politiche fondamentali⁵¹. Una corte che scegliesse da sé tra queste alternative insolute compirebbe un atto di legislazione, addirittura di legislazione costituzionale, senza averne la legittimità⁵².

⁴⁸ Ivi, 48 e 52-53, dove l'autore non respinge del tutto gli accordi contenuti nel testo di una costituzione, ma distingue fra "compromessi oggettivi" (che racchiudono una vera decisione politica) e compromessi dilatori in realtà privi di contenuto decisorio, che si limitano a lasciare invariate le contraddizioni e i conflitti reali e a rimandarne la risoluzione a un vero "compromesso oggettivo" da concludersi successivamente.

⁴⁹ Nel suo saggio *The issue of judicial review in Germany*, cit., 192, 194, l'allora giovane studioso tedesco-americano C. J. FRIEDRICH aveva anzi ben potuto annoverare il giurista di Plettemberg fra i sostenitori del *judicial review of legislation*. Anche nel Custode Schmitt non si dice del tutto contrario a un limitato controllo di costituzionalità da parte delle corti ordinarie, cosa che, del resto, a Weimar esse avevano già rivendicato. Si tornerà ad analizzare le corti tedesche a Weimar più avanti. A fronte delle aperture di Schmitt e di altri giuristi conservatori a un controllo delle corti ordinarie sulla base della Costituzione, l'ammissibilità della giurisdizione di una corte 'politica' nelle controversie federali sembra trovare margini di ammissibilità nel *Custode* del 1931 (in armonia con l'idea del federalismo come decisione fondamentale espressa in Costituzione), sebbene questi siano poi assenti nelle tesi schmittiane formulate in occasione del caso concreto del 1932. Sullo *Staatsgerichtsbarkeit*, G. VOLPE, *L'ingiustizia delle leggi*, cit., 166 e ss.

⁵⁰ Si veda C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, cit., 26-58. Nel contesto weimariano il dibattito circa la completa modificabilità del testo costituzionale era reso più acceso dalla presenza dell'art. 76 della Costituzione del 1919, che non poneva limiti assoluti alla revisione costituzionale. In merito C. SCHMITT, *Il custode della costituzione*, cit., 32-33. Circa il ruolo, e la dimensione quasi teologica, che il popolo ha nella teoria schmittiana, il tema è troppo complesso per essere qua trattato. Circa il popolo come potere costituente 'permanente' si veda comunque C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, cit., 109-125 e 130; essenziale è inoltre la dottrina della democrazia esposta ivi, 293-331.

⁵¹ Ivi, 77-78.

⁵² Una corte, per Schmitt, mancherebbe di legittimazione in quanto non si configura come rappresentante di un'istanza trascendente o sovra-positiva né dell'unità immanente del popolo. Circa il concetto di rappresentanza o rappresentazione nel

Sotto questo punto di vista, è interessante come Schmitt si preoccupi di rimarcare la differenza fra la giurisdizione continentale e la Corte Suprema degli Stati Uniti, organismo che – in un modello di *common law* che Schmitt definisce come vicino all’idealtipo dello Stato giurisdizionale [*Jurisdiktionstaat*], opposto allo Stato legislativo [*Gesetzgebungsstaat*] continentale – è chiamato esplicitamente a cogestire il diritto alla pari degli altri poteri⁵³. Nel contesto continentale del primo dopoguerra, una corte costituzionale attiva, più che prefigurare un governo dei giudici, e anche al di là della forma scelta per il modello, sarebbe per l’autore votata all’inefficacia. Ciò non tanto nei casi ‘facili’ – nei quali, per Schmitt, si può lasciare la decisione del solo caso singolo anche alle corti ordinarie e anche in base al parametro costituzionale – quanto in quelli veramente decisivi.

Se nella concezione classica euro-continentale i giudici derivano la loro legittimazione proprio dall’impoliticità attribuita alle loro decisioni, l’introduzione a Weimar di una giurisdizione che compia scelte politiche non porterebbe che all’esasperazione del già presente elemento pluralistico, aggravato dal kelseniano accesso partitico alla giurisdizione costituzionale. Nello Stato pluralistico prefigurato dall’autore, le forze politiche e gli interessi sociali organizzati cercheranno di accordarsi tramite “negoziati bilaterali” sull’interpretazione delle singole disposizioni costituzionali, intese alla pari delle clausole di un contratto a loro disposizione, e, non riuscendovi, potrebbero sempre decidere di ricorrere a una corte ‘speciale’, rifuggendo con ciò il “rischio del ‘politico’”⁵⁴. È per questa compatibilità o vicinanza strutturale col pluralismo sociale e politico che Schmitt respinge *in concreto* il sindacato di costituzionalità delle leggi e, con esso, il metodo processuale applicato alla risoluzione delle controversie politiche⁵⁵. La corte che Kelsen prefigura cercherebbe invano di risolvere tramite mezzi processuali i problemi sollevati da un pluralismo di cui è a un tempo conseguenza e fattore aggravante.

A fronte di queste considerazioni, che giustificherebbero la proposta di un custode politico della costituzione e dell’unità statale, Schmitt però non rinuncia a criticare la giurisdizione costituzionale su di un piano che vorrebbe essere esclusivamente giuridico, per mostrare in particolare come il modello di Kelsen condurrebbe a un sovvertimento della stessa categoria di giurisdizione.

L’ambiguità della nota critica schmittiana risiede appunto in questo: Schmitt usa le stesse argomentazioni

pensiero di Schmitt, si veda ID., *ivi*, 270-286. Sul tema utili sono anche le osservazioni di A. SCALONE, *L’ordine precario*, cit., 144-146, 168-170 e G. BISOGNI, *La ‘politicità’ del giudizio sulle leggi*, cit., 34-35

⁵³ Tanto più che la Corte Suprema “si pone davanti allo Stato come custode di un ordine economico e sociale in linea di principio non contestato”, ossia quello dei “diritti fondamentali borghesi”, che vanno protetti dai tribunali proprio contro lo Stato, in quanto intesi come ad esso preesistenti. C. SCHMITT, *Il custode della costituzione*, cit., 29-30. Per Schmitt la Corte Suprema americana si pone come un potere trascendente lo Stato. Schmitt evidentemente esaspera volutamente la funzione di tutela dei classici diritti ‘borghesi’ della concorrenza e della proprietà da parte della Corte Suprema, si tenga però conto che la Corte Suprema a cui pensava l’autore aveva ostacolato la legislazione di tutela dei lavoratori fragili all’inizio del secolo e che, ancora pochi anni dopo avrebbe cercato di ostacolare l’interventismo dello Stato rooseveltiano. La visione di Schmitt rispetto al ruolo della Corte Suprema americana può essere stata influenzata dal libro di E. LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L’expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, 1921, trad. it. a cura di R. D’Orazio, *Il governo dei giudici e la lotta contro la legislazione sociale negli Stati Uniti. L’esperienza americana del controllo giudiziario della costituzionalità delle leggi*, Milano, 1996. Richiamando Lambert, anche Volpe definiva nel 1977 quello del governo dei giudici come una “questione che eternamente ritorna”. G. VOLPE, *L’ingiustizia delle leggi*, cit., X. Ancora, in anni anche più recenti si è tornato a discutere criticamente di ‘governo dei giudici’, anche in Italia. Il tema è uno degli oggetti principali degli scritti più recenti di Agostino Carrino fin qui citati, ma si vedano già L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Questione Giustizia*, n. 4, 2016 e il dibattito su *Giudici e legislatori* in *Diritto Pubblico*, n. 2, 2016, 483-624; più di recente S. CASSESE, *Il governo dei giudici*, Roma-Bari, 2022. Per una discussione al di fuori dell’Italia, B. RÜTHERS, *Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat*, Tübingen, 2016, trad. it. a cura di G. Stella, *La rivoluzione clandestina. Dallo Stato di diritto allo Stato dei giudici. Costituzione e metodi*, Modena, 2018 e R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge, 2004.

⁵⁴ *Ivi*, 98-99 e, per le espressioni citate, 100-101.

⁵⁵ Per l’autore la “composizione processuale della controversia conduce sempre facilmente ad un coordinamento delle parti, specialmente quando i caratteri del processo civile diventano prevalenti”, rendendo questa forma congeniale a partiti e gruppi d’interesse, *ivi*, 105. Da notare come anche per Kelsen una forma dialettico-contraddittoria paragonabile a quella tipicamente processuale sia la più adatta a permettere il raggiungimento di un compromesso (o “risultante”) fra le posizioni espresse dalle diverse forze partitiche, H. KELSEN, *Essenza e Valore della Democrazia*, cit., 105. Emerge qui chiaramente come i due autori diano un giudizio opposto, dal punto di vista normativo, del medesimo fenomeno.

rimproverate ai giuspositivisti, tentando di squalificare le tesi nemiche come logicamente inconciliabili con una concezione corretta dello Stato di diritto in senso ‘classico’ o liberale (Schmitt lo definisce *Bürgerliche Rechtsstaat* o “Stato borghese di diritto”, quasi a sottolinearne il legame con un mondo ideale storicamente determinato)⁵⁶.

Per Schmitt l’essenza della funzione giurisdizionale nello Stato di diritto è quella di operare una *sussunzione* conforme alla fattispecie [*tatbestandsmäßige Subsumption*] del caso concreto, caso da decidersi sotto disposizioni legislative, dotate di un sufficiente margine di determinatezza e chiarezza⁵⁷. Deve, insomma, esistere un nucleo non controverso dell’enunciato normativo, rispetto al quale il giudice si limita con la sua sentenza a dedurre logicamente la volontà già espressa dalla legge, senza aggiungervi la propria. Il risultato di questa operazione sussuntiva sarà, sempre nell’ottica schmittiana, una sentenza il cui contenuto potrà essere predeterminato, è cioè, appunto, in quanto la giurisdizione si caratterizza per essere un’attività prevalentemente conoscitiva e razionale. Essa è controllabile razionalmente, proprio nella misura in cui è affermata un’essenza propria del concetto di giurisdizione, che vada aldilà dei soli aspetti procedurali tipici della forma giudiziale, quali le modalità di formazione dell’organo e le sue procedure deliberative, per toccare invece il *contenuto* della sentenza e dell’attività stessa del giudice. Il giudice non crea il diritto, se non in una forma che Schmitt presenta come del tutto marginale, pena la perdita della sua indipendenza, che non può essere legata ad altro che all’applicazione della legge, libera da influenze provenienti da altre branche dello Stato⁵⁸.

Il contenuto della decisione, a sua volta, è qualificato dal suo essere ricavabile dalla legge tramite passaggi logici; è cioè predeterminato e vincolato, in modo senz’altro ‘forte’, dalle disposizioni che il giudice interpreta.

Il concetto di legge proprio dello Stato di diritto, per Schmitt, è legato a un determinato orizzonte storico-ideale illuministico, non può cioè essere ridotto alla costruzione formale della *Stufenbau* kelseniana. Ogni astratta gerarchia fra norme dell’ordinamento non sarebbe che “un’antropomorfizzazione della ‘norma’” e un’allegoria errata, sia perché è possibile stabilire una gerarchia solo fra “enti concretamente esistenti”, sia perché Schmitt respinge la riduzione formale a grado intermedio della *Stufenbau* dell’idea di legge⁵⁹. L’autore rigetta le tesi ‘formaliste’, della giurisdizione come della teoria generale delle norme, proprio in quanto non da ogni norma è possibile per il giudice dedurre contenutisticamente la propria sentenza. Al contempo, la sussunzione, che il giudice fa “sulla base di una legge”, può avere ad oggetto solo un concreto caso della vita, mentre “non esiste nessuna giurisdizione di una norma su di un’altra norma”⁶⁰.

Se queste sono le obiezioni mosse alla sostenibilità giuridica della proposta kelseniana, si può intanto notare come l’ambiguità a cui si è inizialmente fatto riferimento è tanto maggiore tenendo conto delle posizioni precedenti dell’autore stesso. Quanto scritto da Schmitt nel 1931 in merito all’interpretazione giudiziale è infatti in contraddizione con gli argomenti giusrealistici avanzati nello scritto giovanile su *Legge e giudizio*, almeno se li si consideri sul solo piano del ragionamento teorico-giuridico, e non anche su quello della politica

⁵⁶ Per quanto riguarda la polemica contro i giuspositivisti e la loro pretesa di scientificità, nel *Custode della costituzione*, cit., 11, Schmitt vi si riferisce nei termini di un “artificio specificamente politico della rappresentazione della propria concezione come non politica, e dei problemi e delle opinioni dell’avversario come politici”.

Per i riferimenti allo Stato borghese di diritto, C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, cit., 171-189.

⁵⁷ C. SCHMITT, *Il custode della costituzione*, 31, 37, 71.

⁵⁸ C. SCHMITT, *Il custode della costituzione*, cit., 232. Schmitt ammette una certa libertà creativa del giudice civile (legata all’esistenza di concetti indeterminati afferenti a realtà concrete della vita economica e sociale) e finanche del giudice amministrativo, almeno finché le norme da applicare presentano sufficienti margini di chiarezza, ma non può tollerare un incisivo controllo giudiziale sulle questioni decisive legate alla costituzione.

Il negare da parte di Schmitt che la giurisdizione si possa ricondurre a concetti formali rimanda naturalmente a Kelsen e a quello che si è presentato come ‘concetto formale di giurisdizione’, mentre quello di Schmitt è, usando sempre la terminologia presa da Giovanni Bisogni un ‘concetto sostanziale di giurisdizione’. Si rimanda a *La ‘politicità’ del giudizio sulle leggi*, cit.

⁵⁹ Per le citazioni si veda C. SCHMITT, *Il custode della costituzione*, cit., 67, nota, 58. Circa le obiezioni all’idea della legge come grado intermedio della *Stufenbau*, Schmitt scrive che “Con questa sorta di concetti formali [...] tutto può diventare giurisdizione, ma altrettanto bene può diventare ‘norma’ e normazione ed infine anche costituzione”. Ivi, 64.

⁶⁰ Ivi, 63, 65 e 68-69. Volendo salvare la possibilità di un controllo diffuso in base al parametro di costituzionalità della legge, Schmitt si preoccupa di precisare che, nei casi ‘facili’ di *judicial review* da lui ammessi, “Non si sussume affatto, ma si constata soltanto una contraddizione e dopo si decide quale fra le due norme contrastanti debba aver validità e quale debba rimanere ‘senza applicazione’”. Ivi, 71.

del diritto⁶¹.

Schmitt sceglie di non recuperare il decisionismo giudiziario temperato delle posizioni precedenti, dal quale pure sarebbe stato possibile avanzare delle critiche ai poteri attribuiti ai giudici costituzionali, perché vuole presentare la sua prospettiva come del tutto interna all'idea di giurisdizione propria dello Stato liberale di diritto⁶². Così facendo, tuttavia, finisce per ripetere gli errori tipici della giurisprudenza dei concetti [*Begriffsjurisprudenz*] dell'epoca precedente, una critica che Kelsen non mancherà di fare nella propria replica⁶³.

Schmitt elabora cioè un proprio concetto ideale di giurisdizione a cui attribuisce alcune caratteristiche selezionate in modo in realtà arbitrario, dalle quali fa discendere importanti conseguenze normative. Nel farlo, compie quella che si può definire come una creazione di norme implicite, ricavate tramite ragionamenti deduttivi le cui premesse non sono norme positive esplicite ma piuttosto costruzioni dottrinali dello stesso Schmitt. Il problema è che il modello proposto non corrisponde, né ha mai corrisposto, alla realtà effettiva della giurisdizione, che certo non può dirsi limitata a operazioni meccaniche di sussunzione, come anche Schmitt ben riconosceva nel 1912⁶⁴.

La ricostruzione schmittiana, peraltro, non offre mai una definizione davvero esauriente dei concetti di cui fa uso, primi fra tutti quelli di “sussunzione” e di “fattispecie”, come notato da un antidogmatico quale Kelsen⁶⁵. La stessa critica si può muovere del resto alla rappresentazione della legge e del parlamento: offrendone un'immagine idealizzata per quanto riguarda il passato, per Schmitt è facile denunciarne l'evoluzione nella società di massa come una degenerazione⁶⁶.

5. Emergenza e custodia politica della costituzione

Tra le obiezioni scopertamente estranee al ragionamento giuridico mosse da Schmitt alla tutela giurisdizionale della costituzione, ve n'è una particolarmente efficace, svolta sul piano dell'effettività: la decisione giudiziaria sulle materie politicamente decisive giungerebbe inevitabilmente troppo tardi, e questo

⁶¹ Si veda C. SCHMITT, *Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis*, Berlin, 1912 (2ª ed., München, 1969), trad. it. di E. Castrucci, *Legge e giudizio. Uno studio sul problema della prassi giudiziale*, Milano, 2016. Nel saggio del 1912 su *Legge e Giudizio*, Schmitt aveva sostenuto posizioni definibili come un decisionismo giudiziale giusrealista, influenzato dalla Scuola del diritto libero tedesca e moderato dal parametro dell'aderenza convenzionale dei giudici alla prassi collettiva, come da essi stessi autorappresentata. Ivi, 93.

⁶² In effetti, rappresentano problemi reali per la giustizia costituzionale, assai più che per l'ordinaria: il ruolo di vera e propria creazione di diritto che nel libro del 1912 Schmitt ammetteva svolgesse la prassi, la difficoltà a individuare per una corte costituzionale (specie se accentrata e a composizione mista) un idealtipo giudiziale di riferimento a cui applicare il metodo dell'adesione a una pratica collettiva, la presenza di “norme culturali” e “dinamiche” operanti accanto alla legge (ivi, 113) o le stesse proposizioni indeterminate inserite in una costituzione.

⁶³ H. KELSEN, *Chi deve essere il custode della costituzione?* cit., 244.

⁶⁴ Per la definizione teorica del modo di operare che attribuisco a Schmitt, R. GUASTINI, *Saggi scettici sull'interpretazione*, Torino, 2017, 65.

Per quanto riguarda le critiche di Kelsen, si veda H. KELSEN, *Chi deve essere il custode della costituzione?* cit., 245. Peraltro, per Kelsen anche quelle che sono usualmente definite come questioni di fatto sono comunque riconducibili al problema della qualificazione giuridica del fatto e sono in realtà questioni di diritto. Contraddizioni interne al modo d'intendere la giurisdizione vi sono anche ne *Il custode della costituzione*, cit., 75, dove, dopo che si è sostenuta la teoria della sussunzione, si dice però che “in ogni decisione, perfino in quella di un tribunale che decide processualmente sussumendo in modo conforme alla fattispecie, c'è un elemento di pura decisione, che non può essere derivato dal contenuto della norma.”

⁶⁵ H. KELSEN, *Chi deve essere il custode della costituzione?* cit., 244, 246, dove Kelsen accusa direttamente Schmitt di non offrire un'esauriente descrizione del proprio concetto di giurisdizione, che non sarebbe che un “sostanziale ritorno a concezioni già da tempo ritenute errate” (ivi, 244). Appunto per questo si può però vedere in quella di Schmitt un'efficace sintesi della concezione ‘classica’ euro-continentale di giurisdizione, questa la lettura di G. BISOGNI, *La politicità del giudizio della leggi*, cit., 18 e ss.

⁶⁶ È una tecnica argomentativa che Paolo Petta definisce tipica di Schmitt, il quale “[...] muovendo dalla ricostruzione della teoria avversaria sulla base della “communis opinio”, o di formulazioni di maniera fatte proprie dagli avversari, ne dimostra poi la non conciliabilità con la realtà dei fatti, per concludere trionfalmente col rifiuto e della teoria tradizionale, definita anacronistica e astratta, e della realtà presente, definita degenerata perché diversa da quella esperienza”. P. PETTA, *Schmitt, Kelsen e il «custode della costituzione»*, cit., 549.

avverrebbe in misura direttamente proporzionale allo sforzo di rendere quella costituzionale una ‘vera’ giurisdizione dal punto di vista processuale. A partire da questa posizione, si può meglio comprendere perché Schmitt proponga un potere dotato di una forte legittimazione politica e di ampi mezzi esecutivi, ossia il Presidente del *Reich*, come vero custode dalla costituzione. Tuttavia, la riflessione schmittiana del 1931 sul Presidente, nel suo tentare di tenere insieme gli elementi della terzietà e della politicità in una medesima figura, riprende e sviluppa anche quanto precedentemente scritto dall’autore in merito al concetto di dittatura e all’interpretazione del ‘famigerato’ art. 48 della Costituzione di Weimar sullo stato costituzionale d’emergenza e sui poteri presidenziali⁶⁷.

Non vi è qua lo spazio per ricostruire in modo esauriente l’evoluzione dei celebri concetti schmittiani di dittatura commissaria e sovrana, a partire dallo scritto su *La dittatura* del 1921 e fino alla proposta del Presidente del *Reich* come custode della costituzione avanzata in parallelo alla critica della giurisdizione costituzionale. Si può però tentare di rendere un quadro generale della proposta di *custodia politica* della costituzione che Schmitt riteneva così necessaria nella fase terminale di Weimar, davanti alle fortissime pressioni a cui era effettivamente sottoposta la Repubblica. Per farlo, occorre necessariamente mettere in rilievo alcuni aspetti delle costruzioni dottrinarie precedenti, visto che, nel riproporle nel 1931, Schmitt vi imprime alcuni ‘coperti’ ma importanti cambiamenti. Del resto, è qua appena il caso di notare come la categoria di una garanzia politica ma, al contempo, neutrale della costituzione, nonché la stessa formula d’origine schmittiana di un “custode della costituzione”, rappresentativo o meno di un’unità presupposta, abbiano avuto ampia fortuna anche dopo la caduta in disgrazia del futuro *Kronjurist* del Terzo *Reich*⁶⁸.

Nel libro del 1921 su *La dittatura*, Schmitt ricostruisce la storia del concetto, distinguendone due tipologie: la dittatura *commissaria* e la dittatura *sovrana*. Fra queste, la prima consisterebbe nel significato originario e più antico del termine, rimandando alla figura del *dictator* della Roma repubblicana, al quale veniva affidato dal senato un potere svincolato dai limiti legali, allo scopo di salvare l’ordinamento in momenti eccezionali di crisi.

Il ‘tipo’ rappresentato dal dittatore romano, dunque, agisce per porre fine a una specifica emergenza che minaccia esistenzialmente la collettività, adottando tutti i mezzi concretamente necessari per farvi fronte, al di fuori dell’ordine legale ‘normale’, ma con il solo scopo di salvare proprio tale ordine, essendogli precluso il potere di mutarne in maniera permanente i caratteri tramite modifiche della costituzione. Il mandato del dittatore, rigorosamente temporaneo, gli viene conferito con una procedura prestabilita dagli organi costituiti e, finché è in carica, la legittimità di questa figura rispecchia la legittimità dell’ordine costituzionale esistente, che egli è chiamato a difendere. Si tratta perciò di una legittimazione che origina dall’alto, non dal basso: se il commissario agisce effettivamente fuori al diritto, non può però in nessun caso abolirlo⁶⁹.

A questa tipologia ‘originaria’ di dittatura, che, pur conoscendo un’evoluzione interna da Roma all’*Ancien*

⁶⁷ Circa la scarsa efficacia di una decisione di tipo giudiziario sulle materia politicamente decisive, C. SCHMITT, *Il custode della costituzione*, cit., 55-56.

I riferimenti in merito all’art. 48 e all’idea di dittatura in Schmitt sono C. SCHMITT, *Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*, Duncker & Humblot, Berlin, 1921 (4ª ed., 1978), trad. it. a cura di A. Caracciolo, *La dittatura. Dalle origini dell’idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria*, Roma, 2006 e C. SCHMITT, *Die Diktatur des Reichspräsident nach Artikel 48 der Weimarer Verfassung*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*, n. 1, 1924 (2ª ed. 1927), 146, trad. it. di A. Caracciolo, *La dittatura del Presidente del Reich secondo l’articolo 48 della Costituzione di Weimar* (d’ora in poi cit. *La dittatura del Presidente del Reich*), in appendice a *La dittatura. Dalle origini dell’idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria*, Roma, 2006. Nella vasta letteratura sul tema, M. LUCIANI, *Carl Schmitt e il concetto di dittatura*, in *Diritto e società*, an. 1, 1975, 545-559; C. GALLI, *Genealogia della politica*, cit.; J. MCCORMICK, *The Dilemmas of Dictatorship. Carl Schmitt and Constitutional Emergency Powers*, in D. Dyzenhaus (cur.), *Law as Politics*, cit.

⁶⁸ Una concezione del Capo dello Stato come custode della Costituzione, in cui riecheggiano alcuni aspetti schmittiani, è quella a suo tempo espressa da C. ESPOSITO *Capo dello Stato* (dir. cost.), in *Enc. dir.*, VI, 1960, 237 e ss. Per una storia concettuale della categoria della custodia costituzionale da parte di un potere neutrale, anche aldilà della dimensione esclusivamente giuridica, si rimanda a P. P. PORTINARO, *Dal custode della costituzione alla costituzione dei custodi*, in G. Gozzi (cur.), *Democrazia, diritti, costituzione. I fondamenti costituzionali delle democrazie contemporanee*, Bologna, 1997.

⁶⁹ Circa il concetto di dittatura commissaria, si veda C. SCHMITT, *La dittatura*, cit., 21 e ss. Non è qui possibile soffermarsi sui cambiamenti subiti dal concetto, basti dire che Schmitt compie un’accurata analisi di come i pensatori ‘classici’ europei dei secoli XV-XVII abbiano ripreso e riutilizzato l’idea romanistica, integrandola nel funzionamento dello Stato moderno, ivi, 47-59.

Régime, mantiene il carattere di specifico mezzo ‘tecnico’ emergenziale, viene progressivamente affiancarsene una seconda, ossia la dittatura che Schmitt qualifica come *sovrana*. Tale dittatura è sovrana in quanto mira alla distruzione immediata dell’ordine costituito, allo scopo di crearne uno nuovo, e proprio da questo nuovo ordine ancora da costruire deriva la propria legittimazione, che è dunque una legittimazione rivoluzionaria e che mira al contempo a essere democratica, in quanto basata sul richiamo al popolo⁷⁰.

Seguendo l’elaborazione della teoria del “*pouvoir constituant*”, durante la Rivoluzione francese, la ‘nuova’ dittatura mantiene il proprio carattere ‘mandatario’, ma il mandante diventa il potere costituente popolare, inteso come svincolato da qualsiasi norma e sempre legittimato a darsi una nuova costituzione, essendone l’unico fondamento. Se, dunque, opera ancora l’idea che il dittatore rappresenti qualcun altro, è chiaro, che, nella misura in cui il rappresentato diventa una grandezza non istituzionalizzabile come il popolo, nella sua veste di potere costituente, il potere concreto del dittatore diventa realmente illimitato e sovrano, in quanto instaura il nuovo ordinamento conforme alla volontà di un soggetto che resta però incapace di esprimersi in modo diretto⁷¹.

Negli anni seguenti, l’orizzonte concettuale evocato dall’analisi dell’idea di dittatura tornerà a essere impiegato in rapporto all’art. 48 della Costituzione di Weimar, che stabiliva i poteri emergenziali conferiti al Presidente e i loro limiti. In assenza di una disciplina legislativa, e viste le ricorrenti crisi della Repubblica, le ordinanze presidenziali ex art. 48 si erano andate a trasformare in un metodo ricorrente non soltanto dell’azione emergenziale dei governi sostenuti dal Presidente, ma anche in un mezzo di autentica legislazione. Una situazione che doveva aggravarsi in modo irreversibile dopo il 1930 ed essere al centro dello stesso processo del 1932, visto che il *Reich* avrebbe agito contro la Prussia proprio tramite i poteri previsti dai co. 1 e 2 dell’art. 48⁷².

Nel 1924, Schmitt dedica uno studio esclusivamente all’art. 48, ma la disposizione diventa ancora più importante nella proposta presidenzialista nel 1931. Già nello scritto del ‘24, Schmitt svolge un’analisi

⁷⁰ Per Schmitt il carattere di immediata opposizione ad una minaccia concreta (un nemico) è essenziale a ogni tipo di dittatura, ma nel tipo commissario ci si rivolge contro una minaccia rivolta *verso* l’ordinamento, nel tipo sovrano di dittatura il nemico da abbattere diventa l’ordine costituito stesso, in nome di una legittimità posta altrove.

⁷¹ Ivi, 180-183, dove Schmitt specifica che “la volontà riguarda soltanto la persona del rappresentante e la decisione se debba verificarsi o meno la rappresentanza”, ivi, 181. Il potere costituente è cioè una grandezza dipendente dal rappresentato per quanto riguarda la propria espressione. Schmitt si richiama in particolare alla teoria di Sieyès (ivi, 176-177), ma fra i pensatori illuministi che pone alla base del mutamento del concetto della dittatura vi sono Mably e Rousseau, visti come la logica anticipazione della dittatura giacobina, ivi, 146-157. Tuttavia, se il prototipo della dittatura sovrana è rappresentato, per Schmitt, dal Terrore giacobino, è chiaro che la preoccupazione assai concreta dell’autore va alla rivoluzione bolscevica del 1917 e al rischio di una rivoluzione analoga in Germania. Si può concordare con John McCormick quando scrive che, nel 1921, Schmitt traccia una distinzione concettuale fra i due tipi storico-ideali di dittatura appunto per mettere in guardia contro l’evoluzione rappresentata dal secondo tipo, a fronte del giudizio positivo dato dall’autore sulla dittatura commissaria. J. MCCORMICK, *The Dilemmas of Dictatorship*, cit., 219-220.

⁷² Sull’art. 48, la norma più discussa della Costituzione di Weimar, si tornerà. L’importanza dell’articolo invita tuttavia a riportarlo già adesso per intero, nella traduzione italiana di Costantino Mortati.

Art. 48 della Costituzione tedesca del 1919:

«Se un Land non adempie gli obblighi impostigli dalla costituzione o da una legge del Reich, il presidente può costringervelo con l’aiuto della forza armata.

Il presidente può prendere le misure necessarie al ristabilimento dell’ordine e della sicurezza pubblica, quando essi siano turbati o minacciati in modo rilevante, e, se necessario, intervenire con la forza armata. A tale scopo può sospendere in tutto o in parte la efficacia dei diritti fondamentali stabiliti dagli articoli 114 [libertà personale], 115 [inviolabilità del domicilio], 117 [segreto epistolare e postale], 118 [libertà di stampa e dalla censura], 123 [diritto di riunione], 124 [diritto d’associazione] e 153 [proprietà privata].

Di tutte le misure prese ai sensi dei precedenti commi il presidente deve senza indugio dare notizia al Reichstag. Le misure stesse devono essere revocate se il Reichstag lo richiama.

Nel caso di urgente necessità, il governo di un Land può adottare pel proprio territorio le misure provvisorie indicate nel secondo comma. Esse vanno revocate se lo richiedono il presidente del Reich o il Reichstag».

Norme più particolari saranno date con legge del Reich”. C. MORTATI, *La Costituzione di Weimar*, Firenze, 1946 (parentesi al testo dell’articolo mie). Per uno studio critico sulla genesi e l’evoluzione dell’art. 48 si veda V. FROSINI, *La democrazia pericolante. Note storiche sull’articolo 48 della Costituzione di Weimar*, in *Diritto e società*, 1979, 315-328.

⁷² C. SCHMITT, *La dittatura del Presidente del Reich*, cit., 265-267.

dettagliata del testo costituzionale, secondo due diverse direttrici: da un lato l'autore espande la portata dell'art. 48, co. 2, considerando come disposizione generale e legittimante ogni necessario intervento emergenziale la prima parte del secondo comma, dall'altra cerca di porre dei limiti al potere emergenziale del Presidente, benché 'esterni' rispetto alla lettera del dettato costituzionale⁷³.

È chiaro già in quest'occasione come l'interpretazione estensiva dell'art. 48 miri a recuperare il concetto fondamentale della dittatura commissaria: ossia che il dittatore debba disporre di tutti i mezzi necessari per porre fine alla specifica minaccia che è chiamato ad affrontare. Ciò riflette la costante schmittiana per cui ogni costituzione statuisce la propria "situazione normale" o il proprio "ordine", che vale, fintato che esiste realmente, come condizione per la vigenza di tutte le specifiche disposizioni costituzionali. È la situazione fattuale concreta a determinare gli strumenti giuridici che si renderanno necessari alla sua risoluzione, mentre l'emergenza reale non può essere imbrigliata a priori da specifiche norme procedurali⁷⁴. Non a caso, non hanno natura procedurale i limiti che Schmitt pur pone ai poteri d'emergenza; fra questi, il più importante, derivato dalla stessa nozione di dittatura commissaria, è il fatto che il Presidente non possa utilizzare i propri poteri eccezionali per modificare la costituzione o abolire gli altri organi costituzionali, un chiaro rimando al carattere funzionale del commissario e alla temporaneità del suo incarico⁷⁵. Tuttavia, pur attenuando lo stesso rigetto dell'equiparazione fra i decreti presidenziali e la legge, lo Schmitt del 1924 appare come ancora desideroso di porsi da un punto di vista interno allo Stato di diritto, sebbene il giudizio dato sulla coerenza dell'art. 48 appaia nel complesso meno critico che nel 1921, se non addirittura positivo⁷⁶.

Invece, l'interpretazione e il ruolo dell'art. 48 della Costituzione entro il sistema schmittiano presentano significativi cambiamenti nello scritto su *Il custode della costituzione* del 1931. Qui il potere d'emergenza diventa parte integrante della proposta presidenziale avanzata dall'autore, fino a diventare esso stesso un metodo di funzionamento *normale* dello Stato. Un passo rilevante, in tal senso, è la delineazione dello stato di necessità e d'eccezione economico finanziario, inteso come naturale conseguenza della centralità che l'economia viene ad acquisire nello Stato 'post-liberale' novecentesco. La seconda innovazione introdotta dall'autore è l'ammissibilità di un potere *legislativo* d'emergenza in capo al Presidente, a partire dall'ambito economico, ma in realtà in forma molto più generale, fino a delineare nell'art. 48 la vera e propria fonte di una 'legislazione di riserva'⁷⁷.

⁷³ C. SCHMITT, *La dittatura del Presidente del Reich*, cit. e ID., *Il custode della costituzione*, cit., 176-199.

Circa l'espansione dei poteri presidenziali, l'autore distingue un potere d'intervento provvedimentale e concreto, inteso come mai generale, da un ulteriore facoltà presidenziale di porre in atto sospensioni generalizzate su tutto il territorio nazionale dei soli diritti di libertà menzionati dall'art. 48, co. 2. Si badi che per SCHMITT il potere d'intervento provvedimentale non è invece limitato a suddetti diritti. C. SCHMITT, *La dittatura del Presidente del Reich*, cit., 265-267, 288-291. Del resto, è vero che fin dai primi anni della Repubblica, la prassi aveva portato a estendere l'uso dell'art. 48 anche oltre i diritti previsti. Gli (scarsi) limiti espliciti forniti dal testo dell'art. 48 consistevano nell'obbligo di controfirma ministeriale alle ordinanze d'emergenza e nel diritto parlamentare d'annullamento. Sulla dottrina tedesca in merito ai limiti dell'art. 48, si veda anche G. VOLPE, *L'ingiustizia delle leggi*, cit., 203-217.

⁷⁴ Si vedano le espressioni citate ivi, 283-284, 294. La dipendenza dalle circostanze di fatto esterne appare del resto limitata alla sola dittatura commissaria. Nella sistematica decisionista schmittiana la dittatura sovrana si ricollega al *pouvoir constituant* popolare, ma non necessita affatto della pressione esterna per tentare di imporsi.

⁷⁵ C. SCHMITT, *La dittatura del Presidente del Reich*, cit., 296 e 285-287.

⁷⁶ Schmitt, ne *La dittatura* del 1921, aveva scritto che le misure ex art. 48 co. 2 "[...] dovranno essere sempre misure di fatto, altrimenti quest'autorizzazione illimitata significherebbe dissolvere lo Stato di diritto esistente e attribuire la sovranità al Presidente del Reich; non potranno mai essere quindi [le misure ex art 48] atti legislativi o giurisdizionali", ivi, 244.

Nel 1921 Schmitt aveva anche fatto riferimento a "contraddizioni" nel fraseggio dell'art. 48 della Costituzione di Weimar che "[...] hanno la loro radice in una combinazione di dittatura sovrana e dittatura commissaria e sono perciò perfettamente coerenti con uno sviluppo storico nel quale questa confusione è tutt'altro che risolta", C. SCHMITT, *La dittatura*, cit., 246. Nel 1924 Schmitt sembra invece negare che il testo costituzionale dia adito a confusioni, in quanto le due forme di dittatura non possono coesistere né in uno Stato di diritto può darsi una dittatura sovrana ("O dittatura sovrana o costituzione: l'una esclude l'altra", ivi, 278). Ciò trova la sua spiegazione se si tiene conto che il proposito di Schmitt nel 1921 appare appunto quello di chiarire la "contraddizione" rinvenuta nell'art. 48 ripercorrendo l'origine storica del concetto di dittatura, mentre nel 1924 egli pare piuttosto volere risolvere nelle circostanze presenti i problemi nati dalla dittatura del Presidente, offrendo una ricostruzione che si propone di rendere coerente con l'ordinamento l'art. 48.

⁷⁷ Circa la nuova centralità dell'economia, C. SCHMITT, *Il custode della costituzione*, cit., 182. Chiaro il legame con la situazione sociale tedesca dopo il 1929.

Tuttavia, se Schmitt lega l'istanza della difesa della costituzione nel caso critico di minaccia alla figura del *Reichspräsident*, buona parte de *Il custode della costituzione* è invece occupata dal recupero e dallo sviluppo della teoria del potere neutrale e pacificatore del Capo dello Stato.

Sembrano cioè dipanarsi dal pensiero di Schmitt due filoni: l'uno 'emergenziale' e volto a riflettere su come l'ordinamento debba rispondere alla propria messa in discussione, l'altro orientato alla costruzione del modello del Presidente come 'garante' neutrale della costituzione e rappresentante di un'unità presupposta. Il giurista tedesco fa riferimento alla necessità di "un ufficio non sovra, ma coordinato" rispetto agli altri organi dello Stato, che svolga il ruolo di "terzo neutrale"⁷⁸.

La figura istituzionale di questo terzo neutrale viene ricostruita da Schmitt a partire dalla teoria del "*pouvoir neutre, intermédiaire, régulateur e preservateur*" di Benjamin Constant, configurandosi perciò come interna al costituzionalismo borghese, e conservandone la caratteristica tipica della ricerca di un (ri)equilibrio fra i poteri. L'istanza "preservatrice" del Capo dello Stato (che rimanda chiaramente al ruolo del monarca in una forma di governo parlamentare) verrebbe a rappresentare "la continuità e la permanenza dell'unità statale" [corsivi dell'autore], rappresentando dunque un "genere speciale di autorità" dotata di ampia "considerazione morale"⁷⁹.

Nella temperie dei primi anni '30, il *pouvoir neutre* è per Schmitt un potere che recupera gli aspetti propri dell'idea di autorità, ma con una speciale attenzione al ruolo di mediatore, appunto per far fronte alla divisione pluralistica della società e di una politica ormai da questa compenetrata. Al contempo, proprio a partire dalla descrizione schmittiana del funzionamento di questo nuovo "Stato conciliatore" – dove il ruolo di intermediario neutrale, nel senso di sottratto alle influenze di partito, è rivestito dal Presidente e da una burocrazia tecnicamente informata e centralizzata – è possibile vedere i segni delle contraddizioni interne alla proposta schmittiana⁸⁰. Lo Stato "conciliatore", rappresentato dal Presidente, opererebbe infatti in stadi consecutivi, proporzionali ai gradi di difficoltà della ricomposizione a unità della spaccatura pluralistica e all'evolversi del pluralismo stesso. Solo nel caso estremo e irreparabile di spaccatura sociale il Presidente-conciliatore è tenuto a compiere un'autentica "decisione aperta", unilaterale e indipendente dalla volontà espressa dalle parti, con un chiaro rimando alla teoria decisionista dell'autore⁸¹.

Per quanto riguarda l'ammissibilità di un potere assimilabile a quello legislativo in capo al Presidente ivi, 181, 183, 185, 191. Schmitt scrive ormai di un potere di emanazione di ordinanze sostitutive della legge e a essa equiparate (ivi, 183) o di decreti-legge (ivi, 181). Rispetto alle posizioni espresse dallo stesso Schmitt nel 1924, e ancora nel 1928, si tratta di un cambiamento notevole e, infatti, l'autore si preoccupa di giustificarlo. Nel farlo, si richiama alla forza della prassi costituzionale, della giurisprudenza e della stessa dottrina dominante, che mostrano una compiuta accettazione del potere legislativo del Presidente, o, più correttamente, dei governi basati esclusivamente sulla fiducia del Presidente. Ivi, 184-185, 191.

⁷⁸ C. SCHMITT, *Il custode della costituzione*, cit., 203 e ss., dove Schmitt precisa che le divergenze tra gli organi dello Stato potrebbero sì essere "rimosse dall'alto da un più forte potere politico", configurando dunque un rapporto di gerarchia, ma "questo non sarebbe allora il custode della costituzione, sibbene il signore sovrano dello Stato".

⁷⁹ Schmitt fa riferimento a B. CONSTANT, *Réflexions sur les constitutions et les garanties*, in *Collection complete des ouvrages de Benjamin Constant*, Paris, 1818, 14 e ss., e ID., *Cours de politique constitutionnelle*, 1818, Vol. I, 13 e ss., citato in C. SCHMITT, *Il custode della costituzione*, cit., 204. Circa il legame fra Stato di diritto, distinzione dei poteri e "potere mediatore" e neutrale, si veda ivi, 210.

Per le citazioni, ivi, 209. Proprio nel richiamare la dimensione dell'autorità, Schmitt propone un recupero del dualismo romano e medievale fra auctoritas e potestas, laddove, se costitutivi di ogni forma di potere effettivo sono concetti quali sovranità e maestà, l'autorità rimanda invece a una dimensione "etico-sociale", un aspetto che "contiene un riferimento alla tradizione e alla durata". Anche *Dottrina della costituzione*, cit., 109, nota n. 1. Lo stesso Schmitt è consapevole di quanto poco il monarca costituzionale tedesco si fosse limitato a regnare, nel Secondo Reich, svolgendo invece, tramite i suoi ministri, un autentico ruolo di governo (del gouverner più che del régner). Per questo si premura di precisare che la dottrina da lui proposta si richiama alla concezione monarchico-liberale francese, in opposizione alla dottrina tedesca del XIX secolo. Questo tuttavia non toglie che, come noterà Kelsen, nel concreto la figura del *Reichspräsident*, per i poteri che gli assegna Schmitt, risulti più simile a quella della monarchia dualistica guglielmina che del modello di Constant. Si veda H. KELSEN, *Chi dev'essere il custode della costituzione?* cit., 232-233.

⁸⁰ Circa il ruolo della burocrazia in uno Stato democratico e il tipo di indipendenza da essa rappresentato, si veda C. SCHMITT, *Il custode della costituzione*, 229-230 e 170-178. Sull'argomento dei rapporti fra burocrazia tecnicizzata e leader carismatico (ossia il Presidente), il dialogo di Carl Schmitt con il pensiero di Max Weber è costante, si veda, oltre alle pagine de *Il custode della costituzione* sopra citate, C. SCHMITT, *Legalità e legittimità*, cit., 220-221.

⁸¹ C. SCHMITT, *Il custode della costituzione*, cit., 224. Per il caso estremo in cui il Presidente decide autoritativamente, ivi, 212 e 226, dove si rimarca come il momento decisorio sia possibile solo "fino a che il sistema pluralistico non abbia ancora occupato

Il problema è che, a ben vedere, l'ultimo e più grave stadio, anziché essere l'eccezione, diventa facilmente la regola. Esso è, in altre parole, non solo l'unico ritenuto in realtà decisivo da Schmitt, ma anche l'unico che è presentato come possibile in uno scenario di estrema conflittualità pluralistica. A questo proposito, è evidente che Schmitt costruisce il suo modello a partire dalla propria interpretazione della realtà tedesca, ma lo fa in modo che gli stadi intermedi, quelli della conciliazione e della ricomposizione vigilata dalla rottura sociale, appaiano ormai inattuabili. La realtà descritta dall'autore corrisponde indubbiamente alla situazione in cui allo Stato si presenta l'ineludibile alternativa fra il "cessare di esistere come unità" e il "produrre una decisione"⁸².

Lo stesso vale per la ricostruzione dei rapporti fra gli organi politici, in particolare fra Parlamento e Governo del *Reich*, in merito Schmitt costruisce sì il sistema del potere neutrale come distinto da un esecutivo che sia espressione di una maggioranza parlamentare, ma lo fa in un momento nel quale questa situazione risulta ormai superata dall'emergere dei governi basati sulla sola fiducia del Presidente. Inoltre, se si tiene conto dei poteri emergenziali ex art. 48, uniti alla possibilità di sciogliere il *Reichstag* (art. 25) e di indire un referendum (art. 73.) e se si considera che ogni intervento presidenziale, finanche la decisione sulla 'dittatura commissaria' ex art. 48, era unilateralmente deciso dal Presidente stesso, allora appare evidente l'impossibilità della pura neutralità di questa figura, anche volendo immaginare una neutralità solo partitica e non politica. Peraltro, questa forma di neutralità è una categoria che proprio Kelsen rileverà essere impossibile, in una moderna società di massa, in quanto la stessa elezione diretta del Presidente-custode, in realtà, mostra come siano pur sempre i partiti a concorrere con i propri candidati alla carica⁸³.

Il punto, in verità, è che proprio dalla trasformazione del *Reichstag* nel teatro del pluralismo sociale, con conseguente disfacimento del concetto liberale della legge, Schmitt ricava la necessità di superare il parlamento quando incapace di decidere in favore dell'istanza presidenziale. Si tenga inoltre presente che, considerando che Schmitt già attribuiva al Presidente una facoltà di intervento provvedimento pressoché illimitato, il fatto che, nel 1931, gli riconosca anche una potestà legislativa, che si *aggiunge* ai preesistenti poteri, rende la figura del *Reichspräsident* il *dominus*, più che il custode, dell'ordinamento. Schmitt, nel 1931, è cioè disposto ad abbandonare non solo il già criticato parlamentarismo, ma anche lo stesso Stato di diritto, in favore di uno Stato amministrativo con forti elementi cesaristici⁸⁴. Eppure, egli non rinuncia a presentare comunque la propria teoria come ancora 'interna' al *Rechtsstaat* e dunque come una forma di dittatura commissaria, mentre in realtà vi sono già molti tratti di una dittatura sovrana.

Esaminando *La dittatura* del 1921, si è visto come la dittatura sovrana non corrisponda alla semplice instaurazione unilaterale di un potere per via rivoluzionaria, ma venga invece configurata da Schmitt come il frutto di una determinata concezione moderna del potere costituente, sulla base della quale il dittatore opera come agente del popolo sovrano, inteso come grandezza extra-legale e non istituzionalizzabile.

Tuttavia, considerando che per Schmitt corrisponde all'ideale democratico che il popolo mantenga sempre la funzione di titolare di ultima istanza di un potere costituente *permanente*, e che il Presidente del Reich era eletto direttamente dall'intero corpo elettorale, sembra possibile intendere anche il *Reichspräsident* come 'commissario' del *popolo unito* e, di conseguenza, come molto più vicino alla stessa originaria definizione schmittiana di dittatore sovrano che a quella del dittatore commissario⁸⁵. Schmitt può anche non attribuire esplicitamente a tale *leader* carismatico un mandato per riscrivere legittimamente la costituzione, ma ciò non

tutte le parti del complesso statuale", confermando plasticamente come nel pensiero schmittiano sia sempre presupposta l'esistenza di un'autonoma sfera statale.

⁸² Ivi, 225. È il pluralismo stesso ad essere definito da Schmitt come "anticostituzionale", ivi, 199.

⁸³ Così H. KELSEN, *Chi dev'essere il custode della costituzione?* cit., 237-238. Le vicende tedesche, sotto questo punto di vista, non mostrano eccezioni. Nelle elezioni della primavera 1932, il Presidente Hindenburg a cui Schmitt pensava come capo apartitico nello scrivere il saggio del '31, sarebbe stato riletto contro Hitler con il supporto dei social-democratici, certo non congeniali a un vecchio generale prussiano conservatore. Nel postulare un rapporto diretto e immediato fra le masse e il *leader*, Schmitt si pone in un orizzonte pre-moderno, come rilevato già ai tempi da Otto Kirchheimer, ma, al contempo, prefigura suo malgrado alcuni tratti del regime di Hitler, capo carismatico in un senso ben più temibile di Hindenburg e delle cerchie conservatrici tedesche a cui Schmitt rivolgeva il suo sostegno.

⁸⁴ Ivi, 242, dove si sostiene che al Presidente sia data la possibilità di unirsi direttamente con la volontà politica generale del popolo tedesco.

⁸⁵ Un ragionamento simile è formulato da J. MCCORMICK, *The Dilemmas of Dictatorship*, cit., 234. Sul potere costituente del popolo e di come non possa mai 'esaurirsi' una volta per tutte, C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, cit., 130-132.

toglie che egli la possa quantomeno ignorare, in nome di una ‘costituzione parallela’ incentrata sull’art. 48 e sulla ‘sostanza politica’ della seconda parte della Costituzione di Weimar⁸⁶.

Ugualmente, una volta inquadrati i compromessi dilatori come decisioni sulle quali l’Assemblea costituente (nella sua veste di autentico dittatore sovrano) non si è espressa, ma la cui inevitabile risoluzione ha demandato a una successiva determinazione del popolo, Schmitt può ben lasciare intendere che è il Presidente, in quanto mandatario eletto da tutto il popolo, a essere legittimato a risolverli⁸⁷.

6. La parabola della Repubblica di Weimar: dai primi anni alla crisi

Per comprendere il contesto nel quale si svolse il dibattito sulla difesa della costituzione e del suo guardiano, è bene tenere a mente le circostanze storiche del tutto particolari che caratterizzarono la Repubblica di Weimar fin dalla sua nascita e poi nei suoi primi anni di vita.

La giovane democrazia apparve dover fronteggiare subito numerosissime sfide, rese particolarmente evidenti dalla sua stessa origine rivoluzionaria. Proclamata la Repubblica dopo l’abdicazione e la fuga del kaiser Guglielmo II nel novembre 1918, mentre sul fronte occidentale già si era verificato il crollo militare e l’esercito si ritirava verso la Germania, il nuovo regime repubblicano e i partiti che lo sostenevano dovettero subito fronteggiare l’ostilità dei radicali di destra e di sinistra.

Gli anni che vanno dal 1919 al 1923 videro susseguirsi, in rapida successione, tentativi d’instaurare repubbliche su modello sovietico, sollevazioni operaie, falliti putsch controrivoluzionari e omicidi politici. La repressione di questi moti fu violenta e, quando vi furono da fronteggiare sollevazioni di ispirazione bolscevica, fu spesso affidata dal governo socialdemocratico a forze paramilitari nazionaliste [*Freikorps*], non inquadrati nell’esercito regolare [*Reichswehr*]. A questa situazione politica esplosiva si accompagnarono le dure condizioni di pace dettate dagli Alleati dell’Intesa alla Germania sconfitta col trattato di Versailles e la crisi economica post-bellica, culminata nell’inflazione del 1923-1924⁸⁸. In effetti, proprio questi eventi drammatici permettono di comprendere come mai il tema della dittatura e della rottura dell’ordine costituzionale o della sua difesa venissero ad assumere importanza già dall’inizio degli anni ’20. Ugualmente, il nuovo clima politico e la continua mutevolezza della situazione istituzionale dovettero esercitare il proprio influsso su tutti i giuristi tedeschi, soprattutto se si considera la differenza rispetto al clima di continuità ed evoluzione entro le strutture viste come predeterminate e immutabili del vecchio *Rechtsstaat* guglielmino. Non a caso, non è solo il tema della *conservazione* dell’ordine politico-costituzionale a essere posto al centro della riflessione weimariana, ma anche quello della sua (ri)fondazione su basi nuove, che differiscono a seconda degli orientamenti politici e dottrinari degli autori, eredi di una tradizione giuridica illustre com’era quella germanica⁸⁹.

Dopo i primi anni travagliati, la Repubblica parve finalmente aver raggiunto la stabilità politica ed

⁸⁶ Jean-François Kervégan fa riferimento a una “seconda costituzione” e a dei “legislatori straordinari” (il popolo, il Presidente), J.F. KERVÉGAN, *Che fare di Carl Schmitt?* cit., Capitolo V. *Legittimità*.

⁸⁷ Così D. DYZENHAUS, *Legality and Legitimacy*, cit., 79-80.

⁸⁸ Gli studi storici sul periodo di Weimar e sulla sua fine sono moltissimi; solo per citarne alcuni, W. L. SHIRER, *The Rise and Fall of the Third Reich*, New York, 1960, trad. it. di G. Glaesser, *Storia del Terzo Reich*, Torino, 1962; M. L. SALVADORI, *Storia dell’età contemporanea*, Torino, 1976; E. KOLB, *Die Weimarer Republik*, München-Wien, 1984, trad. ing. di P. S. Falla and R. J. Park, *The Weimar Republic*, Abingdon (UK), 1988 (2ª ed. 2005); H. MOMMSEN, *Aufstieg und Untergang der Republik von Weimar*, Berlin, 1989, trad. ing. di E. Forster, L. E. Jones, *The Rise and Fall of Weimar Democracy*, Chapel Hill, 1996; G. E. Rusconi, H. A. Winkler (curr.), *L’eredità di Weimar*, Roma, 1999; E. D. WEITZ, *Weimar Germany: promise and tragedy*, Princeton, 2007; J. CHAPOUTOT, *Le meurtre de Weimar*, Paris, 2015, trad. it. di L. Falaschi, *L’affaire Potempa. Come Hitler assassinò Weimar*, Roma-Bari, 2017; B. C. HETT, *The Death of Democracy. Hitler’s Rise to Power and the Downfall of the Weimar Republic*, New York, 2018; B. RÜDIGER, F. HAUKE, *Die Totengräber. Der letzte Winter der Weimarer Republik*, 2018, Frankfurt am Main, trad. it. di F. Peri, *I becchini. L’ultimo inverno della Repubblica di Weimar*, Milano, 2019.

⁸⁹ Peralto, non sempre si riscontra una coincidenza fra le posizioni dottrinarie e metodologiche innovative proposte da un autore del periodo e il suo personale credo politico conservatore. Nel campo della dottrina dello Stato e del diritto pubblico, gli eredi del pensiero positivista del periodo precedente (e dunque di Georg Jellinek e Paul Laband) erano perlopiù di orientamento liberale, come, ad esempio, Gerhard Anschütz e Richard Thoma. Rispetto a questi autori, un giurista politicamente conservatore quale Rudolf

economica. Dalle elezioni del maggio 1928 emerse una maggioranza parlamentare formata da una coalizione di partiti ‘costituzionali’, che fu in grado di formare un governo, affidato al socialdemocratico Hermann Müller. La stabilità doveva tuttavia durare poco. La crisi economica del 1929 si abbatté su di una Germania ancora pesantemente dipendente dai prestiti americani, portando al collasso dell’economia e a una crescita esponenziale dei disoccupati. Le tensioni sulla politica economica da intraprendere, e su quale strato sociale dovesse sopportare maggiormente il peso della crisi, portarono alla spaccatura della grande coalizione e a una situazione di stasi. Quando il Cancelliere Müller si dimise, nel marzo 1930, la rottura fra i partiti democratici era già avvenuta e appariva difficile formare un nuovo governo che ottenesse la fiducia del *Reichstag*. Poche speranze in tal senso pareva avere anche Heinrich Brüning, esponente del partito cattolico del *Zentrum* ed esperto di materie economiche, insediato dal Presidente a capo di un fragile gabinetto di minoranza.

È in tale scenario che, nei circoli burocratici e militari vicini al presidente Hindenburg, maturò l’idea di un esecutivo Brüning sostenuto dall’esclusiva fiducia del Presidente, che governasse tramite le ordinanze emergenziali previste dall’articolo 48 co. 2 della Costituzione. Tale governo avrebbe tentato di appoggiarsi alle forze centriste in Parlamento, usando però il potere di sciogliere il *Reichstag*, che l’art. 25 conferiva al *Reichspräsident*, nel caso la maggioranza dei partiti avesse votato per il ritiro delle misure emergenziali, facoltà prevista dal co. 3 dello stesso art. 48⁹⁰. Se si fosse arrivati ad un voto di sfiducia, il Presidente avrebbe sciolto il Parlamento e nei sessanta giorni massimi costituzionalmente previsti per le nuove elezioni si sarebbe provveduto a governare tramite ordinanze emergenziali. Il fatto che il Governo potesse rimanere in carica dopo un voto di sfiducia e che, perdipiù, nel periodo ad interim avesse facoltà di emanare provvedimenti ex art. 48, era un’interpretazione di certo discutibile della costituzione, ma già giuristi quali Carl Schmitt e Walter Jellinek venivano citati, in ambiente governativo, come possibili voci dottrinarie a sostegno del progetto⁹¹.

Carl Schmitt, professore a Bonn e poco più che quarantenne, era stato da poco chiamato a Berlino, a occupare la cattedra di Hugo Preuss, il padre della Costituzione di Weimar, inoltre, la preferenza di Schmitt per un forte governo presidenziale, capace di agire nella tempeste della crisi economica, era già stata espressa in scritti e interventi precedenti al 1930⁹². Tuttavia, sembra da escludersi un’influenza diretta di Schmitt sulla scelta del governo Brüning di sciogliere il *Reichstag* (18 luglio 1930), a seguito del respingimento parlamentare delle ordinanze emergenziali emesse dal Governo in ambito economico. Schmitt scrisse sì un parere giuridico sulla questione, su richiesta dalla Cancelleria del Reich, ma questo avvenne *dopo* lo scioglimento del Parlamento e l’indizione di nuove elezioni⁹³. L’influenza di Schmitt sul governo Brüning era

Smend è altrettanto innovativo, dal punto di vista della teoria del diritto, del social-democratico Hermann Heller. Per alcuni studi generali sulla dottrina weimariana, A. BOLAFFI, *Il crepuscolo della sovranità. Filosofia e politica nella Germania del Novecento*, Roma, 2002, nonché la lunga *Introduzione* dell’autore a O. KIRCHHEIMER, *Saggi di teoria e politica costituzionale*, Bari, 1982; P. CALDWELL, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law*, cit.; il recente A. CARRINO, *Weimar. Critica di una costituzione, Diritti, politica e filosofia tra individuo e comunità*, Milano-Udine, 2020; D. DYZENHAUS, *Legality and Legitimacy*, cit.; A. Jacobson, B. Schlink (curr.), *Weimar. A Jurisprudence of Crisis*, cit.; E. KENNEDY, *Constitutional Failure*, cit.; infine G. VOLPE, *L’ingiustizia delle leggi*, cit.

⁹⁰ Art. 25 della Costituzione tedesca del 1919:

«Il presidente del *Reich* può procedere allo scioglimento del *Reichstag*, ma solo una volta per lo stesso motivo.

La nuova elezione deve aver luogo non oltre il 60° giorno dopo lo scioglimento». Costantino Mortati, *La Costituzione di Weimar*, cit.

⁹¹ Joseph Bendersky riporta un parere di Herbert Dorn, direttore delle finanze del *Reich*, che cita favorevolmente le opinioni dottrinarie di Schmitt, *Guatachen Dorn zu Punkt 1 der heutigen Ministerbesprechung (3.4.1930): Zur Frage der Anwendung des Artikels 48 der Reichsverfassung und der Auflösung des Reichstags*, *Reichskanzlei, R-43-I, 1870, BA, 107-110*, in J. W. BENDERSKY, *Carl Schmitt teorico del Reich*, cit., 155-156.

⁹² C. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1929, 161-237. Sul tema anche O. BEAUD, *Carl Schmitt face à Weimar de la Verfassungslehre au Hüter der Verfassung (1928-1931)*, *Nomos*, n. 3, 2015, 5-8, ultimo accesso il 28/5/2022. Si rimanda del resto a quanto già scritto su Schmitt nei paragrafi precedenti.

⁹³ C. SCHMITT, *Verfassungsrechtliche Gutachten über die Frage, ob der Reichspräsident befugt ist, auf Grund des Art. 48 Abs. 2 RV. Finanzgesetzvertretende Verordnungen zu erlassen (28.7.1930)*, *Reichskanzlei, R-43-I, 1870, BA, in J. W. BENDERSKY, Carl Schmitt teorico del Reich*, cit., 156.

Per quanto riguarda la crisi politica del 1930 e l’emergere dei governi presidenziali, si è dubitato che prima della strada della rottura fra esecutivo e legislativo vi sia stato un sincero tentativo di compromesso, M. L. SALVADORI, *Storia dell’età contemporanea*, 700. Di certo trovare un accordo fra le forze partitiche era un’impresa difficile, considerando che la scelta era quella di decidere su

dunque ridotta, la sua esposizione pubblica a sostegno del governo presidenziale anche e, almeno in questa fase, può semmai essere vista come un'opera di giustificazione *ex post facto*.

Il risultato delle elezioni del settembre 1930 avrebbe peraltro rappresentato un duro colpo sia per Brüning che per i partiti costituzionali, visto il grande successo elettorale conseguito dai comunisti e dai nazionalisti ma, soprattutto, dai nazisti del NSDAP⁹⁴. Posti di fronte al rischio di un'ascesa nazista, la SPD e i partiti democratici si adattarono a non votare la sfiducia al governo Brüning e a non respingerne le ordinanze d'emergenza, senza essere d'altra parte in grado di dar vita ad una coalizione maggioritaria in Parlamento.

Davanti alla situazione di crisi e al rischio rappresentato dagli estremisti, non mancarono gli intellettuali democratici disposti, loro malgrado, a individuare nel governo presidenziale l'unica strada percorribile, fra questi vi furono nomi illustri e lontani dall'autoritarismo come Richard Thoma, Carl Friedrich e perfino Ernst Fraenkel, che in seguito, ormai esule in America, doveva divenire un grande studioso dello Stato totalitario⁹⁵.

La tacita e precaria intesa di 'non belligeranza' fra le forze costituzionali e il Governo cadde nel giugno 1932, appena dopo aver conseguito il successo di sventare la vittoria di Adolf Hitler alle elezioni presidenziali in aprile, a cui si era accompagnata la messa al bando delle Squadre d'assalto naziste (SA) in tutta la Germania. Nonostante questi successi, Brüning non seppe (o non poté) risollevare l'economia e cadde vittima degli intrighi del generale Kurt von Schleicher, rappresentante della *Reichswehr* presso il Ministero della Guerra e vera eminenza grigia della Repubblica⁹⁶. Il vecchio Hindenburg, appena rieletto Presidente contro Hitler, gli tolse la propria fiducia e nominò al suo posto Franz von Papen, proveniente dalla destra cattolica del *Zentrum* ma vicino alla vecchia aristocrazia guglielmina. Politico spregiudicato ma privo di una base popolare di massa che lo sostenesse, Papen tentò di coinvolgere i nazisti a sostegno del suo governo, ma offrì loro un ruolo di minoranza, che Hitler non ebbe mai davvero intenzione di accettare. Nell'ambito di questi tentativi di conquistarsi un certo appoggio nel NSDAP, in vista delle elezioni parlamentari del 31 luglio 1932, Papen sciolse il bando delle SA e, davanti ai disordini che ne seguirono, diede il via al cosiddetto *Preussenschlag*, il colpo di Stato contro la Prussia⁹⁷.

In Prussia, *Land* che comprendeva i due terzi della popolazione tedesca (lascito dell'impero guglielmino), la coalizione fra partiti democratici aveva retto più a lungo, ma alle elezioni regionali tenutesi pochi mesi prima i nazisti erano risultati il partito di maggioranza relativa, mentre la SPD e i suoi alleati non potevano più sperare di esprimere il governo dello Stato. Appena prima delle elezioni, però, era stata appositamente votata dal parlamento prussiano una legge, che prevedeva la possibilità per il governo uscente di rimanere in carica finché il nuovo *Landtag* non fosse stato in grado a sua volta di esprimere una maggioranza⁹⁸.

quale classe o gruppo sociale dovesse maggiormente gravare il peso del collasso economico, P. PETTA, *Schmitt, Kelsen e il «custode della costituzione»*, cit., 518-519. Già all'epoca questo aspetto era consapevolmente sottolineato dal giurista socialdemocratico O. KIRCHHEIMER, *Artikel 48 und die Wandlungen des Verfassungssystems*, in *Von der Weimarer Republik zum Faschismus: die Auflösung der demokratischen Rechtsordnung* [1930], Frankfurt am Main, 1976, trad. it. a cura di A. Bolaffi, *L'articolo 48 e le trasformazioni del sistema costituzionale. Un contributo nell'anniversario della Costituzione*, in ID., *Saggi di teoria e politica costituzionale*, Bari, 1982, 96-98.

⁹⁴ E. KENNEDY, *Constitutional Failure*, cit., 121; J. W. BENDERSKY, *Carl Schmitt teorico del Reich*, cit., 162; L. VINX, *The Guardian of the Constitution*, cit., 2 e W. L. SHIRER, *Storia del Terzo Reich*, cit., 150-151.

⁹⁵ E. FRAENKEL, *Verfassungsreform und Sozialdemokratie*, in *Die Gesellschaft*, n. IX, 1932, 494, citato in J. W. BENDERSKY, *Carl Schmitt teorico del Reich*, cit., 218 e in P. PETTA, *Schmitt, Kelsen e il «custode della costituzione»*, cit., 523. Circa l'opinione favorevole di Friedrich verso il potere presidenziale d'emergenza in Germania, C. J. FRIEDRICH, *Dictatorship in Germany?* in *Foreign Affairs*, n. 9, 1930, 129 e 132. Lo stesso Friedrich, studioso tedesco ma trasferitosi negli USA nel 1922, nel proprio articolo citava favorevolmente quanto scritto da Schmitt in merito all'art. 48 della Costituzione, *ibid.*

⁹⁶ Bendersky, nel suo libro, cerca in ogni modo di presentare il generale Schleicher sotto una luce positiva, si veda J. W. BENDERSKY, *Carl Schmitt teorico del Reich*, cit., 150 e ss. Tuttavia, il tentativo di giustificare i complotti del generale, figura vicina ad un autoritarismo di stampo prussiano, non pare convincente. Si veda a questo proposito W. L. SHIRER, *Storia del Terzo Reich*, cit., 150 e 165-171, si vedano anche B. RÜDIGER, F. HAUKE, *I becchini*, cit.

⁹⁷ Negli scontri che seguirono immediatamente il ritiro del bando delle SA vi furono 99 morti e 1125 feriti, J. W. BENDERSKY, *Carl Schmitt teorico del Reich*, cit., 193. Rende un'idea della violenza dell'estate del 1932 e del clima di semi guerra civile del tempo, J. CHAPOUTOT, *L'affaire Potempa*, cit. Fra l'altro anche il 'caso Potempa' descritto dall'autore ruota intorno a un processo che diventò suo malgrado 'politico', in seguito al brutale assassinio di un militante comunista da parte delle SA.

⁹⁸ Per una descrizione della riforma elettorale, J. W. BENDERSKY, *Carl Schmitt teorico del Reich*, cit., 190 e L. VINX, *The Guardian of the Constitution*, cit., 3.

L'esecutivo a guida socialdemocratica continuò perciò a governare per mezzo di decreti d'emergenza – come consentito anche agli Stati federati dal co. 4 dell'art. 48 – rinnovando, di fatto, il bando delle SA, dopo che il governo Papen lo aveva rimosso, e utilizzando il controllo sulla numerosa polizia del *Land* contro i nazisti.

Queste misure si ponevano senz'altro al limite delle legalità costituzionale, sia di quella prussiana che di quella federale, ma di per sé potevano dirsi giustificate dalla necessità di non permettere ai partiti eversivi di strumentalizzare le procedure legali per prendere il potere. Da questo punto di vista l'atteggiamento del governo prussiano era in teoria del tutto in linea con quanto Carl Schmitt scriveva nel lungo saggio *Legalità e legittimità*, nel quale il giurista tedesco sviluppava il concetto di “plusvalore politico derivante dalla presa del potere con mezzi legali” e ammoniva esplicitamente dal rischio che un partito ostile alla democrazia si chiudesse alle spalle “la porta della legalità”, una volta andato al potere⁹⁹.

Tuttavia, proprio questo ‘caso critico’ doveva dimostrare l'inadeguatezza della classe dirigente tedesca, raccolta intorno alla senescente figura di Hindenburg, oltre che l'ambiguità dello stesso Schmitt. Il Governo del *Reich*, infatti, preferì sacrificare la democrazia prussiana al tentativo di arrivare a una intesa coi nazisti, procedendo, il 20 luglio 1932, a commissariare *manu militari* il *Land* più grande della Germania per mezzo di un'ordinanza ex art. 48, emessa invocando i commi 1 e 2 del medesimo articolo¹⁰⁰.

Carl Schmitt difese l'azione del governo pubblicamente, ma è assai difficile pensare che abbia svolto qualche parte nella fase di decisione ed esecuzione del *Preussenschlag*. Il suo ruolo principale, in quanto giurista, fu semmai di giustificare come conforme alla Costituzione l'operazione e, per quel che più interessa, di difendere il Governo del *Reich* nel processo che si sarebbe celebrato davanti alla *Staatsgerichtshof* (Corte di Stato) pochi mesi dopo¹⁰¹.

⁹⁹ Per una giustificazione coeva della nuova legge elettorale prussiana, O. KIRCHHEIMER, *Die Verfassungslehre des Preussen-Konflikts* [1932], in ID., *Funktionen des Staates und der Verfassung*, 1972, Frankfurt am Main, 1972, trad. it. a cura di A. Bolaffi, *La dottrina costituzionale del conflitto prussiano*, in ID., *Saggi di teoria e politica costituzionale*, cit. Kirchheimer coglieva nel segno quando scriveva che lo stesso governo del Reich non era in verità un governo di maggioranza, ma di minoranza, ivi, 152.

Per le tesi di Schmitt si rimanda a C. SCHMITT, *Legalität und Legitimität*, München-Leipzig, 1932, trad. it. di P. Schiera, *Legalità e legittimità*, in ID., *Le categorie del “politico”*, Bologna, 1972, 234-244, in particolare 237. Si tenga conto che la prima traduzione italiana del lungo saggio di Schmitt non è completa, includendo solo l'introduzione e il primo dei due capitoli. I capitoli maggiormente legati alla situazione del tempo, certamente i più ambigui, sono invece presenti nella nuova edizione italiana del 2018, curata da Carlo Galli. Si tenga conto che la prima edizione del saggio è dell'agosto 1932, ma Schmitt l'aveva già concluso in giugno, dunque prima del *Preussenschlag*. L'ambiguità è data dal fatto che Schmitt individua una rottura del principio dell'eguaglianza delle chance politiche anche nell'operato dello stesso governo prussiano, che si sarebbe già per primo chiuso alle spalle la porta della legalità, con la propria strumentale riforma elettorale. D'altra parte, estratti del manoscritto furono pubblicati su alcune riviste, con il consenso dell'autore, appena prima delle elezioni del 31 luglio 1932, e in essi le tesi del saggio sono usate in chiave antinazista. Ad esempio, Bendersky riporta la seguente nota editoriale di Schmitt, uscita insieme all'articolo e che aiuta a ricostruire la posizione che l'autore aveva allora verso il nazismo: “Dal punto di vista pratico: chiunque contribuisce a dare il 31 luglio la maggioranza ai nazionalsocialisti si comporta come un folle [...] dà infatti a questo movimento politico e ideologico ancora immaturo la possibilità di modificare la costituzione, di fondare una chiesa di Stato, di sciogliere i sindacati, ecc. ecc.... Si finirebbe per offrire completamente la Germania a questo gruppo [...] e tutto ciò sarebbe estremamente pericoloso [...] perché il 51 % dato alla NSDAP è un premio politico di significato incalcolabile”. C. SCHMITT, *Der Missbrauch der Legalität*, in *Tägliche Rundschau*, 19 luglio 1932, riportato in J. W. BENDERSKY, *Carl Schmitt teorico del Reich*, cit., 189-190. La nota è citata anche da R. MEHRING, insieme ad altri articoli coevi, ID., *Carl Schmitt*, cit., 261-262. Circa le vicende editoriali di *Legalità e legittimità*, ivi, 257-258.

¹⁰⁰ Probabilmente il fatto che il governo prussiano si reggesse sul tacito accordo di astenersi dal voto di sfiducia da parte dei comunisti del KPD, alimentò le paure del Governo di un'alleanza coi comunisti da parte della SPD. In realtà questa eventualità non appare plausibile per quanto riguarda il 1932 e ancora il 1933. Un altro motivo per il golpe contro la Prussia era la forza delle strutture statali prussiane, di cui gli ambienti governativi, specie Schleicher, volevano servirsi direttamente, evitando al contempo che cadessero in mani a loro ostili. I ministri del Governo prussiano, specie quelli della SPD, dovettero essere destituiti *manu militari*, ma il partito rinunciò a una resistenza armata o a uno sciopero generale, il *golpe* di svolse dunque in maniera incruenta, talvolta perfino teatrale. Molti dettagli sulla vicenda sono riferiti da G. VOLPE, *L'ingiustizia delle leggi*, cit., 180 e ss., il quale cita anche i verbali dell'incontro fra i ministri prussiani e il Cancelliere Papen, durante il quale fu comunicata ai primi la loro destituzione.

¹⁰¹ Circa il mancato coinvolgimento iniziale di Schmitt nella fase di preparazione ed esecuzione del *golpe*, si tenga conto che l'articolo in cui il giurista difese l'operato di Papen uscì il 1° agosto 1932. C. SCHMITT, *Die Verfassungsmässigkeit der Bestellung eines Reichskommissars für das Land Preussen*, in *Deutsche Juristen-Zeitung*, n. XXXVII, 1932, 953-958, citato in J. W. BENDERSKY, *Carl Schmitt teorico del Reich*, cit., 193. Nella sua biografia di Schmitt, Reinhard Mehring scrive che questi avrebbe appreso del *golpe* soltanto a fatto compiuto e dai giornali, come emerge dai diari privati del giurista. R. MEHRING, *Carl Schmitt*,

La Prussia, i partiti costituzionali nel *Reichstag*, quali SPD e *Zentrum*, e gli esecutivi dei *Land* di Baviera e Baden, avevano infatti deciso di ricorrere alle vie legali, per lamentare l'incostituzionalità dei fatti del 20 luglio, senza opporre resistenza diretta. La *Staatsgerichtshof*, tuttavia, respinta la richiesta ingiuntiva del governo prussiano di impedire l'immediato insediamento dei commissari del *Reich*, si sarebbe riunita per discutere del caso soltanto il 10 ottobre¹⁰². L'ambigua sentenza del 25 dello stesso mese avrebbe finito per mantenere immutato il controllo di Papen e della sua cerchia sul solo *Land* che avrebbe forse potuto rappresentare un ostacolo alla successiva presa del potere da parte di Adolf Hitler. Il processo *Prussia contro Reich* e le opposte dottrine giuridiche che vi si confrontarono saranno proprio i temi che si andranno ad approfondire nel prosieguo dell'articolo, in quanto rappresenta il confluire in un caso pratico delle teorie di Kelsen e di Schmitt sulla difesa della costituzione e i margini d'azione del potere giurisdizionale davanti al caso critico.

Il destino degli ultimi governi del *Reich* e dei loro cancellieri non doveva comunque rivelarsi migliore di quello della Prussia. Le elezioni del 31 luglio 1932 furono un successo per i nazisti, che arrivarono ad essere il primo partito nel *Reichstag*, sancendo il fallimento della strategia di contenimento di Papen.

Nei mesi seguenti, caratterizzati dall'ennesimo scioglimento del Parlamento, il 12 settembre e dalle nuove elezioni del 6 novembre 1932, si sarebbe assistito al susseguirsi dei tentativi, da parte di Papen prima e di Schleicher poi, di creare un sostegno parlamentare al proprio governo. Essi cercarono o di isolare i nazisti o (più spesso) di scendere a patti con loro, offrendogli posizioni di secondo piano all'interno del Governo o puntando a dividere il NSDAP. Nessuna di queste strategie ebbe successo e, del resto, con il *Preussenschlag* le fazioni che si muovevano all'ombra del Presidente Hindenburg si erano alienate definitivamente l'appoggio dei partiti costituzionali.

Nel gennaio del 1933 le uniche alternative che parevano possibili erano la nomina, da parte del Presidente, di un esecutivo che includesse i nazisti, oppure la strada di quella che Schmitt aveva definito come "dittatura sovrana"¹⁰³. Questa, nella concreta situazione politica del gennaio 1933, avrebbe potuto prendere le forme di uno scioglimento del Parlamento a cui avrebbe fatto seguito una fase di riforme costituzionali di impronta autoritaria, approvate tramite il solo art. 48 e volte a reprimere il NSDAP (e probabilmente non solo esso) e a stabilizzare l'economia e il sistema politico. Aldilà di quanto scritto da autori quali Joseph Bendersky ed Ellen Kennedy, molto indulgenti verso Schmitt e i suoi referenti politici, questa seconda strada appariva, ormai, difficilmente attuabile nel gennaio 1933, non da ultimo proprio per le colpe degli ultimi 'governi del Presidente'¹⁰⁴. In ogni caso Hindenburg non la volle perseguire e, dimessosi Schleicher, nominò Hitler come nuovo Cancelliere il 30 gennaio 1933, decretando così la fine della Repubblica¹⁰⁵.

7. Giudici, politica e controllo di costituzionalità a Weimar

La Costituzione tedesca del 1919, a differenza di quella austriaca, non prevedeva un controllo accentrato di costituzionalità sulle leggi e sugli atti governativi indipendenti. Da questo punto di vista il modello kelseniano non avrebbe potuto essere applicato in Germania senza un emendamento costituzionale, emanato

cit., 260. Più in generale, nonostante i suoi sforzi per avvicinarsi ai protagonisti dell'ultimo periodo della Repubblica, Schmitt sarebbe riuscito a raggiungere solo l'«anticamera» del potere. Ivi, 253

¹⁰² Per la data del processo, di conseguenza, il controllo di Papen e Schleicher sulla polizia prussiana poteva dirsi ormai completo. Già si era dunque fatto un passo in avanti nel sottomettere quello che avrebbe potuto rivelarsi un potente contro-potere per uno Stato centrale ormai nelle mani del partito nazista. A questo proposito, Joseph Goebbels, futuro ministro del Reich, avrebbe affermato che von Papen aveva purgato lo Stato prussiano dai repubblicani e dai democratici in maniera così attenta che non era rimasto più nulla da fare ai nazisti, in merito, L. VINX, *The Guardian of the Constitution*, cit., 4. Per alcuni dati quantitativi in merito, G. VOLPE, *L'ingiustizia delle leggi*, cit., 193, nota n. 56.

¹⁰³ C. SCHMITT, *La dittatura*, cit., 23 e 165-190.

¹⁰⁴ Lo stesso carattere delle alternative fra le quali ci si era ridotti a dover scegliere, peraltro, dimostra quanto fosse ormai disperata la situazione della Repubblica. In tal senso si esprime anche P. PETTA, *Schmitt, Kelsen e il «custode della costituzione»*, cit., 524.

¹⁰⁵ Per un'analisi dettagliata degli ultimi mesi di Weimar, B. RÜDIGER, F. HAUKE, *I becchini*, cit.

secondo la procedura prescritta dall'art. 76 della Costituzione¹⁰⁶. Al contempo, più incerta era l'ammissibilità o meno di un controllo diffuso di costituzionalità, sul modello del *judicial review* americano.

Il problema era emerso già durante i lavori della Costituente, con la proposizione di un emendamento volto a proibire esplicitamente il *judicial review*, da una parte, mentre dall'altra Hugo Preuss, favorevole al controllo diffuso, aveva sostenuto che quest'ultimo si sarebbe spontaneamente affermato, senza la necessità di previsioni costituzionali. La linea di Preuss, il più influente fra i giuristi che parteciparono alla Costituente, ebbe la meglio e la questione rimase aperta, il dibattito riprese però subito fra i giuristi tedeschi e fra i partiti politici, con le forze di sinistra poco inclini a conferire al ceto dei giudici, tradizionalmente legato alla monarchia, il controllo sugli atti del Parlamento¹⁰⁷.

In dottrina le voci più influenti a favore dell'applicazione del controllo giudiziale di costituzionalità in Germania furono, in effetti, quelle di giuristi politicamente conservatori, in particolare Franz Kaufmann e Heinrich Triepel, in opposizione ai sostenitori del positivismo 'classico' tedesco, quali Gerhard Anschütz e Hans Thoma¹⁰⁸.

Tra i favorevoli, Triepel legava la necessità del *judicial review* alla propria interpretazione del principio di eguaglianza sancito dall'art. 109 co. 1 della Costituzione, che egli leggeva come una statuizione del principio generale dell'eguaglianza sostanziale *della legge o nella legge*, e non solo come una tutela dell'eguaglianza formale di determinate categorie di cittadini *davanti alla legge* di volta in volta emanata secondo le procedure corrette¹⁰⁹. Tramite questa interpretazione, il giurista tedesco introduceva nella propria teoria una

¹⁰⁶ Art. 76 della Costituzione tedesca del 1919:

«La costituzione può essere mutata in via legislativa. Tuttavia, le modificazioni sono possibili solo se siano presenti i due terzi dei membri assegnati per legge al *Reichstag*, e vi consentano due terzi dei presenti. Anche le decisioni del *Reichsrat* dirette al mutamento della costituzione richiedono la maggioranza dei due terzi dei voti. Se per iniziativa popolare un mutamento costituzionale deve aver luogo con referendum è necessario che si raggiunga il consenso della maggioranza degli elettori.

Se il *Reichstag* abbia approvato una legge modificativa della costituzione contro l'opposizione del *Reichsrat* il presidente non potrà procedere alla sua pubblicazione se il *Reichsrat* entro due settimane richieda la decisione popolare su di essa». Trad. it di C. MORTATI, *La Costituzione di Weimar*, cit.

¹⁰⁷ L'emendamento limitativo in questione fu proposto da Wilhelm Kahl e venne respinto per un solo voto di scarto, cosa che fa intuire quanto l'incertezza degli anni successivi sulla materia fosse già ampiamente prefigurata dalla divisione degli stessi costituenti tedeschi. Carl Friedrich, il cui articolo sul problema offre una visione interessante, proprio perché scritto nel 1928, riteneva che un esame degli argomenti avanzati in seno all'Assemblea costituente rivelasse che “[...] there existed no very clear idea as to just what was to be understood by *judicial review*. There is little doubt that the epochal significance of the question was realized by only a few in the committee”. C. J. FRIEDRICH, *The issue of judicial review in Germany*, cit., 190-191.

Per gli sviluppi successive all'entrata in vigore della Costituzione, C. J. FRIEDRICH, *The issue of judicial review in Germany*, cit., 199-200.

¹⁰⁸ Ivi, 192 e 194. Friedrich, nel suo articolo, cita come esempi di giuristi favorevoli al controllo diffuso di costituzionalità anche Hans Nawiasky, Walter Simons (Presidente della *Reichsgericht* o Corte Suprema) e, cosa notevole, Carl Schmitt. Il fatto che Schmitt venisse annoverato fra i sostenitori del *judicial review of legislation* (seppur egli credesse in una forma 'minimalista' dello stesso) è sintomatico di come la negazione alle corti di un autentico ruolo di vera (o 'utile') garanzia della costituzione, da parte di questo autore, sia posteriore al 1928. Si veda ivi, 194. Per un'antologia degli autori citati nel testo, A. Jacobson, B. Schlink (curr.), *Weimar. A Jurisprudence of Crisis*, cit.

¹⁰⁹ Art. 109 della Costituzione tedesca del 1919:

«Tutti i tedeschi sono uguali innanzi alla legge.

Uomini e donne hanno di regola gli stessi diritti e doveri civici.

Sono aboliti i privilegi o le incapacità di diritto pubblico, collegati con la nascita o l'appartenenza a ceti. I titoli nobiliari sono utilizzabili solo come parte del nome e non possono essere ulteriormente concessi». Trad. it di Costantino Mortati, *La Costituzione di Weimar*, cit.

Sul tema della 'scoperta' e dell'uso del principio costituzionale di eguaglianza sostanziale da parte dei giudici tedeschi, G. VOLPE, *L'ingiustizia delle leggi*, cit., 100 e ss., in particolare 108. Volpe, del resto, dedica la sua ricerca proprio alla comprensione del legame fra evoluzione e presupposti dei modelli continentali di giustizia costituzionale e uso del principio di eguaglianza sostanziale da parte delle corti, fino alla giurisprudenza della Corte costituzionale italiana. Circa le posizioni di Triepel e della dottrina a lui vicina, P. CALDWELL, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law*, cit., 149-150. Per citare Triepel, nella traduzione inglese che ne fornisce Caldwell: “All subjective arbitrariness is a sin against the holy spirit of the law [*Recht*]. The basic principle of equality before the law signifies the demand that individual legal norms are to treat everything as equal, [and] to treat some- thing unequally would signify arbitrariness, that is, be based on the lack of a serious consideration. The principle of equality before the law is injured by distinctions for which no reason, or at least none but one that would confuse [*veifangen*] a reasonably and justly [*gerecht*] thinking person, can be cited”. Da *Goldbilanzenverordnung und Vorzugsaktien*, de

dimensione di giustizia materiale immanente alla Costituzione, che i giudici avevano il dovere di tutelare anche di fronte a interventi del legislatore che stabilissero discriminazioni irragionevoli fra i gruppi sociali¹¹⁰. Nella Germania lacerata dal conflitto di classe, Triepel aveva in mente quelle leggi del *Reichstag* volte a differenziare la legislazione sulla base dell'appartenenza sociale, come già era accaduto nell'Unione Sovietica. Non a caso, la sua dottrina dell'eguaglianza diverrà particolarmente rilevante davanti ai tentativi di varare leggi e regolamenti volti a espropriare senza riparazioni gli appartenenti alla vecchia aristocrazia. Alla teoria del requisito costituzionale di eguaglianza e generalità della legge, Triepel univa anche una visione molto estensiva della tutela della proprietà sancita dall'art. 153 della Costituzione. Il tema era di importanza centrale, non stupisce, dunque, che proprio la questione della tutela del diritto di proprietà, inteso secondo questa teoria, venisse ad essere l'oggetto delle prime sentenze in cui le corti tedesche si espressero circa la loro facoltà di giudicare della costituzionalità di una legge¹¹¹.

Fra le corti tedesche degli anni '20, due erano nelle condizioni di esercitare un *judicial review* davvero efficace, la *Reichsgericht* e la *Staatsgerichtshof*. La prima, che Carl Friedrich, nel 1928, traduceva in inglese come “*National Judicial Court*” e a cui ci si potrebbe riferire anche come Corte Suprema, era composta da circa cento giudici, suddivisi in tredici senati, tutti situati nella città di Lipsia¹¹².

La seconda, la Corte di Stato creata con la nuova Costituzione, era pensata specificamente allo scopo di dirimere le controversie fra i vari organi previsti dalla Costituzione stessa, in particolare fra i *Länder* e lo Stato centrale. Quando si riuniva, nei casi di rilevanza costituzionale, la *Staatsgerichtshof* era composta dal Presidente della *Reichsgericht* e da sette giudici, fra cui i Presidenti delle supreme corti amministrative di Baviera, Prussia e Sassonia. Sarebbe stata proprio la *Staatsgerichtshof* a esprimersi sui ricorsi contro gli interventi presidenziali d'emergenza, compreso quello del governo Papen contro la Prussia. L'art. 19 della Costituzione, che lasciava aperta la questione se la *Staatsgerichtshof* avesse o meno competenza a decidere sulla costituzionalità delle leggi del *Reich*, prevedeva esplicitamente che spettasse al Presidente del *Reich* l'esecuzione delle decisioni della Corte¹¹³.

Gruyter, Berlin, 1924, 30, citato in P. CALDWELL, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law*, 149, parentesi del traduttore. Sempre sul principio di eguaglianza in Triepel, inteso come principio di giustizia vincolante il legislatore, R. POSCHER, *Heinrich Triepel, Introduction*, in A. Jacobson, B. Schlink (curr.), *Weimar. A Jurisprudence of Crisis*, cit., 173. Di orientamento simili a Triepel anche E. KAUFMANN, *Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 des Reichsverfassung [1927]*, traduzione di A. CARRINO, *L'uguaglianza davanti alla legge ai sensi dell'articolo 109 della Costituzione del Reich*, in *Appendice a A. Carrino, Weimar*, cit.

Circa la differenza fra l'eguaglianza *davanti* alla legge e l'eguaglianza *nella* legge, benché con riguardo alla nostra Costituzione Repubblicana e al precedente Statuto albertino, si veda M. DOGLIANI, *Costituzione italiana: articolo 3*, Roma, 2017, 48-50. Dogliani chiarisce molto bene il problema quando scrive “che – nell'ottica dello Statuto e di un formalismo rigoroso – altro è che la forza (cioè la validità, l'applicabilità, l'efficacia) della legge sia uguale per tutti; altro è che il trattamento disposto dalla legge sia uguale per tutti”.

¹¹⁰ I limiti che Triepel poneva alla legge erano ulteriormente accentuati da Kaufmann, il quale introduceva una vera e propria nozione di diritto sovrapositivo, il *Recht* proprio della comunità nazionale, contrapposto alle leggi del *Reichstag* pluralistico. P. CALDWELL, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law*, cit., 150. Da notare come Kaufmann fosse stato fra i maestri di Schmitt, P. PETTA, *Schmitt, Kelsen e il «custode della costituzione»*, cit., 517.

¹¹¹ Nella Germania di Weimar il binomio dell'eguaglianza della legge – intesa come divieto di emanare leggi rivolte solo a specifici individui o gruppi – e della proprietà come ‘fascio’ di diritti, conduceva, nel concreto caso giudiziale, a esiti socialmente conservatori. Un caso esemplare, oggetto di forte polemica politica nel contesto del tempo, fu proprio quello della sentenza sulla progettata espropriazione dei nobili della Westfalia, nel dicembre 1929. Si veda P. CALDWELL, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law*, cit., 154. Il legame che proprietà, non generalità della legge e ragionevolezza di quest'ultima avevano con il controllo giudiziale di costituzionalità era già notato da C. J. FRIEDRICH, *The issue of judicial review in Germany*, cit., 195, nota n. 1.

¹¹² Ivi, 196.

¹¹³ Art. 19 della Costituzione tedesca del 1919:

«Il tribunale costituzionale del *Reich*, in quanto non vi sia la competenza di un altro organo giudiziario del *Reich*, decide, su richiesta di una delle parti contendenti, le controversie costituzionali che sorgano nell'interno di un *Land*, per la cui soluzione non esista alcun tribunale, ed altresì quelle di natura non privata fra diversi *Länder*, o fra il *Reich* e un *Land*.

Il presidente del *Reich* esegue le decisioni del tribunale costituzionale». Trad. it. di Costantino Mortati, *La Costituzione di Weimar*, cit. Alla luce delle considerazioni che formuliamo, la traduzione italiana del termine *Staatsgerichtshof* come “tribunale costituzionale” non pare del tutto corretta.

In sintesi, entrambe le Corti erano pensate come organo di ‘chiusura’ del sistema giudiziario, in un contesto reso più complicato dalla natura federale dello Stato. Proprio rispetto a un altro Stato federale, quale gli Stati Uniti d’America, emergeva però, piuttosto evidentemente, il diverso carattere delle Corti tedesche del tempo¹¹⁴.

Le critiche degli studiosi di cultura anglosassone si sono rivolte contro il fatto che, sia entro la *Staatsgerichtshof* che entro la *Reichsgericht*, le decisioni venivano prese ed erano espresse collettivamente, senza opinioni difformi e senza che fosse reso pubblico il nome del giudice estensore, secondo una tradizione tipicamente continentale¹¹⁵. Da una prospettiva a noi culturalmente più vicina rispetto alla dottrina anglosassone, Giuseppe Volpe ha rilevato come quella della *Staatsgerichtshof* fosse una costruzione propria del modo austro-germanico d’intendere l’aggiudicazione fra poteri apicali dello Stato (*Organstreit*), per come andata evolvendosi nel XIX secolo, soprattutto nell’ambito di uno Stato federale peculiare come il *Kaiserreich*¹¹⁶. Nell’ambito delle controversie fra gli organi tramite i quali si esprimeva la volontà statale, sia sul piano della federazione che su quello dei poteri pubblici federali, tale giurisdizione era tradizionalmente intesa sia come ‘politica’, in quanto attinente agli interessi generali di uno Stato inteso in senso organicistico, sia, al contempo, come ancora amministrata da giudici-funzionari¹¹⁷.

Quest’ultimo aspetto non doveva risultare contraddittorio entro le solide strutture di classe, se non di casta, dell’ordine guglielmino, dove il giudice si ergeva a rappresentante di uno Stato monolitico, rispetto al quale era ancora possibile legare l’idea di valori o scopi supremi, unitari e spesso impliciti, dunque, in una certa misura, extra-costituzionali. Ma la contraddizione diventava evidente a Weimar, una volta che, caduto il vecchio ordine e in una situazione di forte pluralismo, emergeva il contrasto fra i magistrati-funzionari e le nuove istanze parlamentari, portatrici di rivendicazioni verso diritti ai quali il ceto dei giudici tedeschi era forse estraneo prima ancora che ostile¹¹⁸.

Ritornando ai caratteri tipici del modello dello *Staatsgerichtsbarkeit*, il tipo di controversie sulle quali giudicava la *Staatsgerichtshof* si sviluppava al contempo a partire da una controversia concreta e dall’essere le parti di tale controversia organi politici dello Stato. Il carattere concreto della controversia allontanava questo tipo di giurisdizione dal modello di confronto logico astratto tra disposizioni prescrittivamente rappresentato dal modello kelseniano, mentre, al contempo, il fatto che il contenzioso concreto si sviluppasse idealmente solo dal contrasto fra poteri pubblici e non dai diritti individuali richiamati in Costituzione lo distaccava anche dal modello statunitense¹¹⁹.

Per una dettagliata descrizione della composizione e del modo di funzionamento della Corte di Stato tedesca, G. VOLPE, *L’ingiustizia delle leggi*, cit., 171 e ss. La *Staatsgerichtshof*, prevista dall’art. 108 della Costituzione, iniziò a operare nel 1921, tuttavia le disposizioni che la disciplinavano non mancarono di dare adito a dubbi circa le competenze della Corte. Per una panoramica delle soluzioni raggiunte dalla dottrina dominante, *ivi*, 172, nota n. 12.

¹¹⁴ Circa la nascita della *judicial review* negli Stati Uniti a partire dalla sentenza *Marbury vs. Madison* del 1803 e sulle conseguenze e i presupposti di quella celebre sentenza della Corte Suprema americana, si vedano G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., 330-338 e O. CHESSA, *I giudici del diritto*, cit., 17-41. I due autori citati offrono due visioni diverse sulla stessa questione, sia dal punto di vista della teoria della giustizia costituzionale sia della ‘naturalità’ o meno del *judicial review*, ossia sulla consequenzialità logica del giudizio di costituzionalità delle leggi dalla costituzione scritta. Sul tema anche M. TROPER, *Le droit et la nécessité*, Paris, 2011, 139 e ss.

¹¹⁵ Questa notazione è formulata in particolare da Peter Caldwell, che esprime una sensibilità, in punto di opinione dissenziente e idea di giurisdizione, tipicamente americana.

¹¹⁶ G. VOLPE, *L’ingiustizia delle leggi*, cit., 165 e ss. Per una bibliografia della dottrina tedesca precedente agli anni ’30, si veda *ibid.* la nota n. 1. Per Volpe l’origine storica di questa concezione andrebbe rintracciata nell’idea cetuale di Costituzione, dove persistono possibilità di controversie giuridiche tra le parti del patto costituzionale. Tale concezione si riverbera tanto nelle tesi dei positivisti tedeschi che in quello dei loro avversari (*ibid.*, 171), portando il controllo di costituzionalità ricollegabile al vecchio modo germanico d’intendere l’aggiudicazione fra poteri dello Stato ad essere molto distante sia dal modello americano che da quello elaborato in seguito da Kelsen.

¹¹⁷ *Ivi*, 168.

¹¹⁸ L’analisi del retroterra culturale dei giudici tedeschi e quella del loro orientamento politico saranno svolte nelle pagine seguenti, alle quali si rimanda anche per i riferimenti bibliografici.

¹¹⁹ Quest’ultimo elemento spiega, fra l’altro, la distanza di autori anglosassoni come Caldwell dal modello. Circa il carattere concreto della controversia, lontana dal giudizio di compatibilità logica fra norme, Volpe ricorda come fra i conflitti fra organi costituzionali deferibili alla Corte di Stato vi fossero i conflitti fra *Reich* e *Länder* sorti per contrasto tra i due organi nell’*esecuzione*

Nel complesso, si può affermare che sia la *Reichsgericht* che la *Staatsgerichtshof* fossero innanzitutto pensate coerentemente alla concezione ‘continentale’ della giurisdizione e, più nello specifico, della variante tipicamente tedesca della *Staatsgerichtsbarkeit*. Organi integralmente giudiziari e composti da funzionari di carriera, sebbene, almeno per quanto riguarda la Corte di Stato, inevitabilmente attratti da controversie fra poteri di ordine politico, esse erano molto lontane dall’aver proprio quel tipo di legittimazione politica della Corte Suprema americana, ma anche delle stesse odierne corti costituzionali accentrate europee¹²⁰.

L’affermazione della propria legittimità a giudicare del contenuto delle leggi del *Reichstag* sulla base dei parametri costituzionali venne gradualmente formulata dalla *Reichsgericht* nel corso degli anni ‘20. La decisione fondamentale venne espressa dalla Corte nel 1925, con una sentenza riguardante un diritto di credito antecedente alla grande inflazione e il modo con cui le leggi sulla rivalutazione del marco andavano a creare differenti classi di debiti (e dunque di debitori), secondo tassi di rivalutazione ineguali. In questa occasione i giudici della *Reichsgericht* evitarono di dichiarare incostituzionale la legge, giudicando ragionevole, sulla base dell’art. 109 co. 1, la differenziazione da questa stabilita. Tuttavia, nelle motivazioni della sentenza, veniva enunciato il principio della prerogativa e del dovere dei giudici di esaminare le leggi e gli atti ad esse parificati, sulla base del parametro di costituzionalità¹²¹. Ugualmente la Corte si comportò in un altro caso, nel 1929, evitando di dichiarare incostituzionale la legge in esame, emanata dal *Landtag* della Westfalia, ma riservandosi, in astratto, il controllo sulla ragionevolezza dell’atto. Essa, peraltro, evitò di formulare chiari parametri in base ai quali distinguere fra discrezionalità del legislatore e sua arbitrarietà, alla luce dell’art. 109 co. 1 della Costituzione federale¹²².

Più incisiva fu l’azione della *Reichsgericht* in tema di diritti di proprietà, offrendone un’interpretazione estensiva alla luce dell’art. 153, co. 1 e 2, della Costituzione¹²³. La Corte estese l’obbligo costituzionale di congruo indennizzo per le espropriazioni, portate avanti con legge statale o federale, anche alla lesione di diritti soggettivi di mera rilevanza economica [*Forderungsrechte*], estranei però alla tradizionale concezione

di leggi del *Reich* (caso collegato spesso all’art. 48, co.1), ma che l’unico caso di confronto logico fra le leggi del *Reich* e degli Stati, rappresentato dall’art. 13, co. 2 della Costituzione, fosse deferito invece alla giurisdizione della *Reichsgericht*. Del resto, le considerazioni sopra esposte rispetto al *Staatsgerichtshof* sono in parte estendibili anche al *Reichsgericht*, in quanto legate più in generale al carattere proprio dei giudici tedeschi del periodo. Il testo dell’art. 13 della Costituzione disponeva:

«Il diritto del *Reich* prevale su quello dei *Länder*.

Ove sorgano dubbi o contestazioni sulla conciliabilità delle disposizioni di un *Land* con il diritto del *Reich* le autorità competenti dell’uno o dell’altro possono provocare, nelle forme stabilite da una legge del *Reich*, la decisione di un supremo tribunale del *Reich* [*Reichsgericht*]». C. MORTATI, *La Costituzione di Weimar*, cit.

¹²⁰ Circa l’impossibilità di definire *Reichsgericht* e *Staatsgerichtshof* come corti costituzionali in senso moderno, A. CARRINO, *Weimar*, cit., 238.

¹²¹ *Reichsgericht*, sent. del 4 novembre 1925, in *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RGZ) (1880-1945)*, Berlin, de Gruyter, 111: 323, citato in P. CALDWELL, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law*, cit., 154 e 242.

Sulla giurisprudenza della *Reichsgericht*, si vedano P. CALDWELL, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law*, cit., 153-160; E. KENNEDY, *Constitutional Failure*, 149-151 e C. J. FRIEDRICH, *The issue of judicial review in Germany*, cit., 195-197, G. VOLPE, *L’ingiustizia delle leggi*, cit., 108 e ss. Antefatto della sentenza ‘costituzionale’ del 1925 era stata una dichiarazione ufficiale dell’Associazione dei giudici tedeschi, che nel 1924 avevano minacciato di non applicare eventuali leggi o decreti presidenziali che ponessero un limite legale alla rivalutazione degli interessi sui crediti, invocando la forza sopralegale del principio di buona fede. Nella spirale inflazionistica del tempo, il tema era di enorme sensibilità sociale e politica. A. CARRINO, *Weimar*, cit., 277. Per delle considerazioni coeve sulle conseguenze potenziali della decisione della *Reichsgericht*, C. J. FRIEDRICH, *The issue of judicial review in Germany*, cit., 197. Con questa sentenza il controllo (diffuso) di costituzionalità poteva dirsi formalmente introdotto in Germania, ma resta emblematico che le affermazioni della Corte non avessero alcuna influenza sul dispositivo della sentenza.

¹²² *Reichsgericht*, sent. del 3 dicembre 1929. In *RGZ*, 128: 170, citato in P. CALDWELL, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law*, cit., 154-155 e 242.

¹²³ *Reichsgericht*, sent. del 18 novembre 1921 (*RGZ*, 103: 200-202); sent. del 13 dicembre 1924 (*RGZ*, 109: 310-23) e sent. del 11 marzo 1927 (*RGZ*, II6: 268-74). Riportate in P. CALDWELL, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law*, cit., 155-158 e 244. Peraltro, l’art. 153 era nel complesso innovativo, stabilendo anche, al co. 3, che «La proprietà obbliga. Il suo uso, oltre che al privato, deve essere rivolto al bene comune». C. MORTATI, *La Costituzione di Weimar*, cit. Proprio il fatto che la giurisprudenza ignorasse sostanzialmente il comma 3, per concentrare la propria attenzione sul comma 2, è indice di quanto l’interpretazione della Costituzione da parte dei giudici tedeschi del periodo non fosse slegata dalle loro posizioni politiche e dalla loro estrazione sociale.

civilistica di proprietà. Anche semplici diminuzioni del valore d'uso di un bene immobile, dovute alle regolamentazioni locali e alle leggi dei *Länder*, dovevano essere adeguatamente indennizzate¹²⁴.

Dall'altra parte, invece, le posizioni dottrinarie e giurisprudenziali circa la possibilità di revisione giudiziale delle ordinanze emergenziali del Presidente erano perlopiù negative. Più in generale, si rendeva necessario formulare dei limiti, sostanziali o procedurali, ai vari poteri eccezionali che l'art. 48 stabiliva in capo al Presidente del *Reich* (il co. 2 sullo stato d'eccezione, ma anche il co. 1 sull'attuazione forzata della Costituzione o di una legge federale) e in capo ai governi dei *Länder* (co. 4 dell'art. 48). In dottrina, il solo Triepel, di cui si è vista la tendenza favorevole al *judicial review*, riteneva che l'esecuzione federale nei confronti di un *Land*, ex art. 48 co. 1 Cost., fosse subordinata a una decisione della *Staatsgerichtshof*. Lo stesso autore, peraltro, negava questa necessità quando il Governo agisse in base al secondo comma dell'art. 48, in nome dell'alta intensità politica di quest'azione e dell'autorità del Presidente¹²⁵.

La giurisprudenza – questa volta della *Staatsgerichtshof*, competente a giudicare su ogni contrasto fra *Reich* e *Länder* – aveva già elaborato una serie di parametri secondo i quali giudicare della legittimità delle ordinanze emergenziali emanate dai *Länder*, ex co. 4 art. 48. La Corte si riteneva investita del potere di verificare i presupposti della necessità e dell'urgenza, stabiliti dall'art. 48, e, al contempo, affermava la necessità di un nesso teleologico fra il contenuto dell'ordinanza e il suo fine specifico. Nel 1929 essa si era riferita a quest'ultimo punto per rimarcare il carattere necessariamente temporaneo delle ordinanze emergenziali dei governi locali¹²⁶.

Tuttavia, la giurisprudenza della *Staatsgerichtshof* cambiava completamente davanti alle ordinanze presidenziali previste dall'art. 48. In tutti i casi concreti che le furono sottoposti, la Corte respinse i ricorsi degli Stati federati o dei partiti dei *Landtag*, ritenendo che i poteri emergenziali conferiti al Presidente, con riferimento al co. 2 dell'art. 48, derivassero da una vera e propria norma indipendente di competenza o autorità [*selbständige Zuständigkeitsvorschrift*].

La Corte interpretava cioè i poteri emergenziali del Presidente come originari, non derivati dalle altre competenze costituzionali caratterizzanti la sua figura ed esorbitanti dalle normali funzioni dell'organo. Era una lettura non troppo distante dalla più estrema affermazione schmittiana secondo la quale nell'articolo 48 sarebbe sopravvissuta una parte del potere costituente dell'Assemblea Nazionale: una tesi che rischiava di fare del Presidente il centro di una vera e propria costituzione parallela o 'di riserva'¹²⁷.

Nel 1931, una sentenza della *Staatsgerichtshof*, statuì che la verifica delle condizioni che giustificavano l'uso dell'art. 48 co. 2 andava lasciata, in linea di massima, alla discrezionalità del Presidente, così come la scelta dei mezzi per raggiungere i fini dell'ordinanza emergenziale. Si andava così a rimarcare la differenza rispetto a quanto stabilito dalla stessa Corte riguardo ai *Länder*¹²⁸. Nello stesso 1931, mentre si svolgeva la polemica fra Schmitt e Kelsen, la Corte si trovò ad affrontare un altro ricorso, da parte di un partito minore, contro l'applicazione del co. 2 dell'art. 48. Si trattava di un caso particolarmente rilevante in quanto collegato

¹²⁴ *Reichsgericht*, sent. del 11 marzo 1927 (*RGZ*, II6: 268-74). La giurisprudenza successiva a questa sentenza doveva avere effetti molto gravosi sui comuni e sui governi dei *Länder* tedeschi, fino al 1931 quando fu approvato dal governo Brüning un decreto, basato sull'art. 48, che proibiva ogni compensazione per le espropriazioni basate sui codici urbanistici. La stessa *Reichsgericht* mutò il proprio orientamento, evitando di dichiarare incostituzionale il decreto (sent. del 5 giugno 1931, in *RGZ*, 137: 183-89). Da notare come proprio la giurisprudenza della *Reichsgericht* sui diritti di proprietà incontrasse l'appoggio di Carl Schmitt, P. CALDWELL, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law*, cit., 158-159 e 246. Fortemente critico verso l'orientamento della corte era invece un allievo di Schmitt, il giovane giurista della sinistra socialdemocratica O. KIRCHHEIMER, si vedano gli scritti raccolti in ID., *Saggi di teoria e politica costituzionale*, cit.

¹²⁵ Per le posizioni di Triepel, si veda P. CALDWELL, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law*, cit., 153.

¹²⁶ *Staatsgerichtshof*, sent. del 23 marzo 1929 (*RGZ*, II2: appendice 8-9), in P. CALDWELL, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law*, cit., 161 e 245. Su Triepel si veda anche quanto scritto da G. VOLPE, *L'ingiustizia delle leggi*, cit., 168.

¹²⁷ Circa l'elaborazione della tesi della "costituzione di riserva" da parte di Schmitt, oltre a quanto scritto nei paragrafi precedenti, si vedano J. MCCORMICK, *The Dilemmas of Dictatorship*, cit., 229-234 e J.F. KERVÉGAN, *Che fare di Carl Schmitt?* cit., *Capitolo V. Legittimità*.

¹²⁸ *Staatsgerichtshof*, sent. del 24 agosto 1931 (*RGZ*, 134: appendice 22), citata in P. CALDWELL, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law*, cit., 162 e 246.

ai decreti economici emanati dal governo Brüning tramite i poteri emergenziali¹²⁹. La Corte respinse il ricorso ma, rispetto alla sentenza precedente, cercò di formulare in astratto possibili limiti alle ordinanze. Queste dovevano essere adottate davanti a un significativo turbamento o a una minaccia all'ordine pubblico, dovevano essere appropriate allo scopo di riportare l'ordine e temporanee. A sottolineare la larghezza di questi parametri, tuttavia, è bene precisare che i giudici considerarono la crisi economica come minaccia sufficiente a giustificare il primo parametro, e l'adeguatezza *in astratto* delle misure come sufficiente a integrare il secondo. D'altra parte, nel caso precedente (24 agosto 1931), la Corte aveva sostanzialmente ignorato il requisito della temporaneità dell'azione governativa. Infine, la teoria dell'autonomia dei poteri presidenziali ex co. 2 dell'art. 48 permetteva interventi del Governo anche nelle competenze costituzionalmente riservate ai *Länder*.

La giurisprudenza delle Corti superiori del *Reich*, insomma, non offriva punti fermi, mentre la loro stessa struttura duplice rendeva difficile un efficace *judicial review*, a maggior ragione in assenza di disposizioni costituzionali esplicite sul punto. I giudici della *Reichsgericht* e della *Staatsgerichtshof*, da un lato si erano proposti esplicitamente come custodi della costituzione, dall'altro si erano mossi con molta cautela nella pratica. Quel che peggio, gli interventi delle giurisdizioni superiori erano più decisi nella tutela dei diritti di proprietà di quanto non lo fossero davanti alle azioni del potere esecutivo e all'autorità del Presidente. Così facendo, pur non conducendo in realtà un'azione veramente incisiva, essi sollevavano però il problema della 'politicità' della giurisdizione. Un problema che – se non era sconosciuto alla riflessione giuridica del periodo precedente, che lo intendeva come questione della discrezionalità giudiziale¹³⁰ – si ripresentava però con molta più forza nel giudizio sulla costituzionalità delle leggi.

Ma, più in generale, che giudici erano quelli della Germania weimariana, aldilà delle sole corti superiori? Alcune considerazioni su questo particolare ceto di funzionari possono ricavarsi dagli esempi descritti da Otto Kirchheimer nel suo *Political Justice*, libro scritto dall'autore quando ormai si trovava negli Stati Uniti, anni dopo la sua militanza politica nella SPD dei primi anni '30¹³¹.

Kirchheimer riporta il caso emblematico del duplice processo per diffamazione avviato da niente di meno che il predecessore di Hindenburg alla Presidenza del *Reich*, il socialdemocratico Ebert. Questi era stato pubblicamente definito traditore da un agitatore nazionalsocialista, durante una visita ufficiale a Monaco nel 1922. L'accusa era legata al ruolo svolto da Ebert e dalla SPD negli scioperi spontanei di inizio 1918 e venne subito ripresa da un giornale nazionalista, dando luogo a una vicenda processuale che la locale corte di giustizia avrebbe contribuito a trasformare in un tentativo di screditare l'immagine del Presidente e del suo partito. Tramite un ampio ricorso a testimoni interessati e dichiarazioni di membri delle istituzioni poliziesche del precedente regime monarchico, il processo si era trasformato in un palcoscenico dove veniva rappresentata la narrazione della 'pugnalata alle spalle' che la socialdemocrazia avrebbe inferto allo sforzo bellico tedesco, causando la sconfitta militare del 1918. I giudici confermarono questa versione nella loro sentenza, dichiarando che l'attuale Presidente si era effettivamente macchiato di tradimento con le proprie azioni durante gli scioperi, e, di conseguenza, ritennero fondata l'accusa di diffamazione solo per il linguaggio insultante usato, ma non per la sostanza dei fatti adottati. È interessante che i giudici, di cui in seguito sarebbero emersi i legami coi partiti nazionalisti, ritenessero di non poter prendere in considerazione la circostanza che nel frattempo fossero avvenuti una rivoluzione e un cambio di regime, dimostrando con ciò un atteggiamento ricorrente delle corti tedesche del tempo, abili nell'usare l'argomento di una fedeltà 'stretta' al diritto vigente come schermo argomentativo dietro cui ritrarsi a scopo difensivo, a fronte delle tendenze in realtà tutt'altro che positiviste della loro giurisprudenza. L'impatto della decisione sull'imminente rielezione di Ebert è incerto, in quanto la sua morte seguì la fine del processo, ma è notevole come lui stesso, che pur aveva avviato

¹²⁹ *Staatsgerichtshof*, sent. del 5 dicembre 1931 (RGZ, 134: appendice, 42-46), citata *ivi*, 163-246.

¹³⁰ Si fa riferimento in particolare alla scuola tedesca del diritto libero, si veda A. CARRINO, *La costituzione come decisione*, cit., Capitolo quinto. *Legge e potere del giudice: Guizot, Kantorowicz, Schmitt e Kelsen*; anche G. VOLPE, *L'ingiustizia delle leggi*, cit., 22 e ss.

¹³¹ O. KIRCHHEIMER, *Political Justice. The Use of Legal Procedure for Political Ends*, Princeton, 1961. Kirchheimer era uno dei giovani giuristi socialdemocratici attivi a Berlino durante gli anni terminali della Repubblica, insieme a Ernst Fraenkel e Franz L. Neumann, nel cui studio legale i tre lavoravano. Interessante come tutti, ma specialmente Kirchheimer, avesse incrociato personalmente Carl Schmitt nella loro formazione intellettuale. Si veda l'*Introduzione* di A. BOLAFFI, a O. KIRCHHEIMER, *Saggi di teoria e politica costituzionale*, cit.

la causa, finisse per trovarsi a rivestire il ruolo dell'accusato, insieme al suo partito¹³².

Del resto, nel 1930, fu la stessa *Reichsgericht* a consentire a Hitler di comparire come testimone in un giudizio contro due ufficiali dell'esercito repubblicano, accusati di aver complottato coi nazisti. Fu in questa occasione che il futuro dittatore formulò il suo 'giuramento di legalità' [*Legalitätseid*]. Il messaggio poté godere della diffusione e della legittimazione derivanti dall'essere stato pronunciato dal palcoscenico rappresentato dalla massima corte dello Stato, la quale lo aveva accettato. Questo nonostante Hitler non avesse allora nascosto che, alla presa per vie legali del potere, avrebbero fatto seguito il completo stravolgimento della costituzione e l'eliminazione violenta dell'opposizione¹³³.

Ma vi è un capitolo anche più violento che fa dubitare delle disponibilità della classe giudiziaria del tempo a difendere la Costituzione. Infatti, se si guarda ai fatti di sangue che costantemente percorsero la Repubblica, in particolare nei suoi primi e ultimi anni, appare chiaro come le corti dimostrassero un favore perfino sfacciato verso gli assassini commessi da nazionalisti e *Freikorps*, in larga parte lasciati impuniti. Lo statistico Emil Gumbel, in una ricerca del 1922, conteggiava in totale 354 omicidi di natura politica dal 1919; ma, se nei 22 casi attribuibili alle forze di sinistra vi erano state 17 condanne, 8 delle quali a morte, per i 332 casi restanti e attribuibili alla destra furono condannate solo 27 persone, alle quali venne di norma risparmiata la vita, a fronte di pene spesso irrisorie¹³⁴. Kirchheimer cita il caso di uno dei procuratori presso la stessa *Reichsgericht* di Lipsia, trovato da due corti berlinesi colpevole di aver prestato attiva assistenza legale agli assassini dei *leader* spartachisti Karl Liebknecht e Rosa Luxemburg, pur nel momento in cui era lui stesso il magistrato incaricato d'istruire il caso contro gli omicidi. Nel 1930 la Corte Suprema di Lipsia, pronunciandosi in appello, rinviò la causa a un altro tribunale rispetto a quello rimettente, con dettagliate indicazioni su come assolvere il magistrato in questione, il quale, esonerato dal servizio, sarebbe poco dopo diventato il primo presidente del Tribunale del Popolo [*Volkgerichtshof*] creato da Hitler¹³⁵.

Davanti a episodi così gravi, può forse passare perfino in secondo piano la critica che anche un altro giurista socialdemocratico, Franz Neumann, muoveva alla giurisprudenza civilistica weimariana, quando l'accusava di aver elaborato strumentalmente un nuovo diritto naturale, basato sulla dilatazione di concetti giuridici indeterminati, quali la buona fede [*Treu und Glauben*], e sull'uso diretto di (alcuni) principi di giustizia dedotti discrezionalmente dalla Costituzione. Neumann, da marxista, individuava la minaccia di tutto ciò proprio nel fatto che le corti utilizzassero questi mezzi in primo luogo *contro il legislatore*. In un momento in cui le forze del proletariato entravano in Parlamento, i tribunali si erano trasformati per lui in una ridotta della borghesia più conservatrice, mentre l'ampio uso dei principi generali, tratti dall'ordinamento o direttamente dalla stessa 'coscienza del popolo', era funzionale agli interessi del nuovo "capitalismo monopolistico" del primo dopoguerra, economicamente abbastanza forte da trarre vantaggio dal venire meno dell'elemento di calcolabilità rappresentato dal "diritto razionale" ottocentesco¹³⁶.

Si può non condividere l'analisi marxista di Neumann, che lo pone peraltro in un orizzonte precedente a quello del costituzionalismo contemporaneo, ma egli coglieva nel segno quando, scrivendo nel 1939 e pensando a Weimar, tracciava un collegamento fra l'uso giudiziario di concetti indeterminati, radicati in una dimensione inconoscibile che si pretendeva materiale ma che era in realtà massimamente discrezionale, e alcuni fra i successivi sviluppi che ne sarebbero seguiti nel diritto nazista. In quest'ultimo, il richiamo alla decisione del caso concreto, che va risolto in sintonia con lo spirito del popolo, diventa un *refrain* costante. Il principio del Capo o *Führerprinzip* si legittima, appunto, sull'idea del *Führer* come interprete immediato del

¹³² La vicenda è riportata in dettaglio da O. KIRCHHEIMER, *Political Justice*, cit., 79 e ss.

¹³³ Riportato in J. CHAPOUTOT, *L'affaire Potempa*, cit., Capitolo V, *L'impasse legalitaria e l'impazienza della base*.

¹³⁴ E. GUMBEL, *Vier fahre politischer Mord*, Berlin, 1922, trad. ing. parziale in A. Kaes, M. Jay, E. Dimendberg (curr.), *The Weimar Republic Sourcebook*, Berkeley, 1994, 100 e ss. Nello specifico, per i condannati vicini alla destra tedesca, lo statistico calcolava un totale di 31 anni e 3 mesi di pena detentiva inflitta dalle corti, contro i 176 anni e 10 mesi per i molto meno numerosi condannati di sinistra. Per gli anni successivi, si può prendere come esempio l'esito del 'Processo Potempa', descritto da Chapoutot.

¹³⁵ O. KIRCHHEIMER, *Political Justice*, cit., 214.

¹³⁶ F. L. NEUMANN, *The Change in Function of Law in Modern Society*, in *Selected Readings. Second Year Course in the Study of Contemporary Society*, University of Chicago, Chicago, 1939, 128 e ss. Si tenga conto che se il richiamo ai principi generali diveniva spesso un richiamo alla coscienza del popolo, per come interpretata dal giudice, la strada era stata aperta anche da molte dottrine giuridiche conservatrici tedesche, come quelle di Triepel e Kaufmann.

popolo tedesco e dunque fonte del diritto, sebbene in realtà non sia che un criterio di ubbidienza alla volontà discrezionale del *leader*¹³⁷.

Peraltro, non si deve per questo credere che il giudiziario tedesco fosse composto da militanti nazisti. Nel suo nucleo duro si trattava semmai di una casta di funzionari, eredi dell'epoca guglielmina, cioè di un periodo in cui all'autoritarismo politico si era però unito il culto verso l'idea dello Stato di diritto, inteso come applicazione del monopolio della forza in modo calcolabile.

Può forse aiutarci a capire le ragioni del cambiamento quanto argomentava Kirchheimer, scrivendo che in una società che ancora mantiene un minimo di unità politica il ruolo del giudice è di tradurre il flusso grezzo di dati della coscienza sociale in una forma ragionata di coscienza giuridica, mentre, se la società è divisa oltre un certo segno, ciò non accade, né ha più senso la nozione di imparzialità, che solo un substrato sociale comune sorregge. L'imparzialità presuppone cioè una proposizione di partenza comunemente accettata, fosse anche solo un modo procedurale di gestire il conflitto. Se manca, anche il giudice è schierato¹³⁸.

Se prima della Guerra poteva ancora capitare che un giudice tedesco comminasse una pena decisamente più lieve di quanto richiesto dall'accusa verso un nemico dell'ordine costituito come il rivoluzionario Karl Liebknecht, dopo il 1919 i giudici tollerarono, o facilitarono, la sua esecuzione extragiudiziale¹³⁹. L'ordine si era spezzato, il livello di conflittualità era ormai troppo elevato, e il ceto giudiziario, ancora molto coeso al suo interno, si era schierato con una determinata area politica, quella della destra più conservatrice, se non reazionaria. Questo non vuol dire che i giudici fossero nazisti, anzi, essi non lo furono con sincerità neanche dopo il 1933, ma la magistratura tedesca, nel suo complesso, non ebbe difficoltà a scendere a patti con il nuovo regime. Se ancora nel febbraio del 1933, dopo l'ascesa al potere di Hitler ma prima dell'incendio del *Reichstag*, la *Reichsgericht* annullò alcuni dei decreti che censuravano i giornali d'opposizione in Prussia, dopo il 27 febbraio essa cessò di rappresentare un vero ostacolo. Da quel momento le relazioni fra giudici, ministero della giustizia e capi del partito nazista seguono un itinerario di rapporti instabili, spesso anche conflittuali, ma di una forma di conflitto legata più alla continua competizione interna agli apparati e alle gerarchie di partito che a una difesa di principio dei residui dello Stato di diritto¹⁴⁰.

Nelle prime fasi del regime, la magistratura si schierò accanto all'esercito e alla burocrazia contro le SA, ritenendo forse di poter davvero moderare gli eccessi nazisti, ma già dopo breve si delineò quel "doppio Stato", descritto da Ernst Freankel, in cui parte crescente dei procedimenti penali venivano sottratti alle corti ordinarie

¹³⁷ Per queste considerazioni, ivi, 133. Dello stesso autore anche il celebre *Behemoth. The Structure and Practice of National Socialism*, New York, 1942 (3ª ed., Chicago, 2009). Circa la figura del *Führer* nel diritto nazista e il suo legame col l'idea organicistica del popolo, Volpe definisce questo tipo di potere come originario, personale e assoluto. Il *Führer* è un compagno del popolo (*Volksgenosse*) ma esercita un potere che non è da quest'ultimo delegato; invece il potere gli deriva dal possedere egli la massima misura possibile di *Volksgiest* (spirito del popolo), tramite una conoscenza intuitiva e irrazionale. G. VOLPE, *L'ingiustizia delle leggi*, cit., 81. Sulla dottrina del diritto nazista, più diffusamente M. STOLLEIS, *Studien zur Rechtsgeschichte des Nationalsozialismus*, Frankfurt am Main, 1994, trad. ing. di by T. Dunlap, *The Law under the Swastika. Studies on Legal History in Nazi Germany*, Chicago, 1998. Una bibliografia delle principali opere dei giuristi hitleriani, nonché degli studi sul diritto nazista, compresi scritti italiani e francesi degli anni '30, era già in G. VOLPE, *L'ingiustizia delle leggi*, cit., 77, nota n. 53. Fra i nomi più importanti dei giuristi di Hitler, oltre alla tormentata vicenda di Schmitt (a cui si potrebbe aggiungere il caso di Forsthoff), vi erano l'allievo di quest'ultimo, Huber, nonché i giuristi Hoehn, Jerusalem, Larenz, Franck e Koellreuter. Volpe nel suo libro traccia un collegamento fra le concezioni idealistiche del diritto sviluppatesi in Germania a partire dall'inizio del XIX secolo e le successive correnti organicistiche proprie della Rivoluzione Conservatrice (*Konservative Revolution*) del periodo weimariano, fino alla concezione nazista del diritto vero e propria. Ivi, soprattutto 71-88. Per le differenze comunque esistenti fra il concetto 'conservatore' di spirito collettivo del gruppo della Scuola Storica tedesca, che lo intendeva come un'entità oggettivamente esistente al di sopra degli individui, incarnantesi entro le istituzioni sociali consacrate dalla tradizione, rispetto all'idea 'rivoluzionaria' e nazista del sentimento spirituale collettivo come prodotto della coscienza individuale del soggetto razzialmente predisposto, si veda ivi, 83, nota n. 64. Più diffusamente sulla Scuola Storica tedesca, ivi, 51 e ss. La tesi di Volpe circa l'esistenza di un chiaro legame fra il nazismo e lo sviluppo organicistica o comunque comunitarista e antividualista (spesso direttamente antiliberal) di una parte maggioritaria del pensiero tedesco del secolo precedente non pare invece condivisa dal più recente studio di A. CARRINO, *Weimar*, cit.

¹³⁸ Queste idee sono espresse in O. KIRCHHEIMER, *Political Justice*, cit., 215.

¹³⁹ Ivi, 218.

¹⁴⁰ Per i riferimenti agli sviluppi delle istituzioni giudiziarie sotto i nazisti, si è seguito Martin Broszat, *Der Staat Hitlers*, Taschenbuch, 1969, trad. ing. di J. W. Hidden, *The Hitler state. The foundation and development of the internal structure of the Third Reich*, Boston, 1981.

per essere trattati prima da corti speciali e, in seguito, direttamente dalla Gestapo, tramite detenzioni amministrative extragiudiziarie¹⁴¹. I giudici tedeschi, già davanti ai primi di questi sviluppi, scelsero la strada di accettare che un certo numero dei principi del diritto venissero spazzati via, purché l'autorità della magistratura venisse preservata in altri ambiti. A queste condizioni, essi mantennero, almeno fino alla guerra, alcuni autonomi spazi di manovra nella competizione con i mille apparati e poteri dello Stato nazista, tanto che il nucleo della magistratura non fu mai sostituito da membri 'duri e puri' del partito e gli venne a lungo lasciata la gestione ordinaria del diritto civile e degli assetti proprietari previgenti¹⁴².

Ci si è voluti soffermare sul 'carattere' della magistratura tedesca non per fare un mero *excursus* storico, ma perché proprio tale analisi riporta in primo piano come ogni discorso giuridico sulla difesa della costituzione in tempi di crisi (ma anche della sua applicazione in tempi di pace) non possa prescindere da una sociologia della magistratura o, in senso più ampio, dei funzionari a cui spetta il compito di applicare il diritto nella prassi. Una simile indagine contribuisce a farci capire meglio quali risorse una società può mobilitare nella difesa del proprio ordine costituzionale, in particolare in una fase antecedente alla sua conclamata rottura. In Germania, forse, tale fase preliminare fu il *Preussenschlag*, con la sua continuazione giuridica nel processo del 1932. Un'altra ragione per cui è opportuno dedicare dello spazio alla magistratura tedesca del tempo è l'affermazione, spesso ricorrente, che, nella propria ascesa al potere, Hitler sarebbe stato facilitato dal positivismo giuridico, inteso come *forma mentis* dei giuristi tedeschi. Come lamentava Kirchheimer, in opposizione a Lon Fuller e al dibattito americano del dopoguerra, questa credenza è storicamente infondata¹⁴³. Tralasciando il fatto che il positivismo era allora fortemente contestato anche da dietro le cattedre universitarie tedesche, si è visto come a Weimar i giudici fossero lontani dal non cogliere, a causa dei loro limiti dottrinari, le innovazioni portate dalla nuova costituzione. Tali innovazioni essi le coglievano anche, pure se in modo selettivo, ma, semplicemente, erano ostili alla costituzione e alle forze politiche che più la rappresentavano¹⁴⁴.

Tornando a quella che era la situazione della 'giustizia costituzionale' tedesca al principio degli anni '30, si può d'altra parte notare che anche i partiti del *Reichstag* si erano rivelati incapaci di raggiungere un accordo su di una riforma costituzionale che esprimesse chiaramente le nuove competenze della *Staatsgerichtshof* e le procedure che si sarebbero dovute adottare davanti a essa¹⁴⁵. Allo stesso modo, si è visto come la dottrina pubblicistica tedesca non fosse riuscita a esprimere una visione comune fra i favorevoli e i contrari al controllo giudiziario sulla costituzionalità delle leggi. Essa era anzi spaccata, con una parte consistente dei giuristi, molti ancora legati a un orizzonte giusteorico ottocentesco, che la rigettava, mentre, per quanto riguarda i favorevoli, le argomentazioni a sostegno del controllo diffuso apparivano strettamente legate alla difesa dei diritti di proprietà, minacciati dal pluralismo politico e sociale del nuovo Stato. Anche da un punto di vista esclusivamente teorico, del resto, le posizioni di un Kaufmann o di un Triepel (le cui intuizioni sull'eguaglianza erano pur di per sé innovative), spesso finivano col coincidere o col rimandare, più meno esplicitamente, a forme di giusnaturalismo da tempo superate. All'opposto, il sostegno per una proposta

¹⁴¹ E. FRAENKEL, *The Dual State. A Contribution to the Theory of Dictatorship*, Oxford University Press, New York, 1941 (2^a ed., 2017).

¹⁴² Sui vantaggi che una parte della magistratura scorgeva in un mutuo accordo con il regime, O. KIRCHHEIMER, in *Political Justice*, cit., 301.

¹⁴³ Ivi, 212, nota n. 78. Fuller aveva sviluppato la sua critica in polemica contro il positivismo di Hart, ma, come rileva Kirchheimer, questa posizione rischia di prendere un po' troppo sul serio le difese strumentali degli stessi giudici tedeschi, sviluppate per scampare alla denazificazione del secondo dopoguerra, cosa che, peraltro, spesso gli riuscì.

¹⁴⁴ Il consapevole distacco dei giudici tedeschi dalla fedeltà alla legge, avviato ben prima di Hitler, è dimostrato da G. VOLPE, *L'ingiustizia delle leggi*, cit., 99 e ss. Nello stesso libro l'autore evidenzia come la libertà interpretativa del giudice, rispetto a una legge recessiva davanti a una concezione organicistica e finalistica del popolo, fosse sostenuta a gran voce anche dai teorici del diritto nazisti, Ivi, 95-99. Alle stesse conclusioni giunge di recente anche A. CARRINO in *Weimar*, cit.

In merito al menzionato orientamento conservatore della giurisprudenza tedesca del tempo, si ricorda che tratti in comune, sotto questo profilo, possono in parte scorgersi nella situazione italiana fra il 1948 e il 1956. Com'è noto, nelle more dell'effettiva operatività di una Corte costituzionale accentrata, si ebbe di fatto un modello diffuso di controllo, con al vertice la Corte di Cassazione, le sentenze della quale espressero nel complesso un orientamento restio ad accogliere le novità della Costituzione Repubblicana e caratterizzato da tendenze politicamente conservatrici.

¹⁴⁵ C. J. FRIEDRICH, *The issue of judicial review in Germany*, cit., 199. Mentre Friedrich scriveva era stato appena presentato il terzo progetto di riforma, travolto poco dopo dalla fine della grande coalizione fra la SPD e i partiti democratici.

intermedia come quella kelseniana – che avrebbe peraltro richiesto una riforma costituzionale difficilmente attuabile – era in verità del tutto minoritario fra i giuristi tedeschi.

La dottrina, le forze politiche in Parlamento e la giurisprudenza non offrivano, dunque, una soluzione chiara al problema della garanzia della costituzione, né un argine saldo davanti all'esecutivo. In merito ai poteri del Presidente la giurisprudenza delle Corti tedesche non aveva infatti posto veri limiti, o, quando aveva tentato di farlo, aveva agito esprimendoli in maniera solamente ipotetica e sempre evitando di prendere decisioni radicali o di rottura. Anzi, proprio l'accento a una legittimazione a sé del potere d'emergenza presidenziale, finiva col sanzionare la legittimità di soluzioni plebiscitarie, quale quella infine fatta propria da Carl Schmitt¹⁴⁶.

8. Il Processo del 1932 e il suo significato storico-costituzionale

Nei paragrafi successivi dell'articolo, si tratterà del conflitto costituzionale prussiano, inteso quale caso concreto nel quale le tesi di Schmitt e Kelsen ebbero la possibilità di influire concretamente sulla realtà del loro tempo. Come si è mostrato nei paragrafi storici, si trattava di una realtà drammatica, vicina alla guerra civile, nella quale è lecito chiedersi quale forza potesse ancora avere il diritto, lo si voglia considerare dal punto di vista della dottrina o delle corti. In ogni caso, proprio a una corte, la *Staatsgerichtshof*, spettò la decisione in merito alla legittimità dell'operato del Governo del *Reich*, nell'aver esso proceduto manu militari a sostituire il Governo provvisoriamente in carica nel *Land* di Prussia, tramite un'ordinanza ex art. 48 della Costituzione.

È bene osservare che una reale possibilità di porre un freno giudiziario all'operare del Governo Papen sfumò già poco dopo la decisione delle autorità prussiane di ricorrere alla *Staatsgerichtshof*, e cioè quando la Corte negò una qualsivoglia forma di tutela provvisoria ai *Länder* ricorrenti, rimandando la decisione del caso all'ottobre seguente, mese in cui ormai, dopo il successo elettorale nazista dell'estate e le epurazioni (per ora incruente) portate avanti dal commissario del *Reich* entro l'amministrazione statale prussiana, scarse apparivano le possibilità di un effettivo ritorno alla situazione precedente¹⁴⁷.

Quando poi, il 10 ottobre 1932, la *Staatsgerichtshof* si riunì, il processo vide direttamente coinvolti i principali giuristi del tempo, fra i quali i nomi oggi più importanti sono quelli di Carl Schmitt – naturalmente in rappresentanza del governo centrale – ed Hermann Heller, in rappresentanza dei social-democratici prussiani. Hans Kelsen, che insegnava a Colonia dopo la svolta autoritaria in Austria, scrisse un commento alla decisione della Corte, sulla rivista "Die Justiz", che utilizzeremo in special modo per 'leggere' la sentenza del 25 ottobre dalla prospettiva di Kelsen stesso¹⁴⁸.

Il dibattito davanti alla *Staatsgerichtshof* durò dal 10 al 17 ottobre, mentre la decisione della Corte fu resa nota il 25 dello stesso mese¹⁴⁹. Per quanto riguarda l'intervento personale di Schmitt durante la discussione in

¹⁴⁶ Come scrive Caldwell: "As the Weimar Republic entered into its final year of existence, the State Court's jurisprudence of presidential emergency decrees remained vague. It had not stated clearly whether it had the power to review; nor had it indicated limits to the president's 'independent jurisdiction' by Article 48, paragraph 2; nor was it clear where 'discretionary judgment' ended and illegal activity or arbitrariness began". Ivi, 163.

¹⁴⁷ Sosteneva la scarsa utilità della sentenza, in quanto comunque posteriore al fatto compiuto, O. KIRCHHEIMER, *La dottrina costituzionale del conflitto prussiano*, 153.

¹⁴⁸ H. KELSEN, *Das Urteil des Staatsgerichtshofs vom 25. Oktober 1932*, in *Die Justiz*, n. 8, 1932, 65–91, trad. ing. di L. VINX, *Kelsen on the judgment of the Staatsgerichtshof of 25 October 1932*, in ID., *The Guardian of the Constitution. Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law*, Cambridge, 2015.

¹⁴⁹ Per una dettagliata ricostruzione della partecipazione di Schmitt, basata sui suoi diari personali, R. MEHRING, *Carl Schmitt*, cit., 263-265. Per un altrettanto dettagliata ricostruzione del processo, G. VOLPE, *L'ingiustizia delle leggi*, cit., 187 e ss., che si basa sul resoconto pubblicato a cura di Arnold Brecht, direttore ministeriale prussiano della SPD direttamente implicato nel processo, A. BRECHT, *Preussen c. Reich*, Berlin, 1933. Per il governo prussiano, i gruppi parlamentari della SPD e del *Zentrum* e gli Stati intervenienti di Baviera e Baden, la difesa era rappresentata, rispettivamente, dallo stesso Brecht, dai professori Giese, Anschütz, Peters, Heller e Nawiasky. Per la Prussia, vi erano i direttori ministeriali Gottheiner e Hoche e i professori Schmitt, Jacobi e Bilfinger. Peculiarmente, il processo si svolse nella totale assenza di avvocati di professione, le parti scelsero entrambe di farsi rappresentare da funzionari o professori, cosa che rivelava anche al vasto pubblico la profonda spaccatura della dottrina tedesca.

aula del 10 ottobre 1932, esso riprende i punti salienti delle tesi dell'autore. Sebbene egli non neghi un ruolo alle giurisdizioni superiori, rimarca l'esistenza di una dimensione specificatamente politica della difesa della costituzione. Tale difesa non può che spettare al Presidente nei casi di emergenza, ma a esso è anche riservata la decisione sulla presenza o meno dei *presupposti* per l'attivazione dell'art. 48, sia per quanto riguarda lo stato di necessità (co. 2), che per quanto riguarda l'esecuzione federale, ossia l'aver mancato un *Land* di conformarsi ai propri obblighi verso il *Reich* (co. 1)¹⁵⁰.

Schmitt sostiene un'interpretazione oltremodo estensiva del co. 1 dell'art. 48: superando la lettera dell'articolo, si pretende cioè che l'aver un *Land* (o il minacciare di avere) un indirizzo politico di governo (cioè una coalizione di governo) di segno incompatibile a quello del Governo centrale, già da sé giustifichi un intervento federale ai sensi di co.1, anche senza considerare l'emergenza. La coalizione 'potenzialmente eversiva' a cui si riferiva Schmitt era quella fra social-democratici e comunisti, del resto mai avvenuta, ma quello che rileva è piuttosto notare come, ancora una volta, sia la rappresentazione del Governo del *Reich* come *potere unitario* il carattere in nome del quale Schmitt lo eleva qualitativamente sopra il Governo della Prussia, visto che, come fu ricordato in sede processuale da Heller, lo stesso Gabinetto Papen non aveva certo maggiore legittimità democratica dei ministri prussiani, sebbene questi, come si è visto, non rispecchiassero più i reali rapporti di forze nel *Landtag* locale¹⁵¹.

Come giustamente avrebbe notato Kelsen, l'interpretazione dell'esecuzione federale che emergeva nel decreto – e che Schmitt avallava – rappresentava in verità la fine del federalismo in Germania, in quanto nessun limite veniva più posto alla discrezionalità del Governo (sotto l'autorità del Presidente) qualora avesse voluto sostituirsi agli apparati degli Stati federati. Tale conclusione fa capire a quale radicalità fosse giunto anche l'imperativo schmittiano all'unità del corpo politico, dal momento che ancora nel 1928 l'autore aveva posto il federalismo fra le decisioni fondamentali e imm modificabili contenute nella Costituzione di Weimar¹⁵². Questo aspetto della vicenda – nella quale non è un caso che le tensioni politiche sorte intorno al pluralismo e all'attacco alla democrazia trovassero poi manifestazione nello scontro fra il potere centrale e quelli locali – rimanda del resto ai problemi propri dei sistemi federali e alla debolezza della Costituzione tedesca nell'indicare un mezzo di risoluzione dei conflitti fra *Reich* e *Länder*, ossia l'art. 48, che avvantaggiava enormemente il primo sui secondi¹⁵³.

Davanti a questa situazione, la *Staatsgerichtshof* cercò di mantenersi su una posizione che si voleva intermedia fra le opposte pretese, con un esito che apparve però a tutti insoddisfacente e che finì, di fatto, per legittimare l'operato del Governo centrale.

Le questioni sollevate col ricorso erano molteplici, in quanto volte a contestare una molteplicità di atti che

¹⁵⁰ C. SCHMITT, *Preußen contra Reich vor dem Staatsgerichtshof*, Berlin, 1933. L'autore, notevolmente prostrato dopo il processo, lasciò al suo allievo prediletto Rudolf Huber il commento critico della decisione. R. HUBER, *Reichsgewalt und Staatsgerichtshof*, München, 1932. Il proprio intervento al processo fu in seguito pubblicato dallo stesso Schmitt, non a caso, sotto il potere nazista. Una traduzione inglese, basata su questa seconda versione, è stata curata di recente da Lars Vinx e ad essa si è fatto riferimento, come anche per la traduzione del commento di Kelsen, pubblicato nella medesima raccolta. C. SCHMITT, *Schlußrede vor dem Staatsgerichtshof in Leipzig in dem Prozeß Preußen contra Reich*, in ID., *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar – Genf – Versailles 1923–1939*, Berlin, 1994, 205-10, trad. ing. di L. Vinx, *Prussia contra Reich: Schmitt's closing statement in Leipzig*, in *The Guardian of the Constitution. Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law*, Cambridge, 2015.

¹⁵¹ Coincidenti con le argomentazioni di Heller, anche in merito alla negazione di un'alleanza fra SPD e KPD, quelle di O. KIRCHHEIMER, *La dottrina costituzionale del conflitto prussiano*, cit., 153.

¹⁵² Schmitt aveva definito il federalismo come parte fondamentale della Costituzione nel capitolo conclusivo della sua *Dottrina della costituzione*, cit. Invece, rilevava come l'interpretazione filogovernativa rappresentasse la fine del federalismo H. KELSEN, *On the judgment of the Staatsgerichtshof of 25 October 1932*, cit., 230.

¹⁵³ Kelsen aveva già mostrato come il sistema austriaco, con la presenza di un organo accentrato di giustizia costituzionale, offrisse uno strumento superiore all'intervento diretto del Presidente del *Reich* tedesco, intervento che il giurista austriaco aveva paragonato ad un metodo 'internazionalistico' (cioè basato sulla mera coazione) di risoluzione delle controversie fra i due sistemi rappresentati dalla federazione e dai singoli Stati, da lui intesi come distinti ma entrambi sottoposti alla medesima fonte sovraordinata, cioè la costituzione. H. KELSEN, *L'esecuzione federale*, cit. Sulla centralità del tema delle controversie federali nel disegno della giustizia costituzionale di Kelsen – definito come la principale preoccupazione dell'autore sul tema almeno fino allo scritto del 1928 – si veda M. BARBERIS, *Kelsen e la giustizia costituzionale*, cit. Si può peraltro notare una chiara tendenza, fra le costituzioni del secondo dopoguerra, a preferire un modello kelseniano di risoluzione delle controversie fra poteri locali e governo centrale.

il *Reich* aveva intrapreso al fine di sostituire il Governo prussiano: le azioni rispetto alla legittimità delle quali la Corte doveva pronunciarsi spaziavano dalla destituzione dei funzionari e alla loro sostituzione con uomini inviati dal Governo centrale, agli oneri finanziari intrapresi dalle nuove autorità a nome del *Land*.

Rispetto alle supposte inadempienze della Prussia ex art. 48 co. 1, la questione era se tali potessero essere definite una serie di azioni delle quali Papen accusava i socialdemocratici prussiani, tutte volte in un modo o nell'altro a facilitare attivamente i comunisti a scapito della sicurezza pubblica (vi si aggiungeva anche una violazione del supposto dovere del *Landtag* di darsi un nuovo Governo dopo le recenti elezioni). La Corte ripartì comunque le domande delle parti nel modo seguente, ossia quali dovessero essere i limiti astratti da porre all'art. 48, se le concrete violazioni degli obblighi ex art. 48, co.1 si fossero verificate e se l'ordinanza del Presidente fosse fondata e, in subordine, come la si dovesse eseguire¹⁵⁴.

A monte delle domande delle parti e della loro sistematizzazione da parte della Corte, è comunque evidente che le questioni sulle quali la Corte era chiamata a decidere erano in realtà tutte riconducibili al seguente punto fondamentale: ossia se correttamente si fosse fatto ricorso al primo e al secondo fra i commi dell'art. 48 e, solo di conseguenza, se il decreto del Presidente potesse dirsi sotto ogni aspetto costituzionale. Sul primo punto, se cioè la Prussia avesse mancato nei suoi obblighi verso il *Reich*, la Corte si espresse a prima vista negando la legittimità dell'applicazione del co. 1 dell'art. 48¹⁵⁵. Tuttavia, come doveva notare Kelsen nel suo commento alla sentenza, anche tale punto, agevolmente ricavabile dalle motivazioni, non ritornava poi chiaramente nel dispositivo della sentenza, dando adito a una di quelle difficoltà d'applicazione della decisione da lui poi imputate a una scarsa perizia o consapevolezza tecnica tanto dei giudici quanto del costituente tedesco.

Andando però con ordine, fu piuttosto il co. 2 a essere, ancora una volta, il centro della decisione. La *Staatsgerichtshof*, infatti, mantenne sull'esistenza o meno dei presupposti di fatto per l'attivazione dei poteri d'emergenza un comportamento contraddittorio. Da un lato, si affermava che non era necessario per la Corte valutare *nel caso concreto* l'esistenza e la concorde gravità dei fatti materiali, cioè dei turbamenti all'ordine pubblico, posti alla base del decreto impugnato (sebbene non si negasse *in astratto* la titolarità della Corte a farlo). Sotto questo punto di vista la Corte si rimetteva dunque implicitamente alla primazia del giudizio del Presidente sulla situazione d'emergenza, almeno per quanto riguardava il caso specifico. Dall'altro lato, però, i giudici della *Staatsgerichtshof* notavano, in maniera sommaria, che era ovvio che il decreto del 20 luglio fosse stato emanato in un periodo di gravi disordini e che, dunque, le precondizioni per la sua emanazione – che i giudici avevano appena dichiarato di non voler esaminare – erano comunque “chiaramente presenti”¹⁵⁶.

Insomma, l'aver preventivamente rinunciato, da parte della Corte, all'esprimersi sui presupposti di cui al co. 2 finiva poi per permettere alla stessa di dichiararli comunque incidentalmente presenti e di trattarli come tali, senza però doversi addentrare in una vera indagine circa i fatti materiali alla base dei tumulti avvenuti nella cruenta estate del 1932¹⁵⁷. Questo passaggio argomentativo avveniva nonostante non si potessero dedurre, né dall'art. 19 della Costituzione, né dalle altre norme disciplinate la Corte, motivi per negare il diritto della *Staatsgerichtshof* di decidere senza restrizioni su ogni aspetto, in fatto e in diritto, della disputa, e nonostante lo stesso art. 48 non giustificasse una differenziazione dei poteri di controllo esercitabili dai giudici,

¹⁵⁴ G. VOLPE, *L'ingiustizia delle leggi*, cit., 193, 195-196.

¹⁵⁵ Per il testo dell'art. 48, si veda la nota n. 88.

¹⁵⁶ Citato in H. KELSEN, *On the judgment of the Staatsgerichtshof of 25 October 1932*, cit., 232. La micidiale coesistenza del farsi scuso da parte della Corte da un lato dell'elemento del 'fatto notorio', in relazione all'esistenza dei tumulti ad Altona, e dall'altro di una presunzione di buona fede a favore del Presidente sulla valutazione della gravità del fatto, è messa in luce da G. VOLPE, *L'ingiustizia delle leggi*, cit., 220-221. Lo stesso autore rileva la contraddizione di un'analisi che i giudici vollero compiere in modo meramente astratto e ipotetico, entro un giudizio strutturalmente ideato, nonostante le sue deficienze, per esaminare fatti concreti, in conformità alle stesse dichiarazioni della *Staatsgerichtshof*. Ivi, 227.

¹⁵⁷ I fatti addotti dal Governo per giustificare il proprio intervento erano stati i tumulti avvenuti a causa del ritiro del bando verso le SA naziste, in specie gli scontri verificatisi nel sobborgo operaio di Altona, presso Amburgo, nei quali erano morte 18 persone e ne erano rimaste ferite più di 200. In generale, del resto, nell'estate del 1932 erano stati cento i morti e migliaia i feriti negli scontri in tutto il paese, motivo per il quale appariva pretestuoso voler considerare i soli fatti di Altona come così gravi da giustificare la rimozione di un governo statale. Sulle violenze dell'estate 1932, si rimanda alla bibliografia storica già citata nella prima parte. Le violenze non sarebbero peraltro cessate con il golpe prussiano, si veda ad esempio il caso di Potempa, di cui J. CHAPOUTOT, *L'affaire Potempa*, cit.

alla luce delle disposizioni in esso contenute.

Se il decreto era dunque dichiarato legittimo dalla Corte, sebbene solo in base al co. 2, restava da chiarire con quale estensione il *Reich* potesse sostituirsi al governo di un *Land* nel controllo degli apparati statali (in primis quelli di polizia). È proprio a questo riguardo che la *Staatsgerichtshof* tentava un'operazione interpretativa alquanto tortuosa, che pure si prefiggeva di non lasciare del tutto spogliato del proprio potere il governo prussiano, il quale godeva pur sempre di un mandato democratico ai sensi dell'art. 17 Cost.¹⁵⁸.

I giudici della Corte tentavano cioè di dividere la sfera costituzionale di governo in due parti fondamentali, la prima consisteva nei mezzi o "strumenti di potere" a disposizione dell'esecutivo di ogni *Land*, che ne ricomprendeva tutti gli apparati amministrativi, dall'istruzione alla polizia, e che veniva a essere disciplinata da quelle che la Corte definiva come norme contenenti una "delimitazione di competenza" fra *Reich* e *Länder*. L'altra parte veniva individuata nella struttura costituzionale dei *Länder* e nelle disposizioni della Costituzione riguardanti la posizione garantita agli Stati federati all'interno del *Reich*, in particolare gli art. 17, 60 e 63 della Costituzione¹⁵⁹.

Lungi dal permettere interventi del governo solo nei diritti ivi elencati, l'art. 48 co. 2 (la cui interpretazione estensiva era del resto già da tempo dominante) diventava dunque un mezzo con il quale si poteva intervenire a mutare le delimitazioni di competenza fra gli organi dello Stato federale. Ciò equivaleva ad affermare che il Governo del *Reich* poteva sostituirsi, in caso d'emergenza e provvisoriamente, ai governi locali nel controllo degli apparati a questi sottoposti, salvo il non poter cambiare le prerogative costituzionali dei governi stessi, in particolare il diritto a rappresentare il proprio *Land* entro il *Reichsrat*, o davanti al *Reichstag* e agli altri *Länder*¹⁶⁰.

In un certo senso, la Corte pareva ritenere che vi fosse un nucleo di disposizioni riguardanti gli organi costituzionali sulle quali neanche il Presidente, nella veste del dittatore schmittiano, poteva intervenire, e tale nucleo pareva indentificarsi con le funzioni attinenti alla rappresentanza politica del governo del *Land*, ormai 'spogliato' del controllo sui propri apparati. Tuttavia, restava da chiedersi cosa rimanesse in concreto a un governo locale ormai privo di ogni potere effettivo, in particolare se si considera che il non aver circoscritto in alcun modo il potere di commissariamento per quanto riguardava la ripartizione di potere rendeva quest'ultima una vera e propria 'pienezza di potere', che il *Reich* poteva sottrarre discrezionalmente agli Stati membri. Del resto, neanche si poteva ricavare dalla lettera dell'art. 48 un qualche criterio utile a impedire che anche le competenze legislative dei parlamenti locali venissero a loro volta soppresse in questo modo¹⁶¹.

Proprio agli occhi di un sostenitore, come Kelsen, di una teoria politica realista e di un'ideale giuridico che vuole essere scientifico, non può che risultare evidente l'arbitrarietà della separazione di una sfera di mera delimitazione delle competenze entro gli organi costituzionali, opposta a un'immagine della sfera della rappresentanza esterna degli stessi in realtà priva di sostanza e che certo doveva apparire al giurista austriaco come uno di quegli 'spettri' della dogmatica giuridica che la sua teoria si era proposta di eliminare¹⁶².

Più realisticamente, Kelsen notava, nel suo commento, come dalla sentenza emergesse un Governo prussiano in realtà del tutto spogliato dai propri poteri, appunto in quanto gli si negava anche formalmente il controllo dei mezzi (coercitivi) dell'ordinamento statale, e si mostrava di ignorare come quelle sulla distribuzione delle competenze fossero "di gran lunga le più importanti disposizioni della costituzione dello

¹⁵⁸ Il co. 1 dell'art. 17 statuiva:

«Ogni Land deve avere una costituzione di Stato libero. Gli organi rappresentativi devono essere formati mediante voto generale, uguale, immediato e segreto, reso da tutti i cittadini di ambo i sessi, secondo i principî fondamentali della rappresentanza proporzionale. Il governo del Land deve godere della fiducia della rappresentanza popolare». C. MORTATI, *La Costituzione di Weimar*, cit.

¹⁵⁹ Per una ricostruzione critica di questi passaggi argomentativi H. KELSEN, *On the judgment of the Staatsgerichtshof of 25 October 1932*, cit., 237. Traduzione dei termini in virgolette mia. Gli articoli 60 e 63 della Costituzione disciplinavano il funzionamento del *Reichsrat* e la rappresentanza dei *Länder*.

¹⁶⁰ La Corte non parlava però di "sostituzione" del *Reich* al *Land*, ma si esprimeva, più ambigualmente, con il termine "unificazione degli strumenti di potere del *Reich* e del *Land*", cit. Ivi, 240, traduzione mia.

¹⁶¹ Ivi, 235.

¹⁶² A. SCALONE, *Una battaglia contro gli spettri*, cit.

Stato federale”¹⁶³.

Fin qui, dunque, è evidente il parere negativo di Kelsen sulla decisione e sul ragionamento della *Staatsgerichtshof*, che comunque, seppure in maniera insufficiente, aveva pur tentato di ‘concedere’ qualcosa a entrambi i ricorrenti, tentando di salvare uno spazio in cui anche i poteri emergenziali del Presidente non potessero agire arbitrariamente. La Corte aveva cioè cercato di riservarsi un qualche controllo per i casi futuri. In merito, si può solo dire che esso doveva risultare di scarsa efficacia, in primo luogo per il precipitare degli eventi, ma anche per l’arrendevolezza che i giudici della *Staatsgerichtshof* dovevano in seguito dimostrare davanti alle pretese di Hitler¹⁶⁴.

Tuttavia, è la parte finale dell’analisi di Kelsen a presentare dei caratteri per certi versi più sorprendenti. La critica dell’autore parte da un dato prettamente testuale e di ‘analisi positiva’ della sentenza: si nota cioè una discrasia fra quanto argomentato nelle motivazioni e quanto concretante deciso nel dispositivo, il che aumenta in modo sensibile l’oscurità di quest’ultimo e ne pregiudica le possibilità di applicazione¹⁶⁵.

Più precisamente, la Corte fa riferimento solo nelle motivazioni, ma non nel dispositivo, a una (parziale) incostituzionalità del decreto, per quanto riguarda la non applicabilità del co. 1 dell’art. 48 e la non completa appropriabilità da parte del *Reich* delle funzioni rappresentative costituzionalmente garantite ai *Länder*.

Il Presidente del *Reich* è però vincolato dall’art. 19 ad applicare solo quest’ultima parte della sentenza, per cui Kelsen afferma che la decisione della corte enuncia un’incostituzionalità in realtà inapplicabile. In merito proprio al dispositivo, l’accusa kelseniana è che esso – invece di rispondere alla semplice ma decisiva domanda sulla conformità o meno dello specifico decreto alla Costituzione, a cui dovrebbe seguire una secca alternativa fra annullamento dell’atto per intero o sua legittimità¹⁶⁶ – si ponga in chiave ipotetica in rapporto a un decreto da essa solo ‘immaginato’ come presente, anziché pronunciarsi su quello reale¹⁶⁷.

La tecnica in questione, che intenderebbe indicare (‘politicamente’) dei limiti per il futuro, risulta però inefficace di fronte al problema attuale, considerando che, se è dubbio che la Costituzione assegni, per Kelsen, un potere di annullamento immediato alla *Staatsgerichtshof*, è sicuramente insostenibile immaginare che conferisca a essa un potere sostitutivo di decretazione d’urgenza, decretazione che l’art. 48 statuisce spettare in termini esclusivi al Presidente¹⁶⁸.

¹⁶³H. KELSEN, *On the judgment of the Staatsgerichtshof of 25 October 1932*, cit. 239, traduzione in italiano mia.

¹⁶⁴ Una volta salito al potere, Hitler destituì subito anche i rappresentanti del Governo prussiano nel *Reichsrat*, sostituendoli con inviati del commissario del *Reich* per la Prussia. La decisione era in palese violazione della sentenza del 25 ottobre, e contro di essa agirono in giudizio i socialdemocratici, in modo tale che la *Staatsgerichtshof* si esprimesse prima delle elezioni convocate per il 5 marzo 1933 (e preludio dei pieni poteri a Hitler). L’11 febbraio Hitler incontrò personalmente il Presidente della Corte Bumke. Poco dopo la *Staatsgerichtshof* comunicò la sua impossibilità di decidere sul caso prima della data delle elezioni, vista la particolare complessità della disputa. Dopo il conferimento dei pieni poteri non si ebbe ovviamente alcun prosieguo della causa. Martin Broszat, *The Hitler state*, 63, nota n. 5. Avendo citato il caso di Bumke, si può aggiungere che gli unici giudici contrari al dispositivo della sentenza dell’ottobre 1932 erano stati due fra i tre in rappresentanza dei vertici delle magistrature amministrative dei *Länder*, mentre Bumke parrebbe aver preventivamente assicurato a Papen il buon esito del processo. G. VOLPE, *L’ingiustizia delle leggi*, cit., 190.

¹⁶⁵ Ivi, 245 e ss. Per citare le parole di Kelsen, nella traduzione inglese di Lars Vinx: “For the most part, the *Staatsgerichtshof* expresses its legal opinion on the decree of the president of the Reich of 20 July and on the measures that are permissible, in general as well as in particular, under article 48 paragraph 1 and paragraph 2 only in the opinion justifying its judgment, but not in the judgment itself [corsivo mio]”, ivi, 245.

¹⁶⁶ Il che rimanda a un’evidente ostilità di Kelsen nei confronti di quelle che oggi definiremmo come sentenze manipolative, seppure egli non le escluda del tutto. Si noti come per Kelsen “[...] if the statute or the decree in question cannot be divided into constituent parts that are open to differing legal evaluation, if it is unconstitutional in its entirety, because it goes farther in a particular direction than the constitution permits, and if it thus would have to be given a completely different wording, one that would restrict its material scope, in order to become constitutional. In this case, the constitutional court is not permitted to declare the statute or the decree in question to be one part constitutional and one part unconstitutional.” Ivi, 247. Per cui per Kelsen, semmai, “[...] the judgment of the *Staatsgerichtshof* must declare the decree as a whole to be unconstitutional, so that the president will annul it as a whole, or so that he replaces it with another decree.” Ivi, 249.

¹⁶⁷ Dal dispositivo si ricaverebbe cioè che “[...] the decree of 20 July is ‘null’ in its entirety, and that some other decree is valid, a decree the content of which is described in the judgment of the *Staatsgerichtshof*, but that has not, so far, been enacted by the president of the Reich”. Ivi, 250.

¹⁶⁸ “Since neither the constitution of the Reich nor the statute concerning the *Staatsgerichtshof* endow the judgments of this tribunal, judgments which decide constitutional disputes under article 19 of the constitution of the *Reich*, with an immediate power to annul general legal norms [...] one would have to assume that a decree that is held to be unconstitutional by the *Staatsgerichtshof*

Per Kelsen la Corte avrebbe cioè dichiarato il decreto “in parte costituzionale, in parte non costituzionale”, ma in una situazione, e rispetto a un atto giuridico, in cui è impossibile la scomposizione in due aree della questione di costituzionalità e, soprattutto, in cui l’applicazione della decisione spetta unicamente, secondo il diritto vigente, allo stesso organo che ha emanato il decreto, ossia al Presidente del *Reich*. Quest’ultimo, pur essendo vincolato a sottostare alla decisione giudiziale, necessita che essa sia chiara nella propria statuizione. La sentenza del caso è invece, questo Kelsen lo dice esplicitamente, di fatto inapplicabile pur da un Presidente immaginato come rispettoso dei propri obblighi¹⁶⁹.

Già a questo punto, può sorprendere che un autore che certo sarebbe stato personalmente favorevole ad una decisione di segno diverso, sembri però propendere per un’interpretazione che, sotto certi aspetti, minimizza o annulla del tutto le pur modeste concessioni a favore della parte ricorrente che la Corte era stata disposta a concedere, in particolare l’incostituzionalità del decreto rispetto agli standard del co. 1 dell’art. 48 (dal momento che Kelsen mette in dubbio che essa resti un punto fermo anche nel dispositivo della sentenza)¹⁷⁰.

Ciò che però è più sorprendente è che, nella conclusione del suo commento, Kelsen risolve l’intero problema dell’indeterminatezza della decisione e della sua impossibile applicazione in una questione di *drafting* costituzionale, o di scarsa avvedutezza dei costituenti del 1919 nel non aver previsto un autentico organo giurisdizionale preposto al controllo di costituzionalità, accentrato e dotato di un potere diretto di annullamento¹⁷¹. Così facendo la Costituzione di Weimar, pur prevedendo come fondamentale il principio federale, lo lascerebbe però in balia della volontà degli organi centrali del *Reich*.

Possiamo cogliere alcuni punti problematici della posizione del giurista austriaco – per come emerge dall’intervento del 1932, ma anche in base a considerazioni più generali – sulla base delle critiche mosse dal filosofo del diritto David Dyzenhaus. Lasciando per il momento in secondo piano la distinzione fra diritto e politica che Kelsen tiene ferma anche nel frangente del *Preussenschlag*, per Dyzenhaus a essere problematiche sarebbero già le posizioni dell’autore in merito al ruolo delle corti superiori e alla nullità dell’atto incostituzionale¹⁷².

Nel 1932 Kelsen dichiara infatti esplicitamente che in nessun caso sarebbe stato possibile considerare come nullo a priori il decreto presidenziale, in quanto emanato e poi eseguito dalle autorità competenti in conformità con l’art. 48, articolo che assegna in effetti al solo Presidente la decisione iniziale sulla ricorrenza dei presupposti per la propria applicazione. Ciò fatta salva la possibilità per un altro organo, la *Staatsgerichtshof* secondo l’art. 19, di annullare *ex post* il decreto, peraltro con i già menzionati problemi circa l’applicazione diretta o meno della decisione¹⁷³.

In generale, per Kelsen non si dà un atto giuridicamente nullo – anche per violazione del parametro di

is not immediately annulled by the court’s judgment itself, but that its annulment requires a subsequent act of the president of the Reich who, according to article 19, is responsible for the execution of the judgment.” Ivi, 247-248, anche ivi, 251.

¹⁶⁹ Ivi, 250.

¹⁷⁰ Ivi, 245.

¹⁷¹ Ivi, 251 e ss.

¹⁷² D. DYZENHAUS, *Legality and Legitimacy*, cit., 126-127. Filosofo del diritto di origine sudafricana e cultura anglosassone, ma di ascendenza ebraica, Dyzenhaus si è occupato fin dai suoi primi studi dell’applicazione del diritto in contesti politicamente difficili o ‘immorali’, come il Sudafrica dell’apartheid. Fra gli anni ’90 e i primi anni ’2000 si è occupato della dottrina weimariana, in particolare di Heller, Kelsen e Schmitt, assumendo un approccio decisamente critico verso il giuspositivismo. In seguito, naturalizzato canadese, si è occupato della risposta giuridica alla minaccia terroristica e di come porre un limite legale all’emergenza (D. DYZENHAUS, *The Constitution of Law. Legality in a Time of Emergency*, New York, 2006). Da diversi anni insegna presso la Facoltà di Diritto dell’Università di Toronto.

¹⁷³ “After all, one clearly cannot regard as a priori null a decree, such as the decree of 20 July, that the president of the Reich enacted within the apparent limits of his competence, on the basis of article 48 paragraph 2, and that was executed by the administrative organs of the Reich and of the Länder in numerous particular legal acts. If the decree is unconstitutional, i.e. if it is claimed, by some party or other, that the decree is unconstitutional, for the alleged reason that it incorrectly applies article 48 paragraph 2, one will have to keep in mind that the constitution appoints the president of the Reich, in the first place, to apply and thus to interpret article 48 paragraph 2; and that *the president’s legal opinion, insofar as it is expressed in his decree, remains binding until it is declared to be unconstitutional by some other institution that is authorized by the constitution to apply and to interpret article 48 paragraph 2, namely by the Staatsgerichtshof, whose judgments, and not those of just anyone, can alone overturn the presumption of the legality of the president’s actions. [corsivi miei]*”. H. KELSEN, *On the judgment of the Staatsgerichtshof of 25 October 1932*, cit., 248.

costituzionalità – fino a quando l’organo preposto dalla costituzione stessa non si sia pronunciato sulla materia. Si tratta, insomma, sempre di annullabilità e non di nullità dell’atto. Secondo Kelsen, che il sistema preveda un controllo accentrato o diffuso, fino a quando il giudice abilitato a farlo dall’ordinamento non sana il contrasto con la costituzione, la legge incostituzionale va considerata valida e applicabile¹⁷⁴.

La critica di Dyzenhaus si concentra proprio su questo punto, tenendo in conto le circostanze concrete e gravissime del caso di specie, nonché ‘usando’ alcune tesi dei contemporanei contro Kelsen. Essa presenta, a parere di chi scrive, particolare interesse proprio per il fatto di non voler tanto criticare le teorie kelseniane dell’interpretazione e della giurisdizione su di un piano di teoria generale del diritto, quanto piuttosto muovendo dall’accusa di non aver offerto, davanti al caso critico, delle ‘riserve di resistenza’ sufficienti per la difesa della democrazia davanti alle forze che la minacciavano (di cui Dyzenhaus rende Schmitt il rappresentante) e, anzi, di finire involontariamente con l’offrire delle giustificazioni all’azione del Presidente¹⁷⁵.

Posizioni critiche erano state espresse già nel 1932 sulla stessa rivista “Die Justiz”, sotto lo pseudonimo di “Civis”. Nell’intervento pubblicato sotto questa firma si accusavano le idee scientifiche di Kelsen, in merito alla validità e all’esecutività del decreto fino alla pronuncia giudiziale d’annullamento, di condurre a esiti paradossali. In particolare, si poneva la pressante domanda del come si dovesse reagire di fronte a comportamenti e atti chiaramente eversivi da parte del Governo, in attesa della pronuncia della corte preposta al loro (eventuale) annullamento¹⁷⁶. Ci si chiedeva, al riguardo, se Kelsen si aspettava davvero che in tali situazioni di manifesta incostituzionalità si dovesse attendere il giudizio della *Staatsgerichtshof*, ritenendo nel frattempo validi atti materialmente eversivi e, ancora, si poneva provocatoriamente il caso in cui proprio tramite un decreto d’emergenza ex art. 48 venissero sospese le attività delle stesse corti superiori¹⁷⁷.

¹⁷⁴ Salvo casi del tutto residuali, come l’esempio di scuola, ma ricorrente nella dottrina tedesca del tempo, del “Capitano del Köpernick”, ossia un millantatore che, fattosi passare per un pubblico ufficiale, aveva in effetti preso a emanare atti che si volevano dotati di forza giuridica. Ivi, 247. Si tratta del resto di posizioni coerenti con le premesse teoriche in merito alla categoria della nullità fatte proprie da Kelsen e sostenute anche negli scritti successivi. H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, Cambridge (Massachusetts), 1945, trad. it. di S. Cotta e G. Treves, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, 1952 (6ª ed. it., Milano, 1994), 157 e ID., *Dottrina pura del diritto*, cit., 305, dove si afferma che “[...] le prescrizioni costituzionali concernenti l’annullamento di leggi che non siano conformi alle dirette disposizioni regolanti la legislazione e contenute nella costituzione, hanno questo senso: anche le leggi non conformi a queste disposizioni devono considerarsi valide nella misura e fino al momento in cui non sono annullate nel modo prescritto dalla costituzione. Le cosiddette leggi ‘incostituzionali’ sono leggi costituzionali, annullabili però con un particolare procedimento”. Si deve naturalmente ricordare che la dottrina tedesca dei primi anni ’30, considerava ormai parificate sotto ogni aspetto alle leggi le ordinanze presidenziali, e tale era del resto la prassi. Si veda poi anche quanto scritto su Kelsen e l’interpretazione (costituzionale) autentica da G. BISOGNI, *Kelsen e l’interpretazione giuridica: una prospettiva storico-concettuale*, cit.; ID., *Il controllo di costituzionalità secondo Luigi Ferrajoli: “auctoritas” o “veritas” facit iudicium?* in *Diritto e questioni pubbliche*, n. 1, 2018, 371-383, ma specie 372-374. Sempre sulle teorie kelseniane sull’interpretazione, si veda anche M. LOSANO, *Il problema dell’interpretazione in Hans Kelsen*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, n. 3 - 4, 1968, 524-545. Da una prospettiva tesa in realtà a superare le tesi di Kelsen, ma a partire da quelle che pur si ritengono essere le logiche conseguenze delle sue posizioni su interpretazione e giurisdizione, M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l’État*, Paris, 1994, trad. it. a cura di A. Carrino, *Per una teoria giuridica dello Stato*, Napoli, 1998, 94-95, 98-108. Per una critica alla tesi kelseniana dell’equiparazione funzionale e dei suoi rischi si veda invece L. FERRAJOLI, *La logica del diritto*, cit., 154 e ss e 221-222.

¹⁷⁵ D. DYZENHAUS, *Legality and Legitimacy*, cit., 131-133, si vedano però anche le pagine subito precedenti.

¹⁷⁶ Kelsen aveva invero scritto che il decreto era valido fintanto che emanato dal Presidente “entro i limiti della sua autorità”, rimaneva però aperto il problema di quali limiti si potesse effettivamente porre, giunti a quel punto, all’art. 48 e, soprattutto, a chi spettasse di porli (nonché, si può aggiungere, cosa si dovesse fare laddove essi non venissero posti dall’autorità competente al controllo). Per la citazione, si veda H. KELSEN, *On the judgment of the Staatsgerichtshof of 25 October 1932*, cit., 248. Il tema della resistenza attiva alle decisioni anticostituzionali del Governo veniva già adombrato in O. KIRCHHEIMER, *Die staatsrechtlichen Probleme der Reichstagsauflösung [1932]*, in ID., *Funktionen des Staates und der Verfassung*, cit., trad. it. a cura di A. Bolaffi, *I problemi di diritto pubblico dello scioglimento del Reichstag*, in ID., *Saggi di teoria e politica costituzionale*, cit., 134.

¹⁷⁷ CIVIS, *Ein Nachwort zu Professor Kelsens Kritik am Urteil des Staatsgerichtshof*, in *Die Justiz*, n. 8, 1932, 92-93, 96-98 citato in D. DYZENHAUS, *Legality and Legitimacy*, cit., 129. Il medesimo “Civis” poneva poi come ulteriore provocazione il caso in cui un ipotetico governo privo di fiducia parlamentare rimandasse a tempo indeterminato le elezioni parlamentari, il che era, come si è visto nella parte storica, esattamente ciò che il generale Schleicher si poneva in mente di fare fra il dicembre 1932 e il gennaio 1933, con il parere giuridico favorevole di Carl Schmitt. Per una bibliografia di altri articoli dell’epoca che trattarono la vicenda da un punto di vista giuridico, G. VOLPE, *L’ingiustizia delle leggi*, cit., 189, nota n. 51. Si può notare una certa assonanza tra le critiche

La critica – che, come non sfuggirà, voleva essere un attacco all’analisi svolta in base a una logica esclusivamente giuridica compiuta da Kelsen – riprendeva l’argomento portante della difesa prussiana (esposto da Hermann Heller), ossia che il decreto fosse incostituzionale e nullo *ab initio*, in quanto emanato con uno *scopo anticostituzionale* ed eversivo: cioè eliminare il dualismo fra la Prussia e il *Reich*, anziché ristabilire l’ordine pubblico¹⁷⁸. È evidente che Kelsen non avrebbe mai potuto ritenere una valida argomentazione sul piano scientifico quella basata sullo scopo materiale a monte dell’atto impugnato, essa sarebbe stata da considerarsi tutt’al più un’osservazione politica, alla luce della Teoria pura. Né la tesi helleriana poteva essere facilmente fatta coesistere con la teoria della necessità dell’“interpretazione autentica” da parte delle sole corti poste a ‘chiusura’ del sistema per considerare invalido l’atto, posizione, quest’ultima, che trovava del resto la propria ragion d’essere nella costruzione della “clausola alternativa tacita” elaborata da Kelsen per risolvere l’apparente ossimoro fra esistenza e validità di una norma¹⁷⁹.

Certo, è vero che Kelsen faceva rientrare un controllo indiretto sulle motivazioni politiche o reali del decreto nel vaglio dei presupposti di fatto necessari alla sua approvazione, controllo da lui inteso come senz’altro penetrante, e infatti si è vista la critica dell’autore al ‘*self-restraint*’ della *Staatsgerichtshof*. Tuttavia, è altrettanto vero che, a prescindere dal come venisse portato avanti dai giudici un tale controllo, la scienza legale avrebbe dovuto per Kelsen qualificarne comunque come giuridicamente validi gli esiti¹⁸⁰. Riguardo al caso concreto, si è peraltro visto come la Corte avesse comunque ritenuto esistenti i presupposti di gravità richiesti, sebbene, come fatto notare da Kelsen stesso, non avesse invece ritenuto di doverli indagare a fondo.

Dietro questa ambigua posizione, si celavano anche le simpatie politiche dei giudici tedeschi, ed è bene ricordare che il Presidente della *Staatsgerichtshof* nel 1932, Erwin Bumke, di orientamento fortemente conservatore, avrebbe finito per aderire attivamente al nazismo nel 1937 (cioè comunque quattro anni dopo di Schmitt), morendo suicida nel 1945. Del pari, i componenti la Corte nel caso *Prussia contro Reich* avrebbero poi mantenuto le loro funzioni sotto Hitler, scendendo a patti col nuovo regime. Davanti a ciò, si può ben consentire con Peter Caldwell nel dire che sarebbe stato sorprendente aspettarsi che la Corte, sia per la sua deferenza all’esecutivo sia per le simpatie ideologiche dei suoi membri, compisse un vero atto di eroismo sostenendo la socialdemocrazia della “Prussia Rossa”¹⁸¹. Proprio la considerazione, all’epoca del tutto realistica, del carattere politicamente conservatore del ceto giudiziario, è del resto uno dei motivi per cui Kelsen aveva proposto un organo indipendente dalla giurisdizione ordinaria e legittimato, almeno in parte, per vie parlamentari. In quest’ottica può dunque venir interpretato anche il fatto che il giurista austriaco si risolveva infine a criticare le deficienze alla base della Costituzione di Weimar, piuttosto che la scelta ‘irrisoluta’ di giudici che difficilmente avrebbero agito altrimenti.

mosse da “Civis” nel 1932 e le obiezioni formulate in A. GIOVANNELLI, *Dottrina pura e teoria della costituzione in Kelsen*, cit., 131-132.

¹⁷⁸ La tesi si rifaceva alle costruzioni dottrinarie precedenti circa l’illegittimità dei decreti del Presidente sotto il profilo dell’abuso di potere (*Ermessensmissbrauch*) rispetto ai fini perseguiti, oltre che per eccesso di potere in rapporto ai mezzi e ai presupposti di fatto. Ivi, 204.

¹⁷⁹ H. KELSEN, *Dottrina pura del diritto*, cit., 305. Si vedano però anche le posizioni già espresse nella prima *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Wien, 1934, trad. it. di R. Treves, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 1952 (2ª ed., 2000), nonché ID., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., 159.

Giovanni Bisogni sintetizza il problema nei termini per cui “Per Kelsen non può darsi una norma esistente ma invalida: esistenza è validità e, pertanto, se una norma esiste ma è contraria alle norme superiori che ne regolano la produzione, essa non è invalida, ma valida proprio in virtù della ‘clausola alternativa tacita’, fino a quando non sarà annullata dall’organo a ciò preposto”. G. BISOGNI, *La ‘politicalità’ del giudizio sulle leggi*, cit., 188. Sul problema anche l’opinione critica espressa in L. FERRAJOLI, *La logica del diritto*, cit., 75-79.

¹⁸⁰ Nel 1945 Kelsen avrebbe rimarcato che “[...] non appena il caso è diventato *res iudicata*, l’opinione che la norma individuale rappresentata dalla sentenza non corrisponda alla norma generale che la prima ha da applicare è priva di importanza giuridica”, H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., 157.

¹⁸¹ P. CALDWELL, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law*, cit., 167. Sulle vicende biografiche del Presidente della Corte Bumke D. DYZENHAUS, *Legality and Legitimacy*, cit., 35, nota n. 86. La drammatica vicenda di Bumke riassume la strada senza vie d’uscita in cui l’intero ceto giudiziario tedesco finì per ritrovarsi, ma è bene non dimenticare che esso aveva consapevolmente scelto di intraprendere questa strada sposando una linea politica reazionaria e ostile alla Repubblica fin dagli ‘20.

I difetti scorti da Kelsen nella Carta del 1919 erano del resto senz'altro veri, tuttavia è lecito chiedersi, sempre seguendo le obiezioni di Dyzenhaus, quale fosse l' 'utilità' per la difesa della democrazia di criticare la già moribonda Costituzione e, soprattutto, se questa scelta non finisse per avvalorare in un certo senso la tesi di Schmitt, secondo cui la decisione delle questioni autenticamente politiche contenute in Costituzione (i "compromessi dilatori" lasciati aperti nel 1919) non poteva che essere posposta sine die da un organo giudiziario, fino all'immane decisione da parte di un'istanza diversa. La mancanza di capacità di esprimere un'autentica decisione della *Staatsgerichtshof* – a cui si aggiungeva la già criticata intempestività di ogni sentenza nei casi d'emergenza – doveva del resto essere rimarcata da uno Schmitt trionfante due anni più tardi, in un articolo del 1934, nel quale si osservava, a commento degli eventi del 1932, che si era evitata la "[...] sottomissione politica alla neutralità di giudici apolitici che non solo non pretendevano di dirigere o di governare politicamente, ma al contrario appoggiavano la loro competenza e il loro diritto di decidere proprio su questo punto"¹⁸².

Se l'enfasi decisionista in un autore come Schmitt non sorprende, vi è però un passo del commento di Kelsen alla sentenza del 25 ottobre che sembra rivelare una certa ambiguità anche in quest'ultimo. Vi si scrive, infatti, che se l'interpretazione dell'art. 48 offerta dal Presidente non è alla fin fine meno plausibile di quella offerta dalla *Staatsgerichtshof* essa ha però almeno il pregio della chiarezza, seppure nell'esprimere un indirizzo centralistico che di certo l'autore personalmente avversava¹⁸³. Sebbene si possa leggere come semplice sarcasmo (o disillusione) l'osservazione con cui Kelsen sceglie di chiudere il suo articolo, è vero che vi si può anche cogliere, come fa Dyzenhaus, una certa preferenza per l'ordine (di una situazione intesa come "tecnicamente", o "amministrativamente", meglio gestibile) e, se vogliamo usare un linguaggio che però a Kelsen non appartiene, la preferenza per la determinatezza di un'autentica *decisione*¹⁸⁴.

L'osservazione di Dyzenhaus non va ovviamente intesa come un'accusa di vicinanza di Kelsen alle posizioni favorevoli alla torsione autoritaria di Papen o Hindenburg. Una simile tesi sarebbe semplicemente assurda, oltre che per la biografia dell'autore, anche per le posizioni da lui esplicitamente sostenute circa l'inopportunità (o l'impossibilità) di salvare la democrazia con mezzi autoritari, nonché rispetto all'orientamento liberal-democratico che emerge dalle opere del Kelsen 'politico'¹⁸⁵. E anche fuor di dubbio che la critica di Dyzenhaus – nel suo muovere contro le posizioni *teoriche* di Kelsen a partire dal loro non poter offrire *praticamente* 'strumenti di resistenza' contro l'avvento dell'autoritarismo – sconti l'essere l'autore attento al problema della legittimità o giustificazione del diritto prima che a quello della sua validità e, forse perché di cultura giuridica anglo-sassone, meno propenso a vedere come un valore il concetto dell'applicazione giudiziale conforme alla legge, tradizionalmente caro alla giurisprudenza continentale. Ciò però non toglie che alcune delle osservazioni critiche di Dyzenhaus siano fondate, e lo sono in particolare

¹⁸² C. SCHMITT, *Compagine statale e crollo del secondo Impero tedesco*, cit., 166, citato in P. PETTA, *Schmitt, Kelsen e il «custode della costituzione»*, cit., 542, dove Schmitt aggiungeva che "Così il costituzionalismo borghese conseguente fino in fondo trovò il suo punto culminante appunto là dove era il punto zero della volontà di direzione politica". Circa la mancata tempestività tipica dell'intervento giudiziario nei casi emergenziali, già C. SCHMITT, *Il custode della costituzione*, cit., 55-56.

¹⁸³ "The interpretation that comes to expression in the decree of 20 July is no less plausible, within the wide frame of article 48 paragraph 2, than the interpretation put forward by the *Staatsgerichtshof*. No person thinking reasonably will be able to deny that the former clearly merits preference to the latter from a legal-political point of view, since it creates a situation that, while being radically centralistic, is at least feasible from the point of view of administrative technique. The *Staatsgerichtshof*, however, in its humanly understandable desire to forge a compromise between the two extremes of an extensive interpretation of the sort that grounds the decree of 20 July, and of a restrictive one, as it was advocated by the government of the Land of Prussia, managed only to increase the confusion of the legal situation [corsivo mio]". H. KELSEN, *On the judgment of the Staatsgerichtshof of 25 October 1932*, cit., 253.

¹⁸⁴ D. DYZENHAUS, *Legality and Legitimacy*, cit., 129. I termini che rimandano a una maggiore gestibilità tecnico-amministrativa sono sempre di DYZENHAUS, tradotti qui dall'inglese.

¹⁸⁵ Per quanto riguarda la contrarietà di Kelsen alla difesa autoritaria della democrazia tramite una sua sospensione, H. KELSEN, *Difesa della democrazia*, 1932, citato in M. BARBERIS, *Introduzione a H. KELSEN, La democrazia*, Il Mulino, Bologna, 1998, 27. Prova della profonda democraticità relativista di Kelsen resta poi il vero e proprio exemplum di Pilato e Cristo, formulato da Kelsen più volte, in particolare ID., *Essenza e valore della democrazia*, cit., 151-152. Si veda anche D. DYZENHAUS, *Legality and Legitimacy*, cit., 159, dove però l'autore non risparmia dure critiche alla visione della politica e del mondo morale della Teoria pura, tacciata di vedere nella prima il regno irrazionale della forza e di ridurre il secondo ad un soggettivismo ugualmente non conoscibile razionalmente.

nella misura in cui permettono di cogliere il rischio di una certa *indifferenza contenutistica* o scarsa attenzione ai profili di razionalità o giustificazione interna delle decisioni, insito nel concetto formale di giurisdizione kelseniano (e che presenterebbe ripercussioni non indifferenti nella giustizia costituzionale)¹⁸⁶.

Per quanto riguarda invece la critica alla resistenza che le teorie giuridiche del tempo potevano offrire alla difesa della Repubblica, le accuse che Dyzenhaus muove a Kelsen paiono ingenerose¹⁸⁷. Come è stato messo in luce da più parti, nel momento in cui la *Staatsgerichtshof* pronunciava la propria sentenza la sorte della Repubblica era probabilmente già segnata e, se è vero che una sentenza di segno diverso (che avrebbe comunque richiesto anche giudici diversi) avrebbe forse impedito ai nemici della democrazia di ammantare di legalità le proprie azioni, è del pari vero che, sotto questo punto di vista, Kelsen aveva già contribuito a mostrare l'insostenibilità delle posizioni di Schmitt proprio sul piano della legalità e del ragionamento giuridico, smascherandone, dunque, la natura politica. In questo senso, le obiezioni espresse da Kelsen in *Chi dev'essere il custode della costituzione?* conservano la loro carica antiideologica, mentre, per quanto riguarda le effettive possibilità di azione dopo gli eventi del *Preussenschlag*, non solo quest'ultime erano in realtà molto limitate, ma è lecito domandarsi quale compito potesse ancora richiedersi alla dottrina, dopo che la massima autorità giudiziaria esistente nel paese aveva di fatto avallato la rottura della Costituzione, ormai abbandonata da tutti i suoi custodi istituzionali.

Comprendere la posizione di Kelsen appena prima della caduta di Weimar, implicherebbe probabilmente tenere in maggior conto la radicalità del suo estremo rifiuto di adottare mezzi non democratici a difesa della democrazia, tuttavia si può anche osservare che ad essere mossa in primo luogo da un grande realismo era la considerazione, a cui non giunse mai invece Schmitt, che è impossibile mantenere un regime democratico quando una gran parte dei suoi stessi cittadini gli hanno voltato le spalle o sostengono attivamente le forze che si propongono di distruggerlo. Tale è il senso profondo dell'*exemplum* su Pilato e la scelta fra Gesù e Barabba, che Kelsen così spesso ripete e che acquista a posteriori un valore quasi profetico, rispetto alla situazione tedesca¹⁸⁸.

¹⁸⁶ Si potrebbe forse meglio parlare di una secondarietà della razionalità interna alla decisione, entro una concezione volta a inquadrare prevalentemente in termini volontaristici l'attività giurisdizionale (e sotto questo profilo è dato forse riscontare dei punti in comune più che delle radicali differenze fra le posizioni del Kelsen maturo in merito alla giurisdizione e quelle del giovane Schmitt di *Legge e giudizio*). Vi sarebbe cioè una certa tendenza a tralasciare la seconda fra le due funzioni che Habermas individua come costanti dell'attività giurisprudenziale, ossia la certezza del diritto e la funzione dell'accettabilità razionale delle decisioni giudiziarie. Il testo di riferimento è ovviamente J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1992 (4^a ed. 1994), trad. it. di Leonardo Ceppa, *Fatti e norme. Contributi per una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Guerini, Milano 1996 (2^a ed. ampliata, Laterza, Roma-Bari, 2013). Sui medesi problemi in Kelsen, si veda anche L. FERRAJOLI, *La logica del diritto*, cit., in particolare *Capitoli VII. § 7.2 e IX. § 9.2*.

¹⁸⁷ Mentre tali non paiono le stesse considerazioni di condanna rispetto all'inattività della SPD, che disponeva di centinaia di migliaia di militanti (anche entro i corpi di polizia della Prussia) e avrebbe potuto tentare quantomeno una resistenza di massa non violenta o passiva. Si veda G. VOLPE, *L'ingiustizia delle leggi*, cit. 185.

¹⁸⁸ H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia*, cit., 151-152. Riprendendo il racconto di come il popolo scegliesse di salvare il ladro Barabba anziché il Redentore, posta ai voti la questione dal magistrato romano, Kelsen scrive: “[...] forse i credenti, i credenti politici, obietteranno che quest'esempio parla piuttosto a sfavore che a favore della democrazia. E bisogna riconoscere il valore di tale obiezione; a condizione però che i credenti siano tanto sicuri della loro verità politica – che se necessario dovrà venire realizzata anche per vie cruente – quanto il figlio di Dio”.

Come scrive Lars Vinx “Constitutional guardianship for a democracy becomes irrelevant if democracy has already failed, by losing the support of the majority of the people. What is to be done in that case, as Kelsen acknowledged, is a purely political question, not one of democratic constitutional law”. L. VINX, *The Guardian of the Constitution. Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law*, cit., *Introduction*, 23. Si esprime, nuovamente, nel senso della necessità di non sovrastimare il ruolo dei soli attori e testi giuridici nella salvezza (o nella ‘dannazione’) di una costituzione, nel caso di crisi estrema, anche V. FROSINI, *La democrazia pericolante. Note storiche sull'articolo 48 della Costituzione di Weimar*, cit., 322-323. Circa la situazione tedesca del tempo, si ricorda comunque come il NSDAP, fintanto che non giunse a controllare dall'interno la macchina coercitiva dello Stato, rimase comunque sotto il 40 % dei voti alle elezioni nazionali. Anche sommando a questi voti quelli di altri partiti reazionari (ma in senso ‘tradizionale’), non si può dire che la maggioranza assoluta dei tedeschi abbia votato per mandare Hitler al governo, non prima che chi occupava i posti di comando nelle istituzioni conferisse al *Führer* il Cancellierato, al principio del 1933. Questo dovrebbe portare a riflettere sul come a condannare la democrazia basti in realtà che le volti le spalle – ma lo faccia radicalmente e attivamente – una parte molto consistente, ma non numericamente prevalente dei suoi cittadini, e, soprattutto, della

9. Il *Preussenschlag* e il contributo dei due modelli

9.1. Carl Schmitt: l'emergenza, il diritto e la rottura dell'ordine

Se si vuole ripercorre sinteticamente la traiettoria personale di Schmitt, dall'adesione alla Repubblica al presidenzialismo autoritario, fino al sostegno al nazismo, può essere utile leggere quanto egli stesso scriveva nel 1931, riferendosi all'incipiente evoluzione dello Stato pluralistico e ai suoi possibili esiti:

Ciò [il pluralismo disgregatore] è veramente possibile solo finché da una qualche parte non si assume una decisione: sia da parte delle forze della totalità statale ciononostante ancora esistenti sia attraverso il passaggio allo Stato a partito unico, che impone ad un partito il rischio del politico¹⁸⁹.

In queste poche righe pare essere già tracciato l'ordine di priorità e preferenze, nonché di scelte concrete dell'autore. Tuttavia, se si vuole andare aldilà degli aspetti biografici, per comprendere i tratti teorici della custodia politica schmittiana, sarà bene piuttosto ripercorrere i passaggi che conducono Schmitt a fare del presidente un dittatore sovrano in una prospettiva più generale, come traiettoria o 'rischio' oggettivamente presente nella costruzione di una neutralità politica a cui si accompagnano determinati presupposti e caratteri. In tale prospettiva, si ripercorreranno i punti salienti della proposta schmittiana per come sviluppati in base alla sua logica interna, tralasciando, dunque, le motivazioni o gli intenti strettamente personali dello Schmitt storico. Ciò che si sostiene è che se Schmitt giunge a delineare una costruzione autoritaria ne *Il custode della costituzione* non è perché parta già *ab initio* con il proporre teoricamente una nuova figura politica (sempre lasciando da parte le intenzioni concrete dello 'Schmitt biografico'), ma perché a questo esito arriva: è ciò anche perché non c'è nulla di più realmente politico che la costruzione di un potere qualificato espressamente come tale, *ma al contempo* definito *a priori* neutrale.

Il percorso si sviluppa in una serie di passaggi. Fra i primi vi è la negazione dell'applicabilità del modello giurisdizionale a una vera custodia. Qua non rilevano tanto le obiezioni formulate da Schmitt a Kelsen, ma conta piuttosto l'esito. Ossia che si rinunci effettivamente a usare le forme tipiche della giurisdizione, seppur unite a poteri incisivi, e dunque si rinunci a quei limiti procedurali, ma anche a quel 'ritegno' o ethos, che la giurisdizione di norma comporta, per un 'custode' che ne adotti le forme e i metodi.

Nel sistema di Schmitt forte è poi il presupposto – di natura tanto politica che giuridica, ma, soprattutto, con effetti tanto politici che giuridici – dell'effettiva unità *materiale* dell'ordinamento e dei suoi protagonisti (Stato, popolo)¹⁹⁰. Questo presupposto rileva perché l'ossimoro di un potere politico *ma neutrale* regge solo

sua classe dirigente. Una volta che il movimento autoritario sia insediato dentro ai palazzi del potere, valgono poi le considerazioni acutamente sviluppate da Schmitt nel saggio del 1932 su *Legalità e Legittimità*.

¹⁸⁹ C. SCHMITT, *Il custode della costituzione*, cit., 225, nota n. 25. Non è difficile individuare nelle "forze della totalità statale ciononostante ancora esistenti" di cui scrive Schmitt non altri che esercito e burocrazia, Hindenburg e Schleicher; mentre nel "passaggio allo Stato a partito unico, che impone ad un partito il rischio del politico" si può già intravedere il sostegno dato dall'autore a uno Stato fascista, a Hitler e al NSDAP, almeno dopo l'aprile del 1933.

¹⁹⁰ L'affermazione che Schmitt postuli una reale unità materiale dell'ordinamento e del popolo necessita di una precisazione. Infatti, ha senz'altro ragione Carlo Galli, nell'osservare che Schmitt piuttosto che in un'unità materiale pre-data concepisce la continua necessità di una decisione sovranamente politica proprio come modo di sostituire l'assenza di questa, ricreandola (C. GALLI, *Genealogia della politica*, cit.). Ciò non toglie, però, che l'unità che il 'politico' crea sia però materiale e non formale, una volta venuta in essere: essa può essere originata a partire da qualsiasi aspetto della società e nascere cioè letteralmente dal nulla. A voler essere più precisi, si può dunque dire che nella teoria schmittiana esiste un'unità materiale di popolo, Stato e ordinamento, di cui la costituzione è espressione, *ma* che questa unità *non preesiste* alla decisione sovrana, bensì ne è conseguenza, in sostanziale discontinuità con le tradizionali forme di nazionalismo e conservatorismo del tempo. Questo ovviamente non vale per il successivo pensiero dello Schmitt delle 'istituzioni concrete' e in specie per l'adattamento che questi fa delle sue teorie al sostanzialismo biologistico nazista. Si tratta però di un'evoluzione ulteriore, successiva alla fase decisionista, seppure le prima avvisaglie si possano già cogliere nell'insistenza con la quale l'omogeneità sostanziale del popolo inizia ad essere richiamata nella dottrina schmittiana della democrazia. Tuttavia, nella *Dottrina della costituzione* del 1928 e negli scritti del 1931-1932 si fa ancora riferimento a un tipo d'omogeneità dovuta primariamente alla scelta politica esistenziale, a partire da una preesistente base non necessariamente nazionale, ma eventualmente anche economica, confessionale, perfino morale. Semplicemente, per Schmitt sarà poi facile invertire i termini: dal politico che crea l'omogeneità del popolo all'omogeneità del popolo come sostanza pre-data da cui emana il politico.

se si prevede che rappresenti ‘il Tutto’ o l’unità, polemicamente contrapposta alla rappresentanza delle singole parti, ossia degli altri organi e soggetti definiti come politici. È questo il motivo per il quale il *pouvoir neutre* può in realtà dirsi anche politico, ma la sua neutralità non ne appare scossa: essa permane, perché è vista come quella dell’insieme, ossia di un interesse comune inteso come effettivamente sovraordinato agli interessi singoli o ‘egoistici’ delle parti. A questo punto, se si postula che il carattere necessariamente unitario della funzione determini la necessaria *unicità* del custode – il cui ruolo non potrebbe essere ripartito fra più organi, almeno non nel caso d’eccezione – si pongono le premesse per lo scivolamento di quel *pouvoir neutre*, ormai diventato *pouvoir preservateur*, verso esiti autoritari, specie davanti all’occasione critica, tanto più una volta che gli si assegni l’autorità di decidere da sé sulla ricorrenza dei presupposti di questa situazione. L’ultimo fattore discriminante pare allora l’incisività dei poteri conferiti alla figura neutrale del guardiano, poteri che senz’altro, come si è visto, al Presidente del *Reich* erano dati con particolare larghezza dalla Costituzione del 1919 ed estesi ancora ad opera delle interpretazioni successive.

Si concorda, tuttavia, con quanti osservano che sarebbe scorretto individuare nel solo art. 48 il *vulnus* istituzionale della democrazia tedesca, così come sarebbe scorretto ignorare che, per quanto ampi, non sarebbero bastati i soli poteri conferiti al Presidente a fare di questi un dittatore (ed è del resto non privo d’importanza che anche il progetto autoritario che mirava a questo scopo dovesse naufragare davanti alle dinamiche reali della mobilitazione politica di massa e al nazismo, il quale dell’art. 48 poi si servì, ma che nel gennaio 1933 non giunse al potere grazie a esso). Ugualmente, non sembrano convincenti le ricostruzioni volte a individuare nell’art. 76 – che prevedeva la piena modificabilità della Costituzione –, o nel fatto che quest’ultima sancisse la libera ammissione di tutti i partiti alla vita politica, la radice giuridica dei mali di Weimar, come suggerito a posteriori dallo stesso Schmitt¹⁹¹.

Fu il sistema intero a collassare, e le forze materiali che si confrontavano su ciò che restava dell’agonizzante Costituzione – fossero esse economiche, politiche o burocratico-militari – ebbero probabilmente un peso maggiore della Carta in sé stessa nel determinare l’esito degli eventi. Con ciò non si vuole del resto negare che la configurazione giuridica del sistema avesse delle debolezze congenite e che queste risiedessero nel combinato disposto delle disposizioni costituzionali prima elencate, piuttosto che in una sola fra di esse¹⁹².

Non è poi al solo carattere testuale degli articoli della Costituzione che va addebitato il loro uso, le posizioni (o talvolta l’assenza di posizioni) fatte proprie dalla maggioranza dei giuristi e dei giudici tedeschi non facilitarono una possibilità di reazione¹⁹³. Anzi, alcune interpretazioni, come quella di Schmitt nei riguardi dei poteri presidenziali, andavano nella direzione opposta, anche contro i disegni degli stessi costituenti del 1919. Per questa ragione, si è voluto evidenziare come l’estensione dei poteri conferiti dall’art. 48 non fosse che l’ultimo elemento di una catena più ampia di presupposti teorici, rilevanti in quanto propri non del solo Schmitt, ma di ampi settori della comunità giuridica tedesca.

Per quanto riguarda invece le debolezze oggettive della Costituzione e le responsabilità di coloro che la scrissero, si può ricordare che sia Hugo Preuss che Max Weber avevano inteso creare nel Presidente del *Reich* una figura istituzionale forte; tuttavia, la costruzione del custode schmittiano è in realtà lontana (e sostanzialmente incompatibile) rispetto all’orizzonte weberiano, anche tenendo conto della valorizzazione del

Il carattere, comunque, fortemente materiale e politicamente omogeneo (e perciò anti-pluralistico) dell’unità resta ciò che la rende inconciliabile con una visione soltanto *formale* della stessa, come quella di Kelsen. Una volta venuto in essere, il corpo politico schmittiano rappresenta cioè un’unità reale ed effettiva e non soltanto postulata eticamente o ricostruita scientificamente a partire dal ragionamento giuridico.

¹⁹¹ Circa la prima delle interpretazioni prospettate, che ridimensiona il ruolo dell’art. 48 nella caduta della Repubblica, V. FROSINI, *La democrazia pericolante*, cit., 321-322 e di recente anche A. CARRINO nel suo studio *Weimar*, cit. Per la seconda interpretazione, imperniata sulla critica alla completa revisionabilità della Costituzione e fatta propria anche da Schmitt dopo la guerra, E. KENNEDY, *Constitutional Failure*, cit.

¹⁹² Così anche G. E. RUSCONI, *Lezioni da Weimar*, in G. E. Rusconi, H. A. Winkler (curr.), *L’eredità di Weimar*, cit.

¹⁹³ Come scrive David Dyzenhaus, rifacendosi però ad Antonio Gramsci, non si dà di per sé un rapporto causale diretto fra teorie e responsabilità politiche, ma, al contempo, avere una teoria è condizione necessaria, anche se non sufficiente, per ogni prassi politica. Per questo motivo le idee restano un elemento importante per spiegare gli eventi storici, in un rapporto non deterministico ma di con-causalità necessaria. È a partire da questi presupposti che per l’autore acquista un senso ‘testare’ quale teoria dell’epoca si sarebbe meglio prestata a catalizzare una resistenza alle forze eversive o, al contrario, quale si prestasse a una strumentalizzazione di segno opposto. D. DYZENHAUS, *Legality and Legitimacy*, cit., 6.

carisma personale del *leader* operata dall'ultimo Weber¹⁹⁴.

Per quanto riguarda invece la critica schmittiana alla *custodia giurisdizionale* della costituzione, termine che appare in questo caso più adeguato della sola giurisdizione costituzionale, si possono individuare alcuni elementi di perdurante attualità.

Fra questi vi è la debolezza delle corti costituzionali a far fronte alla custodia emergenziale della costituzione. Schmitt notava nel libro del 1931 che “È proprio inevitabile che la giurisdizione, finché rimane giurisdizione, giunga politicamente sempre troppo tardi, tanto più tardi quanto più il processo si svolge in modo preciso e accurato” e legava a questa incapacità l'alternativa fra l'“utilità” o meno di una corte costituzionale da una parte e il suo scivolamento nella sfera della politicità dall'altra¹⁹⁵.

Ebbene, la questione di quale possa essere il peso reale dell'organo di controllo nei casi gravi di rottura del sistema non pare avere smesso di interrogare la dottrina. Limitandosi ad alcuni fra gli autori che si sono citati nel corso di questa ricerca, e, in particolare, a chi si è occupato della disputa fra Kelsen e Schmitt, la sfiducia circa la possibilità di una reazione decisiva della sola giustizia costituzionale rispetto a un movimento eversivo di massa appare comune. Giovanni Bisogni definisce questa posizione come una “regolarità”, del dibattito contemporaneo tanto quanto di quello avvenuto in seno all'Assemblea costituente italiana, mentre anche Omar Chessa – per il quale, pure, l'opera delle corti costituzionali può “contribuire, assieme ad altri soggetti, a bloccare sul nascere la de-democratizzazione” – afferma però che una volta che la spinta autoritaria abbia conquistato “il consenso trasversale di più strati sociali [...] allora la giurisdizione costituzionale potrà fare ben poco, se non nulla” e “sarà travolta assieme alle istituzioni democratiche”¹⁹⁶. Ugualmente, riferimenti all'esito in ultima istanza negativo degli sforzi di una corte che cerchi di svolgere fino in fondo il ruolo di ‘ultimo bastione della democrazia’, sono presenti anche negli autori che più pongono questo sforzo come doveroso: così Gustavo Zagrebelsky e David Dyzenhaus, il quale, nel riaffermare il senso di una resistenza dei giudici tedeschi al *Preussenschlag*, non nasconde di vederlo proprio nell'obbligare le forze eversive ad un uso scoperto della forza extra-legale, il cui esito sarebbe stato tuttavia scontato per quanto riguarda il destino immediato della *Staatsgerichtshof* e della Prussia¹⁹⁷.

Dunque, la questione dell'effettiva funzione emergenziale dell'organo giurisdizionale di controllo pare porsi sempre in relazione a quei casi attinenti alle sole ‘cose penultime’, laddove le ‘cose ultime’ comportano la rottura dell'ordine sociale e, di conseguenza, dell'ordine costituzionale¹⁹⁸. Ciò non significa, peraltro,

¹⁹⁴ Sul contributo di Max Weber alla stesura dell'art. 48 della costituzione, si veda ivi, 12-14. L'opera di riferimento, anche se antecedente alla Rivoluzione del 1918, è M. WEBER, *Parlament und Regierung im neugeordneten Deutschland. Zur politischen Kritik des Bureaucratismus und Parteiwesens*, München-Leipzig, 1918, trad. it. di F. Fusillo, *Parlamento e governo. Per la critica politica della burocrazia e del sistema dei partiti*, Roma-Bari, 2002. In realtà, non vi è nel grande sociologo tedesco una contrapposizione completa fra legalità e legittimità, come invece si verifica infine nello Schmitt del 1932, né Weber giunse mai a svuotare completamente il ruolo delle assemblee parlamentari. A ben vedere, Schmitt compie dunque una rielaborazione o una strumentalizzazione delle categorie weberiane, non si limita a rifarsi a esse.

¹⁹⁵ C. SCHMITT, *Il custode della costituzione*, cit., 55-56, dove Schmitt aggiunge che “[...] il giudice viene a trovarsi nella situazione di dover prendere misure politiche o di doverle impedire e diventare politicante attivo in un modo che lo rende un potente fattore della politica statale interna ed eventualmente anche di quella estera; la sua indipendenza giudiziaria non lo può allora preservare più davanti alla responsabilità politica [...]”.

¹⁹⁶ G. BISOGNI, *La ‘politicità’ del giudizio sulle leggi*, cit., 20; O. CHESSE, *I giudici del diritto*, cit., 258. In senso conforme anche J. FERREJOHN, P. PASQUINO, *The law of the exception: A typology of emergency powers*, in *International Journal of Constitutional Law*, n. 2, 2004, 210 e ss.

¹⁹⁷ D. DYZENHAUS, *Legality and Legitimacy*, cit., 32. Per quanto riguarda G. ZAGREBELSKY si veda invece ID., *Principi e voti*, cit., 125-126, dove l'autore scrive che “[...] se i politici agiscono non democraticamente ma demagogicamente, agitando l'opinione pubblica e aizzandola direttamente contro i suoi giudici [...] violando il diritto [...] ai giudici che intendono mantenersi fedeli alla loro funzione non si aprirebbe altra scelta che quella di accettare una sfida” ma, aggiunge l'autore, essi “ne uscirebbero presumibilmente sconfitti”. A questo si aggiunga peraltro che, secondo Zagrebelsky, è la stessa possibilità operativa della giustizia costituzionale a non potersi dare alla radice, nel caso i conflitti si pongano come esistenziali o insanabili tra soggetti irrimediabilmente ‘diversi’ e non disposti a riconoscere nulla all'avversario, ID., *La legge e la sua giustizia*, cit., 275.

¹⁹⁸ Si riprende qua il modo d'impostare il problema utilizzato da Giovanni Bisogni, nello scrivere che “[...] se c'è un contributo ‘politico’ della Corte, se c'è qualcosa di schmittianamente ‘utile’ che può offrire sta proprio nel gestire le ‘cose penultime’, in modo da evitare di arrivare a quelle ‘ultime’ che – come sappiamo – esulano dal campo di un'istituzione giurisdizionale o para-giurisdizionale che sia”. G. BISOGNI, *La ‘politicità’ del giudizio sulle leggi*, cit., 240, nota n. 34. In particolare, con ‘cose ultime’

negare necessariamente alle corti il diritto all'ultima parola, ma piuttosto notare che è proprio l'autorità collettivamente riconosciuta *alla parola e al diritto* a venire meno nei casi assolutamente critici; che sono per fortuna rari, ma rispetto ai quali gli eventi descritti in questi capitoli continuano a interrogarci. Se si riconosce una delle funzioni degli organi di custodia nel contribuire ad *anticipare* i fattori che possono condurre alla rottura, proprio per evitare di giungere a doversi pronunciare su di essa, il caso *Prussia contra Reich* rappresenta dopotutto un esempio problematico, nella misura in cui appare incerto se collocarlo prima o invece già aldilà dell'avvenuta rottura dell'ordine. Senza voler per questo assolvere i giudici tedeschi dalla loro responsabilità storiche, si può tuttavia ritenere che i margini allora rimasti per una risoluzione – o anche solo una gestione – giuridico-giurisdizionale del conflitto politico-sociale fossero ormai assai scarsi.

9.2. Hans Kelsen: sulla duttilità delle forme processuali costituzionali

Volendo esaminare da un punto di vista teorico alcuni fra gli aspetti più interessanti del modello di giurisdizione costituzionale offertoci da Kelsen, può essere un buon punto di partenza prendere seriamente in considerazione e inquadrare in un contesto più ampio la critica di Dyzenhaus all'accettazione incondizionata di una sentenza ingiusta – o che semplicemente convalida una situazione ingiusta, intesa però nel senso di 'rischiosa' per la tenuta del sistema – a cui porterebbero le teorie di Kelsen sulla giurisdizione, e di cui i fatti del 1932 sarebbero riprova. Ci pare fra l'altro che una simile obiezione renda evidente come la disputa del 1931-1932 sia lungi dal riguardare solo, o anche in via prevalente, il tema della forma di governo, specie se con ciò se ne vuole indicare l'estraneità a una sfera di problemi considerati come invece propriamente giuridici.

Tornando all'obiezione di Dyzenhaus, essa è fondata, ma forse anche incompleta. Sotto il primo aspetto, è vero infatti che la concezione formale e autoritativa della giurisdizione – che individua il ruolo delle corti superiori nell'offrire l'unica interpretazione autentica, con un atto che è essenzialmente di volontà e non di ragione – indebolisce la prospettiva di una critica dal punto di vista della razionalità interna alle sentenze, o, almeno, se una tale critica resta possibile, diventa però priva di rilevanza proprio da un punto di vista strettamente giuridico, una volta che la corte si sia pronunciata e non residuino ulteriori possibilità d'impugnazione. Se poi si conferiscono al controllo sulla costituzionalità delle leggi effetti generali d'annullamento, è evidente che non si può più dire che l'interpretazione autentica sia creatrice di sole norme individuali, e infatti Kelsen si esprime apertamente nei termini di un 'legislatore negativo'. Un'ipotesi, peraltro, teoricamente ammissibile proprio alla luce dell'equiparazione funzionale fra legislazione e giurisdizione consentita dalla *Stufenbaulehre*. Inoltre, anche la 'cornice' di possibilità entro la quale il giudice opera la propria scelta interpretativa risulta enormemente ampliata – fino ad offrire di per sé ben pochi limiti – per una giurisdizione che operi sulla base della massima fonte gerarchica dell'ordinamento¹⁹⁹.

l'autore fa riferimento alla "lotta per la sovranità", richiamata da G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., 343 e ss. Un riferimento alle 'cose ultime', in questa accezione, è anche in G. PRETEROSSO, *La politica negata*, Roma-Bari, 2011, 33.

¹⁹⁹ G. BISOGNI, *Kelsen e l'interpretazione giuridica: una prospettiva storico-concettuale*, cit. Peraltro, anche Volpe è consapevole che la teoria dell'interpretazione giudiziale di Kelsen e gli esiti radicalmente giusrealistici che è possibile ricavare da essa (come fatto ad esempio da Michel Troper) rappresentano un problema per la teoria della giustizia costituzionale. Tuttavia, l'autore nega in definitiva che a tale esito conduca il modello kelseniano, in virtù del limite rappresentato proprio dalla sua astrattezza, ossia dall'essere precluso alla corte costituzionale ogni accertamento circa il fatto concreto alla base del giudizio, che si risolve così in un mero raffronto di compatibilità logica fra norme di gradi diversi dell'ordinamento. Pur non negando il carattere insieme costitutivo e anche creativo di tale accertamento, Volpe, nel 1977, vi ricollegava un limite preciso – rispetto all'ingresso nel giudizio dei valori personali del giudice in rapporto all'adeguatezza (e non alla sola validità) della norma – un limite rappresentato dal puro confronto della proposizione linguistica normativa rispetto al parametro costituzionale. G. VOLPE, *L'ingiustizia delle leggi*, cit., 136, 145, 150. Le conclusioni formulate da Bisogni in merito ai reali limiti interpretativi in capo al giudice kelseniano paiono invece più radicali, ma anche, agli occhi di chi scrive, più condivisibili, in quanto tengono conto della consapevolezza nel frattempo acquisita in merito all'inevitabile incertezza che contraddistingue proprio ogni ragionamento che voglia poggiare la propria solidità logica sulla proposizione linguistica. Di recente P. CHIASSONI, *Interpretation without Truth. A Realistic Enquiry*, Cham (Switzerland), 2019; ma si vedano, ad esempio, già i saggi raccolti in U. Scarpelli (cur.), *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, 1976.

D'altra parte, però, tanto più il sistema kelseniano della giustizia costituzionale tende, in 'negativo', verso l'indifferenza contenutistica, tanto più fortemente esso necessita, 'in positivo', di un organo di garanzia giurisdizionale *ad hoc*, specificamente organizzato e attrezzato per far fronte ai propri compiti e ai problemi sollevati proprio dalla potenziale 'indifferenza' insita nel modello. Kelsen ne è consapevole, per questo elabora una forma *accentrata* di giustizia costituzionale, un modello la cui esistenza, come è stato giustamente osservato, si configura (anche) nei termini di un "privilegio del legislatore" e, almeno a livello teorico, stenta invece a trovare una giustificazione secondo i criteri propri di un concetto rigidamente sostanziale di giurisdizione, che, come già notava Schmitt, non si presta facilmente a una 'specialità dei fori'²⁰⁰.

La *diversità* dell'organo di giustizia costituzionale, in Kelsen, trova dunque le sue precondizioni di possibilità nello stesso concetto formale di giurisdizione (in virtù della naturale duttilità di quest'ultimo), e consiste evidentemente proprio in una *diversità della corte costituzionale dai tribunali ordinari*. Questa diversità dipende in primo luogo dalla nomina parlamentare dei membri della *Verfassungsgerichtshof* – che richiama una parziale differenziazione anche in termini di legittimazione – e, in secondo luogo, dal fatto che Kelsen disegni in realtà un modello di corte volutamente dotata di ampi poteri²⁰¹.

Fra i due caratteri richiamati, il primo può essere inteso come un elemento che limiti 'a valle' la discrezionalità della corte, ma è anche (soprattutto) uno strumento teso ad assicurarne una speciale sensibilità, che non pare improprio definire 'politica', legata a sua volta al carattere inevitabilmente politico – perché inserito in una dinamica di reciproco controllo dei poteri – delle questioni che Kelsen prevede essa dovrà affrontare²⁰².

L'incidenza dei poteri della corte, la sua 'utilità', è invece da ricercarsi non solo in una "garanzia di regolarità" degli atti giuridici, ma in una più ampia funzione di difesa della democrazia parlamentare pluralistica e, di conseguenza, di quella libertà che rimarrà sempre per l'autore *il valore fondamentale*, che solo un sistema politico democratico può assicurare nel maggior grado possibile²⁰³. Il senso di una tale

²⁰⁰ C. SCHMITT, *Il custode della costituzione*, cit., 48 e ss., si veda anche ID., *Dottrina della costituzione*, cit., 256, dove l'autore afferma che uno Stato di diritto integrale e conseguente dovrebbe escludere l'esistenza di speciali tribunali amministrativi. Come osserva Giovanni Bisogni "una giurisdizione speciale è una compressione del principio secondo cui il giudice offre una mediazione minimale, se non nulla; la sentenza del giudice speciale inizia a valere non solo per il suo contenuto e conseguentemente la legittimazione inizia ad essere anche procedurale". G. BISOGNI, *La 'politicità' del giudizio sulle leggi*, cit., 38.

L'espressione "privilegio del legislatore", riferita al modello accentrato di giustizia costituzionale, sarebbe stata usata per la prima volta nel 1952, in una decisione del Tribunale costituzionale federale tedesco (BVerfG, I senato, 20 marzo 1952) citata in G. ZAGREBELSKY, *Principi e voti*, 2005, Torino, 54.

Del resto, è da notare come un'ampia configurazione dei poteri della corte ideata dall'autore discenda già di per sé dalle stesse concezioni kelseniane di giurisdizione e interpretazione, come si è cercato di evidenziare; concezioni che l'autore intende come propriamente 'scientifiche' o descrittive dell'esistente (di ogni realtà giuridica evoluta). Diverso è il caso della preferenza per un modello accentrato, che Kelsen stesso concepisce nei termini di una proposta non avalutativa ma prescrittiva, tanto più che in Germania un controllo accentrato era lontano da qualsiasi orizzonte di diritto positivo.

²⁰² Del resto, è da notare come un'ampia configurazione dei poteri della corte ideata dall'autore discenda già di per sé dalle stesse concezioni kelseniane di giurisdizione e interpretazione, come si è cercato di evidenziare; concezioni che l'autore intende come propriamente 'scientifiche' o descrittive dell'esistente (di ogni realtà giuridica evoluta). Diverso è il caso della preferenza per un modello accentrato, che Kelsen stesso concepisce nei termini di una proposta non avalutativa ma prescrittiva, tanto più che in Germania un controllo accentrato era lontano da qualsiasi orizzonte di diritto positivo.

Circa la legittimazione della corte costituzionale ideale kelseniana, come si è scritto nella prima parte dell'articolo, è vero che la nomina parlamentare non è, a rigore, un requisito essenziale. È però un fatto che, nelle diverse combinazioni che l'autore giunge a proporre negli scritti del '28 e del '31, ritorni sempre una nomina almeno parziale dei giudici da parte della rappresentanza parlamentare; è inoltre noto che la *Verfassungsgerichtshof* austriaca era allora eletta dal Parlamento (prima del 1929, da allora vige un sistema misto di nomine presidenziali-parlamentari e federali) e che Kelsen abbia contribuito in modo determinante alla stesura degli articoli della Costituzione che la prevedevano. È importante soprattutto precisare che, dal momento che si sostiene che la proposta kelseniana è da intendersi in senso prevalentemente normativo, ne consegue la necessità di ricostruire il modello dell'autore come da lui previsto operare. Ciò non toglie, beninteso, che un punto caro a Kelsen, e a cui egli non può facilmente rinunciare (sempre, però, *prescrittivamente*), resta comunque la preparazione specialistica e giuridica dei membri della corte (oltre all'incompatibilità con la funzione di parlamentare), ma questo proprio perché per l'autore la ricchezza del contributo che il nuovo organo può offrire dipende proprio dall'applicare il metodo di ragionamento specificamente giuridico (e dialettico) a questioni politiche, ossia, sulla base della definizione kelseniana di politica, a conflitti d'interesse fra agenti sociali, perlopiù collettivi.

²⁰³ H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia*., cit.

garanzia si pone qui aldilà del solo controllo sulla corretta formazione dell'atto parlamentare, perché è sotteso alla concezione procedurale della democrazia di Kelsen che proprio nella dialettica fra maggioranza e opposizione si realizzi la volontà non della sola maggioranza numerica, ma di quella “*maior et sanior pars*” che, sola, può rendere accettabile l'eterodirezione connaturata a ogni sistema coercitivo²⁰⁴. Tale garanzia – che è il fine generale a cui contribuisce l'*ulteriore* dialettica che si istituisce fra il parlamento e l'organo di giustizia costituzionale, tra controllore e controllato – è una forma di ‘*sanior pars*’ da raggiungersi comunque tramite strumenti procedurali formali, ed è per questo che appare svincolata il più possibile, nelle intenzioni dell'autore, dall'influenza di contenuti pre-dati di giustizia materiale: essa trova il suo ideale nel buon compromesso.

Seppure l'assenza di considerazione dell'autore per valori e principi appaia oggi uno dei tratti più caduchi della sua teoria, si sbaglierebbe però a considerare come ‘debole’ il tipo kelseniano di corte costituzionale sulla sola base dell'ostilità all'uso giudiziario dei principi. Kelsen non vuole affatto una corte ‘debole’. Proprio il compito che le assegna entro la forma di governo – ma anche gli effetti che derivano dalle teorie dell'equiparazione funzionale e dell'interpretazione autentica, intese, queste sì, come descrittive – modellano al contrario una corte ‘forte’. Questo perché il giurista austriaco non immagina il suo modello come avulso dalla crisi del proprio tempo, ma volto concretamente a puntellare (e migliorare) la democrazia parlamentare e pluralista, come concretamente esistente in Austria e Germania. Se si comprende questo carattere immediatamente prescrittivo del modello kelseniano, almeno nella sua forma più ‘matura’ del 1928-1931, si ha chiaro anche il perché le funzioni che l'autore assegna a un organo speciale e accentrato non potessero (o dovessero) invece essere svolte in forma diffusa. Proprio un caso eclatante come il *Preussenschlag* – ma, più in generale, l'intera analisi della giurisprudenza delle corti del *Reich* – rivela infatti in maniera evidente come l'orientamento politico e l'appartenenza di classe del ceto giudiziario abbia giocato un ruolo importante nelle vicende politico-giuridiche della Repubblica di Weimar. Di questo carattere fondamentalmente conservatore dei giudici tedeschi (e austriaci), Kelsen si dimostra consapevole, così com'è consapevole della rilevanza che esso può avere davanti al caso critico da decidersi sulla base del parametro di costituzionalità, come concretamente avvenne nel 1932. È a partire da queste considerazioni che va interpretato anche il fatto che l'autore concluda il proprio commento alla sentenza della *Staatsgerichtshof* con una proposta di *lex ferenda*, o, più esattamente, con un invito a una revisione costituzionale che appare davvero difficile immaginare come realizzabile in quel frangente. Il senso di quell'ultima proposta stava appunto nell'indicare la necessità di sopperire alla mancanza di potere e volontà di reazione di cui avevano dato prova i tribunali tedeschi, senza però rinunciare a un tipo di garanzia che si esprimesse in forme giurisdizionali.

Ancora una volta emerge dunque l'evidenza di un nucleo *normativo* della proposta kelseniana, e, se tale evidenza è potuta passare in secondo piano, ciò si deve al fatto che il testo del 1931, a cui l'autore affida la propria difesa dalle accuse di Schmitt, sia volto proprio per questa ragione a rimarcare in via principale l'immaginabilità scientifica di un organo di controllo sulla costituzionalità delle leggi. Il carattere oggettivo impresso da Kelsen alla sua replica non deve del resto fare dimenticare come, proprio dal punto di vista *scientifico*, egli non dubitasse che, in assenza di un controllo accentrato e nel silenzio della costituzione, si avesse comunque una forma di legittimazione *diffusa* dei tribunali a giudicare sulla base del parametro di costituzionalità²⁰⁵.

Se l'autore non dedica la propria attenzione a questa seconda eventualità, di cui pure in astratto riconosce la validità scientifica pari alla prima, è perché non è questa l'opzione che egli desidera sul piano prescrittivo, in quanto la ritiene non adatta al proprio scopo. Scopo che, come scritto, resta quello di una difesa del parlamentarismo – ma sarebbe forse meglio dire del pluralismo ‘regolato’ che il sistema parlamentare è funzionalmente preposto a mantenere, in quanto per Kelsen tecnicamente più adatto – che in Germania le corti e i giudici di carriera non erano nelle condizioni di garantire.

²⁰⁴ Sulla storia dell'idea di “*maior et sanior pars*”, E. RUFFINI, *Il principio maggioritario. Profilo storico*, Torino, 1927 (3ª ed., Milano, 1976).

²⁰⁵ H. KELSEN, *Dottrina pura del diritto*, cit., 303, ma questa posizione si deduce già chiaramente nell'interpretazione data dall'autore all'art. 19 della Costituzione di Weimar e alla piena legittimazione delle corti superiori tedesche a giudicare sulla base di tutte le norme costituzionali.

L'altro volto di quella che si è definita come 'diversità' del modello di corte costituzionale kelseniano è la costruibilità di barriere procedurali volte a contenere l'organo deputato al controllo. Se i caratteri esposti finora si estrinsecano in un conferimento di poteri incisivi e rendono perciò la corte un organismo utile a controbilanciare gli altri poteri, proprio per questo si rende necessario stabilire degli elementi limitativi alla sua discrezionalità, principalmente a tutela di quello che per Kelsen resta il centro del sistema, ossia il parlamento. Tali strumenti, alla luce del concetto formale di giurisdizione, non possono che essere in primo luogo procedurali, e, infatti, oltre alla già citata nomina parlamentare parziale o totale dei giudici, Kelsen indica fra i possibili correttivi la mancanza di un potere autonomo d'iniziativa della corte e la possibilità di vincolare a un termine massimo la proposizione della questione d'incostituzionalità²⁰⁶. Si tratta, del resto, di un ventaglio di soluzioni da intendersi come aperto ed è comunque sintomatico che, aldilà delle procedure, si insista così tanto sulla necessità che le disposizioni costituzionali siano scritte nel modo più determinato e preciso possibile. Emerge qua chiaramente la percezione dei limiti delle regole procedurali 'a valle', rispetto all'organo ultimo preposto alla loro interpretazione.

Ciò che preme però di evidenziare è come quelle stesse regole procedurali, intese a limitare la corte a vantaggio del parlamento, possano anche svolgere la funzione contraria. È cioè proprio la flessibilità sottesa al concetto formale di giurisdizione a far sì che quelle stesse regole possano essere cambiate sulla base del procedimento conforme alle loro fonti di produzione, ma senza incontrare insormontabili difficoltà teoriche, e ciò appunto perché per Kelsen la corte (come ogni istituzione) non è altra cosa che le regole che la disciplinano²⁰⁷. La funzione svolta da quest'ultime potrebbe, in astratto, ben passare dall'essere limitativa all'agire invece come un *potenziatore* dell'attività della corte, tale da renderla in grado di far fronte anche alle situazioni di emergenza. Proprio quelle situazioni, insomma, che gli organi giurisdizionali, e quelli costituzionali in specie, sono meno adatti ad affrontare. In particolare, si tratta di un'emergenza che le corti tedesche non apparvero evidentemente in grado di affrontare nel caso del 1932, per loro colpa, ma anche per la scarsità di rimedi messi loro a disposizione dall'ordinamento.

Si tenga conto che l'accusa di non essere in grado di far fronte a un'autentica emergenza – seppur la gradazione con cui quest'ultima viene contraddistinta possa variare e non sempre riguardi il caso dell'autentica 'minaccia esistenziale' – è uno degli argomenti forti di Schmitt e del decisionismo. Essa ha del resto una sua ricorrenza in autori successivi, peraltro anche lontani dal nutrire ostilità verso la giustizia costituzionale in sé stessa; l'accusa, a parere di chi scrive, meriterebbe dunque di essere presa attentamente in considerazione. Riferendo al modello di Kelsen una capacità adattiva alle emergenze, non si vuole peraltro da parte nostra indicare che ciò fosse o sia mai stato *ab initio* il proposito principale dell'autore, si tratta però di una possibilità, quella di un attivo potere di custodia emergenziale, a cui la duttilità del modello kelseniano, concentrato sulle forme della giustizia costituzionale, parrebbe adattarsi con relativa facilità²⁰⁸.

²⁰⁶ Sono tutti suggerimenti che Kelsen formula del saggio del 1928, ma, circa il potere d'iniziativa della corte, è indicativo che il giurista austriaco proponga nello stesso scritto di istituire la figura di un difensore della costituzione istituzionalmente preposto a ricorrere con legittimazione autonoma. È una riprova del ruolo tutt'altro che impotente che egli vuole dare alla corte nel caso critico per la tenuta del sistema.

²⁰⁷ Il procedimento cambierà dunque a seconda che si debba ricorrere a una revisione costituzionale o a una modifica delle fonti legislative o, addirittura, che a cambiare siano solo i regolamenti che disciplinano l'attività dell'organo. In alcuni casi si potrebbe anche verificare l'eventualità di un'auto-riforma, così ad esempio Gustavo Zagrebelsky ritiene possa in astratto accadere per quanto riguarda l'adozione dell'opinione dissenziente da parte della Corte costituzionale italiana, pur non esprimendo l'autore parere favorevole all'ipotesi (G. ZAGREBELSKY, *Principi e voti*, cit., 70). È noto che di recente la Corte costituzionale ha introdotto motu proprio importanti novità – specie per quanto riguarda l'ammissibilità dell'ascolto delle formazioni sociali dinanzi alla Corte – tramite modifica delle *Norme integrative per giudizi davanti alla Corte costituzionale*. Non mancano poi, in generale, casi di innovazioni procedurali, anche rilevanti nei loro effetti, dovute a un cambiamento della prassi della Corte, spesso influenzato dalla dottrina, e che dunque s'inseriscono dapprincipio più sul piano delle regolarità che su quello delle regole.

²⁰⁸ Nel parlare di una 'gradazione dell'emergenza' ritorna il fondamentale problema di quelle che sono già state indicate come 'questioni ultime' dell'ordinamento, di quali esse siano, nonché del se e del come possa attribuirsi a delle autorità giurisdizionali la loro risoluzione. A questo proposito, si può suggerire che se Kelsen intendeva creare un organo in grado di correggere e anche anticipare i pericoli corsi dall'ordinamento parlamentare, lo faceva avendo in mente qualcosa di più simile alle cosiddette questioni 'penultime' che alle 'ultime'. Naturalmente resta da chiarire dove si collochi il confine fra 'cose ultime' e 'penultime', e, a questo proposito, domandarsi dove si collocasse nel caso *Prussia contro Reich* ci sembra una questione che esula dalla mera rilevanza storiografica per acquistare oggi una sua sempre maggiore attualità.

Più in generale, molti dei presupposti e dei problemi giuridici e politico-teorici qua richiamati in riferimento al contesto weimariano, trovano inevitabilmente eco nel momento in cui si discute sulle regole secondo le quali l'attività delle giurisdizioni costituzionali effettivamente si svolge o *dovrebbe* invece svolgersi, in una prospettiva di riforma o di semplice critica all'esistente. Non pare dunque un caso che alcune delle tematiche esposte fin qui e alcune delle conseguenze potenziali del sistema di garanzia kelseniano abbiano trovato il loro naturale sviluppo nel dibattito posteriore intorno al diritto processuale costituzionale²⁰⁹.

Se si riprendono, ad esempio, le osservazioni a suo tempo formulate da Carlo Mezzanotte, si noteranno alcune assonanze che una concezione procedurale-oggettiva dell'agire effettivo di una Corte costituzionale (in quel caso quella italiana) condivide con l'impostazione kelseniana.

Per Mezzanotte, la valutazione sottesa a ognuna delle più importanti questioni (processuali) costituzionali riguarda sempre, in ultima analisi, l'innesto ragionevole della giustizia costituzionale in una forma di governo contraddistinta per la sua generale fluidità. Soprattutto, per questo autore, la *razionalità* che sorregge quelli che rimangono nella sua descrizione 'meri nomi' di categorie processuali, *non è a sua volta processuale*, ma esprime piuttosto l'attenzione dell'organo a un interesse sistemico, emancipato dal caso concreto (o rispetto al quale si potrebbe dire, con Kelsen, che il giudizio a quo e il diritto soggettivo a esso sotteso non hanno che una mera rilevanza strumentale)²¹⁰.

A partire dall'osservazione dell'uso concreto delle categorie processuali fatto dall'organo di giustizia costituzionale, Mezzanotte giunge a dire, non senza sfumature valutative, che tali categorie non hanno rilievo di per sé, ma in quanto per loro tramite si raggiunga un equilibrato funzionamento della forma di governo²¹¹. Si tratta di una concezione che molto condivide con la giurisdizione formale kelseniana, non tanto nella parte descrittiva, quanto nella formulazione di quale debba essere lo *scopo* dell'organo di giustizia costituzionale entro l'ordinamento. Tale scopo è legato a preoccupazioni di tenuta del sistema politico (inteso in senso ampio), e, per l'autore, ciò non è evidentemente privo d'implicazioni in termini di legittimazione e 'diversità' del giudice delle leggi, specie se quest'ultimo deve, per parafrasare le parole di Mezzanotte, aver presente il ruolo dei "political departments" e gli indirizzi espressi o in via d'elaborazione da parte di Parlamento e Governo, nonché le posizioni dei partiti, dei gruppi e delle forze sociali, e il coinvolgimento e l'aspettativa dell'opinione pubblica²¹². Tutte qualità che, evidentemente, conferiscono al richiamo alla "ragionevolezza"

²⁰⁹ Fra i numerosissimi contributi italiani sul tema, se ne elencano di seguito solo alcuni, utilizzati per il loro toccare da un punto di vista teorico, pur con consistenti differenze, le questioni fin qui trattate. Senza, dunque, alcuna pretesa di esaustività, si vedano soprattutto C. MEZZANOTTE, *Processo costituzionale e forma di governo*, in *Giudizio "a quo" e promovimento del processo costituzionale*, Atti del seminario svoltosi a Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 13 e 14 novembre 1989, Milano, 1990, 63-69 e, dall'altra parte, G. ZAGREBELSKY, *Diritto processuale costituzionale?* in *Giudizio "a quo" e promovimento del processo costituzionale*, cit., 105-137. Inoltre, G. D'ORAZIO, *Soggetto privato e processo costituzionale italiano*, Torino, 1988 (2^a ed. 1992); M. DOGLIANI, *La Corte habermasiana di D'Orazio*, in *Nomos*, n. 1, 2017, 1-7, ultimo accesso il 28/5/2022; A. RUGGERI, *Alla ricerca dell'identità del "diritto processuale costituzionale"*, in *Forum di Quaderni costituzionali – Rassegna* (6/4/2009), ultimo accesso il 28/5/2022. Per un confronto con i progressi nello studio del processo costituzionale, ma anche con il perdurare di alcuni problemi di fondo, si rimanda al recente Seminario sul *Processo costituzionale dopo la riforma delle norme integrative*, organizzato dall'Associazione Gruppo di Pisa e svoltosi presso l'Università Statale di Milano il 12 novembre 2021, ultimo accesso il 28/5/2022.

²¹⁰ C. MEZZANOTTE, *Processo costituzionale e forma di governo*, cit., 65-67. Circa la "completa autonomia" del rapporto fra processo principale e giudizio incidentale di costituzionalità, si veda ivi, 69. Per la distinzione dei fondamenti dei concetti (idealtipici) di processo e procedura si fa però riferimento a quanto scritto da Gustavo Zagrebelsky nella sua replica a Mezzanotte, si veda G. ZAGREBELSKY, *Diritto processuale costituzionale?* cit., 108 e ss.

²¹¹ Le osservazioni di Mezzanotte sono naturalmente datate per quanto riguarda i singoli istituti processuali esaminati, si noti, a mero titolo di esempio, il cambiamento intervenuto nella considerazione degli indirizzi giurisprudenziali consolidati (il cosiddetto diritto vivente) da parte della nostra Corte costituzionale, nel caso di sentenze interpretative di rigetto. In questo senso, autorevolmente, F. MODUGNO, *Le novità della giurisprudenza costituzionale*, in *Lo Stato*, n. 1, 2020, 112 e ss. Se qua si fa riferimento al confronto Mezzanotte Zagrebelsky non è per l'attualità dell'esame dei singoli istituti, ma perché vi si affrontano con molta nettezza, da una parte e dall'altra, alcuni problemi teorici che restano rilevanti, oltre a richiamare, sul piano della storia dei concetti giuridici, alcune formulazioni del precedente dibattito fra Kelsen e Schmitt.

²¹² Scrive Mezzanotte: "È giunto forse il momento di proporre una diversa collocazione scientifica del problema delle categorie del processo costituzionale, ossia il passaggio dallo studio del processo costituzionale alla luce del diritto processuale allo studio del processo costituzionale come vicenda che riguarda principalmente il *sistema di governo* italiano [corsivo mio]". C. MEZZANOTTE, *Processo costituzionale e forma di governo*, cit., 65, si veda anche ivi 68-69. Nelle pagine citate sono anche presenti diversi richiami a Costantino Mortati. Peraltro, lo stesso Zagrebelsky, nel notare come la concezione di Mezzanotte implicasse che

fatto dall'autore un'accezione non esattamente (o non solamente) giuridica, ma che non pare invece troppo lontana dall'"etica della responsabilità" del politico weberiano²¹³.

Da questo punto di vista non è un caso che il dibattito Mezzanotte-Zagrebel'sky sia stato richiamato, in Italia, da chi ripercorre in una prospettiva non esclusivamente storica la disputa fra Kelsen e Schmitt²¹⁴. Per quanto non si possano naturalmente sovrapporre i presupposti teorici dei primi due autori su quelli dei secondi, si può però osservare che, nell'uno come nell'altro caso, si (ri)presenta il confronto fra chi aderisce a un concetto formale di giurisdizione e chi invece a un concetto sostanziale. Si tratta evidentemente di una contrapposizione che ha radici profonde²¹⁵. Non è un caso, poi, che, nel fare Zagrebel'sky riferimento a un'idea di "amministrativizzazione del controllo di costituzionalità" sottesa alla visione di Mezzanotte, essa venga indicata come un modo di concepire il controllo come sola "esecuzione" della costituzione²¹⁶. Proprio quello dell'esecuzione della costituzione era indicato da Kelsen come lo scopo della corte costituzionale, al pari di ogni altro organo dell'ordinamento (fra cui il capo dello Stato).²¹⁷

Resta però da chiedersi in che cosa differisse la prospettiva kelseniana da quelle andatesi a formare posteriormente, anche fra le dottrine continuatrici o comunque compatibili rispetto a essa, dopo che i traumatici eventi degli anni '30 e '40 europei hanno portato alla progressiva adozione della giustizia costituzionale, di cui Kelsen è talvolta definito come il 'padre', su tutto il continente²¹⁸.

Si crede di cogliere una differenza importante, teorica ma di forte rilevanza pratica, nella supremazia 'di ultima istanza' ancora data da Kelsen al parlamento. Kelsen poteva cioè, nella sua dottrina, lasciare in secondo piano il problema dei limiti 'interni' di razionalità che l'organo giurisdizionale di controllo o "custodia" deve rispettare nelle sue decisioni (ossia nel suo modo concreto di operare), proprio perché concepiva un sempre

"[...] un vero e proprio diritto processuale, funzionale alla protezione di posizioni soggettive, non esiste perché non può reggere al confronto col superiore interesse alla 'giusta collocazione' dell'organo di garanzia costituzionale nell'ambito politico che gli è proprio", pure teneva fermo che se non sarebbe del tutto adeguato definire questa concezione come 'politica', in contrapposizione a una visione propriamente giudiziaria della giustizia costituzionale e dell'organo che vi è preposto. Per Zagrebel'sky, infatti, tale strada sarebbe un'indebita riduzione della complessità delle categorie usate nel dibattito scientifico, in particolare rispetto alla non coincidenza fra i significati di forma di governo, *government* e 'politica'. G. ZAGREBEL'SKY, *Diritto processuale costituzionale?* cit., 118, specie nota n. 17. La considerazione di Zagrebel'sky è senz'altro vera e si è già sottolineata l'insufficienza del termine poliseno di 'politico', ma si reputa nondimeno che resti necessario utilizzarlo, seppure con cautela, per indicare la specifica area di problemi che questo termine è subito in grado di evocare.

²¹³ C. MEZZANOTTE, *Processo costituzionale e forma di governo*, cit., 68.

²¹⁴ Così G. BISOGNI, *La 'politicalità' del giudizio sulle leggi*, cit., 218, nota n. 9 e O. CHESSA, *I giudici del diritto*, cit., 260, dove l'autore inserisce la polemica entro il tema più ampio della "difficoltà contromaggioritaria", peraltro aderendo alle posizioni espresse da Zagrebel'sky nel 1990, in virtù della valorizzazione da parte di Chessa stesso del carattere concreto e *post eventum* del controllo di costituzionalità.

²¹⁵ Per utilizzare alcuni termini contenuti nel saggio di Zagrebel'sky, si può anche leggere questa contrapposizione come incentrata sul dualismo fra *processo* – inteso come trascrizione in termini processuali di una questione sostanziale che verte sulla difesa di posizioni soggettive – e *procedura* – ossia trascrizione in termini di procedura della questione del buon esercizio della funzione affidata all'organo procedente rispetto ai suoi scopi generali. Si veda G. ZAGREBEL'SKY, *Diritto processuale costituzionale?* cit., 108, anche per le ulteriori distinzioni fatte discendere dai due concetti idealtipici (dal momento che la realtà non sarebbe, nelle parole dell'autore, che "unione", più che "somma", di questi due elementi, *ibid.*). Il medesimo autore osserva comunque, giustamente, che alla base di questo genere di contrapposizioni sul piano processuale o applicativo vi sono in realtà sempre delle diversità d'idee in ordine alla teoria e al concetto di costituzione, così *ibid.*, 106, 127; del medesimo avviso anche A. RUGGERI, *Alla ricerca dell'identità del "diritto processuale costituzionale"*, cit., 22, nota n. 80. Sulla permanenza dei problemi teorici legati al processo costituzionale e alle categorie di processo e procedura in tale ambito del diritto, a fronte però dei grandi mutamenti a cui processo e procedura sono nel frattempo andati incontro nella realtà giuridica generale degli ultimi trent'anni, si rimanda all'intervento di M. BIGNAMI al Seminario sul *Processo costituzionale dopo la riforma delle norme integrative*, cit., ora pubblicato dall'autore con il titolo *Trent'anni dopo: il processo costituzionale nella nebulosa*, in *Rivista del Gruppo di Pisa* n. 1, 2022, ultimo accesso il 28/5/2022. Bignami afferma che nella realtà giuridica generale il processo è andato nel tempo proceduralizzandosi e la procedura processualizzandosi.

²¹⁶ G. ZAGREBEL'SKY, *Diritto processuale costituzionale?* cit., 132, 134.

²¹⁷ H. KELSEN, *Chi dev'essere il custode della costituzione?* cit., 282.

²¹⁸ Ad esempio, nella dottrina italiana, compatibili con l'impostazione data da Kelsen alla giustizia costituzionale paiono le posizioni di G. D'ORAZIO, *Soggetto privato e processo costituzionale italiano*, cit. e ID., *Opposizione parlamentare e ricorso al giudice delle leggi (prolegomeni ad una soluzione italiana)*, Milano, 1996; nonché M. DOGLIANI, *La Corte habermasiana di D'Orazio*, cit.

possibile superamento di queste decisioni, in sede di libera revisione o legislazione costituzionale. Una possibilità, quella dell'integrale revisionabilità della costituzione, che tanto più appare (prescrittivamente) necessaria al suo sistema.

Dal secondo dopoguerra ciò non è più possibile nella maggior parte degli Stati dotati di organi di giustizia costituzionale, in virtù della presenza di un nucleo di senso immodificabile della costituzione, espresso – a seconda dei periodi, degli ordinamenti, anche delle specifiche evenienze – nei diversi termini di “forma Repubblicana”, “clausole di eternità”, “principi supremi” o “controlimiti”²¹⁹. Naturalmente fra i diversi tipi elencati non mancano le differenze, anche perché spesso elaborati in ordinamenti differenti, per quanto non manchino esempi di trapianti giuridici. Ai sensi del discorso qua sviluppato basta però individuare nella funzione di barriera rispetto alle modifiche della costituzione il minimo comun denominatore delle diverse costruzioni. Inoltre, quello che rileva è che gli elementi di immodificabilità assoluta non sono solo concepiti come tali dalla dottrina dei paesi nei quali sono presenti, ma sono sovente anche espressamente statuiti nelle costituzioni del dopoguerra, e sono dunque diritto vigente, oltre che, più spesso, affermato o ampliato per via giurisprudenziale dalle corti costituzionali. Più in generale, aldilà di ciò che è scritto nelle costituzioni, il nucleo di immodificabilità appare ormai normativamente *percepito* come presente dalla coscienza giuridica euro-continentale attuale.

In questo fenomeno si può individuare uno dei possibili motivi del perché si sia progressivamente sentito come necessario prevedere paradigmi teorici e interpretativi che, invece, consentano un limite ‘interno’ o razionale alle decisioni delle corti costituzionali, tale da limitarne, se non annullarne, la discrezionalità ‘politica’. Ciò è necessario proprio nella misura in cui si dà un nucleo materiale di immodificabilità completa, la cui custodia è attribuita ai soli organi giurisdizionali di vertice del sistema, e che resta però di per sé estraneo al disegno (prescrittivo) kelseniano.

10. Tentativi di raccordo: linee di faglia e possibili percorsi fra passato e presente

Il tentativo di ricercare ed esporre gli elementi di continuità fra i temi del dibattito weimariano sulla custodia della costituzione e quelli caratterizzanti il tempo attuale rende necessario chiarire in via preliminare quelle che sono invece le discontinuità, sia a livello teorico che storico, fra i due momenti della storia costituzionale europea. A questo proposito, è doveroso precisare che le differenze fra ‘noi’ e ‘loro’ non solo sono presenti, ma possono a un primo sguardo apparire anche prevalenti.

Sul piano della teoria del diritto si è già più volte accennato alla mancanza di una considerazione propriamente scientifica rispetto ai principi giuridici che racchiudono valori da parte sia di Schmitt che di Kelsen, se non per indicarne la sostanziale pericolosità, in quanto concetti indeterminati atti ad aumentare a dismisura la già ampia discrezionalità interpretativa dell'interprete costituzionale. Una preoccupazione di fondo che è in realtà comune in entrambi gli autori, sebbene con esiti diversi circa la valutazione di opportunità di un controllo giurisdizionale sulle leggi, che Kelsen progetta con ogni attenzione al fine di evitare ‘spostamenti di potere’ rispetto alla centralità parlamentare. Con riguardo a Schmitt, si può aggiungere che l'idea di una decisione fondamentale racchiusa entro la costituzione di un popolo non può convivere facilmente con una comprensione pluralistica della stessa. Ciò significa che vi è in questo autore un netto sfavore nei confronti del concetto stesso di un armistizio costituzionale, così come rispetto alla possibilità di una gestione pacifica della coesistenza di valori radicalmente diversi²²⁰.

²¹⁹ Considerazione a parte merita poi la categoria dei controlimiti (a volte qualificati con l'attributo “esterni”), per il suo legarsi ai rapporti fra ordinamenti nazionali e, rispettivamente, sovranazionale-europeo e internazionale. Un'approfondita bibliografia sul tema si troverà in P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione, Principi supremi e identità costituzionale*, Milano, 2015.

²²⁰ Nel dire ciò s'intende che manca un'autonoma considerazione dei valori nel pensiero schmittiano precedente alla Seconda Guerra Mondiale, come si ricava anche dalla *Dottrina della costituzione* del 1928, dove è presente tutt'al più una trattazione dei diritti fondamentali, intesi però nel senso ‘classico’ dello Stato borghese di diritto (e inoltre ricondotti ad un'origine specificamente teologica-calvinista, seguendo l'interpretazione di Weber e Jellinek). Quando Schmitt s'interrogherà sui valori e sulla loro costituzionalizzazione in forma di principi (ma si tenga presente che la distinzione fra valori e principi non è da lui formulata), egli esprimerà poi una critica radicale, si veda C. SCHMITT, *Die Tyraneien der Werte*, Berlin, 1969, trad. it. a cura di G. Giurisatti, *La*

Insomma, ciò a cui si fa riferimento è il mutamento del contesto costituzionale intercorso nel (quasi) secolo che ci separa dagli eventi e dalle dottrine dei primi anni '30. Due grandi aspetti risaltano in modo particolare, ossia l'avvento del costituzionalismo post-bellico – dunque un dato storico in primo luogo – e, sul piano della teoria del diritto, il progressivo sviluppo di compiute teorie dei principî costituzionali. Quest'ultime variano nei loro caratteri, ma sono senz'altro diverse sia dal pensiero di Kelsen che da quello da Schmitt, nel tracciare un forte legame fra morale e diritto, prima ancora che nel recupero di una dimensione dello *ius* ulteriore rispetto alla *lex* statale²²¹.

Si tratta di fenomeni ben noti e di vastissima portata, fortemente correlati fra loro. Si può peraltro rilevare come, proprio in rapporto alle costituzioni del secondo dopoguerra, quella di Weimar rappresentasse già uno stadio intermedio e un tentativo di costituzionalizzare il pluralismo politico e sociale: dal punto di vista strutturale si trattava di una costituzione *rigida*, con un'ampia enunciazione di diritti (molti dei quali innovativi) e di principî generali. Già vi erano, insomma, sia i caratteri del compromesso che quelli dell'individuazione di una pluralità di fini che l'ordinamento si proponeva di raggiungere, superando il costituzionalismo ottocentesco.

È appunto questo aspetto di apparente somiglianza che ci permette di comprendere, da un lato, il ruolo decisivo svolto dagli eventi traumatici degli anni '30 e '40 nell'evoluzione della coscienza giuridica europea, e, dall'altro, quanto proprio l'aspetto culturale-teorico, aldilà del testo costituzionale, influisca sul modo di rapportarsi a una costituzione. Come si è visto, non solo una componente delle forze politiche e sociali tedesche, ma anche parte della dottrina giuridica del periodo non accettò mai l'idea di un armistizio costituzionale (fra questi Schmitt, non, ovviamente, Kelsen). Ancora, la riflessione sull'autonomo ruolo dei principî astratti inseriti in costituzione – se fossero da considerarsi norme programmatiche o immediatamente prescrittive e a chi spettasse di applicarli – doveva giungere a maturazione soltanto più tardi e non influire che secondariamente nel dibattito weimariano sulla giustizia costituzionale, salvo le ben note preoccupazioni su un'eccessiva discrezionalità giudiziale, motivate anche dalla giurisprudenza politica dei tribunali tedeschi.

Insomma, anche scrivendo in vigenza di una costituzione 'di transizione', rimane estranea a Kelsen come a Schmitt l'attribuzione di un'autonoma valenza nomologica alla categoria dei principî (e dunque anche a quelli considerati come 'fondamentali', e, del pari, ai diritti così qualificati), qualora li si intenda come di per sé distinti dalle regole e dalle decisioni²²². Del resto, non potrebbe essere altrimenti, già solo per il collocarsi della più parte delle riflessioni dei due autori, comprese tutte quelle in tema di giustizia costituzionale, in un periodo precedente allo spartiacque rappresentato dal 1945.

Tuttavia, sottolineare le differenze in termini di teoria del diritto non basta. Se si vuole chiarire in modo esaustivo il diverso orizzonte storico-concettuale in cui si muovevano Carl Schmitt e Hans Kelsen rispetto a quello di noi contemporanei, ci si deve anche domandare se lo stesso *pluralismo*, per come descritto da Schmitt ne *Il custode della costituzione* (ma anche come realtà oggetto delle analisi kelseniane), non sia in verità

tirannia dei valori, Milano, 2008 (3^a ed. 2013). Se la decisione fondamentale di Schmitt mantiene un elemento di immodificabilità che l'accomuna alle costruzioni dei principî fondamentali come controlimiti interni allo stesso potere di revisione costituzionale, essa tuttavia non può in realtà essere fatta coincidere con la struttura stessa dei principî per come elaborata nel dopoguerra, soprattutto perché non si presta né a bilanciamenti né a quel concetto di pluralismo a cui invece anche i principî fondamentali sono considerati fortemente legati. Peraltro, se è vero che nella dottrina di Schmitt il potere di revisione costituzionale è limitato, è il potere costituente che, invece, finisce per non poter mai essere del tutto 'disattivato'. Questo rappresenta appunto uno degli aspetti più problematici della teoria del giurista tedesco.

²²¹ In merito al passaggio dallo Stato di diritto allo Stato costituzionale di diritto post-bellico, la bibliografia sarebbe di gran lunga troppo vasta per poterla riportare. Lo stesso si può dire per quanto riguarda le teorie dei principî costituzionali di autori quali Ronald Dworkin, Robert Alexy, Carlos Santiago Nino e Gustavo Zagrebelsky. Quali testi generali di riferimento, pur consapevoli del carattere sommario della bibliografia, si rimanda a M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, cit.; M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma-Bari, 2009; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Leggi, diritto, giustizia*, Torino, 1992; ID., *La legge e la sua giustizia*, cit.; O. CHESSA, *Corte costituzionale e trasformazioni della democrazia pluralistica*, in *Diritto pubblico*, n. 3, 2004; M. BARBERIS, *Una filosofia del diritto per lo stato costituzionale*, Torino, 2018; ID., *Stato costituzionale: una genealogia concettuale*, in *Lo Stato*, n. 1, 2020, 11-26, nonché alla bibliografia riportata nei testi citati. Per la distinzione fra *lex* e *ius*, autorevolmente, P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, 2003.

²²² Rileva, comunque, come ancora oggi non si sia giunti a un'univoca definizione dei principî nella teoria giuridica R. GUASTINI, *Applicare principî costituzionali*, in *Saggi scettici sull'interpretazione*, cit., 92.

cambiato. A questo proposito, si deve distinguere l'accezione propriamente giuridico-costituzionalistica del termine pluralismo (rispetto alla quale è ad esempio possibile indicare la Costituzione italiana come una costituzione pluralista), rispetto al contesto politico e sociale in divenire (e che influisce a sua volta sulla 'situazione costituzionale' complessiva).

Rispetto alla prima accezione, com'è noto, si fa riferimento alle costituzioni storicamente nate a seguito di un compromesso o armistizio costituzionale fra portatori di interessi e valori, intesi come programmi complessivi di società, diversi tra loro. Una diversità rispecchiata dalla compresenza e pluralità di principi costituzionali necessariamente non assoluti e dunque non gerarchicamente ordinabili in modo definitivo, a riflettere la stessa rinuncia a una verità assoluta (ossia a una *prevalenza* assoluta) da parte di uno degli attori costituzionali iniziali²²³. Generalmente, si ammette che il compromesso possa dare origine, sul lungo periodo e a seconda dei contesti (e degli interpreti), a un autentico *consenso* costituzionale, ossia a un nucleo di valori comuni e diffusi, che giungono cioè a caratterizzare la collettività in quanto tale, e non più soltanto i portatori collettivi originari²²⁴.

È evidente che, in riferimento alla Costituzione di Weimar, si può già parlare di una costituzione pluralista nel senso primario di compromissoria o armistiziale, benché appaia altrettanto evidente che proprio l'armistizio in questione entrò in crisi e fu rotto molto presto, anche a limitarsi a considerarlo in una prospettiva – tipicamente kelseniana – di mero accordo procedurale sulle regole del conflitto²²⁵.

Però, nel corso di questo lavoro, si è fatto riferimento anche a una seconda accezione del termine *pluralismo*, inteso, per usare le parole di Schmitt, come “Stato pluralistico” e, ricorrentemente, “Stato pluralistico dei partiti”²²⁶.

Queste definizioni intendono cogliere un'immagine della realtà dotata di una valenza definibile a prima vista come sociologica, in quanto vi è in esse effettivamente una dimensione di analisi sociale. Peraltro, in Schmitt tale analisi rileva solo in quanto contribuisce a una teoria filosofico-politica delle forme di governo e delle loro degenerazioni, dalla quale l'autore fa poi discendere importanti conseguenze di ordine giuridico-costituzionale. Il punto, però, è che Schmitt e Kelsen sono entrambi pensatori fortemente influenzati – per

²²³ Come scrive Omar Chessa: “Che le attuali costituzioni democratiche ‘di principi’ siano originate da convenzioni concluse tra forze partitiche concorrenti in una condizione di equilibrio, quasi una sorta di ‘armistizio’ o ‘trattato di pace’, è un’acquisizione definitiva della scienza costituzionale”. O. CHESSA, *Corte costituzionale e trasformazioni della democrazia pluralistica*, cit., 880. Da parte sua, Pietro Faraguna, citando il filosofo Nicola Abbagnano ricollega il pluralismo costituzionale moderno al “riconoscimento della possibilità di soluzioni diverse per uno stesso problema, o interpretazioni diverse di una stessa realtà o concetto”, N. ABBAGNANO, *Pluralismo* (voce), in *Dizionario di Filosofia*, Torino, 2ª ed., 1995, citato in P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione*, cit., 181, nota n. 75. Si badi che è a sua volta da distinguersi il pluralismo costituzionale (‘interno’) dalle contemporanee teorie del pluralismo sistemico, fra cui, ad esempio, quelle di autori importanti come N. KRISCH, *Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford, 2010 e, su un piano internazionalistico, E. Benvenisti e G. W. Downs, *Between Fragmentation and Democracy. The Role of National and International Courts*, Cambridge, 2017. Si vedano anche i presupposti teorici elaborati da G. TEUBNER, *Verfassungsfragmente: Gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung*, Frankfurt am Main 2012, trad. ing. di G. Norbury, *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*, Oxford, 2012.

²²⁴ Anche in questo caso una bibliografia esauriente sarebbe pressoché impossibile a darsi, si fa dunque riferimento (pur nella loro diversità) ad alcuni fra i saggi e i libri che più si sono utilizzati in questo lavoro, fra i quali G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit. e G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÓ, *Giustizia costituzionale. Volume I. Storia, principi, interpretazioni*, cit., specie 41-49; O. CHESSA, *Corte costituzionale e trasformazioni della democrazia pluralistica*, cit., M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, cit. e M. DOGLIANI, I. MASSA PINTO, *Elementi di diritto costituzionale*, Torino, 2015. Proprio il passaggio dall'armistizio (o, se si vuole, compromesso) al consenso è l'aspetto che pare di più difficile individuazione e rispetto al quale si compie un superamento della concezione kelseniana della politica. Per quanto riguarda la filosofia politica, implicita in questo superamento imprescindibile resta la nozione di “consenso per intersezione” (“*overlapping consensus*”), elaborata da J. RAWLS, *Political liberalism*, New York, 1993, trad. it. di G. Rigamonti, *Liberalismo politico*, Milano, 1994. Per una prospettiva che nega si possa formare un accordo sostanziale, e rimane perciò ancorata a una visione fortemente conflittuale *interna* alla società, si veda, ad esempio, J. A. G. GRIFFITH, *The Political Constitution*, in *The Modern Law Review*, n. 1, 1979, 1-21.

²²⁵ Analizza criticamente la rottura dell'ordine weimariano e la stessa categoria della ‘costituzione armistiziale’ G. ZAGREBELSKY in G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÓ, *Giustizia costituzionale*, cit., 49-58. Critico di una forma istituzionale democratica sottoposta dalle parti sociali contraenti a una ‘clausola risolutiva’ tacita o a una sottoscrizione con riserva mentale è anche G. E. RUSCONI, *Lezioni di Weimar*, cit., 34-35.

²²⁶ C. SCHMITT, *Il custode della costituzione*, cit.

quanto riguarda la loro idea di ordine politico e di conseguenza le loro dottrine giuridiche – dalle trasformazioni della forma-Stato del loro tempo e dai sommovimenti sociali che ne sono la causa.

Sotto questo aspetto la realtà riflessa ne *Il custode della costituzione* (così come in *Essenza e valore della democrazia* per Kelsen) è quella dell'emergere di una molteplicità di corpi intermedi dalla società in via di compiuta industrializzazione, strutture organizzate che conferiscono una nuova appartenenza all'individuo entro una collettività e che, pur rimanendo formalmente 'private' (in quanto non statali), agiscono però entro la sfera pubblica, a prescindere dalla qualificazione di questo fenomeno in chiave di un progresso inevitabile (Kelsen) o di una degenerazione pericolosa (Schmitt)²²⁷. La forma del partito politico è stata senz'altro l'esempio di corpo intermedio più importante e visibile del XX secolo, ma non certo l'unico: cooperative, sindacati di lavoratori e unioni padronali, associazioni di carattere religioso (giacché anche le chiese e le strutture pre-pluralistiche nel contesto novecentesco devono farsi partito) o più genericamente culturale, l'elenco sarebbe lungo, e del resto la stessa forma del partito politico – dotato di una propria organizzazione burocratica e capace di mobilitare le masse – ha mostrato di potersi adattare alle più diverse istanze e ideologie, che esse ponessero al centro la classe, l'appartenenza religiosa o quella nazionale²²⁸.

Il fenomeno pluralistico che si trovano di fronte, e a partire dal quale ragionano, anche giuristi come Kelsen e Schmitt va inquadrato entro l'orizzonte storico che sopra si è sommariamente ricostruito. Tale ricostruzione pare molto più adeguata rispetto a quella incentrata su di un generico pluralismo fra gli individui, che peraltro entrambi gli autori ben riconoscevano²²⁹. Ora, se raffrontiamo la loro epoca con la nostra, parlare di crisi dei partiti è diventato quasi scontato: è la stessa realtà del partito di massa novecentesco a essere messa in discussione e, dunque, un pluralismo inteso principalmente come Stato dei partiti difficilmente può ancora dirsi esistente. Più in generale, è evidente la crisi di tutti i moderni corpi intermedi sovra-individuali che hanno contraddistinto il periodo precedente, il loro tendere a rarefarsi ed estinguersi, non più a moltiplicarsi, ed è infatti proprio nei termini di un processo di rottura dei legami sociali e di forte atomizzazione o individualizzazione della società che può leggersi la realtà contemporanea. Per molti versi espressioni quali "anomia", "società liquida" o "società orizzontale" paiono, pur nella loro varietà, meglio prestarsi di quella di pluralismo a spiegare il tempo presente²³⁰.

²²⁷ Si può definire concettualmente questo fenomeno nei termini di un superamento dello Stato liberale ottocentesco e del suo volersi porre direttamente in rapporto col singolo cittadino, senza intermediazioni. Un tentativo, quello dello Stato liberale monoclasse, che scontava però ancora l'esistenza residuale (specie in contesti come quello italiano, ma anche tedesco) di ampie sacche di popolazione contadina, ancora legate a modi di vivere associato pre-moderni, spiegabili nei termini di appartenenza a una comunità particolare più che a una società in senso moderno.

²²⁸ Su questi temi M. DOGLIANI, *Il partito come strumento della separazione della politica dall'economia*, in *Democrazia e Diritto*, n. 1-2, 2011, 491-503, ora anche in ID. *La ricerca dell'ordine perduto. Scritti scelti*, Bologna, 2015.

²²⁹ L'attenzione per l'individuo e per la conflittualità anche inter-individuale in Kelsen è ben nota, e si è del resto parlato di influenze psicoanalitiche dovute all'ambiente viennese di inizio secolo, Agostino Carrino scrive in merito di un'idea di 'asocialità' dell'uomo in Kelsen, A. CARRINO, *L'ordine delle norme: Stato e diritto in Hans Kelsen*, Napoli, 1984 (3ª ed. ampliata, 1992), 13. Tuttavia, anche Schmitt non ha mai inteso come davvero materialmente omogenei i singoli componenti di una collettività politica: l'unità materiale per il giurista tedesco è sì reale, ma è data dall'opposizione fondamentale al nemico, forza politica che è in grado di superare le singole partizioni sociali e anche le differenze individuali, almeno nel caso critico. In seguito, l'attenzione verso l'omogeneità diventerà prevalente, fino a giungere al biologismo del periodo nazista (un sostanzialismo naturalistico che è assente nel pensiero precedente). Ma, ancora nel confrontarsi con le teorie pluraliste di Harold Laski, nel 1927, è piuttosto evidente come Schmitt non neghi la generica diversità fra gli individui, per quanto immagini il 'politico' come forza in grado di creare unità, si veda C. SCHMITT, *Il concetto di "politico": testo del 1932 con una premessa e tre corollari*, in ID., *Le categorie del "politico"*, Bologna, 1972, 122 e ss. Per quanto riguarda il contesto di prima formazione del pensiero kelseniano, infine, non si può non notare che la potenziale differenza fra le diverse etnie che componevano l'impero austro-ungarico (ma lo stesso valeva per gli altri due grandi imperi di inizio secolo, lo zarista e l'ottomano) era tale da rendere queste realtà multi-etniche a un grado difficilmente superabile dalle moderne società europee, pur caratterizzate da importanti flussi migratori.

²³⁰ Usa il termine di "età dell'anomia" I. MASSA PINTO, *Principio di solidarietà, abuso del diritto e indefettibile necessità di un ordinamento coercitivo: appunti per una riconsiderazione della dottrina pura del diritto al tempo dell'anomia*, in Costituzionalismo.it, n. 1, 2016, ultimo accesso il 28/5/2022. L'espressione "società orizzontale" (in sostituzione della società "verticale" e gerarchica) è invece di L. M. FRIEDMAN, *The Horizontal Society*, New Haven, 1999 ed è poi fatta propria da A. CARRINO in *La costituzione come decisione*, cit.; la celebre teorizzazione della società liquida è in Z. BAUMAN, *Liquid Modernity*, Cambridge, 2000, trad. it., *Modernità liquida*, Roma-Bari, 2002. In tema di individualizzazione della società, si vedano anche U. BECK, E. BECK-GERNSHEIM, *Individualization. Institutionalized individualism and its social and political consequences*, Los

Se la distanza fra il presente e il dibattito del 1931 non può essere negata, vi sono però anche degli elementi ancora ‘utilizzabili’ che emergono dalle idee (e dagli eventi stessi) del tempo, così come alcuni possibili spunti di ricerca e collegamenti con i problemi attuali.

Un primo raccordo è naturalmente rappresentato dalla necessaria difesa della Repubblica come ordinamento costituzionale democratico. Un aspetto rispetto al quale ogni teoria di un potere di controllo appare in modo più o meno accentuato inevitabilmente funzionale²³¹. Il tema della rottura dell’ordine e, di conseguenza, dell’emergenza, è dunque fortemente legato a quello della custodia della costituzione, forse ancor di più se lo si intende come *rischio*, minaccia o *vulnus* anche solo potenziale rispetto all’ordine costituzionale, prima che come una concreta e reale rottura, sulla quale un organo giurisdizionale avrebbe probabilmente poco da dire, posto davanti al caso critico, salvo forse convalidarne la consumazione.

L’elemento più importante è però rinvenibile nell’importanza assunta dall’organo di ‘chiusura’ del sistema e dei suoi modi di funzionamento, che porta a considerare con attenzione gli spunti offerti da posizioni come quelle di Kelsen sulla ‘scomponibilità’ procedurale e funzionale sottesa a istituzioni come le corti costituzionali.

Se, come ci suggeriscono queste riflessioni, si colloca lo studio della giurisdizione entro il più ampio contesto della forma di governo, allora perdurante rilevanza assumono anche i profili di *diversità* della giustizia costituzionale, specie nei modelli accentrati di controllo sulle leggi²³². Proprio questa diversità, declinabile anche nei termini di una ‘politicità’ degli organi di giustizia costituzionale, e le questioni a essa ricollegate, sono stati tutti aspetti di primaria importanza nel dibattito fra Kelsen e Schmitt e paiono ancora rilevanti anche rispetto allo studio della giustizia costituzionale contemporanea. A maggior ragione proprio nella misura in cui oggi essa si colloca, per ragioni teoriche e storiche, come organo di ‘chiusura’ del sistema giuridico e di difesa di dei principi supremi materialmente intesi e interpretabili con ampia discrezionalità da parte del loro custode²³³.

Angeles, 2001. Sulla crisi dei partiti, si vedano invece M. REVELLI, *Finale di partito*, Torino, 2013; P. MAIR, *Ruling The Void: The Hollowing Of Western Democracy*, New York and London, 2013, trad. it. di S. Mannelli, *Governare il vuoto. La fine della democrazia dei partiti*, Catanzaro, 2016. La consapevolezza della crisi è però risalente, si veda già D. ZOLO, *Il principato democratico: per una teoria realistica della democrazia*, Milano, 1992, specie 142-154.

²³¹ Su questa primaria funzione della giustizia costituzionale, E.W. BÖCKENFÖRDE, *Giurisdizione costituzionale. Questioni strutturali, organizzazione, legittimazione*, cit., 626-632.

²³² Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE scrive di una natura particolare della giustizia costituzionale, che si manifesta in una significativa diversità dalla giurisdizione ordinaria, in quanto compete alla giustizia costituzionale regolarizzare e stabilizzare il processo politico, cosa che però non può che attrarla entro il “campo gravitazionale” del politico, schmittianamente inteso come il campo delle associazioni e delle dissociazioni. E.W. BÖCKENFÖRDE, *Giurisdizione costituzionale. Questioni strutturali, organizzazione, legittimazione*, cit., 633-637, 642-643. Non sarà inutile ricordare l’influenza del pensiero di Carl Schmitt su Böckenförde (pur se declinata in termini di sicura adesione allo Stato costituzionale di diritto), pensatore che ha contribuito alla diffusione di alcuni assunti schmittiani, pur se attenuati, nella Germania post-bellica.

²³³ Al riguardo, Böckenförde si mostra ad esempio particolarmente sensibile al rischio che il custode della costituzione divenga il “padrone della costituzione”, Ivi, 641, 659 e nega nettamente l’esistenza di canoni condivisi d’interpretazione costituzionale, Ivi, 638-641. Interessante anche che proprio questo autore, fra l’altro ex giudice costituzionale, dedichi notevole attenzione ai problemi dell’organizzazione e della scelta dei giudici costituzionali, anche in un’ottica comparata e ricollegando il tema a quello della legittimazione della giustizia costituzionale, Ivi, 196-200, ma anche *Biographisches Interview von Dieter Gosewinkel*, in *Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht. Aufsätze von Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Suhrkamp, Berlin, 2011, trad. ing. parziale a cura di M. Künkler e T. Stein, *Biographical Interview with Ernst-Wolfgang Böckenförde*, in ID., *Constitutional and Political Theory. Selected Writings*, Vol. I, New York, 2017, 396 (sulla nomina parlamentare-partitica dei giudici in Germania), 400 (sul confronto fra Germania e USA, visti come un modello più procedurale ed esplicitamente politico di giustizia costituzionale). In Italia, fra gli altri, la preoccupazione circa il diventare le corti costituzionali una specie di potere costituente permanente emerge anche, sebbene da una prospettiva molto diversa da quella di Böckenförde, in A. RUGGERI, *Alla ricerca*, cit., 20 e ss.

Marina Roma**La Corte costituzionale su reddito di cittadinanza e reddito di inclusione
*Bisogni primari degli individui e limite delle risorse disponibili****

ABSTRACT: *With judgments no. 19/2022 and 34/2022, the Constitutional Court ruled on the questions of constitutionality of the provisions on the eligibility requirements to access the citizenship income and the inclusion income.*

The Court has the opportunity to mention its previous case-law, but at the same time to focus on the above-mentioned instruments.

In the background - and expressly mentioned in judgment no. 19/2022 - is the issue of the lack of financial resources to cover the assistance measures in question.

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Strumenti diversi, fattispecie sovrapponibili – 3. Precedenti consolidati e nuovi strumenti – 4. Integrazione *per* il lavoro o *tramite* il lavoro? – 5. (Non tanto) tra le righe, le motivazioni finanziarie: livelli essenziali delle prestazioni e limite delle risorse disponibili.

1. Introduzione

Con le [sentenze nn. 19/2022](#) e [34/2022](#), la Corte costituzionale si è pronunciata sulle questioni di legittimità costituzionale delle disposizioni disciplinanti i requisiti di accesso a due strumenti assistenziali per molti versi sovrapponibili¹.

I giudizi *a quibus* sono analoghi: due cittadine straniere vedono rigettarsi la domanda di accesso rispettivamente al reddito di cittadinanza e al reddito di inclusione, per carenza del permesso di soggiorno di lungo periodo, ed impugnano il rifiuto, denunciando il carattere discriminatorio del requisito richiesto.

La vicenda offre l'occasione alla Corte di tornare su alcuni suoi precedenti consolidati, ma al contempo di soffermarsi sugli strumenti di contrasto alla povertà introdotti nel 2017 e nel 2019, individuandone la *ratio* e, con essa, il relativo inquadramento sistematico. L'argomentazione disvela un adattamento della motivazione della (di poco precedente) [sentenza n. 50/2019](#), con al centro la distinzione tra le due macro-categorie, da una parte, degli interventi a tutela dei bisogni primari dell'individuo e, dall'altra, delle altre provvidenze assistenziali.

Il reddito di cittadinanza e il reddito di inclusione farebbero parte di tale seconda macro-categoria, sicché – rientrando nella sfera discrezionale del legislatore l'individuazione di eventuali limitazioni all'accesso – non apparirebbe irrazionale, secondo la Corte, che tra i requisiti per ottenerne l'erogazione vi sia il possesso del permesso di soggiorno di lungo periodo. Tali strumenti sarebbero, infatti, focalizzati a garantire l'ingresso (o al re-ingresso) nel mondo del lavoro, che, sempre a voler seguire il ragionamento della Consulta, presupporrebbe – ed è questo il passaggio che desta maggiori interrogativi – la già avvenuta integrazione del beneficiario nella società.

Sullo sfondo – ed espressamente menzionato nella [sentenza n. 19/2022](#) – è il tema della limitatezza delle risorse finanziarie da destinare a copertura degli interventi assistenziali in questione.

2. Strumenti diversi, fattispecie sovrapponibili

Prima di addentrarsi nell'esame delle sentenze, è utile, qui, fare un rapido inquadramento di tali strumenti, che (come si vedrà) prevedono una platea di beneficiari e meccanismi di funzionamento leggermente differenti.



¹ Entrambe promosse da Tribunale di Bergamo, rispettivamente, con ord. 10 luglio 2020, iscritta al n. 180 del registro ordinanze 2020 e con ord. 29 gennaio 2021, iscritta al n. 113 del registro ordinanze 2021.

Il reddito di cittadinanza è stato istituito dal d.l. 28 gennaio 2019, n. 4, conv., con modif., nella l. 28 marzo 2019, n. 26 come una «*misura fondamentale di politica attiva del lavoro a garanzia del diritto al lavoro, di contrasto alla povertà, alla disuguaglianza e all'esclusione sociale, nonché diretta a favorire il diritto all'informazione, all'istruzione, alla formazione e alla cultura attraverso politiche volte al sostegno economico e all'inserimento sociale dei soggetti a rischio di emarginazione nella società e nel mondo del lavoro*» (art. 1, comma 1, primo periodo). Esso è qualificato, per espressa previsione del sopracitato decreto legge, quale «*livello essenziale delle prestazioni nei limiti delle risorse disponibili*» (art. 1, comma 1, secondo periodo). Quali beneficiari sono indicati i nuclei familiari in possesso cumulativamente, sia al momento della presentazione della domanda che per tutta la durata dell'erogazione del beneficio, di una serie di requisiti di cittadinanza, residenza e soggiorno e di una serie di requisiti reddituali e patrimoniali (art. 2). Con riguardo alla prima categoria di requisiti è previsto che possano accedere alla misura non solo i cittadini italiani o dell'Unione, ma i soggetti residenti in Italia per almeno 10 anni, di cui gli ultimi due, considerati al momento della presentazione della domanda e per tutta la durata dell'erogazione del beneficio, in modo continuativo².

L'erogazione del beneficio economico è condizionata alla «*dichiarazione di immediata disponibilità al lavoro*» da parte dei componenti il nucleo familiare maggiorenni, nonché all'adesione ad un «*percorso personalizzato di accompagnamento all'inserimento lavorativo e all'inclusione sociale*» con attività al servizio della comunità, di riqualificazione professionale, di completamento degli studi, nonché altri impegni finalizzati all'inserimento nel mercato del lavoro e all'inclusione sociale. A tal riguardo, i beneficiari devono, altresì, registrarsi sulla piattaforma prevista dal decreto per svolgere ricerca attiva del lavoro, finalizzata sostenere i relativi colloqui; si prevede l'obbligo di accettare almeno una di due offerte «*congrue*», essendo «*congrua*» principalmente con riferimento alla distanza dalla residenza e agli altri criteri indicati nella disposizione stessa (cfr. art. 4)³.

Misura sostanzialmente analoga era il reddito di inclusione – sostituito proprio dal reddito di cittadinanza – previsto dal d.lgs. 15 settembre 2017, n. 147 (emanato in base alla legge di delega 15 marzo 2017, n. 33), «*quale misura unica a livello nazionale di contrasto alla povertà e all'esclusione sociale*», «*condizionata alla prova dei mezzi e all'adesione a un progetto personalizzato di attivazione e di inclusione sociale e lavorativa finalizzato all'affrancamento dalla condizione di povertà*» e che costituisce «*livello essenziale delle prestazioni*» (cfr. art. 1). Il reddito di inclusione, che includeva un beneficio economico e una componente di servizi alla persona, era destinato ai nuclei familiari che risultano, al momento della presentazione della richiesta e per tutta la durata dell'erogazione del beneficio, in possesso di determinati requisiti di residenza e di soggiorno e

² A norma della medesima disposizione, i requisiti reddituali e patrimoniali sono da riferirsi al nucleo familiare, che deve possedere un valore dell'Indicatore della situazione economica equivalente (ISEE) inferiore a 9.360 euro e un valore del patrimonio immobiliare, in Italia e all'estero, sempre come definito a fini ISEE, diverso dalla casa di abitazione, non superiore ad una soglia di euro 30.000. Sono, poi, previsti dei valori del patrimonio mobiliare maggiori, parametrati al numero di componenti familiari. Quanto al godimento di beni durevoli, si prevede che nessun componente del nucleo familiare debba essere intestatario a qualunque titolo o avente piena disponibilità di autoveicoli immatricolati la prima volta nei sei mesi antecedenti la richiesta, ovvero di autoveicoli di cilindrata superiore a 1.600 cc o motoveicoli di cilindrata superiore a 250 cc, immatricolati la prima volta nei due anni antecedenti, esclusi gli autoveicoli e i motoveicoli per cui è prevista una agevolazione fiscale in favore delle persone con disabilità ai sensi della disciplina vigente; o di navi e imbarcazioni da diporto. Il richiedente il beneficio, infine, non deve essere sottoposto a misura cautelare personale, anche adottata a seguito di convalida dell'arresto o del fermo, o aver subito condanne definitive, intervenute nei dieci anni precedenti la richiesta, per uno dei reati indicati nel decreto legge stesso.

³ La congruità dell'offerta di lavoro è definita anche con riferimento al numero di offerte rifiutate, essendo «*congrua*» un'offerta: a) entro ottanta chilometri di distanza dalla residenza del beneficiario o comunque raggiungibile nel limite temporale massimo di cento minuti con i mezzi di trasporto pubblici, se si tratta di prima offerta, ovvero, ovunque collocata nel territorio italiano se si tratta di seconda offerta; b) in caso di rapporto di lavoro a tempo determinato o a tempo parziale, quando il luogo di lavoro non dista più di ottanta chilometri di distanza dalla residenza del beneficiario o è comunque raggiungibile nel limite temporale massimo di cento minuti con i mezzi di trasporto pubblici, in caso sia di prima sia di seconda offerta; etc.

reddituale, più bassi rispetto al reddito di cittadinanza (cfr. art. 3). Similmente a quanto previsto per il reddito di cittadinanza, con riguardo alla prima tipologia di requisiti, era necessario che il richiedente fosse cittadino dell'Unione o suo familiare che fosse titolare del diritto di soggiorno o del diritto di soggiorno permanente, ovvero cittadino di paesi terzi in possesso del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo o residente in Italia, in via continuativa, da almeno due anni al momento di presentazione della domanda⁴.

Anche con riferimento a tale misura, era previsto che si svolgesse una valutazione multidimensionale volta ad identificare i bisogni del nucleo familiare e dei suoi componenti, tenendo in considerazione le risorse e i fattori di vulnerabilità, nonché i fattori ambientali e di sostegno presenti (cfr. art. 5). Successivamente a tale valutazione, avrebbe dovuto essere redatto un progetto personalizzato, per la sottoscrizione da parte di tutti i componenti del nucleo familiare, che individuasse, sulla base dei fabbisogni del nucleo familiare come emersi nell'ambito della valutazione multidimensionale, (i) gli obiettivi generali e i risultati specifici da raggiungere in un percorso volto al superamento della condizione di povertà, all'inserimento o reinserimento lavorativo e all'inclusione sociale; (ii) i sostegni, in termini di specifici interventi e servizi, di cui il nucleo necessita, oltre al beneficio economico; (iii) degli impegni a svolgere specifiche attività, a cui il beneficio economico era condizionato, da parte dei componenti il nucleo familiare (cfr. art. 6). Pur non così specificamente orientato all'ingresso (o al re-ingresso) nel mondo del lavoro come il reddito di cittadinanza, anche il reddito di inclusione era, dunque, condizionato al rispetto di un progetto di reinserimento sociale.

In entrambe le fattispecie, secondo il Tribunale rimettente, l'unico punto controverso sarebbe stato quello relativo alla titolarità, da parte della ricorrente, del permesso di soggiorno di lungo periodo, mentre non sarebbe stato contestato il possesso di tutti gli altri requisiti per accedere al reddito di cittadinanza.

Con argomentazioni sostanzialmente identiche, il giudice *a quo*, ha rilevato come entrambi in contributi fossero da qualificarsi quali «*livello essenziale delle prestazioni*» e finalizzati al contrasto alla povertà, sostenendo che l'esclusione degli stranieri non in possesso del permesso di soggiorno di lungo periodo non solo sarebbe stata irragionevole e, pertanto, in contrasto con l'art. 3 Cost., ma avrebbe impedito anche il soddisfacimento di bisogni primari, ponendosi così in violazione anche delle disposizioni costituzionali a tutela della famiglia e dell'art. 14 CEDU.

3. *Precedenti consolidati e nuovi strumenti*

La Corte costituzionale motivato il rigetto delle due domande, seguendo il medesimo percorso argomentativo ed anzi richiamando espressamente, nella [sentenza n. 34/2022](#), il suo appena formulato precedente [n. 19/2022](#).

Con riguardo al reddito di cittadinanza, la Corte, dapprima, osserva che il beneficio «*pur presentando anche tratti propri di una misura di contrasto alla povertà, non si risolve in una provvidenza assistenziale diretta a soddisfare un bisogno primario dell'individuo, ma persegue*

⁴ Anche nel caso del reddito di inclusione la condizione economica è valutata con riferimento al nucleo familiare del richiedente, che deve essere in possesso congiuntamente di: 1) un valore dell'ISEE, in corso di validità, non superiore ad euro 6.000; 2) un valore dell'ISRE non superiore ad euro 3.000; 3) un valore del patrimonio immobiliare, diverso dalla casa di abitazione, non superiore ad euro 20.000;

4) un valore del patrimonio mobiliare, non superiore ad una soglia di euro 6.000, accresciuta di euro 2.000 per ogni componente il nucleo familiare successivo al primo, fino ad un massimo di euro 10.000;

5) un valore non superiore alle soglie di cui ai numeri 1 e 2 relativamente all'ISEE e all'ISRE riferiti ad una situazione economica aggiornata nei casi e secondo le modalità di cui agli articoli 10 e 11;

Sono previste regole analoghe a quelle stabilite per il reddito di cittadinanza con riguardo al godimento di beni durevoli.

diversi e più articolati obiettivi di politica attiva del lavoro e di integrazione sociale», e che «[a] tale sua prevalente connotazione si collegano coerentemente la temporaneità della prestazione e il suo carattere condizionale, cioè la necessità che ad essa si accompagnino precisi impegni dei destinatari», il cui inadempimento implica la decadenza dal beneficio.

Le differenze tra reddito di inclusione e reddito di cittadinanza – che, per espressa ammissione della Corte, si connoterebbe per *«una più spiccata finalizzazione all’inserimento lavorativo»*, oltre che per un maggior peso degli impegni in capo ai beneficiari e una più alta soglia economica d’accesso – non prevarrebbero sui caratteri comuni alle due misure ed alla base della dichiarazione di non fondatezza delle questioni sollevate.

La Corte non si sofferma, infatti, sugli aspetti definitivi, quanto, piuttosto, con riguardo al reddito di cittadinanza, sui meccanismi di condizionalità, e, con riguardo al reddito di inclusione, sulla necessaria adesione al progetto personalizzato unito alla natura non prettamente economica del beneficio, per dichiarare non fondate le questioni sollevate in riferimento agli artt. 2, 3 e 38 Cost. Ha cura, però di ribadire, in entrambi i casi, l’inciso per cui *«[l]a conclusione di non fondatezza così raggiunta non esclude che resta compito della Repubblica, in attuazione dei principi costituzionali di cui agli artt. 2, 3 e 38, primo comma, Cost., garantire, apprestando le necessarie misure, il diritto di ogni individuo alla “sopravvivenza dignitosa” e al “minimo vitale”»*.

Parimenti non fondate vengono dichiarate le questioni sollevate per violazione dell’art. 117, primo comma, Cost., in relazione all’art. 14 CEDU. La Corte si rifà anche qui, ad una sua precedente sentenza, la [n. 187/2010](#), in cui aveva dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale formulate con riferimento all’art. 80, comma 19, della legge n. 388 del 2000, laddove si subordinava l’accesso all’assegno sociale al possesso della carta di soggiorno. Con riferimento a tale censura – sempre riprendendo il precedente – si rileva che: *«[c]iò che dunque assume valore dirimente» è «accertare se, alla luce della configurazione normativa e della funzione sociale che è chiamato a svolgere nel sistema, lo specifico “assegno” che viene qui in discorso integri o meno un rimedio destinato a consentire il concreto soddisfacimento dei “bisogni primari” inerenti alla stessa sfera di tutela della persona umana, che è compito della Repubblica promuovere e salvaguardare; rimedio costitutivo, dunque, un diritto fondamentale perché garanzia per la stessa sopravvivenza del soggetto»*.

La funzione assume, dunque, valore qualificante, per cui, ove si tratti di una provvidenza destinata a far fronte al sostentamento della persona, qualsiasi discriminazione tra cittadini e stranieri regolarmente soggiornanti nel territorio dello Stato, fondato su requisiti diversi dalle condizioni soggettive, finirebbe per risultare in contrasto con la Carta costituzionale; specularmente, qualora il beneficio persegua più ampi obiettivi di inclusione sociale e lavorativa, tale contrasto non vi sarebbe.

Vengono, infine, dichiarate infondate anche le questioni sollevate con riferimento all’art. 3, primo comma Cost., per cui, anche qualora si qualificassero le prestazioni come esterne *«al nucleo dei bisogni essenziali»* della persona, il requisito del permesso di soggiorno di lungo periodo sarebbe comunque costituzionalmente illegittimo per l’assenza di una ragionevole correlazione con le situazioni di bisogno in vista delle quali la prestazione è prevista. In maniera piuttosto *tranchant* la Corte ritiene che il raffronto tra il requisito e le finalità perseguite dalle misure non conduca a conclusioni di irragionevolezza della scelta operata dal legislatore, nell’esercizio della sua discrezionalità, poiché il permesso di soggiorno di lungo periodo è concesso qualora ricorra una serie di presupposti che testimoniano della relativa stabilità della presenza sul territorio, e il suo regime si colloca nella logica di una ragionevole prospettiva di integrazione del destinatario nella comunità ospitante⁵. Ciò precisato, la ragionevole correlazione tra il requisito fissato dalla norma censurata e

⁵ Più precisamente, in base all’art. 9, commi 1 e 2-bis, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione dello straniero), esso può essere chiesto in presenza di quattro requisiti: a) «possesso, da almeno cinque anni, di un permesso di soggiorno in corso di validità»; b) «disponibilità di un reddito non inferiore all’importo annuo dell’assegno sociale»; c) «alloggio idoneo»; d) «superamento, da parte del richiedente, di un test di conoscenza della lingua italiana». Il permesso è a tempo indeterminato

la *ratio* delle due provvidenze discenderebbe dalla circostanza, richiamata in più parti, che esse non si risolverebbero in un mero sussidio economico, ma comporterebbero anche l'assunzione di precisi impegni dei beneficiari, diretta ad immettere il nucleo familiare beneficiario in un «*percorso volto al superamento della condizione di povertà, all'inserimento o reinserimento lavorativo e all'inclusione sociale*» (così nella [sentenza n. 34/2022](#)).

4. Integrazione per il lavoro o tramite il lavoro?

L'argomentazione appena ripresa impone un immediato confronto con le precedenti [sentenze nn. 329/2011](#) e [50/2019](#), richiamate anche dalle sentenze qui in commento.

La prima atteneva alla legittimità costituzionale della normativa sull'indennità di frequenza per i minori invalidi, nella parte in cui subordinava l'erogazione di tale indennità alla titolarità della carta di soggiorno⁶. In tal sede, la Corte, rifacendosi ai principi posti a base della [sentenza n. 187 del 2010](#) (ripresa anche dal giudice *a quo* nella [sentenza n. 19/2022](#)), aveva evidenziato come la provvidenza in questione rappresentasse un'erogazione destinata, non già ad integrare il minor reddito in relazione alle condizioni soggettive e alle diminuite capacità di guadagno, ma a fornire un sostentamento: «*in linea, evidentemente, con i principi di inderogabile solidarietà sociale [...] che non ammettono distinzioni di sorta in dipendenza di qualsiasi tipo di qualità o posizione soggettiva e, dunque, anche in ragione del diverso status di cittadino o di straniero*». L'indennità di frequenza – destinata a soddisfare non solo i bisogni connesso alla perdita o diminuzione della capacità di guadagno, ma anche esigenze formative e di assistenza – avrebbe potuto, quindi, iscriversi nel novero delle provvidenze “polifunzionali”, sicché il condizionamento, rappresentato dalla titolarità della carta di soggiorno, avrebbe finito per determinare, per un periodo minimo di cinque anni (i.e. il periodo necessario al rilascio della carta), una vanificazione della misura, incompatibile non soltanto con le esigenze di “effettività” e di soddisfacimento, che i diritti fondamentali naturalmente presuppongono, ma anche con la stessa specifica funzione della indennità di frequenza⁷.

Più recente è la [sentenza n. 50/2019](#), che ha statuito sulla legittimità costituzionale della legge 23 dicembre 2000, n. 388 (legge finanziaria 2001), nella parte in cui questa subordinava il diritto a percepire l'assegno sociale, per gli stranieri extracomunitari, alla titolarità della carta di soggiorno, ossia il corrispondente dell'attuale permesso di soggiorno europeo per soggiornanti di lungo periodo⁸.

In tale contesto, rifacendosi a quanto statuito dalla ancora precedente [sentenza n. 222/2013](#)⁹, la Corte aveva già affermato (come nelle pronunce in commento) come il legislatore possa legittimamente riservare talune prestazioni assistenziali ai soli cittadini e alle persone ad essi

(art. 9, comma 2, t.u. immigrazione) e fra le cause della sua revoca non è prevista la perdita dei requisiti di cui sopra (cioè, del reddito e dell'alloggio idoneo).

⁶ In particolare, la Corte era stata chiamata a giudicare la legittimità costituzionale del coordinato disposto degli articoli 1 della legge 11 ottobre 1990, n. 289 (Modifiche alla disciplina delle indennità di accompagnamento di cui alla legge 21 novembre 1988, n. 508, recante norme integrative in materia di assistenza economica agli invalidi civili, ai ciechi civili ed ai sordomuti e istituzione di un'indennità di frequenza per i minori invalidi) e 80, comma 19, della legge 23 dicembre 2000, n. 388 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2001).

⁷ La Corte richiama i suoi precedenti n. 306/2008, in tema di indennità di accompagnamento, n. 11/2009 in tema di pensione di inabilità, e n. 187/2010, con la quale era stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 80, comma 19, nella parte in cui subordinava al requisito della titolarità della carta di soggiorno la concessione agli stranieri legalmente soggiornanti nel territorio dello Stato dell'assegno mensile di invalidità.

⁸ Per commenti alla sentenza, F. PIZZOLATO, *La “social card” all'esame della Corte Costituzionale*, in *Rivista del diritto e della sicurezza sociale*, a. XX, n. 2, 2010, 349-359; E. LONGO, *I diritti sociali al tempo della crisi. La Consulta salva la social card e ne ricava un nuovo titolo di competenza statale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, Vol. 55, n. 1, 2010, 164-182.

⁹ La sentenza riguardava gli articoli 2, 3, 5, 6, comma 1, 7, 8, comma 2, e 9 della legge della Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia 30 novembre 2011, n. 16 (Disposizioni di modifica della normativa regionale in materia di accesso alle prestazioni sociali e di personale).

equiparate soggiornanti in Italia, «*il cui status vale di per sé a generare un adeguato nesso tra la partecipazione alla organizzazione politica, economica e sociale della Repubblica, e l'erogazione della provvidenza*». Secondo la Corte, cittadini italiani e comunitari, da un lato, e cittadini extracomunitari, dall'altro, avrebbero dovrebbero essere considerati egualmente nell'accesso all'assistenza sociale solo con riguardo a servizi e prestazioni afferenti soddisfazione di «*un bisogno primario dell'individuo*», che non tollerebbe «*un distinguo correlato al radicamento territoriale*». Non era stato ritenuto, pertanto, discriminatorio richiedere il permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo quale presupposto per godere di una provvidenza economica – l'assegno sociale appunto – rivolto ai soggetti che avevano compiuto 65 anni e che «*alle soglie dell'uscita dal mondo del lavoro*» per fornire un sostegno, o meglio un «*corrispettivo solidaristico per quanto doverosamente offerto al progresso materiale o spirituale della società*» da parte della collettività nella quale tali soggetti avevano operato.

Anche alla luce dei due precedenti appena citati, il ragionamento della Corte nelle pronunce qui in commento si espone, allora, ad almeno due criticità.

Nel confronto con la [pronuncia n. 329/2011](#) – per cui, per provvidenze c.d. “polifunzionali”, andrebbe garantita un'eguaglianza assoluta tra cittadini e stranieri – non si comprende perché al reddito di cittadinanza e al reddito di inclusione – che, per stessa ammissione della Corte, non si “risolvono” in meri strumenti di assistenza sociale – non sia stata riconosciuta tale qualificazione. Se gli strumenti *de quibus* sono innegabilmente finalizzati all'inclusione nel mondo del lavoro del beneficiario, d'altro canto, non si può negare come tali strumenti realizzino lo scopo (espressamente dichiarato) di garantire proprio il sostentamento dell'individuo nel periodo antecedente l'accettazione di una nuova occupazione, per il reddito di cittadinanza, o la messa in atto del progetto personalizzato, per il reddito di inclusione.

Ma gli elementi di criticità paiono ancor più evidenti nel confronto con la [pronuncia n. 50/2019](#). La differenza tra lo strumento dell'assegno sociale, destinato a chi esce dal mondo del lavoro, è apprezzabile con il reddito di inclusione, ma diviene a dir poco lampante con il reddito di cittadinanza, essendo soprattutto quest'ultimo strumento precipuamente finalizzato all'*inserimento* nel mondo del lavoro, non certo a garantire una sorta di ricompensa al soggetto che ne esce.

Problematico è, poi, l'assunto per cui l'inserimento o il re-inserimento nel mondo del lavoro costituirebbe necessariamente un passaggio, logico o fattuale, successivo all'integrazione del soggetto nella società. Più in linea con il dato costituzionale, per cui la Repubblica è «*fondata sul lavoro*», sarebbe considerare proprio il lavoro lo strumento di integrazione per eccellenza, permettendo allo straniero di contribuire «*al progresso materiale o spirituale della società*». Considerazioni analoghe sono riportate, peraltro, anche nella [sentenza n. 196/2021](#), sempre attinente il reddito di inclusione, nella parte in cui si dà atto delle osservazioni del giudice *a quo*, secondo il quale il condizionamento al progetto di inclusione e, dunque, la garanzia connessa al suo radicamento territoriale riguarderebbero il futuro della prestazione, sicché sarebbe incoerente dare rilievo al radicamento passato¹⁰.

Devono, infine, rilevarsi le criticità – su cui la Corte sorvola – connesse all'ancoraggio di simili strumenti al possesso del permesso di soggiorno di lungo periodo, atteso che quest'ultimo spesse volte non viene rilasciato anche ad alcuni soggetti, che risiedono nel territorio italiano da lungo tempo. Basti fare riferimento ai casi di cui ai giudizi *a quibus*: la fattispecie di cui alla prima sentenza riguardava, infatti, L.E., cittadina nigeriana, in Italia sin dal 1996 e titolare dal 12 gennaio 2017 di un permesso di soggiorno per “attesa occupazione”, in attesa di rinnovo; quella di cui alla seconda sentenza J.C.C., cittadina boliviana soggiornante in Italia dal 2010.

¹⁰ La sentenza si conclude con una dichiarazione di inammissibilità, in quanto il giudice *a quo* avrebbe omesso di argomentare sulla permanente applicabilità della norma censurata nei giudizi pendenti, nonostante l'abrogazione; oltre che non aver preso in considerazione la norma transitoria contenuta nell'art. 13, comma 1, del d.l. n. 4 del 2019 e la sua specifica portata in relazione al caso oggetto del suo giudizio, come invece sarebbe stato necessario per dare conto della rilevanza della questione. Sempre ad una dichiarazione di inammissibilità si era pervenuti nella sentenza n. 146/2020.

Il tema di fondo diviene, allora, quello trattato anche nel [precedente n. 50/2019](#), ossia quello della limitatezza delle risorse disponibili, per cui «*al di là del confine invalicabile*» delle prestazioni attinenti alla tutela dei bisogni primari dell'individuo, rientra nella discrezionalità del legislatore graduare con criteri restrittivi o addirittura escludere l'accesso a determinate previdenze.

5. *(Non tanto) tra le righe, le motivazioni finanziarie: livelli essenziali delle prestazioni e limite delle risorse disponibili*

La questione è evocata espressamente nella [sentenza n. 19/2022](#). Senza alcuna sollecitazione al riguardo da parte della Presidenza del Consiglio e dell'INPS, la Corte si sofferma sull'art. 12 del decreto censurato, non menzionato dal giudice *a quo*, afferente alle disposizioni finanziarie per l'attuazione del reddito di cittadinanza, che fissava il limite legislativo di spesa a 5.907 milioni di euro per il 2019, 7.167 milioni per il 2020, di 7.391 milioni per il 2021 e di 7.246 milioni annui a decorrere dal 2022. La Corte evidenzia, altresì, come tale autorizzazione di spesa sia stata già incrementata in maniera considerevole per gli anni a venire.

Non bisogna, qui, dimenticare la tensione che lo sfioramento dei vincoli di bilancio programmato per il 2020, proprio in ragione di strumenti “costosi” come il reddito di cittadinanza, ha prodotto tra il Governo italiano e la Commissione europea. Il ritardo accumulato nell'approvazione di bilancio, proprio in ragione di tali interlocuzioni, è stato in tale circostanza talmente ampio da sfociare nell'iniziativa di un gruppo di parlamentari di minoranza rivoltosi alla Corte costituzionale, con il dichiarato intento di «*ristabilire il corretto esercizio delle competenze costituzionalmente attribuite con riferimento al procedimento legislativo disegnato dall'art. 72 Cost. e soprattutto, con specifico riferimento alla legge di bilancio, dall'art. 81 Cost. e dall'art. 97, comma 1, Cost.*».¹¹ La vicenda costituisce un *unicum* non solo nel panorama delle pronunce della Corte, ma anche nelle prassi applicative del *Two-pack* con riferimento alla verifica dei *draft budgetary plans* degli Stati da parte della Commissione: con la lettera del 22 ottobre 2019, da cui prendeva via il lungo *iter* di rimbalzi tra Bruxelles e Roma che ha poi portato all'approvazione del bilancio *in extremis* di cui si è detto, infatti, per la prima volta la Commissione evidenziava una «*inosservanza particolarmente grave*» degli impegni assunti dal nostro Paese.¹²

¹¹ Il giudizio (come noto) si è concluso con un'ordinanza di inammissibilità. Per i commenti alla pronuncia, tra i tanti, A. CONTIERI, *Un monito inedito al Senato nell'ordinanza n. 17/2019*, in [federalismi.it](#), 20 febbraio 2019; RENZO DICKMANN, *La Corte dichiara inammissibile il conflitto di attribuzioni contro il testo della legge di bilancio 2019-21 approvato dal Senato e ribadisce che i singoli parlamentari sono poteri dello Stato*, in [federalismi.it](#), 20 febbraio 2019; S. LIETO, *Conflitto tra poteri e «soglia di evidenza»*. Notazioni a margine dell'ordinanza n. 17 del 2019, in *Rivista AIC*, 1/2019; A. LUCARELLI, *La violazione del procedimento legislativo “costituzionale” è una violazione grave e manifesta?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2019; N. LUPO, *I maxi-emendamenti e la Corte costituzionale (dopo l'ordinanza n. 17 del 2019)*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 1/2019; N. LUPO, *Un'ordinanza compromissoria, ma che pone le basi per un procedimento legislativo più rispettoso della Costituzione*, in [federalismi.it](#), 20 febbraio 2019; A. MANZELLA, *L'opposizione in regime di parlamentarismo assoluto*, in [federalismi.it](#), 20 febbraio 2019; G. MOBILIO, *La Corte costituzionale e la difficile ricerca di bilanciamenti nel procedimento di approvazione della legge di bilancio. Considerazioni a margine della ord. n. 17/2019*, in [Osservatorio sulle fonti](#); A. MORRONE, *Lucciole per lanterne. La n. 17/2019 e la terra promessa di quote di potere per il singolo parlamentare*, in [federalismi.it](#), 20 febbraio 2019; V. ONIDA, *La Corte e i conflitti interni al Parlamento: l'ordinanza n. 17 del 2019*, in [federalismi.it](#), 20 febbraio 2019; A. RUGGERI, *Il parlamentare e il suo riconoscimento quale “potere dello Stato” solo ... virtuale o in astratto (Nota minima a Corte costituzionale n. 17 del 2019)*, in questa [Rivista](#), 11 febbraio 2019; F. SORRENTINO, *La legge di bilancio tra Governo e Corte costituzionale: il Parlamento approva a scatola chiusa*, in [federalismi.it](#), 4, 2019.

¹² Sull'*iter* di approvazione della legge di bilancio per l'esercizio finanziario 2019, si vedano G. DI COSIMO, *Approvazione del bilancio: cambiano le maggioranze, ma non le procedure*, in [lacostituzione.info](#), 27 dicembre, 2019; F. SORRENTINO, *La legge di bilancio tra Governo e Corte costituzionale: il Parlamento approva a scatola chiusa*, in [federalismi.it](#), 4, 2019.

Nelle sentenze in commento, la Corte pare ancora sensibile a quanto avvenuto in tale situazione, tentando di individuare un limite al potere di spesa del legislatore. Il ragionamento allora è chiaro: qualora una prestazione attenga ai diritti fondamentali degli individui (non dei cittadini o dei residenti di lungo periodo, si badi), tale prestazione *deve* essere garantita dallo Stato, sicché l'individuazione di eventuali limiti di accesso, anche in ragione del limite delle risorse disponibili, sarebbe costituzionalmente illegittima. Nel caso in cui, d'altro canto, la prestazione si ponga al di fuori di quel nucleo minimo di diritti, allora il legislatore potrà legittimamente – e secondo lo scopo della prestazione stessa – individuare alcuni requisiti per l'accesso, bilanciando *ratio* della misura in questione e limite di spesa. Resta compito della Corte costituzionale valutare l'aderenza, anzitutto al principio di ragionevolezza di tali requisiti.

Nulla di nuovo, trattandosi di un ragionamento in linea con altre pronunce in cui la Corte si è trovata a dover affrontare il tema della naturale tensione tra necessaria tutela delle posizioni giuridiche soggettive protette dalla Costituzione e limitatezza delle risorse finanziarie¹³.

¹³ Sia consentito rinviare a M. ROMA, [Tendenze della giurisprudenza costituzionale sulla regola di copertura finanziaria delle leggi](#), in questa [Rivista](#), 2020/II, 336.

Omar Caramaschi**Diritto alla vita e diritto all'autodeterminazione: un diverso bilanciamento è possibile?
(a margine di [Corte cost., sent. n. 50/2022](#))***

ABSTRACT: *The paper examines the judgment no. 50 of 2022 of the Italian Constitutional Court relating to the inadmissibility of the request for an abrogative referendum concerning the article 579 (consensual homicide) of the Italian Penal Code, also dealing with the issue of the balance between the right to life and the right to personal self-determination in matters of “end of life”.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La preliminare valutazione del risultato oggettivo in caso di abrogazione referendaria. – 3. Tra disposizione costituzionalmente necessaria e tutela minima del diritto alla vita: una valutazione anticipata di legittimità costituzionale? – 4. Quale bilanciamento tra diritto alla vita e diritto all'autodeterminazione?

1. Premessa.

Con la [sentenza n. 50 del 2022](#), la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile la richiesta di referendum popolare relativa all'abrogazione parziale dell'art. 579 c.p. (omicidio del consenziente), disposizione che, in caso di esito positivo della consultazione, avrebbe recitato così: «Chiunque cagiona la morte di un uomo, col consenso di lui, è punito con le disposizioni relative all'omicidio se il fatto è commesso: 1) contro una persona minore degli anni diciotto; 2) contro una persona inferma di mente, o che si trova in condizioni di deficienza psichica, per un'altra infermità o per l'abuso di sostanze alcoliche o stupefacenti; 3) contro una persona il cui consenso sia stato dal colpevole estorto con violenza, minaccia o suggestione, ovvero carpito con inganno».

Si è trattato all'evidenza di una questione che ha posto ancora una volta la Consulta al cospetto di rilevanti aspetti di diritto costituzionale e di carattere bioetico sui quali si ritornerà a breve con particolare riguardo all'argomentazione privilegiata dalla stessa Corte per dichiarare inammissibile la richiesta referendaria, vale a dire la natura costituzionalmente necessaria della norma piuttosto che il potenziale carattere manipolativo del quesito¹.



¹ Già prima della pronuncia della Corte costituzionale, erano stati sollevati dubbi circa il carattere manipolativo, o eccessivamente manipolativo, del quesito; v. A. MORRONE, *Un referendum propositivo per relativizzare il valore fondamentale della vita umana*, in AA.VV., *La via referendaria al fine vita. Ammissibilità e normativa di risulta del quesito sull'art. 579 c.p.*, Amicus curiae 2021, Atti del Seminario, Ferrara 26 novembre 2021, a cura di G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 1/2022, 15 gennaio 2022, 165-170, il quale, spec. 167, ha visto nel referendum un «plusvalore performativo» in quanto al di là delle possibilità che gli sono costituzionalmente consentite; analogamente ivi v. anche R. GIRANI, *Il referendum “eutanasia legale”: legalizzazione dell'eutanasia o superamento del divieto di uccidere?*, 1290-136, spec. 130; A. RUGGERI, *Il referendum sull'art. 579 c.p.; inammissibile e, allo stesso tempo, dagli effetti incostituzionali*, 194-200, spec. 197. Per un diverso avviso, v., tra gli altri, P. VERONESI, *Obiettivo legittimo ma strumento (forse) sbagliato: problemi di ammissibilità per il quesito sull'art. 579 c.p.*, in AA.VV., *La via referendaria al fine vita. Ammissibilità e normativa di risulta del quesito sull'art. 579 c.p.*, cit., 225-235, spec. 227; G. SILVESTRI, *Introduzione*, in AA.VV., *Il referendum sull'art. 579 c.p.: aspettando la Corte costituzionale*, in [Rivista Gruppo di Pisa](#), 1/2022, Quad. n. 4, 3-6, spec. 5, secondo il quale non si sarebbe trattato «di un referendum manipolativo, nel senso – stigmatizzato dalla Corte – dell'utilizzazione di spezzoni di frasi, singole parole o particelle, in sé e per sé privi di significato, ma volti ad introdurre normative nuove, del tutto indipendenti dai testi originari. L'esito positivo del referendum non precluderà certamente al legislatore la possibilità di costruire una riforma organica di tutto il complesso di principi, regole e rapporti, personali e istituzionali, collegati alla tematica generale del fine vita. Il binario tracciato dal referendum potrà essere soltanto il rispetto del supremo principio di autodeterminazione dell'individuo, nucleo duro di una cultura liberale finalmente non più compressa da diversi organicismi, religiosi o ideologici. Il principio supremo non può che essere: vivere in unione con gli altri, senza annullare la propria individualità, base ineliminabile perché abbia un senso parlare di libertà e di democrazia».

2. La preliminare valutazione del risultato oggettivo in caso di abrogazione referendaria.

Il primo profilo che viene, dunque, in rilievo concerne il risultato che si sarebbe conseguito in caso di successo della consultazione popolare, ossia la depenalizzazione dell'omicidio del consenziente ad esclusione dei casi in cui il consenso – come appena evidenziato – si fosse appalesato invalido per l'incapacità dell'offeso ovvero per un vizio della sua formazione (in sostanza i casi previsti dall'art. 579, terzo comma, c.p. vigente). Ora, una tale “liberalizzazione” sarebbe stata, secondo la Corte, del tutto avulsa dalle motivazioni che potrebbero indurre una persona ad invocare la propria morte per mano altrui, andando in tal modo al di là dei casi rappresentati dalla Corte costituzionale nella [sentenza n. 242 del 2019](#) (particolari condizioni di malattia e “corpi prigionieri”), e potendo ricomprendere anche «situazioni di disagio di natura del tutto diversa (affettiva, familiare, sociale, economica e via dicendo), sino al mero taedium vitae» o più generalmente «scelte che implicino, comunque sia, l'accettazione della propria morte per mano altrui»; e col rivelarsi, inoltre, del tutto irrilevanti la qualifica del soggetto agente, i mezzi impiegati e la forma di manifestazione del consenso, che potrebbe essere «prestato per errore spontaneo e non indotto da suggestione». Finalmente, secondo il giudice delle leggi, l'eventuale vittoria del sì, attraverso l'eliminazione della «fattispecie meno severamente punita di omicidio consentito e limitando l'applicabilità delle disposizioni sull'omicidio comune alle sole ipotesi di invalidità del consenso dianzi indicate», avrebbe avuto l'effetto di rovesciare il verso del bilanciamento esistente determinando, in maniera implicita ma univoca, «la piena disponibilità della vita da parte di chiunque sia in grado di prestare un valido consenso alla propria morte, senza alcun riferimento limitativo» ([sentenza n. 50 del 2022](#)).

La Corte ha, dunque, escluso la possibilità di interpretare la normativa di risulta², ai fini della non punibilità dell'omicidio del consenziente, alla luce del quadro ordinamentale determinato dalla

La problematica non è notoriamente nuova nella vasta giurisprudenza in materia di ammissibilità referendaria, specialmente in ambito elettorale, soprattutto nella consapevolezza che risulta «inevitabile che l'abrogazione parziale [...] porti ad una diversa disciplina dello stesso oggetto», in ragione del fatto che i *referendum* abrogativi parziali si caratterizzano per «un grado più o meno alto di manipolatività, nel senso che incidendo sul tessuto normativo, alla fine il risultato è che quello stesso oggetto, prima disciplinato in un modo, finisce per essere disciplinato in un altro modo» (cfr. G. SILVESTRI, *Relazione di sintesi*, in M. AINIS (a cura di), *I referendum sulla fecondazione assistita*, Milano, Giuffrè, 2005, 145-156, spec. 146). Analogamente cfr. V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, *L'ordinamento costituzionale italiano*, Padova, Cedam, 1984, spec. 98, secondo cui risulta problematico individuare «come certa la linea di confine tra disporre in positivo e in negativo dal momento che l'abrogazione puramente e semplicemente non è non disporre ma disporre diversamente»; A. RUGGERI, *Autodeterminazione versus vita, a proposito della disciplina penale dell'omicidio del consenziente e della sua giusta sottrazione ad abrogazione popolare parziale (traendo spunto da Corte cost. n. 50 del 2022)*, in [Dirittifondamentali.it](#), 1/2022, 464-485, spec. 474, laddove si osserva che «anche nella tornata odierna, le manipolazioni non sono mancate (così, part., per ciò che attiene al *referendum* sulla responsabilità civile dei magistrati, di cui alla [sent. n. 49 del 2022](#), ed a quello sulle sostanze stupefacenti, di cui alla [sent. n. 51 del 2022](#), entrambi inammissibili, nonché al *referendum* sui consigli giudiziari e il consiglio direttivo della Corte di Cassazione, ed a quello sulla elezione del Consiglio superiore della magistratura, ammessi, rispettivamente, con [sentt. nn. 59 e 60 del 2022](#))».

Quanto al quesito in esame, secondo U. ADAMO, *Intorno al giudizio sull'ammissibilità del referendum per l'abrogazione parziale dell'art. 579 del codice penale (omicidio del consenziente)*, in [Osservatorio costituzionale](#), 1/2022, 232-251, spec. 238 ss., «l'obiettivo è quello di capovolgere il paradigma della indisponibilità della vita in quello opposto della disponibilità della stessa, allargando *de iure* l'ambito di operatività dell'art. 50 c.p. – che circoscrive la sua operatività ai *diritti disponibili* – e quindi la scriminante per una causa di liceità per cui il consenso dell'offeso rende lecito un fatto che altrimenti costituirebbe illecito penale (*volenti et consentienti non fit iniuria*)»; in sostanza la manipolazione sarebbe «evidente; il “taglia e cuci” è palese ma avviene in un'unica disposizione senza il rinvio ad altri disposti presenti nell'ordinamento e riesce a ridurre l'ambito applicativo del reato. In tal modo, si è dinanzi a un'abrogazione parziale del (solo) art. 579 c.p. che sottrae contenuto normativo alla fattispecie originaria» (sul punto v. anche R. ROMBOLI, *Riflessioni costituzionalistiche circa l'ammissibilità del referendum sull'art. 579 c.p. Relazione introduttiva*, in AA.VV., *La via referendaria al fine vita. Ammissibilità e normativa di risulta del quesito sull'art. 579 c.p.*, cit., 1-19, spec. 10).

² Cfr. M. DONINI, *Il senso “ammissibile” del quesito referendario sull'aiuto a morire*, in [Sistema penale](#), 30 novembre 20021, 1-6, spec. 2 ss.; U. ADAMO, *Il referendum sull'omicidio del consenziente fra ammissibilità e merito*, in AA.VV. *La*

[sentenza n. 242 del 2019](#), lasciando anche al margine la giurisprudenza di merito e legittimità, richiamata dai promotori e menzionata pure nel *Ritenuto in fatto* dalla stessa Corte, dalla quale sarebbe appunto chiaramente emerso, circa l'applicazione concreta dell'art. 579 c.p., che «il consenso presupposto dell'omicidio del consenziente [avrebbe dovuto] essere serio, esplicito, non equivoco e perdurante sino alla commissione del fatto, ed esprimere una volontà di morire, la cui prova [doveva] essere univoca, chiara e convincente in considerazione dell'assoluta prevalenza da riconoscersi al diritto personalissimo alla vita, non disponibile a opera di terzi»³.

Tanto da poter rilevare una scarsissima applicazione, se non una vera e propria “non applicazione” dell'art. 579 c.p.⁴, dal momento che «le decisioni giudiziarie che fanno riferimento all'omicidio del

via referendaria al fine vita. Ammissibilità e normativa di risulta del quesito sull'art. 579 c.p., cit., 30-35, spec. 30 ss.; T. PADOVANI, *Riflessioni penalistiche circa l'ammissibilità del referendum sull'art. 579 c.p. Relazione introduttiva*, ivi, 20-29, spec. 24, secondo il quale la «indissolubile connessione funzionale e teleologica tra la fattispecie dell'aiuto al suicidio e quella dell'omicidio del consenziente dovrebbe anzi imporre l'estensione analogica della scusante introdotta per l'art. 580 anche all'art. 579, secondo una traiettoria argomentativa recentemente adottata dalle Sezioni Unite a proposito dell'art. 384 c.p. Sembra in conclusione evidente che, se l'art. 579 c.p. venisse parzialmente abrogato nei termini proposti, il problema non riguarderebbe affatto la *sopravvenienza* del suo testo modificato, quanto, se mai, la *sopravvivenza* stessa dell'art. 580 c.p. Ovviamente, resta aperta la questione concernente la disciplina concernente i limiti e le condizioni di esercizio del diritto di disporre della propria vita, sui quali si avrà occasione di soffermarsi in seguito». Secondo G. SILVESTRI, *Introduzione*, cit., spec. 5, sarebbe sbagliato «ritenere che l'abrogazione referendaria farebbe espandere l'area di applicabilità del reato di omicidio di cui all'art. 575 c.p. Al contrario, la scomparsa della minorante di cui all'attuale art. 579 avrebbe l'effetto – per la chiara struttura della norma di risulta – di restringere l'incriminabilità alle sole ipotesi espressamente previste nei tre commi citati: queste autonome ipotesi di reato nascerebbero già regolate dalla [sentenza n. 242/19 della Corte](#) (o da una legge che vi desse attuazione). Non di allargamento dell'area di incriminabilità si tratterebbe, ma, al contrario, di restrizione dell'attuale generale incriminabilità».

Adesivamente a quanto sostenuto dalla Corte, v. A. MORRONE, *Un referendum propositivo per relativizzare il valore fondamentale della vita umana*, cit., spec. 166 ss.; R. ROMBOLI, *Riflessioni costituzionalistiche circa l'ammissibilità del referendum sull'art. 579 c.p. Relazione introduttiva*, cit., spec. 7-8 (il quale osserva come «pochi dubbi dovrebbero aversi circa la non applicabilità nel nostro caso delle limitazioni fissate dalla Corte per il caso dell'aiuto al suicidio. Quelli che sarebbero previsti dal “nuovo” art. 579 c.p. si porrebbero infatti come limiti alla liceità dell'omicidio del consenziente, mentre quelli indicati dalla Corte costituzionale nella [sent. n. 242/2019](#) appaiono come limiti alla illiceità del reato di aiuto al suicidio (art. 580 c.p.) e risultano nella sostanza assolutamente diversi e più stringenti rispetto a quelli dell'art. 579 c.p.»); D. PULITANO, *Problemi del fine vita, diritto penale, laicità politica. A proposito di un referendum abrogativo*, in [Sistema Penale](#), 19 ottobre 2021, 1 ss.

³ Cfr., da ultimo, Corte Cass., I sez. penale, 19 aprile 2018, n. 747; Corte Cass., I sez. penale, 26 maggio 2017, n. 3392; Corte Cass., I sez. penale, 17 novembre 2010, n. 43954. In dottrina v. per tutti T. PADOVANI, *Riflessioni penalistiche circa l'ammissibilità del referendum sull'art. 579 c.p.*, cit., spec. 27-28, secondo cui viene «decisamente esclusa la rilevanza del consenso indirettamente arguito da espressioni di invocazione alla morte, di un consenso contraddetto dal comportamento tenuto dalla vittima durante l'esecuzione dell'omicidio, per non dire delle ipotesi in cui le condizioni psichiche della persona uccisa palesassero una qualche condizione di fragilità. È facile presumere che qualora si trattasse di scriminare un omicidio, lo scrutinio processuale del consenso sarebbe ancor più cauto, rigido e severo. Comunque, nell'arco dell'ultimo quarto di secolo non è dato riscontrare, nella giurisprudenza di legittimità, alcun precedente favorevole all'applicazione dell'art. 579 c.p.». Osserva R. D'ANDREA, *Inammissibile il quesito sull'omicidio del consenziente: tutela minima della vita o conferma del dovere di vivere?*, in [Sistema Penale](#), 1 aprile 2022, come «a voler tutto concedere, dunque, la “liberalizzazione” opererebbe esclusivamente sul binario dell'astratta tipicità della fattispecie, ma non su quello delle concrete vicende in essa sussumibili. Se però, come il Giudice delle Leggi non ha mai negato, la Corte di Cassazione ha da sempre [...] escluso, per le più svariate ragioni, la concreta sussistenza del consenso ex art. 579 c.p., proprio siffatta giurisprudenza autorizzerebbe, in realtà, a ritenere che nella concreta realtà di fatto, in buona sostanza, l'unica modalità di prestazione del consenso che possa venire in rilievo sia proprio quella della procedura medicalizzata di cui alla legge 219/2017 e alla [sentenza 242/2019](#). Quand'anche così non fosse, ne deriverebbe solamente un margine di incertezza sulla latitudine applicativa da attribuirsi al consenso: dovrebbe allora rimediare il legislatore o, in un futuro giudizio, la stessa Corte costituzionale».

⁴ In dottrina v. T. PADOVANI, *Riflessioni penalistiche circa l'ammissibilità del referendum sull'art. 579 c.p. Relazione introduttiva*, cit., spec. 27-28; M. BRUCALE, *Il consenso dell'avente diritto. Quando la vita è un bene disponibile*, in [Giurisprudenza Penale Web](#), 1-bis/2022, 1-11; M. D'AMICO, *Aspettando la Corte costituzionale: alcune riflessioni sul referendum sull'art. 579 c.p.*, in AA.VV. *La via referendaria al fine vita. Ammissibilità e normativa di risulta del quesito sull'art. 579 c.p.*, cit., 7-15, spec. 12-13; A. PISU, *Eutanasia e consenso: dal reato al diritto, passando per il referendum*

consenziente sono molto poche e, alla fine, attraverso una valutazione molto rigorosa del consenso, la giurisprudenza finisce sempre per applicare l'ipotesi generale *ex art. 575 c.p.*⁵. Si tratterebbe quindi di una norma di fatto non applicata, dalla cui abrogazione, come ha notato anche la dottrina più critica nei confronti dell'iniziativa referendaria in parola, sarebbe derivata una «rilevanza pratica dell'effetto abrogante (*volenti non fit iniuria*) [...] minima», proprio in ragione del fatto che una richiesta di eutanasia sarebbe difficilmente immaginabile al di fuori dei casi individuati dalla stessa Corte costituzionale, mentre ne sarebbe conseguito un effetto di portata per così dire “simbolica” quanto al «ritrarsi della tutela penale della vita in situazioni nelle quali non v'è alcuna seria ragione giustificativa [...] ma sarebbe comunque decisiva la volontà dell'interessato»⁶. Tale disposizione, quindi, non sarebbe sostanzialmente altro che espressione di un diritto penale «simbolico» posto a tutela del principio di indisponibilità della vita⁷, e non già di un preferibile «diritto penale laico», che non dovrebbe orientarsi tanto alla promozione di valori, quanto piuttosto a «garantire diritti, a fronte di lesioni o potenziali aggressioni significativamente rilevanti»⁸.

3. Tra disposizione costituzionalmente necessaria e tutela minima del diritto alla vita: una valutazione anticipata di legittimità costituzionale?

Come accennato, non è stata tanto (*rectius*: solo) la questione della manipolatività del quesito ad essere centrale nella decisione della Corte costituzionale quanto la qualifica della disciplina oggetto della richiesta referendaria come costituzionalmente necessaria, con l'averla ricondotta alle «leggi ordinarie, la cui eliminazione ad opera del *referendum* priverebbe totalmente di efficacia un principio o un organo costituzionale “la cui esistenza è invece voluta e garantita dalla Costituzione (cfr.

sull'art. 579 c.p., in [Giurisprudenza Penale Web](#), 1-bis/2022, 1-15, spec. 8-9, secondo cui «l'art. 579 c.p. ha avuto scarsissime applicazioni avendo i giudici assunto un atteggiamento particolarmente severo nell'intendere l'elemento del consenso e nel ritenere soddisfatta la sua prova. [...] Inoltre, il consenso integra l'elemento costitutivo dell'illecito meno grave solo se valido, ossia se non prestato in una delle condizioni indicate al comma 3 dell'art. 579 [...] Si tratta di un ampio spettro di situazioni, riconducibili a una condizione di vulnerabilità della persona “consenziente”, non interessate dalle abrogazioni referendarie. Restano ferme difatti, a solida protezione dei soggetti fragili, anche solo transitoriamente incapaci di autodeterminarsi esprimendo una volontà integra da condizionamenti altrui, le previsioni relative all'invalidità del consenso, che determina l'applicazione delle disposizioni dettate per l'omicidio comune (artt. 575-577)».

⁵ M. D'AMICO, *Aspettando la Corte costituzionale: alcune riflessioni sul referendum sull'art. 579 c.p.*, cit., spec. 12-13, la quale si chiede se «serve davvero una norma speciale, quando l'ordinamento già conosce quella generale, *ex art. 575 c.p.*, per i casi in cui il consenso non c'è»; il problema sarebbe già presente al legislatore del 1930, laddove tuttavia si tutelava «un bene giuridico che non è oggi quello che il quadro assiologico disegnato dalla Costituzione restituisce; negli stessi lavori preparatori si legge che “eventuali motivi di pietà, da accertarsi sempre con la massima circospezione e da valutarsi con una intelligente diffidenza, potranno essere apprezzati all'effetto dell'applicazione dell'attenuante generale, di cui all'art. 62 n. 1 (motivi di particolare valore morale o sociale)”. Sono parole di un tempo lontano che però confermano che già allora ci si poneva il problema dell'omicidio del consenziente *pietatis causa*».

⁶ D. PULITANÒ, *Problemi del fine vita, diritto penale, laicità politica. A proposito di un referendum abrogativo*, cit., 7 ss.

⁷ M. BRUCALE, *Il consenso dell'avente diritto. Quando la vita è un bene disponibile*, cit., spec. 1 ss.; secondo M. D'AMICO, *Aspettando la Corte costituzionale: alcune riflessioni sul referendum sull'art. 579 c.p.*, cit., spec. 13-14, si tratta di una «norma penale totalmente simbolica, che non viene applicata e che regola una materia, peraltro, molto particolare, in cui il principale interesse dell'ordinamento è aiutare le persone più vulnerabili, appare priva di senso e, come detto, anche controproducente. Lo si comprende bene andando a guardare proprio quei limitati casi portati all'attenzione della giurisprudenza penale: casi drammatici in cui anche le persone poi ritenute responsabili, ai sensi della fattispecie generale di omicidio, *ex art. 575 c.p.*, avevano vissuto situazioni di estrema difficoltà, all'esito di percorsi, anche molto lunghi, di convivenza con le gravi patologie sofferte dai familiari assistiti».

⁸ *Ibidem*. Secondo l'A., inoltre, «quand'anche si volesse ammettere una sanzione penale piegata alla promozione di valori (del bene vita, per esempio), il fatto che quella stessa sanzione sia di fatto e nella generalità dei casi inapplicata comporta il delinarsi di un diritto penale meramente simbolico, che è controproducente nei confronti del valore che si intende promuovere».

[sentenza n. 25 del 1981](#))”» ([sentenza n. 27 del 1987](#)), ovvero, come nel caso di specie, anche alle «leggi ordinarie la cui eliminazione determinerebbe la soppressione di una tutela minima per situazioni che tale tutela esigono secondo la Costituzione» ([sentenza n. 35 del 1997](#))⁹.

La Corte ha dunque insistito sul carattere indefettibile dell’art. 579 c.p. reputato una disposizione finalizzata a garantire una “tutela minima” del diritto alla vita. E qui la vicenda Cappato viene richiamata allo scopo di ribadire la rilevanza del fine della protezione e salvaguardia della vita, considerata come «un valore che si colloca in posizione apicale nell’ambito dei diritti fondamentali della persona» ([sentenza n. 50 del 2022](#)), se non addirittura come il «primo dei diritti inviolabili dell’uomo» ([sentenza n. 223 del 1996](#), come ripresa dalla [sentenza n. 50 del 2022](#)).

La questione del rispetto del contenuto minimo del diritto alla vita – che già prima della decisione della Corte aveva opposto chi paventava l’eliminazione totale del principio costituzionale della tutela della vita a chi sosteneva, invece, la persistenza della rilevanza penale dell’omicidio del consenziente nelle ipotesi dell’art. 579, terzo comma, c.p., e, di conseguenza, la salvaguardia del contenuto fondamentale del diritto alla vita¹⁰ – si lega a quella, assiologicamente più pregnante, del

⁹ Si tratta, insomma, del limite implicito all’abrogazione popolare consistente nella presenza di leggi costituzionalmente necessarie e non, si badi, a quello delle leggi a contenuto costituzionalmente vincolato, sebbene tale distinzione risulti ben presente in astratto, ma sia più sfumata, se non del tutto venuta meno, nella prassi: cfr. A. RUGGERI, *Autodeterminazione versus vita, a proposito della disciplina penale dell’omicidio del consenziente e della sua giusta sottrazione ad abrogazione popolare parziale (traendo spunto da Corte cost. n. 50 del 2022)*, cit., spec. 481-483. Cfr. anche R. ROMBOLI, *Riflessioni costituzionalistiche circa l’ammissibilità del referendum sull’art. 579 c.p. Relazione introduttiva*, cit., spec. 16, secondo cui se «le due ipotesi in astratto sono ben differenziate», nel senso che le leggi a contenuto costituzionalmente vincolato «contengono l’unica e indefettibile disciplina di un principio costituzionale e che pertanto non possono essere oggetto di un referendum abrogativo» laddove, diversamente, quella costituzionalmente necessarie «pur relative alla attuazione della Costituzione, non sono l’unico mezzo per realizzare lo scopo e possono essere abrogate con referendum purché la normativa di risulta sia tale da non bloccare il funzionamento dell’organo o istituto costituzionale di cui sono unica attuazione», nella prassi della giurisprudenza costituzionale «le due figure si sono confuse e sono state usate indifferentemente anche per significare casi o aspetti del tutto analoghi». Analogamente v. U. ADAMO, *Intorno al giudizio sull’ammissibilità del referendum per l’abrogazione parziale dell’art. 579 del codice penale (omicidio del consenziente)*, cit., spec. 238, per il quale «[s]e la costruzione dommatica delle leggi a contenuto costituzionalmente vincolato rappresenta una immedesimazione totale tra ammissibilità e legittimità (è come se si volesse abrogare una legge costituzionale, tanto che si definirebbe l’abrogazione come inutiliter data), lo stesso, da un punto di vista meramente teorico e dottrinario, non dovrebbe valere rispetto alle leggi costituzionalmente [...] necessarie. E ciò in quanto queste ultime rappresentano sì un’attuazione costituzionale ma non l’unica, costituendo piuttosto una delle molte discrezionali (non per questo ragionevoli) attuazioni del disposto costituzionale, purché non venga intaccato il livello minimo di tutela del diritto costituzionalmente garantito dalla norma. Dinanzi a tale “tipologia” di legislazione, la Corte dovrebbe ammettere il quesito referendario che interessasse tale normativa, in quanto il legislatore sarà sempre libero di intervenire e di realizzare un’attuazione diversa e più aderente al proprio indirizzo politico».

In dottrina, circa il venir meno della distinzione tra le due categorie, v. E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2021, 302 ss.; A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2019, spec. 365; P. CARNEVALE, *Colloquiando...con tre dense paginette*, in A. Ruggeri, G. Gonzales Mantilla (a cura di), *Cultura costituzional y derecho viviente. Escritos en honor al profesor Roberto Romboli*, Lima, Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú, 2021, tomo II, 1099 ss.; G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale, vol. II, Oggetti, procedimenti, decisioni*, Bologna, Il Mulino, 2018, 380 ss.

¹⁰ Cfr. R. ROMBOLI, *Riflessioni costituzionalistiche circa l’ammissibilità del referendum sull’art. 579 c.p. Relazione introduttiva*, cit., spec. 17-18. Nel primo senso, tra gli altri, V. ONIDA, I.A. NICOTRA e G. CRICENTI nelle interviste di R. CONTI in *Il referendum per l’eutanasia legale. Forum di Giustizia Insieme*, in [Giustizia Insieme](#), rispettivamente del 27 settembre 2021, 4 ottobre 2021 e 6 ottobre 2021; A. D’ALOIA, *Qualche dubbio sull’ammissibilità del referendum sull’eutanasia legale*, in AA.VV., *La via referendaria al fine vita. Ammissibilità e normativa di risulta del quesito sull’art. 579 c.p.*, cit., 91-96, spec. 95; R. GIRANI, *Il referendum “eutanasia legale”: legalizzazione dell’eutanasia o superamento del divieto di uccidere?*, ivi, 129-136, spec. 134 ss.; C.D. LEOTTA, *Le ragioni della inammissibilità del referendum abrogativo sull’art. 579 c.p.*, ivi, 144-151, spec. 149 ss.; A. MORRONE, *Un referendum propositivo per relativizzare il valore fondamentale della vita umana*, cit., spec. 169; G. LUCCIOLI, *Le ragioni di un’inammissibilità. Il grande equivoco dell’eutanasia*, in [Giustizia Insieme](#), 8 marzo 2022; F.G. PIZZETTI, *L’“aiuto medico alla morte volontaria” in Italia fra via referendaria e via parlamentare*, in *Il costituzionalismo multilivello nel terzo millennio. Scritti in onore di P. Bilancia*,

bilanciamento tra diritto alla vita (o meglio, secondo la Corte, la vita umana come connotata dal carattere «dell'indisponibilità da parte del suo titolare») e libertà di autodeterminazione individuale.

Nella decisione in commento, si afferma, infatti, chiaramente come il perimetro della libertà di autodeterminazione sia stato tracciato dal legislatore del 1930 quanto alla «mitigazione della risposta sanzionatoria [...] in ragione del consenso prestato dalla vittima». Sebbene non si tratti di un bilanciamento necessitato – dal momento che la disposizione non viene qualificata come legge a contenuto costituzionalmente vincolato – il giudice costituzionale afferma, anche sulla scorta della propria giurisprudenza, che le leggi costituzionalmente necessarie (e quindi il bilanciamento da esse operato) non possono essere «puramente e semplicemente abrogate, perché non verrebbe in tal modo preservato il livello minimo di tutela richiesto dai referenti costituzionali ai quali esse si saldano», ben potendo, invece, «essere modificate o sostituite dallo stesso legislatore con altra disciplina», ovvero dall'intervento della Corte costituzionale in sede di controllo di costituzionalità¹¹.

Ora, sebbene la stessa Corte abbia ribadito che il giudizio di ammissibilità delle richieste referendarie sia da tenersi distinto dal controllo di legittimità costituzionale della normativa di risulta¹², non può non osservarsi come il giudice costituzionale si muova lungo il sottile confine tra

in [Federalismi.it](#), 4/2022, 766-791, spec. 774 ss. Nel senso invece di una “tutela minima” del bene vita offerta dalla parte residua dell'art. 579 c.p. v. almeno A. PUGIOTTO, *Intervento in Il Referendum per l'eutanasia legale. Forum di Giustizia Insieme*, in [Giustizia Insieme](#), 29 settembre 2021; U. ADAMO, *Il referendum sull'omicidio del consenziente fra ammissibilità e merito*, cit., spec. 33; ID., *Intorno al giudizio sull'ammissibilità del referendum per l'abrogazione parziale dell'art. 579 del codice penale (omicidio del consenziente)*, cit., spec. 240 ss., secondo cui si sarebbe «realizzata una chiara scelta demolitoria di una certa opzione legislativa: si supera il paradigma assoluto dell'indisponibilità della vita a favore di quello della (non assoluta) disponibilità della vita. Ma andiamo oltre; se il referendum avesse un esito positivo, infatti, rimarrebbe nell'ordinamento la legge costituzionalmente necessaria e, quindi, il reato dell'omicidio del consenziente al fine di garantire la presenza della cintura protettiva del bene vita. A seguito della dichiarazione della parziale incostituzionalità dell'art. 580 c.p., la normativa di risulta è non solo integrante il contesto normativo, ma diremmo che è da esso addirittura richiesta»; M. D'AMICO, S. BISSARO, *Il referendum sull'art. 579 c.p., tra (presunti) obblighi di penalizzazione ed esigenze di protezione delle persone più fragili*, in AA.VV., *La via referendaria al fine vita. Ammissibilità e normativa di risulta del quesito sull'art. 579 c.p.*, cit., 97-107, spec. 103 ss.; R. D'ANDREA, *Brevi osservazioni circa l'ammissibilità del quesito per la parziale abrogazione dell'art. 579 c.p.*, ivi, 108-113, spec. 110.

¹¹ Corte cost., [sentenza n. 50 del 2022](#), su cui S. PENASA, *Una disposizione costituzionalmente necessaria ma un bilanciamento non costituzionalmente vincolato? Prime note alla sentenza n. 50 del 2022 della Corte costituzionale*, in [Diritticomparati.it](#), 17 marzo 2022; analogamente anche, *ex multis*, [sentenza n. 49 del 2000](#).

¹² La Corte costituzionale ha affermato di essere «chiamata a giudicare della sola ammissibilità della richiesta referendaria» e che una siffatta «competenza si atteggia, per giurisprudenza costante, “con caratteristiche specifiche ed autonome nei confronti degli altri giudizi riservati a questa Corte, ed in particolare rispetto ai giudizi sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti con forza di legge”», da ciò ricavandosi che non è in discussione «la valutazione di eventuali profili di illegittimità costituzionale della normativa oggetto dell'iniziativa referendaria» (così [sentenza n. 25 del 2011](#)). Analogamente la [sentenza n. 24 del 2011](#) aveva evidenziato come «al giudizio di ammissibilità dei referendum popolari abrogativi è estranea qualunque valutazione di merito (in particolare di legittimità costituzionale) in ordine sia alla normativa oggetto di referendum sia alla normativa risultante dall'eventuale abrogazione referendaria», sebbene da ciò consegua ugualmente l'individuazione della “normativa di risulta” conseguente all'abrogazione referendaria, azione che sarebbe «necessaria per valutare se essa comporti un significativo inadempimento di specifici ed inderogabili obblighi internazionali, comunitari o, comunque, direttamente imposti dalla Costituzione», senza che tale valutazione abbia però le caratteristiche di un vero e proprio scrutinio di legittimità costituzionale, dovendo invece concretizzarsi in una «valutazione liminare ed inevitabilmente limitata del rapporto tra oggetto del quesito e norme costituzionali». Sempre secondo la Corte «ogni altra considerazione, pur attendibile, sull'esigenza che, a seguito dell'eventuale abrogazione referendaria, si pongano in essere gli interventi legislativi necessari per rivedere organicamente la normativa “di risulta”, eliminandone disarmonie o incongruità eventualmente discendenti dalla parzialità dell'intervento abrogativo o dall'assenza di discipline transitorie e consequenziali, non è tale da pregiudicare l'ammissibilità del referendum» ([sentenza n. 37 del 2000](#); in senso contrario, [sentenze nn. 35 del 2000 e 50 del 2000](#); cfr. R. ROMBOLI, *Riflessioni costituzionalistiche circa l'ammissibilità del referendum sull'art. 579 c.p. Relazione introduttiva*, cit., spec. 14).

In dottrina sul punto v., tra gli altri, A. PUGIOTTO, *Il principio di leale collaborazione in materia referendaria (preso sul serio)*, in AA.VV., *La via referendaria al fine vita. Ammissibilità e normativa di risulta del quesito sull'art. 579 c.p.*, cit., 178-185, spec. 182 ss.; P. VERONESI, *Obiettivo legittimo ma strumento (forse) sbagliato: problemi di ammissibilità*

ammissibilità e ragionevolezza degli effetti dell'eventuale abrogazione referendaria. Appellandosi alla garanzia della "tutela minima" del bene giuridico oggetto della disposizione, vale a dire la vita, non sembrerebbe dubbio che quel confine sia stato valicato¹³ sul presupposto che l'abrogazione, seppure parziale, comporterebbe «il venir meno di ogni tutela» dal momento che non garantirebbe una adeguata «cintura protettiva»; si tutelerebbero soltanto i «casi in cui il consenso è viziato in modo conclamato per le modalità con le quali è ottenuto, oppure intrinsecamente invalido per la menomata capacità di chi lo presta», ma non tutte quelle situazioni di vulnerabilità e debolezza non riconducibili all'art. 579, terzo comma, c.p., nonché le ipotesi più generali che vanno al di là della stessa categoria dei soggetti vulnerabili, rispetto alle quali, sempre secondo la Consulta, vi sarebbe ugualmente una «esigenza di tutela della vita umana contro la collaborazione da parte di terzi a scelte autodistruttive del titolare del diritto, che possono risultare, comunque sia, non adeguatamente ponderate» ([sentenza n. 50 del 2022](#)).

4. Quale bilanciamento tra diritto alla vita e diritto all'autodeterminazione?

Per concludere queste sintetiche osservazioni, non pare superfluo chiedersi, sulla scorta della possibilità affacciata dalla stessa Corte costituzionale con riferimento alle leggi costituzionalmente necessarie, se la "tutela minima" invocata potesse essere garantita anche da un altro bilanciamento dei valori in gioco, vale a dire da una differente ponderazione tra diritto alla vita (art. 2 Cost.) e libertà di autodeterminazione personale anche nelle scelte relative al fine vita (artt. 13 e 32 Cost.).

Ora, la Corte è pervenuta al suo verdetto richiamandosi alla natura inviolabile del diritto alla vita che viene qualificato, analogamente alle decisioni sul caso Cappato ([ordinanza n. 207 del 2018](#) e [sentenza n. 242 del 2019](#)), come «matrice di ogni altro diritto» ([sentenza n. 50 del 2022](#))¹⁴: dovrebbe

per il quesito sull'art. 579 c.p., cit., 231 ss.; R. ROMBOLI, *Riflessioni costituzionalistiche circa l'ammissibilità del referendum sull'art. 579 c.p. Relazione introduttiva*, cit., spec. 10, il quale sostiene che «la Corte costituzionale ha correttamente escluso che un limite implicito ricavabile dal sistema, che può determinare la inammissibilità della richiesta referendaria, possa derivarsi dalla supposta, financo evidente, incostituzionalità della normativa stessa» (ben potendo la normativa di risulta, come qualsiasi legge del Parlamento, essere contraria a Costituzione; cfr. A. PERTICI, *Il Giudice delle leggi e il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, Torino, Giappichelli, 2010, spec. 235), laddove, in caso contrario, si sarebbero confuse tra loro la competenza a giudicare dell'ammissibilità delle richieste di referendum abrogativo con quella di sindacato di legittimità costituzionale di leggi ed atti avente forza di legge.

¹³ Cfr. A. RUGGERI, *Autodeterminazione versus vita, a proposito della disciplina penale dell'omicidio del consenziente e della sua giusta sottrazione ad abrogazione popolare parziale (traendo spunto da Corte cost. n. 50 del 2022)*, cit., spec. 477-478, per il quale «il canone della "tutela minima" si situa tuttavia al confine del campo attraversabile dal primo, in una zona grigia al di là della quale non v'è (o, meglio, non vi sarebbe...), comunque, più spazio perché possa spiegarsi e produrre effetti. La Corte fatica – e non da ora – a tenere fino in fondo netta e marcata questa linea divisoria, non riuscendo a mascherare fino in fondo l'affanno che connota lo sforzo allo scopo prodotto»; U. ADAMO, *Intorno al giudizio sull'ammissibilità del referendum per l'abrogazione parziale dell'art. 579 del codice penale (omicidio del consenziente)*, cit., 234, secondo cui il «*punctum dolens* del ragionamento [...] sta nella difficoltà di tenere distinti i profili della (in)ammissibilità da quelli della (il)legittimità pur volendolo fare. Ragionare di disciplina adeguata alle prescrizioni costituzionali significa andare oltre l'ammissibilità e osservare la normativa di risulta e, con essa, la legittimità delle conseguenze ordinamentali dell'intervento referendario».

¹⁴ La [sentenza n. 50 del 2022](#), al punto 5.2 del *Considerato in diritto*, riprendendo alcune decisioni precedenti, afferma che il diritto alla vita è «da iscriversi tra i diritti inviolabili, e cioè tra quei diritti che occupano nell'ordinamento una posizione, per dir così, privilegiata, in quanto appartengono – per usare l'espressione della [sentenza n. 1146 del 1988](#) – "all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana"» ([sentenza n. 35 del 1997](#)), nella misura in cui esso «concorre a costituire la matrice prima di ogni altro diritto, costituzionalmente protetto, della persona» ([sentenza n. 238 del 1996](#)). In quest'ultima decisione, al punto 3.1 del *Considerato in diritto*, la Corte sostiene che la libertà personale rientra tra i valori supremi dell'ordinamento «quale indefettibile nucleo essenziale dell'individuo, non diversamente dal contiguo e strettamente connesso diritto alla vita ed all'integrità fisica, con il quale concorre a costituire la matrice prima di ogni altro diritto, costituzionalmente protetto, della persona»; da ciò parrebbe quindi emergere come sarebbero il diritto

trarsi da tale conclusione una prevalenza assoluta del diritto alla vita sugli altri valori in campo, dandosi luogo qui ad una “tirannia” di alcuni diritti su altri, o è possibile ugualmente scorgervi qualche spazio per un bilanciamento che garantisca tutti i diritti coinvolti nel modo più adeguato? Del resto, anche nelle decisioni sul caso Cappato sembrerebbe scartata una tutela assoluta del diritto alla vita, se non a costo di escludere «qualsiasi riconoscimento ad altre esigenze pure costituzionalmente meritevoli, come il diritto ad una vita dignitosa, convertendo un diritto in un dovere»¹⁵. Ma, a ben vedere, la struttura argomentativa di queste decisioni e di quella in parola non pare tanto incommensurabile: può, infatti, osservarsi come in Cappato la Corte, nel «rivedere l’oggettività giuridica della fattispecie di istigazione e aiuto al suicidio, nel senso di ritenere che la vita umana non va intesa alla stregua di un bene sempre e comunque indisponibile al suo titolare»¹⁶, sia giunta ad un bilanciamento tra tutela della vita e diritto di autodeterminazione circa il fine vita per cui la prima in generale prevale solo offrendo «in presenza di certe condizioni specificamente indicate, riconoscimento al secondo»¹⁷; laddove, anche nella sentenza in esame, sembra potersi ricavare una (cauta) apertura della Corte ad un bilanciamento diverso rispetto a quello fissato dal legislatore del 1930 nell’art. 579 c.p.

Siffatto delicato bilanciamento tra diritto alla vita e libertà di autodeterminazione va tuttavia compiuto – e il giudice costituzionale lo ribadisce a chiare lettere – nell’unica sede idonea, ossia quella legislativa,¹⁸ e nel quadro di limiti precisi e rigorosi¹⁹. Peraltro, i lavori parlamentari in corso rivelano le non poche difficoltà ad intervenire per regolamentare il tema del fine vita. Basti considerare come il disegno di legge recante “Disposizioni in materia di morte volontaria medicalmente assistita”, approvato dalla Camera il 10 marzo 2022, riguardi unicamente i casi già esaminati (e, a suo modo,

alla vita e il diritto alla libertà personale *congiuntamente* ad essere il fondamento di ogni diritto costituzionalmente protetto della persona e non solo il diritto alla vita isolatamente considerato come da più parti in dottrina enfatizzato.

¹⁵ R. ROMBOLI, *Riflessioni costituzionalistiche circa l’ammissibilità del referendum sull’art. 579 c.p. Relazione introduttiva*, cit., 17-18, secondo il quale «la doverosità del vivere non può essere utilmente “agganciata” ad alcuna disposizione della Carta. Il diritto alla vita, in quanto diritto a non essere privati da altri della vita, infatti, avendo come finalità la tutela della persona dalle aggressioni esterne, non implica anche, di per sé, che il soggetto titolare sia tenuto a conservarsi in vita»; analogamente v. A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, Cedam, 3a ed., 2003, spec. 98 ss., laddove si sostiene che «il “dovere di vivere” potrà bensì discendere da imperativi morali e religiosi; dubbio è invece che tale dovere possa discendere da norme giuridiche».

¹⁶ M. D’AMICO, *Aspettando la Corte costituzionale: alcune riflessioni sul referendum sull’art. 579 c.p.*, in AA.VV., *La via referendaria al fine vita. Ammissibilità e normativa di risulta del quesito sull’art. 579 c.p.*, cit., 7-15, spec. 12-13, nonché v. il rimando a G. SILVESTRI, *La vita: “dono” o “diritto”?* Relazione al XVIII Congresso dell’Associazione Luca Coscioni, 9 ottobre 2021.

¹⁷ R. ROMBOLI, *Riflessioni costituzionalistiche circa l’ammissibilità del referendum sull’art. 579 c.p. Relazione introduttiva*, cit., 4-5

¹⁸ Spetta quindi al Parlamento intervenire in materia, ancora una volta invitato ad agire dalla Corte costituzionale, la quale in caso di inerzia dell’organo parlamentare potrebbe nuovamente essere chiamata in causa nel corso di un giudizio di legittimità costituzionale, come peraltro già accaduto e come in ipotesi immaginato dal Presidente Amato nel corso della conferenza stampa tenutasi a margine dell’inammissibilità della richiesta referendaria, sebbene tale eventuale attivazione della via del giudizio di costituzionalità – e ben lo dimostra la vicenda Cappato – non sia né scevra da complicazioni né così scontata nel suo avverarsi, quantomeno in un orizzonte temporale ragionevolmente breve.

¹⁹ Cfr. S. PENASA, *Una disposizione costituzionalmente necessaria ma un bilanciamento non costituzionalmente vincolato? Prime note alla sentenza n. 50 del 2022 della Corte costituzionale*, cit.; A. RUGGERI, *Autodeterminazione versus vita, a proposito della disciplina penale dell’omicidio del consenziente e della sua giusta sottrazione ad abrogazione popolare parziale (traendo spunto da Corte cost. n. 50 del 2022)*, cit., spec. 480; R. ROMBOLI, *Riflessioni costituzionalistiche circa l’ammissibilità del referendum sull’art. 579 c.p. Relazione introduttiva*, cit., 17-18, il quale richiama la [decisione n. 123 del 15 marzo 2021 del Tribunale costituzionale portoghese](#) a dimostrazione del fatto che «solo circoscrivendo adeguatamente le ipotesi di eutanasia medicalmente riconosciuta si possono soddisfare i requisiti di certezza del diritto, tenendo in conto il dovere di protezione derivante dalla inviolabilità della persona umana e salvaguardando però il nucleo di autonomia inerente alla dignità di ogni persona. Questa è infatti la soluzione seguita in quei paesi che hanno avuto la fortuna di avere un parlamento sensibile alla problematica in questione (v. da ultimo Spagna e Portogallo), il quale ha disciplinato l’ipotesi di eutanasia (attiva e passiva) medicalmente riconosciuta».

già risolti) dalla Corte costituzionale nella vicenda Cappato senza affrontare in modo esaustivo ed organico il tema del fine vita²⁰ e trascurando, in particolare, le situazioni in cui abbandonare «un corpo prigioniero di uno stato di malattia con particolari caratteristiche» ([sentenza n. 50 del 2022](#)) richiederebbe un intervento esterno: col mantenersi così, a parità di condizioni e presupposti, una discriminazione insopportabile quanto irragionevole tra chi è capace di darsi da solo una morte volontaria medicalmente assistita e chi, per le condizioni in cui versa, non ha invece questa stessa possibilità necessitando dell'altrui soccorso.

²⁰ Per una generale disamina critica, v. A. RUGGERI, *Oscurità e carenze della progettazione legislativa in tema di morte medicalmente assistita (prime notazioni)*, in questa *Rivista*, 2022/I, 300 ss.

Maria Assunta Icolari

I criteri giuridici della tassazione ambientale e il bisogno di un nuovo modello per favorire l'integrazione europea e il regionalismo*

ABSTRACT: *After the reform of articles 9 and 41 of the Italian Constitution environmental protection is back as an emergency from which human life arises. Starting from the assumption that your health is a condition of differentiation also of the economic conditions between all, the writing that follows intends to investigate on what environmental taxation can do to contribute both to the realization of a European Union, jury regionalism in Italy. Therefore, after a brief introduction on the current state of environmental taxation, remarking its residual character within the order, due to the absence of an environmental prerequisite as ordering criteria, the examination aims at the tax forecast of a European tax approved by a qualified majority for the use of the "passerella" clause. If at the European level everything turns around the exceeding of the unanimity criteria, in the regional context, instead, while waiting for the completion of the tax autonomy, continuing to foresee environmental counterparts may contribute to natural asset, for another versus, to lower the national tax pressure.*

SOMMARIO: 1. Premessa definitoria – 1.1 Oltre il tributo: altre misure fiscali. – 2. La declinazione della tassazione ambientale e l'assenza del presupposto ambientale. – 3. La differenziazione dell'oggetto ambientale nella fattispecie come pilastro per la costruzione di un'unione giuridica europea. – 4. La tassazione ambientale locale come via per affermare il regionalismo.

1. Premessa definitoria

La riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione ad opera della legge costituzionale n. 1 del 2022 arriva dopo la raggiunta consapevolezza della scarsità delle risorse naturali e della loro tutela come un'emergenza per la continuazione della vita umana, prefigurando le basi per un nuovo costituzionalismo ecologico. Un costituzionalismo che, avvertito l'ambiente salubre come valore che crea disegualianza fra gli uomini, punta anche sulle misure fiscali per assicurare sia la sua tutela, sia per il superamento delle differenze economiche iniziali.

Partendo dal dato incontrovertibile che negli anni la situazione con riferimento ai relativi tributi è rimasta sostanzialmente immutata, il collegamento tra ambiente e Fisco, oltre alle misure agevolative di comportamenti virtuosi per l'integrità dell'ecosistema, è prefigurato da due tipologie di prelievi. In una rileva il carattere punitivo di determinati comportamenti, nell'altra il profilo risarcitorio, in cui è il gettito a essere finalizzato al recupero¹. Accanto ad essi vi è poi un'altra categoria di tributo



¹ La moltiplicazione delle forme di fiscalità ambientale presenti nell'ordinamento tributario se, per un verso, ha rappresentato la fortuna di questa tipologia di imposizione, per altro verso, ha imposto la classificazione dei relativi tributi. Caratterizzati da una struttura non sempre si rispecchia nella diseconomia che li ha ispirati, i tributi ambientali si dividono in prelievi compatibili con il risarcimento e tributi non conciliabili con esso. Il Legislatore ricorre a questi ultimi soprattutto per disincentivare comportamenti scorretti per l'ecosistema, attraverso forme di imposizione che aumentano i costi di produzione o di acquisto di beni o servizi nocivi per il territorio. Accanto alla funzione primaria di disincentivare tali tributi, nel corso degli anni essi hanno acquisito anche quella educativa di indirizzare verso comportamenti ecosostenibili. Nei tributi compatibili con il risarcimento, invece, il presupposto è rileggibile in termini di consumo dei beni ambientali, risorse naturali scarse. Partendo da tale scarsità, quando non c'è compatibilità con il risarcimento l'ambiente è qualificato alla stregua di un bene di lusso e la sua giustificazione ai sensi dell'art. 53 Cost. è rinvenibile nell'uso o nel danno che gli viene arrecato, manifestazione di ricchezza che aggiungendosi a quella complessiva del contribuente svela la sua attitudine alla contribuzione. In tal verso, v. P. SELICATO, *La tassazione ambientale: nuovi indici di ricchezza, razionalità del prelievo e principi dell'ordinamento comunitario*, in *Riv. dir. trib. internazionale* 2/3 del 2004, 257 ss. Oltre all'oggetto, altre caratteristiche utili a circoscrivere i tributi ambientali intorno a un elemento comune scaturiscono dalle modalità attuative del prelievo e dalla destinazione del gettito. Premessa la capacità dei prelievi ambientali di indirizzare sempre verso pratiche meno lesive, con particolare riferimento ai tributi che rileggono la

ambientale difficile da giustificare alla luce dell'art. 53 Cost. poiché l'unità fisica inquinante presente in esso non riesce a configurarsi nel consumo, o meglio nel prelievo manca un presupposto ambientale.

Tale mancanza oltre ad impedire la corretta nozione di tributo ambientale sia a livello interno che unionale è causa della difficoltà a conciliare le misure a tutela dell'ambiente con le regole del mercato e le esternalità con il principio di eguaglianza². Nella ricerca delle cause da cui è dipesa la non coincidenza tra presupposto del tributo e fattore inquinante una è sicuramente ascrivibile ai limiti

manifestazione di ricchezza nelle modalità attuative del prelievo, esempi validi sono rinvenibili sia nel settore dei rifiuti che in quello dei trasporti. Fattispecie molto ampie che possono essere rilette sia alla luce dell'oggetto che degli altri elementi utili a circoscriverli, quando nei tributi sui rifiuti si considera la modalità di attuazione del prelievo a emergere è il collegamento con il servizio di smaltimento. Da tale collegamento si deduce anche la natura giuridica del prelievo, se pubblicistica, tributo, o privatistica, corrispettivo. Distinzione all'interno del *genus* del tributo non netta, il dilemma del corretto *nomen iuris* del tributo ha interessato da sempre la materia, avvicinandosi per tutti i tributi più rilevanti. Al riguardo, un richiamo noto è quello relativo al dibattito dottrinario circa la natura duale dell'imposta di registro, cioè la coesistenza nello stesso prelievo dei caratteri di imposta e di tassa, sostenuta da A. BERLIRI, *Le imposte di bollo e di registro*, Milano, 1970, *passim*, da altri osteggiata per l'impossibilità ad avere questa coesistenza nello stesso prelievo, G. A. MICHELI, *Corso di diritto tributario*, IV ed., Torino, 1978, *passim*. Tornando ai prelievi sui rifiuti, la Corte costituzionale, intervenuta più volte in ordine alla legittimità dell'applicazione dell'IVA sul servizio di smaltimento, ha ribadito che le caratteristiche della doverosità della prestazione e del nesso con la spesa pubblica, fondamentali ad attribuire la natura tributaria e, quindi, a ritenere illegittima l'applicazione dell'IVA, sono da riscontrare caso per caso, così [Corte costituzionale, sent. n. 58/2015](#). Per quanto concerne i tributi sui trasporti, invece, oltre alla versione del collegamento con il consumo di materiali inquinanti dove la capacità contributiva è rilevata facilmente, in via mediata attraverso la stima del consumo di materiali inquinanti, nelle altre fattispecie la sua giustificazione non è proprio così lineare, comportando fattispecie impositive molto ampie. Considerando sempre le modalità attuative, esse, infatti, vanno dal ritrovare la capacità contributiva nel collegamento con il possesso del veicolo, senza così stimare chi davvero inquina, alla potenza del motore dell'autoveicolo, dove il dubbio concerne anche il *quantum* dell'imposizione. In altri termini, in tali prelievi si coglie un'ambiguità intrinseca con la motivazione per cui sorgono, in quanto la manifestazione di ricchezza espressione della responsabilità finanziaria generale non ha alcun punto di contatto con l'unità fisica inquinante che dovrebbe assurgere a presupposto del tributo. Ciò con evidenti ripercussioni sull'individuazione dell'oggetto ambientale nella fattispecie che il più delle volte non c'è e dei soggetti passivi che soggiacciono al dovere tributario. Allo stesso modo anche quando si tenta la classificazione a seconda dell'utilizzo del gettito, tranne i casi dei prelievi di scopo, in cui la finalità di reperire risorse per riparare i danni o risarcire il consumo delle risorse è la motivazione del tributo non contemplata dalla fattispecie, ove il collegamento è sui soggetti passivi che beneficiano del risanamento, negli altri casi, soprattutto se prelievi acausali, ovvero imposte, è solo una scelta discrezionale del Legislatore. Legata alla funzione costituzionale del concorso alle spese pubbliche, sempre più spesso il gettito di tale imposizione è stato finalizzato al doppio dividendo, abbassare la tassazione del lavoro e promuovere così l'occupazione, oppure a realizzare dividendi plurali, quali favorire l'abbattimento della pressione fiscale in generale.

² Partendo dalla propensione nazionale a risolvere le esternalità con strumenti di natura pubblicistica in quanto appaiono più in sintonia con il parametro dell'eguaglianza, a differenza del livello europeo dove l'abbattimento del livello delle emissioni è rimesso a una serie di strumenti di mercato, basati sugli accordi, il difficile connubio tra esternalità e principio di eguaglianza è stato osservato da F. GALLO, *Le ragioni del fisco. Etica e giustizia della tassazione*, II ed., Bologna, 2011, *passim*; M. A. ICOLARI, *Fiscalità dell'ambiente, mercato e sviluppo sostenibile: un equilibrio possibile?* in [AmbienteDiritto](#), 1/2020, 5 ss., e prima ancora, EAD., *Per una dogmatica dell'imposta ambientale*, Napoli, 2018, 98 ss. Collegato al problema del limite massimo dell'imposizione, in precedenza la confiscatorietà del prelievo era stata osservata anche da M. MICCINESI, *Imposta*, in *Diz. dir. pubblico* a cura di S. Cassese, Milano, 2006, 2948 ss., Nella declinazione di un diritto all'ambiente salubre prerogativa che ammette limitazioni anche economiche purché volte a costituire il bene sociale, come ipotizzato da Benedetto XVI nella sua Enciclica *Caritas in veritate*, reperibile dal sito [Vatican.va](#), la considerazione delle risorse naturali quali *res communis omnium* è strumentale all'affermazione della parità di condizioni e di dignità umana sia delle generazioni presenti che di quelle future. L'idea di collegare l'avveramento del diritto sociale fondamentale all'ambiente salubre alla limitazione dei diritti proprietari nasce dalla concezione di bene comune come bene necessario allo sviluppo della persona, S. RODOTÀ, *Beni comuni*, Consorziofestivalfilosofia, 2013, *passim*, in un'ottica di *tertium genus* che non richiede di modificare l'art. 42 Cost., ma solo di essere riletto come altro modo di possedere, diverso dal dominio della proprietà sull'uomo. Al riguardo, v. P. GROSSI, "Un altro modo di possedere": *l'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, 1977, *passim.*, più di recente ripreso da L. D'ANDREA, *I beni comuni nella prospettiva costituzionale: note introduttive*, in [Rivista AIC](#), 3/2015.

della lettura economica operata inizialmente dall'OCSE. Invero, siffatto organismo, avvertita l'importanza delle misure economiche nella salvaguardia dell'ambiente, ha privilegiato quelle efficaci a sostenere i costi dei danni alle risorse naturali, riservando ai tributi un ruolo marginale.

Un'altra, invece, sicuramente deriva dalla nozione di tributo ambientale approntata dalla Commissione Europea. Prima a rileggere la fattispecie in termini giuridici ed a aver attribuito al prelievo un ruolo primario nella tutela delle risorse naturali, la Commissione, quando nel 1997 ha elaborato l'internalizzazione delle diseconomie nel prelievo, declinando la nozione di tassa ambientale come quella con l'unità fisica inquinante nella fattispecie, si è però fermata alla sola statuizione di un tributo coattivo. In altri termini, non ha operato la distinzione classica, valida in tutti i prelievi, tra tributo basato prevalentemente sul beneficio e tributo incentrato sul sacrificio. Conseguenza diretta della mancata qualificazione del carattere prevalente ricorrente è stata quella per cui la base giuridica della tassazione ambientale da sempre è stata l'art. 23 Cost. e tutt'ora nel nostro ordinamento tributario non si escludono prelievi informati dal solo carattere dell'autoritatività. Se al contrario il Legislatore tributario avesse disposto la previsione di un oggetto ambientale nella fattispecie, la distinzione tra prelievi ambientali informati dal solo art. 23 Cost. e prelievi rileggibili ai sensi dell'art. 53 Cost. sarebbe risultata semplice e immediata così come l'individuazione dell'indice di capacità contributiva. Nozione diversa dalla statuizione di una base imponibile con effetti negativi sull'ecosistema, con la previsione di un oggetto ambientale, presupposto della fattispecie impositiva, la moltitudine di prelievi ambigui in quanto non collegati alla diseconomia ambientale che li ha ispirati, cioè senza corrispondenza fra indice di capacità contributiva e responsabilità finanziaria generale, non si sarebbe registrata. Tale moltitudine, invero, se per un verso, ha contribuito a dare rilievo alla categoria, affermandola, dall'altro ha favorito il rischio di regressività dell'imposizione, insito nella proliferazione dei tributi.

Allo stato dell'arte, invece, siffatta mancata previsione oltre a creare qualche problema di compatibilità con lo sviluppo delle libertà europee e con il divieto degli aiuti di Stato lascia ancora irrisolti alcuni importanti nodi teorici. Il primo è nell'utilizzo del relativo gettito per uno scopo diverso dal quale sono sorti. L'altro, di più ampio respiro, attiene alla necessità di stabilire un bilanciamento nel rapporto tra fiscalità ed extra-fiscalità nel tributo per evitare ripercussioni sul bilancio nazionale e su quello europeo qualora dovesse prevalere lo scopo diverso dal solo gettito. È il caso che si è verificato nei paesi del Nord Europa dove il gettito sui prelievi sui trasporti basati sull'uso di carburanti è stato azzerato, poiché la prevalenza dello scopo della tutela ambientale ha incentivato l'uso esclusivo di quei mezzi che ricorrono a materie prime non inquinanti. Una soluzione per ovviare a tali inconvenienti potrebbe essere quella di indirizzare l'attenzione del Legislatore tributario su nuove fonti di ricchezza, in particolare sul vantaggio che nasce dall'uso dell'ambiente salubre, in quanto fornisce "capacitazioni", la cui tassazione ripristina condizioni di giustizia e di eguaglianza tributaria.

Oggetto di un approfondimento a tutto tondo del dovere tributario come dovere finalizzato soprattutto alla redistribuzione e, richiamando Anna Arendt, anche alla ricerca della felicità pubblica, la disamina continua con la possibilità di rivedere nella statuizione di una nuova fiscalità ambientale una via per contribuire alla definizione sia dell'assetto giuridico europeo che di quello regionale. Premesso che in entrambi i casi la scelta è dettata dalla necessità di superare la storica difficoltà a operare la ripartizione tra funzioni e rapporti finanziari tra i vari livelli di governo, incidendo negativamente sia sulla redistribuzione che sull'allocazione efficace ed efficiente delle risorse, a livello regionale un'imposta ambientale propria non vi potrà essere se prima non si completa il processo di autonomia tributaria. Diversamente in ambito europeo appare abbastanza riduttivo fermarsi a dibattere solo su come attribuire natura tributaria al *carbon price*, in quanto risorsa propria dell'Unione a carattere ambientale, senza interrogarsi se, alla luce anche dell'uniformità delle scelte

economiche intraprese per affrontare la crisi pandemica, appare coerente mantenere il potere accentrato del Consiglio Europeo e la regola dell'unanimità in materia fiscale³.

1.1. Oltre il tributo: altre misure fiscali.

Consapevoli della circolarità della materia ambientale per cui essa è a chiusura di ogni cosa e non è a carattere dicotomico, insieme al tributo occorre però esaltare anche l'importanza delle politiche fiscali nel loro complesso. Idonee a superare le disegualianze territoriali sia a livello interno che tra le diverse parti del mondo, tali politiche contribuiscono anche alla creazione di una nuova economia sociale di mercato, che può essere liberista, purché non incentrata sulla ricchezza di pochi come fonte di benessere per tutti. Per questo motivo lo studio della fiscalità ambientale non può arrestarsi alla previsione di un tributo che contempli un oggetto ambientale nella fattispecie, anzi nel caso di specie occorre soffermarsi anche sulle agevolazioni fiscali, quali strumento di sostegno, essenziali per realizzare un nuovo modello produttivo sostenibile. Misure compensative duttili, esse devono concorrere alla costruzione di un modello di *green economy* in cui trovi spazio la partecipazione, con la collaborazione fra i territori e tra i soggetti presenti in essi. In questo discorso, la previsione delle *Green communities* rappresenta un esempio di collaborazione volta a una più equa distribuzione della ricchezza anche per via della restituzione del residuo fiscale, ovvero a un riparto delle fonti di finanziamento che deve evitare che le realtà svantaggiate ma ricche di risorse naturali continuino ad essere depredate.

Insieme alla previsione di questa nuova organizzazione territoriale che prima o poi richiederà nuove fonti di finanziamento e per le quali un tributo ambientale potrebbe rappresentare una soluzione, altre misure di finanza pubblica, incentrate sulla sua potenzialità di motore della crescita sostenibile, sono i *green bonds*. Strumenti finanziari a carattere promozionale, queste obbligazioni verdi finanziate dalla Bei riportano sui tavoli del dibattito il rapporto tra gestione finanziaria europea oramai unitaria e il Fisco che, al contrario, è ancora nazionale. Nella descrizione delle fonti di finanziamento a favore della transizione ecologica, quali fattispecie speciali a carattere extrafiscale che esprimono un bilanciamento con il principio di progressività del sistema, meritevole di attenzione è la previsione che premia i *managers* che operano scelte compatibili con la tutela dell'ambiente. Inattuata anche per l'attuale prevalenza della geo-economia⁴, questa iniziativa molto pregevole, in cui esperti del settore hanno puntato all'ambiente salubre come fine da raggiungere e non limite all'azione umana⁵, lascia perplessità con riferimento al funzionamento più che al dato etico di dover

³ Premesso che il potere tributario costituisce uno dei connotati tipici e caratterizzanti la sovranità, in Europa essa è ancora un baluardo importante dei singoli Stati. Finalizzata al regolare funzionamento del mercato comune, a livello europeo l'esercizio della potestà impositiva è regolata dagli articoli 110 sino al 113 del Trattato sul funzionamento europeo. Frutto di accordi, il Trattato all'art. 113, fondamento giuridico dell'imposizione indiretta, prescrive il criterio dell'unanimità per l'armonizzazione di discipline specifiche che concernono la sua connessione con gli scambi commerciali infra e fuori Europa. Ciò, essenzialmente, allo scopo di evitare che il tributo possa distorcere la concorrenza trattando beni simili diversamente oppure possa limitare la libertà di circolazione. In materia di imposte dirette, invece, l'art. 115 TFUE prescrive il riavvicinamento delle discipline, intesa come una sorta di integrazione negativa, cioè di eliminazione degli elementi di distorsione, ma non di disciplina univoca o adeguata a un tipo comune. La ricostruzione di tali principi è operata in chiave problematica fra gli altri da, G. RUSSOLILLO, *Fiscalità e sovranità: riflessioni sulla ripartizione delle competenze tra Stati membri e Unione europea*, in *Riv. trimestrale dir. trib.*, 1/2018, 121 ss.

⁴ L'espressione "dogmatica del costituzionalismo societario" con cui si riconoscono nuovi poteri costituenti in capo ad attori privatistici e/o settoriali, è il caso del WTO o del *Fiscal compact*, è usata da A. CANTARO, *Postpandemia, pensieri (meta) giuridici*, Torino, 2021, 125 e 167 ss. Ciò, invero è accaduto e accade a causa di una prevalenza della *lex mercatoria* che nella fiscalizzazione del conflitto sociale impedisce di moderare le larghe sacche di profitto in capo a pochi. In ambito fiscale ciò è riscontrabile nella tassazione delle *digital enterprises*, le quali, agendo sulla mancanza di regole comuni in ordine a criteri di collegamento immateriali fra reddito e territorio, sfuggono alla tassazione.

⁵ La tematica relativa al collegamento: salute, ambiente, economia durante la pandemia è stata oggetto di approfondimento, fra gli altri, da M. PENNASILICO, *Emergenza e ambiente nell'epoca pandemica. Verso un diritto dello*

incentivare comportamenti di per sé già giusti. Nonostante le positività di essere riconducibile all'istituto della *compliance* e di avvantaggiare non solo i *managers* ma anche le aziende, in quanto tale incentivo per esse rappresenta un costo detraibile, l'aspetto più preoccupante è che così operando si rischia di azzerare la progressività del sistema tributario. Ciò poiché, in assenza di una riforma del sistema, tale misura, aggiunta alle altre rivolte a calmierare l'irragionevolezza delle aliquote Irpef sui redditi da lavoro dipendente e sulle imprese individuali, avrebbe esacerbato la discriminazione derivante dall'utilizzo dell'imposta piatta come premio talora per una categoria di reddito, talora per un'altra.

Accanto a questa cura omeopatica per uscire dal male del danno all'ambiente, c'è infine l'economia circolare. Non esclusivamente incentrata sul riciclo, questo nuovo modello produttivo, da realizzare anche per azzerare le emissioni, è accompagnato da politiche fiscali idonee a promuoverlo sia direttamente che indirettamente⁶, pur se non sempre attente ad evitare gli eccessi di profitto. In tal verso va ascritta la previsione della *plastic tax*, sull'uso della plastica non riciclabile, risorsa propria europea la cui entrata in vigore dal 2020 è stata rinviata - ancora una volta - al 2023 e l'aliquota IVA super ridotta per favorire l'uso di fonti energetiche rinnovabili, che, come disposto dalla Direttiva 2022/542/UE, entrerà a regime nel 2025. Indirizzate a dare un volto concreto all'ambiente come valore sociale fondamentale in costante bilanciamento con il mercato, tali misure sono sorte per dare voce alla legge europea sul clima, in attesa di un regime giuridico dell'Unione Europea che punti sul diritto tributario per rilanciare il metodo della sovranità sovranazionale.

2. La declinazione della fiscalità ambientale e l'assenza di un oggetto ambientale.

Come già avanzato in premessa il tema della fiscalità ambientale soprattutto a livello nazionale è abbastanza complesso poiché esso manca da sempre di un modello di tassazione uniforme. Ciò, invero, crea non poche difficoltà. La prima è sicuramente quella che vede la fiscalità ambientale come un segmento marginale all'interno dell'ordinamento tributario. Ad essa si affianca quella di non riuscire a riconoscere l'unità fisica inquinante quando immateriale in uno degli indici di capacità contributiva attualmente riconosciuti, difficoltà questa che è causa sia di una disputa dottrinarica molto accesa tra i tributaristi in Italia, che della mancata previsione di un tributo ambientale originale⁷.

“sviluppo umano ed ecologico”, in M. A. Icolari (cur.), *La tutela dell'ambiente al tempo della crisi pandemica*, Torino, 2021, 53 e ss.

⁶ Anche se in assenza di un piano strategico nazionale, l'importanza dell'economia circolare è correttamente segnalata, tra gli altri, da V. MOLASCHI, *L'economia circolare nel piano di ripresa e di resilienza*, in *AmbienteDiritto*, n.1/2022, 555., S. CAVALIERE, *Economia circolare e intervento pubblico nell'economia: spunti di riflessione*, in *dirittifondamentali.it*, n.1/2020, 937 ss., dopo che per anni F. De Leonardis (cur.), *Studi in tema di economia circolare*, Eum edizioni università Macerata, Macerata, 2019, se n'è occupato all'interno delle politiche per lo sviluppo sostenibile, definendone la nozione e le molteplici implicazioni con la produzione sostenibile. In materia fiscale, a sostegno di una fiscalità premiale per promuovere l'economia circolare, v. A.F. Uricchio -G. Selicato (curr.), *Circular Economy and Environmental Taxation*, Bari, 2020, in particolare 13-23.

⁷ La materia della fiscalità ambientale è da sempre stata oggetto di studio della scienza tributaristica, anche se sinora all'interno della materia è stato indagato soprattutto il presupposto del tributo e la sua giustificazione in termini di capacità contributiva. A titolo esemplificativo e senza la presunzione della completezza si annoverano in questa sede, anche per i richiami bibliografici operati, L. Antonini (cur.), *L'imposizione ambientale nel quadro del nuovo federalismo fiscale*, 2010, *passim*; F. GALLO, *Profili critici della tassazione ambientale*, in *Rass. Trib.*, 2/2010, 303 ss.; R. ALFANO, *I tributi ambientali. Profili interni e europei*, Torino, 2012, *passim*; S. DORIGO - P. MASTELLONE, *La fiscalità per l'ambiente*, Roma, 2013, *passim*; L. PEVERINI, *I tributi ambientali* in L. Salvini - G. Melis (curr.), *L'evoluzione del sistema fiscale e il principio di capacità contributiva*, Padova, 2014, 719 ss.; A. BUCCISANO, *Fiscalità ambientale tra principi europei e costituzionali* in *Dir. Prat. Trib.* 2016, I, 590 ss.; A. Di Pietro (cur.), *La fiscalità ambientale in Europa e per l'Europa*, Bari, 2016, *passim*; V. Ficari (cur.), *I nuovi elementi di capacità contributiva. L'ambiente*, Roma, 2016; A. URICCHIO, *I tributi ambientali e la fiscalità circolare*, in *Dir. Prat. Trib.* 2017, I, 1849 ss.; M.A. ICOLARI, *Per una dogmatica*, cit., *passim*.

Consapevoli dell'equilibrio precario tra *drafting* normativo e riserva di legge in ordine alla statuizione di un nuovo tributo ambientale, nel discorso la disputa tra i tributaristi concerne essenzialmente la rilettura del presupposto del prelievo ambientale in termini di capacità contributiva ed il fondamento stesso dell'art. 53 Cost.⁸. Nel merito, la diatriba è tra coloro che rivedono nell'utilizzo dell'ambiente una capacitazione, nel caso specifico nel vantaggio che si ha sfruttando le risorse ambientali, come elemento che differenziando le condizioni di vita tra i consociati deve essere tassato per ragioni di parità di trattamento, e coloro che al contrario ritengono che l'ambiente sia da considerarsi alla stregua di un bene di lusso, tassabile per il consumo di risorse naturali che sono ritenute esauribili⁹.

Indice di capacità contributiva certo che già possiede in sé la provvista monetaria per assolvere al tributo, oltre alla fattispecie dannosa per le risorse materiali dove è facile stimare in termini di consumo ovvero di altro indice di capacità contributiva tradizionale, il problema di giustificare il presupposto del tributo alla luce dell'art. 53 Cost. sorge nei casi in cui la fonte inquinante è immateriale. Si pensi ad esempio alle emissioni in aria di CO₂, il relativo tributo non potrà avere come indice di capacità contributiva il consumo, in quanto l'aria non si consuma, ovvero anche gli altri indici di capacità contributiva tradizionali, quale il reddito o il patrimonio. Di qui la mancanza di un criterio informatore e le obiezioni di quanti sostengono che occorra intervenire sulla *ratio* dell'art. 53 Cost. per risolvere il problema. Legate alle teorie sull'eguaglianza come sinonimo di giustizia sociale di A. Sen e M. Nussbamb, i fautori della capacità contributiva mero criterio di riparto ritengono che anche quella tributaria concorra a eliminare le diseguaglianze, per cui chiedono il riconoscimento fiscale del vantaggio che una certa capacitazione offre rispetto a chi non ne gode, non ritrovandosi nelle medesime condizioni iniziali. Per tale motivazione, per chi sostiene tale teoria il Legislatore tributario deve ampliare i presupposti di imposta, riconoscendo il vantaggio, e nel farlo può andare anche oltre la tutela dei diritti proprietari, pur consapevoli che a livello europeo la concezione che domina è completamente diversa. Un esempio utile a rimarcare tale diversità di vedute è ravvisabile nella tutela della proprietà, dal nostro Costituente qualificata per la sua funzione sociale, per cui nel nostro sistema essa ammette limitazioni ad opera anche del tributo, mentre in ambito europeo la CEDU la ritiene inviolabile. Tornando all'ambiente, prendendo spunto dal ragionamento che accompagnava l'*Obama Care* negli Usa,¹⁰ sempre i fautori della capacità

⁸ Sulla nozione e natura giuridica dell'art. 53 Cost. da sempre si registra un dibattito dottrinario acceso, con posizioni fra loro molto contrastanti. All'iniziale natura svalutativa per cui la capacità contributiva identificava una scatola vuota, sostenuta da F. MAFFEZZONI, *Il principio di capacità contributiva nel diritto finanziario*, Torino, 1970, *passim*, si è opposta una teoria che considerava il principio in parola prolungamento e specificazione dell'eguaglianza, A. D. GIANNINI, *Istituzioni di diritto tributario*, Milano, 1968, *passim*. Dopo gli orientamenti iniziali di dottrina e giurisprudenza il conflitto si è poi acuito intorno alla rilevanza economica del criterio di riparto, per cui per taluni la capacità contributiva individua i caratteri necessari della fattispecie, quale limite assoluto della norma impositrice, F. MOSCHETTI, *Il principio della capacità contributiva*, Padova, 1973, *passim*, più di recente G. FALSITTA, *I principi di capacità contributiva e di eguaglianza tributaria nel diritto comunitario e nel diritto italiano tra "ragioni del fisco" e diritti fondamentali della persona*, in *Riv. dir. trib.*, 5/2011, 519 ss. Ciò anche in base alla tendenza dei giudici europei a elevare il principio di non discriminazione fiscale a limite assoluto per gli Stati nazionali, per cui la leva fiscale colpisce solo quei soggetti che già possiedono un'adeguata disponibilità. Per altri, invece, l'art. 53 esprime un limite relativo all'azione del Legislatore, in quanto espressione della funzione di riparto dei carichi pubblici fra i consociati rivolto alla realizzazione dell'eguaglianza contributiva, sinonimo dell'eguaglianza sociale. In tal verso, A. FEDELE, *Ancora sulla nozione di capacità contributiva nella Costituzione italiana e sui "limiti" costituzionali all'imposizione*, in *Riv. dir. trib.*, 11/2013, 1035 ss.; F. GALLO, *L'uguaglianza tributaria*, Napoli, 2012, *passim*.

⁹ In ordine a quest'ultimo punto va rilevato che una volta che a livello internazionale è stato riconosciuto lo stretto collegamento tra vita libera e dignitosa dell'uomo e diritto all'ambiente anche fiscalmente appare più appropriato parlare di bene primario più che di bene di lusso. Ciò, invero, non solo a fini definitori bensì anche per rimarcare la necessità di un concorso impostato all'eguaglianza contributiva, diretto cioè a realizzare la giustizia sociale attraverso quella contributiva.

¹⁰ In materia di copertura delle prestazioni sanitarie da assicurazione, l'*Obama Care* era stata ideata come un prelievo pubblico. A favore della natura tributaria, v. T. ROSEMBUJ, *La capacità contributiva del "non fare". Il concetto di imposta. A proposito di un'importante sentenza della Corte Suprema degli Usa*, *Dir. prat. trib.*, 6/2012, 1225 ss.

contributiva quale limite relativo al prelievo giustificano la sua tassazione per gli svantaggi arrecati all'ecosistema, ripartendo il costo dell'inquinamento tra tutti coloro che dispongono di ricchezza oltre il minimo vitale. Ed ancora, a riprova del fondamento della loro concezione, rievocano quei prelievi già presenti nell'ordinamento in cui fatto generatore ha solo rilevanza economica per cui è monetizzabile, anche se non immediatamente, nel senso che è sufficiente la mera possibilità di valutazione in denaro¹¹.

Pur senza entrare nel merito della bontà della proposta incentrata sulla necessità di ampliare i presupposti, ricavandoli dalle nuove ricchezze per affrontare la crisi economica che ci attanaglia da diversi anni, occorre evidenziare come ripartendo il costo dell'inquinamento fra tutti anche il principio europeo del "chi inquina paga" troverebbe finalmente una sua dimensione unitaria¹². Così facendo, infatti, per un verso esso potrebbe concorrere alla ricerca di un tributo ambientale coerente con la disciplina unionale; per altro verso, per il tramite della sussidiarietà, ex art. 5 del Trattato del TUE, potrebbe persino assumere la dimensione di paradigma ordinatore, in una versione che chi meno inquina meno paghi. Al momento, però, il mancato riconoscimento di nuovi presupposti d'imposta desunti dalle ricchezze moderne degrada la previsione di un tributo ambientale basato sulla lettura innovativa tra risorse naturali e principio di capacità contributiva a un dibattito sterile, a tratti aspro e puramente ideologico.

Per cui, accantonata per un attimo l'interessante questione della rilevanza fiscale del vantaggio derivante dalle capacità, il discorso sul bisogno di affermare un parametro informatore della tassazione dell'ambiente intorno ad un oggetto ambientale ritorna in modo predominante anche per far fronte alle invocazioni di Papa Francesco sull'ecologia integrale come condizione di dignità per tutti, per cui occorre ridurre le diseguaglianze anche per via di una crescita sostenibile. Invero che l'ambiente salubre sia un valore che differenzia le condizioni di vita dei consociati per cui è difficile statuire un connubio con le regole del mercato è una constatazione che affonda le sue radici nelle nozioni di persona e di proprietà elaborate dalla Costituzione di *Weimar*. A tal riguardo, la previsione di un tributo ambientale originale come forma più flessibile e adeguato alla circostanza dell'osservanza del *Fiscal Compact* rispetto alla spesa, appare il migliore strumento per promuovere crescita e solidarietà, soprattutto nei momenti di crisi. A sostegno di questa asserzione, ovvero dell'auspicio di un tributo ambientale che sia previsto con un oggetto ambientale come presupposto, nella veste di tributo proprio e non tributo ambientale funzionale¹³, va richiamata l'imposizione inglese sulla produzione sul carbone. Data la globalità della fonte di inquinamento tale imposizione potrebbe peraltro essere prevista anche a livello europeo, seguendo gli orientamenti della Commissione *Juncker* del 2019 relativi al passaggio dal criterio dell'unanimità a quello della maggioranza qualificata anche in materia fiscale. Nel frattempo la sovranità impositiva potrebbe però esprimersi con un tributo che colpisce il livello di emissioni propagate in aria calcolato per il tramite di rilevatori applicabili alle imprese o ai mezzi di trasporto. In quest'ultimo caso si esalterebbe anche

¹¹ E' il caso del presupposto impositivo dell'Irap, oppure delle accise sulla produzione, sui prelievi sui *fringe benefits* o di alcune tassazioni nell'ambito dell'attività d'impresa che al momento della riscossione non presentano la relativa provvista monetaria. In merito al concorso alle spese pubbliche graduato e diversificato in ragione della posizione di vantaggio che alcuni consociati hanno rispetto ad altri, v. A. FEDELE, *Appunti dalle lezioni di diritto tributario*, Torino, 2005, 22 e ss.

¹² Pur se lontani da questa interpretazione sul chi inquina paga, dopo aver evidenziato la natura economica del principio come principio che è finalizzato a una condizione di benessere secondo la visione di Arthur Cecil Pigou, per l'applicazione nel diritto tributario si rinvia a C. VERRIGNI, *La rilevanza del principio comunitario "chi inquina paga" nei tributi ambientali*, in *Rass. Trib.* 5/2003, 1614 ss.; P. SELICATO, *Imposizione fiscale e principio "chi inquina paga"*, in *Rass. trib.*, 4/2005, 1160 ss.

¹³ Per dovere di completezza, i tributi ambientali funzionali sono quelli in cui la fattispecie prevede un indice classico di capacità contributiva mentre lo scopo della tutela ambientale, manifestato attraverso l'incentivo o il disincentivo di determinate attività, è rimesso alla volontà del Legislatore attraverso la destinazione del gettito del tributo. La distinzione tra tributi ambientali propri, cioè con unità fisica inquinante nella fattispecie, e tributi ambientali funzionali è frutto dell'elaborazione dottrinarica: al riguardo, v. F. GALLO e F. MARCHETTI, *I presupposti della tassazione ambientale*, in *Rass. Trib.*, 1/1999, 115 ss.

l'importanza di regolare il traffico urbano, fattore importantissimo per il diritto alla mobilità e nella tutela del clima. Superata l'*impasse* della *privacy*, per ripartire correttamente il carico tributario e non violare il principio di proporzionalità, anche con riferimento a chi sopporta effettivamente il costo del tributo dopo la traslazione, nei casi di prelievo indiretto, il prelievo potrebbe essere accompagnato da un'imposta negativa o regressiva per il CO2 risparmiato. Partendo dal presupposto che il confine labile tra tassazione e sanzione risiede nella reversibilità del danno, un prelievo così strutturato, oltre ad assicurare la solidarietà intergenerazionale, riuscirebbe a dar vita anche a quella nuova forma di economia che nasce dalla commistione tra la transizione ecologica e l'economia digitale, nota come economia digicircolare¹⁴.

3. La tassazione ambientale basata sulla differenziazione del valore nella fattispecie come pilastro per l'Unione giuridica europea.

Visti in una prospettiva più ampia, dettata dall'importanza della fiscalità all'interno del Pilastro europeo sull'ambiente e dal bisogno di politiche redistributive comuni, i paragrafi che seguono saranno dediti all'implementazione di un tributo ambientale europeo e/o locale come una via sia per la nascita dell'unione giuridica UE, sia per lo sviluppo del regionalismo in Italia. Nel tentare di rileggere in chiave unitaria ambiente e ripartizione della potestà impositiva occorre premettere che a livello europeo l'idea di tassare il carbone per tagliare le emissioni c'è da sempre, pur se intento sperato all'interno di un sistema di mercato che si basa sullo scambio di quote di inquinamento. Sinora, infatti, pur auspicando la previsione di una *Carbon tax* la paura di perdere competitività ha relegato il problema climatico solo agli *European Union Emissions Trading Scheme - EU ETS (Ets)*. In particolare, si è agito per fare in modo che la quota parte assegnata, il cosiddetto *cap and trade*, ovvero il livello di emissioni tollerate diminuisse sempre di più, evitando al contempo la delocalizzazione in quei paesi dove non ci sono limiti alla produzione o all'uso del carbone. Pur essendo una delle pietre angolari su cui dal 2005 si fonda la politica dell'UE per contrastare i cambiamenti climatici, questo strumento essenziale per ridurre in maniera economicamente efficiente le emissioni di gas a effetto serra presenta però forti limiti. Oltre a non eliminare il problema dell'inquinamento, infatti, è la qualificazione della sua natura giuridica a destare maggiori perplessità, o meglio il tentativo di definirlo impropriamente un tributo. Non a caso sia la Corte di giustizia, sia la Cassazione, dopo aver richiamato l'art. 192 primo paragrafo del TFUE quale base giuridica a fondamento della loro previsione, rivedono nel meccanismo della cessione di certificati CO2 delle obbligazioni di permettere connotate dalla sinallagmaticità, legittimando così anche l'applicazione dell'IVA al rilascio delle quote di emissione¹⁵. E mentre si discute del taglio da operare in Europa sulle emissioni per arrivare alla loro eliminazione nel 2050, la Commissione prima vara il *Green Deal* e poi con il *Next generation Ue* (NGUE) lega la transizione ecologica al *Carbon border adjustment mechanism* (CBAM) e alla revisione della Direttiva sulla tassazione dell'energia. In merito al CBAM, non ancora in vigore, in quanto si prevede un periodo transitorio nel 2023 per entrare poi a regime definitivo nel 2025, va rilevato il solo tentativo di attribuirgli la natura di dazio doganale, in virtù di un richiamo al regolamento che lo disciplinerà. Tentativo avventato, poiché, applicato a paesi terzi, tale meccanismo viola le regole sul commercio internazionale. Mentre nel coordinamento con gli *Ets* va evidenziato il bisogno di un dialogo trasparente e costante, come avviene nella fase procedimentale

¹⁴ Dopo che Luciano Floridi si è espresso in merito al collegamento tra digitalizzazione e tutela dell'ambiente, il concetto di economia digicircolare torna come obiettivo da raggiungere, alla base del *Green Deal*, per costruire un futuro migliore. In merito, v. E. GIOVANNINI, *L'utopia sostenibile*, Bari-Laterza, 2018, *passim*.

¹⁵ Caratteristica tipica dei nostri corrispettivi di origine privatistica, le questioni sono state affrontate tra le altre da Corte di giustizia, C-366/10 del 21 dicembre 2011, *Air Transport Association of America and Others v Secretary of State for Energy and Climate Change*, e Cass. civ. sez. tributaria n. 25492 del 10 ottobre 2019.

di attuazione del tributo con lo scambio di informazioni tra le Amministrazioni fiscali, anche di paesi diversi.

Pur partendo dal bisogno di una maggiore coerenza fra tutte le politiche fiscali *green*, con riferimento alla Direttiva sulla fiscalità dei prodotti energetici del 2003 degno di nota è la corrispondenza che si realizza per la prima volta nella fattispecie tra presupposto e oggetto ambientale. Seguendo tale indirizzo l'impianto impositivo sarebbe risultato modernizzato e avremmo avuto il riallineamento tra esigenze sociali e obiettivi climatici nei singoli Stati. Purtroppo dopo una prima inversione di tendenza nel 2015, la proposta relativa alla sua revisione, di luglio 2021, abbandona definitivamente l'idea di colpire l'oggetto ambientale, base per la creazione di una categoria unitaria, muovendosi in una direzione diversa. Una direzione che, da un lato, mantenendo inalterata la possibilità da parte degli Stati membri di tassare il carbone al di sotto dei livelli minimi statuiti, favorisce distorsioni del mercato, com'è stato rilevato anche dalla Corte dei conti europea. Dall'altro, consentendo ancora sia lo scambio di quote di emissione di CO₂ per alcuni settori, anzi lo estende addirittura a quello marittimo, che la concessione di quote gratuite alla produzione di energia elettrica, provoca l'aumento del costo delle tecnologie a bassa emissione, ritardando la transizione ecologica. Ed inoltre, i suoi contenuti, avvantaggiando l'utilizzo di quei combustibili a elevato numero di emissioni, contrastano pure con lo spirito per cui essa è sorta, incrementando in tal modo la percezione dell'iniquità che connota la fiscalità dell'energia.

Premesso che in questo discorso l'unico deterrente potrebbe consistere nell'armonizzazione delle aliquote sulle accise, di non facile attuazione se non si sceglie di ridimensionare il ruolo del Consiglio europeo, il principio che viene violato dalla proposta di Direttiva è quello della neutralità fiscale. Prevista già dalla nostra legge delega n. 23 del 2014 anche allo scopo di evitare che la tassazione ambientale coinvolgesse precipuamente l'imposizione indiretta e non quella diretta, con effetti che per un verso vanno ad incidere solo sul consumatore finale, per altro verso aggravano la pressione fiscale sull'imposizione personale, il nuovo piano europeo varato nel 2019 non è però esclusivamente indirizzato alla tutela dell'ambiente. Almeno negli intenti, infatti, esso pare destinato a creare una nuova stagione dei diritti fondamentali, con il mercato coniugato alle regole della promozione dei territori, valorizzando la differenziazione per promuovere l'integrazione e prevedendo lo stanziamento di aiuti a finalità regionale¹⁶.

Accantonate le questioni dell'importanza degli aiuti di stato anche regionali per la crescita inclusiva, per motivi di delimitazione del campo di indagine la riflessione prosegue con la centralità della fiscalità anche per avverare un'Unione Europea più giusta e sostenibile. Sulla scia dei dettami del Nobel William Nordhaus che evidenziano la dipendenza fra cambiamento climatico e migrazioni dei popoli, la riflessione si interroga sul se allo stato attuale abbia ancora un senso mantenere intatto il ruolo del Consiglio europeo e del criterio di unanimità in materia fiscale. In merito al potere del Consiglio, il suo ridimensionamento appare consequenziale al bisogno di incrementare le risorse del bilancio, rilanciando la condivisione del debito e l'istituzione di un fondo comune, quale quello per fronteggiare la crisi energetica. Prendendo a esempio come il nostro Parlamento nazionale risolve le fratture in tema di attuazione dei diritti sociali, la regola dell'unanimità, invece, potrebbe essere scardinata per conferire all'UE una propria capacità fiscale, allo scopo anche di arginare i contrasti

¹⁶Siffatte misure, concepite come strumento che ricorre alla differenziazione di trattamento nei vari contesti, per riportare a una condizione di parità iniziale fra tutti, possono rappresentare il paradigma di una nuova politica fiscale ambientale diretta alla cura della natura e ad evitare la povertà, diventando un esempio anche per i paesi dell'America Latina, alle prese con il mancato funzionamento del *Mercosud*. Accogliendo, poi, le indicazioni dell'Agenda Onu 2030 a proposito del bisogno della protezione ambientale come parte integrante dello sviluppo economico, passaggio obbligato nella declinazione di una nuova economia sociale di mercato è quello della compatibilità con le regole della concorrenza. Sulla necessità di una crescita sostenibile incentrata sulla differenziazione, v. R. MICELI, *Green deal e politiche fiscali territoriali. Il nuovo quadro europeo dell'integrazione per differenziazione*, in *Riv. dir. trimestrale di dir. trib.*, 1/2022, 137 ss.

multilaterali, quale quello creatosi con il WTO dopo la previsione del CBAM, qualificata misura protezionistica dall'organizzazione mondiale.

Consapevoli della forza dirompente di tali modifiche, pur se c'è già una politica economica e bancaria comune da parte della BCE, quella fiscale unitaria potrebbe realizzarsi attraverso il ricorso alla "clausola passerella generale", ex art 48 del TFUE. Auspicata in Commissione europea già prima della crisi pandemica, l'idea di un sistema tributario europeo multilivello potrebbe sorgere per gradi, promuovendo prima procedure unificate in tema di evasione ed elusione, senza peraltro l'adesione esplicita dei Parlamenti nazionali, in quanto non richiesta dalla procedura. Storture del sistema tributario che sinora hanno fortemente inciso sulla competitività, creando concorrenza fiscale scorretta all'interno degli stessi paesi europei, con tale procedura, sulla scorta di quanto è avvenuto a livello internazionale con il progetto *Base Erosion and Profit Shifting* (Beps) dell'OCSE, si passerebbe da una forma di *soft law* frutto del coordinamento a una *hard law* protesa a reprimere tali violazioni della giusta imposta. Sulla scia poi di una nozione di sovranità che non è più ancorata a un territorio circoscritto, basti pensare al fenomeno dell'economia digitale, dove non si sa dove tassare, chi tassare e cosa tassare¹⁷, l'evoluzione successiva, potrebbe essere quella di prevedere le deliberazioni a maggioranza qualificata anche per la protezione di diritti fondamentali, quali l'ambiente. Di qui l'approdo a una previsione di un'imposta generale sull'uso del carbone, come in precedenza descritta, frutto della cooperazione basato sul senso comune di appartenenza, com'è stato autorevolmente sostenuto dal filosofo Giacomo Marramao, ovvero sul rilievo che la Corte di giustizia attribuisce al valore sociale sotteso alle questioni rimesse al suo giudizio, ritenendolo comune anche negli Stati membri, nonostante i tentativi di alcune Corti nazionali di rimettere in discussione il suo primato¹⁸.

4. La tassazione ambientale locale come via per affermare il regionalismo.

Dopo aver evidenziato le difficoltà europee a trovare una corretta nozione di tributo ambientale, partendo dall'assunto che la sfida del terzo millennio è quella di riuscire a finanziare quei diritti sociali che sono anche diritti fondamentali, la disamina continua con l'idea di rileggere in chiave unitaria tutela dell'ambiente e ripartizione della potestà impositiva tra i vari livelli di governo.

La fiscalità ambientale nel tempo ha acquisito un rilievo sempre più importante, per cui anche se non vi è ancora un criterio ordinatore dei vari tributi esistenti, essi comunque esprimono una loro funzione extrafiscale che nel caso di specie consiste nel disegnare i contorni del regionalismo.

In questi ultimi anni, pur se a livello di intese, è venuta fuori una proposta di differenziare la potestà legislativa anche impositiva fra le regioni caratterizzata da rivendicazioni territoriali e istanze separatiste che dopo l'arrivo della pandemia sembravano essersi sopite¹⁹, o almeno superate del sentimento di avversione verso i provvedimenti limitativi della libertà da parte delle regioni. Alla luce di ciò il ragionamento che segue è quello di rivedere se e in che termini la tassazione ambientale locale possa rappresentare l'elemento che disegna il futuro del potere impositivo, auspicando, qualora dovesse essere tradotto nella differenziazione per competizione e non collaborazione, che la perequazione sia la condizione necessaria posta alla formula adottata.

¹⁷ Una delle ultime riletture in tema di potestà impositiva del fenomeno digitale, pur se particolarmente incentrata sul ruolo formativo della Corte di giustizia, è offerta da F. CANNAS, *Internet e potestà impositiva degli Stati: la Corte di Giustizia pone alcuni paletti all'elaborazione di modelli sanzionatori per l'economia digitale*, in *Rass. Trib.*, 1/2021, 152 ss. In precedenza, ex multis, A. URICCHIO, *Evoluzione tecnologica e imposizione: la cosiddetta Bit Tax, Prospettive di riforma della fiscalità di Internet, Diritto e informatica*, 4-5/2005, 753 ss.; S. CIPOLLINA, *I redditi "nomadi" delle società multinazionali nell'economia globalizzata.*, in *Riv. dir. fin. e sc. fin.*, 1/2014, 22 ss.

¹⁸ Il riferimento è la sentenza del Tribunale Polacco del 7 ottobre 2021.

¹⁹ Sul regionalismo differenziato ex multis, F. Pastore (cur), *Il regionalismo differenziato*, Padova, 2019, *passim*.

In questo discorso, partendo dal presupposto che la diversificazione tributaria deve assicurare il rispetto del senso e della portata dell'art. 5 della Costituzione, va rimarcato come tale differenziazione sia già esistente nel nostro ordinamento, per via dell'imposta compartecipata. Proiettata a realizzare la crescita e contestualmente la riduzione delle diseguaglianze, tale tipologia di imposta rappresenta, invero, uno dei parametri necessari ad attribuire i corrispettivi ai contesti locali. Ma mentre si discute di funzioni aggiuntive e di tributi istituiti e regolati con legge regionale come innesto di un ulteriore processo sul federalismo in atto con la legge costituzionale del 2001, l'arrivo della pandemia ha di fatto bloccato, almeno apparentemente, tutti i processi presenti.

Per onore della verità occorre anche riferire che sinora la scelta di quale federalismo attuare non c'è mai stata, ciò per una precarietà dei modelli che si sono avvicinati e per una tradizione costituzionale spiccatamente centralista. Negli ultimi anni poi questa mancata scelta è stata causa di uno scollamento tra l'intento costituzionale e la realtà legislativa ordinaria. A riprova di tutto ciò basti comparare la riforma del Titolo V della Costituzione varata nel 2001 con la legge delega per decidere quale federalismo o regionalismo attuare arrivata solo nel 2009 con la legge n. 42, ovvero con i due decreti attuativi n. 216/2010 e n. 68/2011. Quest'ultimi, invero, non sono mai entrati a pieno regime vista la mancata fissazione del livello minimo comune dei fabbisogni standard e dei livelli essenziali delle prestazioni²⁰. Altra causa di questa particolare situazione di a-costituzionalità è attribuibile sicuramente all'introduzione dei vincoli europei sul bilancio. Siffatti vincoli, infatti, imponendo di mantenere saldo il rapporto tra decentramento e finanziamento dei diritti sociali, hanno elevato l'equilibrio di bilancio a valore fondamentale da bilanciare ogni volta con l'effettività di tali diritti. Tale situazione, in presenza del mancato compimento delle regole del *Fiscal Compact* da parte dell'Unione, quale poteva essere la previsione dell'indebitamento per motivi di investimento, ha spinto la Corte costituzionale a farsi carico di scelte politiche che non le competono. Tutto ciò accentuando il ruolo di tale giudice che più di sovente ha sostituito il Legislatore graduando i valori fondamentali da attuare, spingendo sul bilanciamento.

Partendo da questa premessa, se per un verso il fenomeno appena descritto è stato foriero di problematiche, quali la creazione di un *tertium genus* di prelievo ambientale locale e la violazione delle libertà europee fondamentali, dall'altro ha aperto la strada al riconoscimento di nuovi tributi con un presupposto ambientale locale anche se nella veste dei corrispettivi. Tributi, quest'ultimi che in assenza di autonomia tributaria, possono rappresentare una soluzione valida a delineare il modello di regionalismo da attuare in equilibrio con l'unità e l'indivisibilità della Repubblica. Pur se un aspetto da non tralasciare è quello del rapporto problematico tra tributi di scopo e unità del bilancio, superabile elevando a paradigma di questa categoria non autonoma la trasparenza della destinazione del gettito²¹, in ordine al primo punto, la nuova forma di prelievo è emersa chiaramente nella [sentenza della Corte costituzionale n. 122 del 2019](#) in tema di tassa automobilistica.

Seguendo questa linea, le regioni nonostante il processo di federalismo ancora non completo, potrebbero continuare a tassare eventi dannosi per l'ambiente circoscritti al loro territorio e connessi con esso. Potrebbero infatti, servendosi anche delle caratteristiche essenziali dettate dalla legge n. 42 del 2009, prevedere tributi ambientali regionali propri o anche funzionali, con legge regionale e con un presupposto nuovo e diverso da quello già presente nei prelievi erariali. Nel rispetto del principio di proporzionalità, sussidiarietà e adeguatezza tali tributi, inoltre, potrebbero essere previsti anche

²⁰ Sul bisogno di armonizzare i contenuti del regionalismo differenziato con il processo di completamento del federalismo tracciato dalla riforma del Titolo V della Costituzione in una propensione per quello collaborativo, che si manifesta anche attraverso la previsione di un fondo di solidarietà, v. F. GALLO, *Audizioni sulla riforma tributaria e sul regionalismo differenziato*, in *Rass. Trib.*, 3/2021, 763 ss. Il nodo irrisolto dell'incidenza del valore costituzionale del pareggio di bilancio su quale tipologia di federalismo scegliere, se competitivo o collaborativo, torna spesso in dottrina, *ex multis*, v. L. ANTONINI, *Il fondo di solidarietà comunale e i principi della perequazione tra giurisprudenza costituzionale e amministrativa*, in *Rass. Trib.*, 3/2018, 495 ss.

²¹ Sui tributi di scopo la letteratura giuridica è stata particolarmente copiosa, fra gli ultimi interventi, anche per la bibliografia riportata, v. C. RICCI, *Tributi di scopo tra giustificazioni politiche e categorie giuridiche*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2/2021, 357 ss.

nella forma dei corrispettivi, sulla scorta di quelli già esistenti, colpendo fattispecie inquinanti tipiche di un contesto locale anche se non nella logica escludente del binomio risorse – territorio, bensì per diminuire la pressione fiscale erariale, magari abbassando la quota di compartecipazione regionale all'Irpef. Partendo dalla indispensabilità del tributo come strumento di politiche redistributive, la previsione di un tributo sui rifiuti, anche regionale, risolverebbe, inoltre, anche l'annosa questione della sua natura giuridica²², resasi indifferibile dopo la [sentenza della Corte costituzionale n. 82 del 2021](#), la quale rivede nella legge regionale della Valle d'Aosta n. 8 del 2020 che differenziava il trattamento fiscale dei rifiuti prodotti in regione da quelli provenienti fuori regione un dazio all'importazione.

Al fine di un loro inquadramento, oltre all'imposta di soggiorno gravante sui non residenti, ovvero quella parte non censurata dalla Consulta con la [sentenza n. 102 del 2008](#), si annoverano: il contributo autonomo previsto dalla regione Toscana sull'estrazione dalle cave di materiali per uso industriale. Ed a finire altri esempi da riportare sempre per rafforzare la previsione di ulteriori tributi ambientali locali a cui consegue la possibilità di abbassare la pressione fiscale erariale, sono le tasse di scopo ascrivibili al principio del *road pricing*²³, ovvero i contributi comunali sui rifiuti speciali, ai quali in alcuni comuni piemontesi si è aggiunto quello per il trattamento e riutilizzo degli scarti di animali ad alto rischio.

²² In tema di tassazione sui rifiuti, in particolare sul dibattito relativo alla sua natura giuridica, v. A. GUIDARA, *Dalla TARSU alla TARIP: tra diritto tributario e suggestioni privatistiche*, in *AmbienteDiritto*, 1/2022.

²³ Dirette a contemperare le problematiche climatiche rimesse al traffico urbano e che risultano informate dal chi inquina paga, in merito, v. C. SACCHETTO, *La sfida del diritto fiscale nella tutela dell'ambiente, in particolare la regolazione del traffico urbano*, in G. Luchena Mozo-Y.M. Sanchez Lopez (curr.), *Los retos del Derecho Financiero y Tributario desde una perspectiva internacional*, Barcelona, 2020, 213 ss.; M. AULENTA, *Ambiente: piccoli tributi crescono* in *Riv. Dir. Fin. Sc. Fin.* 2020, I, 99 ss.

Quirino Camerlengo

Valori e identità: per un rinnovato umanesimo costituzionale*

ABSTRACT: *Values and Identity are two elements that can conflict. Values express specific points of view. Identity makes a Person unique and unrepeatable. can values define personal Identity? This article aims to describe a methodological path so that Values can legitimately condition the process of progressive building of personal Identity. The first part is dedicated to the study of personal Identity, examined in its three components: individual Identity, social Identity, constitutional Identity. In the second part I will support the thesis according to which Values can perform that function only if transformed into constitutional Principles: Values will be understood as ideal conceptions of Society. The third part will be dedicated to the construction of a structure with concentric circles where the nucleus is the Person. The three rings of Proximity, Sovereignty and Integration gravitate around the nucleus. Through the constitutional Identity, the Person will be able to consciously participate in the relationship with other People in a space of constitutional Humanism where Citizenship is not the necessary condition.*

SOMMARIO: PROLOGO. – Parte I: ALLA RICERCA DELL'IDENTITÀ COSTITUZIONALE DELLA PERSONA. – 1. La persona tra identità individuale e identità sociale. – 2. In particolare, la dimensione comunitaria: legittimazione delle variabili sociali e identità personale. – 3. Autorità e identità personale. – 3.1. Stato e persona. – 3.2. Partecipazione e democrazia. – 3.3. I principi costituzionali e l'identità dei consociati. – Parte II: PRINCIPI FONDAMENTALI E VALORI. – 1. Principi e valori. – 2. I valori come “concezioni ideali”. – 2.1. Le concezioni ideali per il progresso della società. – 2.2. Concezioni ideali e valori. – 2.3. Concezioni ideali e ideologie. – 2.4. Genesi e sviluppo delle concezioni ideali. – 3. Concezioni ideali e giustizia: una introduzione. – 3.1. Concezioni ideali e visione pragmatica della giustizia. – 4. I valori come concezioni ideali idonee a definire l'identità costituzionale delle persone. – Parte III: L'IDENTITÀ COSTITUZIONALE NELLA COMPOSITA DIMENSIONE ISTITUZIONALE. – 1. Una struttura a cerchi concentrici quale soluzione ordinamentale più congeniale alla centralità della persona. – 1.1. Sui rapporti tra Stato ed enti territoriali, fra sovranità ed autonomia. – 1.2. Sui rapporti tra l'Unione europea e gli Stati membri. – 2.1. Una struttura a cerchi concentrici: gli anelli della prossimità, della sovranità, dell'integrazione. – 2.2. L'equilibrio statico: la persona come nucleo della struttura e la sua forza di attrazione. – 2.3. L'equilibrio dinamico: gli stadi di invernamento dei valori/concezioni ideali. – 2.3.1. L'anello della prossimità. – 2.3.2. L'anello della sovranità. – 2.3.3. L'anello dell'integrazione. – 3. Il funzionamento della struttura a cerchi concentrici quale modalità di legittimazione dei valori a condizionare l'identità personale. – 4. Come dialogano i principi. – 5. L'impatto identitario dei principi: le principali implicazioni. – EPILOGO.

PROLOGO

L'accostamento dei “valori” alla “identità”, ove questa sia riferita non ad una data struttura quanto alla persona, può suscitare dubbi e alimentare preoccupazioni tutt'altro che peregrine. I valori sono criteri di giustizia che definiscono un assetto ideale. L'identità è il tratto qualificante di una persona, riconoscibile proprio grazie a determinati caratteri. I valori provengono da un contesto diverso dallo spazio intimo in cui la persona coltiva la propria identità. C'è, quindi, il rischio che l'adesione a certi valori, ove non sia il frutto di una spontanea espressione di volontà, finisca col mortificare proprio quella libertà ed autonomia dalle cui manifestazioni concrete dipende il progressivo affinamento dell'identità personale. Detto altrimenti, c'è il rischio che la persona debba piegare o, quanto meno, adattare la propria identità alla supremazia coattiva dei valori, rinunciando ad una parte più o meno rilevante e cospicua di libertà ed autonomia. Il che diventa ancor più insidioso quando i valori, pur presentati come il patrimonio condiviso da una moltitudine di individui, siano in realtà coincidenti

* 

con le preferenze maturate in seno ad una minoranza circoscritta di consociati ben influenti. Insomma, valori tiranni¹ o sovrani² che dominando unilateralmente i tratti identitari della persona.

Si pensi, tanto per fare un esempio, al valore della laicità. La Corte costituzionale ha in più occasioni riconosciuto in essa la qualità di principio supremo dell'ordinamento³. Stando così le cose, appartenendo questo principio «all'essenza dei *valori* supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana»⁴, ogni consociato dovrebbe conformare la propria identità a siffatto valore, pur magari professando attivamente una propria dimensione spirituale. Avvertendo tale valore come una entità estranea allo spazio di estrinsecazione della propria autonomia, la persona percepirebbe un *vulnus* inaccettabile a quanto di più intimo e qualificante ha, vale a dire la propria identità. Se, invece, la persona fosse messa nelle condizioni di contribuire al processo di emersione e consacrazione di tali valori, allora l'allineamento della propria identità agli stessi sarebbe non tanto doverosa, quanto la logica e coerente conseguenza di questa partecipazione. Anche perché – e ritorno all'esempio appena riportato – la laicità è una condizione poliedrica in quanto capace di esprimere differenti significati e gradi di intensità e, dunque, anche un credente potrebbe riconoscersi in quel valore ove condiviso e praticato in una accezione sostenibile⁵.

Dunque, come scongiurare il rischio di una “sovrantà” dei valori che s'imponga, per forza propria, sull'identità delle persone?

Pertanto, l'obiettivo di questa analisi è l'individuazione di un *percorso metodologico*, costruito intorno alla *centralità* della persona, che permetta ai “valori” (il cui significato verrà svelato più avanti) di concorrere al processo di graduale definizione dell'*identità personale* senza che gli stessi attentino alla integrità dell'indefettibile e irrettrabile *autonomia* della persona stessa.

Nella prima parte si cercherà di definire la nozione di *identità personale*, nella sua triplice configurazione individuale (la persona come singolo), sociale (la persona come consociato), costituzionale (la persona come membro di una comunità politica che si sviluppa a partire da un patto “costitutivo”).

La seconda parte, considerata l'attenzione rivolta *ratione materiae* all'identità costituzionale, offrirà una interpretazione dei “valori” connessa ai principi costituzionali (versante istituzionale) e alle concezioni ideali (versante sociale).

La terza parte, infine, una volta ricostruita la struttura istituzionale di riferimento secondo un modello coerente con l'opzione fondamentale di partenza (la centralità della persona), cercherà di esplorare le modalità di elaborazione, consacrazione e inveroamento dei valori in persona, quali elementi legittimati a concorrere al processo di progressiva formazione dell'identità personale.

In sintesi. L'obiettivo fondamentale di questa riflessione teorica non è il “*cosa ?*”, ma il “*come ?*”: non la ricognizione puntuale e approfondita dei valori che definiscono, nei vari contesti, l'identità

¹ C. SCHMITT, *Die Tyrannie der Werte* (1960), trad. it., *La tirannia dei valori*, Adelphi, Milano, 2008.

² G. SILVESTRI, *Lo Stato senza principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Giappichelli, Torino, 2005.

³ Cfr. le sentenze [n. 203 del 1989](#) e [n. 13 del 1991](#).

⁴ [Sentenza n. 1146 del 1988](#) (enfasi aggiunta). Nella [sentenza n. 238 del 2014](#) la Corte si riferisce ai «principi qualificanti e irrinunciabili dell'assetto costituzionale dello Stato».

⁵ A dimostrazione della possibilità di ricondurre la laicità in un ampio spettro di modalità e forme di inveroamento, la Corte costituzionale ha ribadito che « il principio di laicità che contraddistingue l'ordinamento repubblicano è “da intendersi, secondo l'accezione che la giurisprudenza costituzionale ne ha dato ([sentenze n. 63 del 2016](#), [n. 508 del 2000](#), [n. 329 del 1997](#), [n. 440 del 1995](#), [n. 203 del 1989](#)), non come indifferenza dello Stato di fronte all'esperienza religiosa, bensì come tutela del pluralismo, a sostegno della massima espansione della libertà di tutti, secondo criteri di imparzialità” ([sentenza n. 67 del 2017](#))»: [sentenza n. 254 del 2019](#). V., in argomento, A. SPADARO, *I valori dello Stato “laico” (...o “costituzionale”)?* in *Studi in onore di Aldo Loiodice*, Cacucci, Bari, 2012, 1127 ss. Dal canto suo V. TONDI DELLA MURA, *Il patto costituzionale fra teologia politica e teologia della politica*, in *Quad. cost.*, 2015, 480, ha stigmatizzato «un laicismo radicale che rischia di dissolvere le motivazioni dei credenti e dei laici poste a base del quadro costituzionale, così da rendere definitivo lo scollamento dello Stato e del diritto dagli originari riferimenti etici; ciò, per l'appunto, con una progressiva erosione dei fondamenti antropologici e pre-politici della democrazia e con un conseguente vuoto assiologico, che rende impossibile allo Stato mediare il pluralismo dei valori».

della persona, bensì la ricostruzione delle premesse e delle modalità di condizionamento posto in essere dagli stessi valori (il cd. “impatto identitario”).

Parte I

ALLA RICERCA DELL'IDENTITÀ COSTITUZIONALE DELLA PERSONA

Ogni persona si riconosce ed è riconosciuta dagli altri grazie alla propria *identità*, quale condizione soggettiva che consente di individuare quella persona come entità unica e irripetibile. Si può, dunque, parlare di *identità personale*⁶.

La persona può essere considerata quale entità che si muove su tre piani: quello psicobiologico (dimensione individuale); quello comunitario (dimensione sociale); quello istituzionale (dimensione politica). Dunque: il primo piano riguarda i rapporti della persona con sé stessa; il secondo i rapporti della persona con gli altri consociati; il terzo, infine, i rapporti della persona con l'autorità. Si ipotizza, così, che l'identità personale scaturisca dalla combinazione di identità *individuale*, identità *sociale*, identità *politica*.

Per ogni dimensione identitaria si cercherà di mettere in luce la *legittimazione* dei fattori che condizionano l'identità personale nel suo complesso, sia pure ciascuno nella propria sfera di influenza.

La maggiore attenzione, coerentemente con lo spirito che anima questa ricerca e con le competenze di chi scrive, verrà quindi dedicata al segmento dell'identità politica, declinata – per le ragioni che verranno esposte – come *identità costituzionale* della persona.

1. La persona tra identità individuale e identità sociale.

Come si è detto, l'*identità* di una persona è il complesso di caratteristiche biologiche e morali che rendono quella persona unica e infungibile. L'identità fa sì che la persona sia eguale solo a sé stessa: essa percepisce la propria uguaglianza e continuità nel tempo come perno intorno al quale ruota la propria coscienza⁷.

L'identità presuppone la *memoria*, quale capacità di afferrare e perpetuare nel tempo la grande varietà di fattori che concorrono a definire l'identità stessa⁸. Questi fattori che concorrono a modellare l'identità personale sono riconoscibili sia sul versante biologico, che su quello psicosociale.

⁶ V. A. MORELLI, *Persona e identità personale*, in *Scritti in onore di A. Ruggeri*, IV, Editoriale scientifica, Napoli, 2021, 2791 ss.

⁷ Sul principio di identità v. ARISTOTELE, *Metafisica*, V, 9, 1018 a 7: «una certa unità di essere del molteplice, o di cosa considerata come molteplice, come quando si dice che una cosa è identica a sé stessa». Cfr. R. EISLER, *Wörterbuch der philosophischen Begriffe*, I, Mittler und Sohn, Berlin, 1927⁴, 700 ss.

⁸ Sull'importanza addirittura decisiva e assorbente della memoria v. J. LOCKE, *Essay Concerning Human Understanding* (1690) che parte dalla riflessione cartesiana sul dualismo sostanzialistico per arrivare a dimostrare che è soltanto il flusso del pensiero, aggregato intorno alla memoria, a generare l'identità personale. Non così G.W. LEIBNIZ, *Nouveaux essais sur l'entendement humain* (1704), per il quale la continuità psicologica, determinata dalla memoria ma sganciata dalla dimensione fisica, non assicura la possibilità di definire una identità personale. Dal canto suo, D. HUME, *Treatise of human nature* (1739-40), arrivò persino a negare la possibilità tangibile di individuare una identità personale, intesa piuttosto come l'esito illusorio di una mera attività mentale. Tesi, questa, poi ripresa da B. RUSSELL, *An Inquiry Into Meaning and Truth*, Allend and Unwin, London, 1940, trad. it., *Significato e verità*, Longanesi, Milano, 1963; L. WITTGENSTEIN, *Philosophische Untersuchungen*, Blackwell, Oxford, 1953, trad. it., *Ricerche filosofiche*, Einaudi, Torino, 1967; D.C. DENNETT, *Beyond Belief*, in A. Woodfield (a cura di), *Thought and Object*, Clarendon Press, Oxford, 1982, 1 ss. V. anche W. BECHTEL, *Philosophy and Mind. An Overview for Cognitive Science*, Lawrence Erlbaum, Hillsdale, 1988, trad. it., *Filosofia della mente*, Il Mulino, Bologna, 1992.

Il primo versante è quello dell'*identità individuale*, vale a dire il piano in cui si manifesta l'unicità della *persona morale*⁹. L'identità individuale è la combinazione di variabili genetiche che contribuiscono a fare emergere la personalità, il carattere e il temperamento della persona in termini di indole o inclinazione o attitudine naturale a svolgere determinate azioni o attività e non altre. È quel segmento di identità presupposto dall'art. 2 Cost. quando si riferisce alla persona come "singolo" (l'individuo, appunto, *uti singulus*)¹⁰.

Il secondo versante è quello dell'*identità sociale*, che si anima attraverso l'interazione con gli altri individui. L'identità sociale è la combinazione degli elementi che si materializzano attraverso le dinamiche relazionali che accompagnano la persona lungo il proprio tragitto esistenziale. È quel segmento di identità presupposto dall'art. 2 Cost. quando si riferisce alla persona come membro di "formazioni sociali" (l'individuo, appunto, *uti socius*).

Dall'intreccio di queste due dimensioni identitarie scaturisce l'*identità personale*. Ciò che è innato, in virtù di uno specifico patrimonio genetico, non è rigidamente immutabile essendo esposto ai condizionamenti esogeni provenienti dai diversi contesti in cui la persona vive sin dalla prima infanzia¹¹. Nel contempo, i fattori sociali non hanno il sopravvento nella costruzione progressiva dell'identità personale, atteso che le inclinazioni naturali della persona garantiscono quel livello di autonomia individuale che preclude una radicale e ineluttabile sottomissione della persona agli stimoli ambientali.

2. In particolare, la dimensione comunitaria: legittimazione delle variabili sociali e identità personale.

L'identità personale non è una condizione assegnata d'imperio e una volta per tutte ad ognuno di noi. Essa è il frutto della combinazione di eterogenei *fattori* che concorrono in questa complessa opera di configurazione progressiva. Trattandosi, però, di una qualità intima della persona, tanto che si potrebbe parlare di condizione che definisce la "quintessenza" dell'individuo, allora si pone un *problema di legittimazione* di questi fattori. Perché questi fattori sono abilitati a plasmare l'identità personale?¹²

I fattori innati sono per forza di cose idonei a favorire l'affermazione di una determinata identità individuale, o quanto meno creano le condizioni perché lo sviluppo progressivo dell'identità personale non sia – come si è detto – eterocondizionato dagli stimoli provenienti dalle formazioni sociali in cui la singola persona vive e opera. Si potrebbe parlare di *legittimazione naturale* di questi

⁹ Sulla distinzione, qui accolta, tra persona morale e persona sociale v. N. BOBBIO, *Sui diritti sociali*, in G. Neppi Modona (a cura di), *Cinquant'anni di Repubblica italiana*, Einaudi, Torino, 1996, 115 ss., ora in N. BOBBIO, *Elementi di politica. Antologia*, Einaudi, Torino, 2010, 234 s.

¹⁰ Sulla «verità biologica della procreazione» quale elemento costitutivo dell'identità individuale v. la [sentenza n. 272 del 2017](#) della Corte costituzionale. V. anche la [sentenza n. 425 del 2005](#). Dal canto suo l'identità di genere crea un collegamento tra la dimensione puramente individuale o intima e la proiezione sociale della persona: v. le [sentenze n. 170 del 2014](#); [n. 221 del 2015](#); [n. 180 del 2017](#).

¹¹ V., infatti, A. KARMILOFF-SMITH, *Beyond Modularity*, The MIT Press, Cambridge (Mass.), 1992, trad. it, *Oltre la mente modulare*, Il Mulino, Bologna, 1995, 235 ss. Tracce evidenti di innatismo sono rinvenibili nell'analisi del linguaggio di Noam Chomsky, oppure in ambito antropologico, come nel caso di Claude Lévy-Strauss, o anche nell'etologia di Konrad Lorenz.

¹² I nostri comportamenti sono quotidianamente influenzati dalle norme giuridiche che le diverse autorità sono abilitate a produrre. Dunque, le nostre scelte, persino quelle più intime, subiscono questa forma di condizionamento più o meno penetranti. E allora anche nel rapporto con il diritto positivo si pone un problema di legittimazione. Si è, invero, chiesto N. BOBBIO, *La teoria dello Stato e del potere*, in P. Rossi (a cura di), *Max Weber e l'analisi del mondo moderno*, Einaudi, Torino, 1981, 226: «qual è la ragione ultima per cui in ogni società stabile e organizzata vi sono governanti e governati, e il rapporto fra gli uni e gli altri si stabilisce non come un rapporto di fatto ma come un rapporto tra il *diritto* da parte dei primi di comandare e il *dovere* da parte dei secondi di obbedire?». Non diversamente da R. SCRUTON, *A Dictionary of Political Thought*, Macmillan, London, 1982, 264: «what obliges the citizen to obey the State?».

fattori, proprio perché è nella natura delle cose che questi elementi di matrice biologica definiscano il patrimonio identitario della persona nella sua dimensione appunto naturalistica.

Quanto alla legittimazione dei fattori esogeni rispetto alla dimensione psicofisica della persona il ragionamento è più complesso.

Il singolo vive all'interno di una società. La *società* è stata definita come una collettività stanziata, anche solo temporaneamente, su un determinato territorio, il quale a sua volta è limitato al fine di impedire o ostacolare l'accesso in massa ad opera di altre collettività. I membri della società sono "reclutati" al proprio interno tramite la riproduzione sessuale. Essi condividono da tempo la stessa cultura e sono coscienti della loro identità collettiva. I rapporti tra i consociati sono autonomi, distinti e più strutturati rispetto alle relazioni con altre collettività. Infine, la società si avvale di strutture, al proprio interno, preposte al soddisfacimento dei bisogni di sussistenza, di produzione, di sicurezza interna e di difesa esterna, di controllo delle condotte individuali ed associative, di comunicazione e di allocazione delle risorse¹³.

In Weber la società è la risultante dell'intreccio di interazioni reciproche tra comunità, economia, religione¹⁴. Una società si struttura a partire dall'agire sociale, cioè all'azione individuale orientata verso gli altri consociati. Una azione che è: razionale rispetto allo scopo perseguito; razionale rispetto al valore di riferimento; affettiva o emotiva, in quanto riflette lo stato d'animo del soggetto agente; tradizionale, perché rispecchia abitudini consolidate nella esistenza del soggetto agente. Questa azione è sempre dotata di senso, in quanto solo il pazzo ha il privilegio dell'azione non intelligibile. Dall'agire si passa alla relazione sociale quando la condotta individuale si rapporta ai contegni altrui secondo un contenuto di senso riconosciuto e orientato verso lo scopo. In questo quadro, la razionalità – che assume un peso centrale nella speculazione weberiana – non è conoscenza della realtà, ma è capacità dell'individuo di modificare la realtà perseguendo gli obiettivi prefissati. Il singolo individuo non subisce passivamente le trasformazioni sociali, ma ne è protagonista grazie alle proprie determinazioni volitive.

Con i funzionalisti (Comte, Durkheim, Talcott Parsons, Merton) si assiste alla elaborazione dell'idea della società come «complesso delle relazioni sociali osservabili tra i membri di una collettività, in quanto distinto dalle credenze, dai simboli e dagli oggetti che orientano, integrano e veicolano l'agire reciproco»¹⁵. Posto che ad ogni consociato è assegnata una specifica funzione, per il funzionalismo la società è «un sistema complesso le cui parti cooperano per produrre stabilità»¹⁶. La società riposa, dunque, su di un ordine fondato a sua volta sul consenso. Dal canto loro, le teorie del conflitto rappresentarono una reazione al funzionalismo. La società non è soltanto un luogo di potenziale collaborazione tra le parti: è un contesto in cui si consumano ingiustizie, antagonismi, diseguaglianze, divisioni¹⁷. Uno dei più importanti esponenti di questa scuola di pensiero, Ralf Dahrendorf, ha sostenuto che il conflitto sociale scaturisce dalle differenze di autorità e potere¹⁸.

A questa breve rassegna si potrebbero aggiungere i contributi di Jürgen Habermas, teorico dell'agire comunicativo e della sfera pubblica¹⁹, di Ulrich Beck, sulla società del rischio²⁰, e pure la

¹³ Così L. GALLINO, *Dizionario di sociologia*, Utet, Torino, 1983, 620.

¹⁴ M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Mohr, Tübingen, 1921, trad. it., *Economia e società*, 2 voll., Edizioni di Comunità, Milano, 1961.

¹⁵ L. GALLINO, *op. ult. cit.*, 622.

¹⁶ A. GIDDENS, *Sociology*, Polity Press, Cambridge 2001, trad. it., *Fondamenti di sociologia*, Il Mulino, Bologna, 2006, 26.

¹⁷ Cfr. P. BIRNBAUM, *Conflitti*, in R. BOUDON (a cura di), *Trattato di sociologia*, Il Mulino, Bologna, 1996, 199 ss. (trad. it. di *Traité de sociologie*, Puf, Paris, 1992).

¹⁸ R. DAHRENDORF, *Class and Class Conflict in Industrial Society*, Routledge and Kegan, London, 1959, trad. it., *Classi e conflitto di classe nella società industriale*, Laterza, Bari, 1963.

¹⁹ J. HABERMAS, *Strukturwandel der Öffentlichkeit. Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft (Habil.)*, Luchterhand, Neuwied, 1962, trad. it., *Storia e critica dell'opinione pubblica*, Laterza, Bari, 1971.

²⁰ U. BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1986, trad. it., *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Carocci, Roma, 2000.

metafora della liquidità, così cara a Zygmunt Bauman, che esprime bene il rilievo assunto dalla mobilità, quale modalità che si sostituisce alle classiche nozioni di struttura e di comunità²¹.

Ora, all'interno della società il singolo coltiva la propria attitudine comunitaria all'interno di alcune qualificate *formazioni sociali*²².

La *famiglia* è la formazione sociale primigenia in seno alla quale ha inizio lo sviluppo della personalità di un individuo²³. Anche in Rousseau la famiglia è una forma primigenia di convivenza sociale: è «il primo modello di società politica»²⁴. Questo è lo spazio di trasmissione e di rielaborazione di tradizioni e retaggi, storie ed esperienze, modelli di comportamento e stili educativi, a cominciare dal nome ovviamente²⁵. Questi fattori contribuiscono ad affinare la percezione mentale che ogni membro della famiglia ha di sé stesso e degli altri, e dei rispettivi ruoli, per il tramite di articolati meccanismi di interiorizzazione. L'esito è per l'appunto una identificazione quale modalità di rappresentazione di sé stesso intimamente connessa all'ambiente principale di riferimento. Non mera addizione di parti disgiunte, bensì sintesi e organicità, la famiglia raccoglie su di sé il frutto di eventi e concezioni che ne fanno una entità autonoma, quale gruppo che interagisce con altri gruppi all'interno della società. Attraverso una quotidiana narrazione, la famiglia si sviluppa intorno a miti e copioni: i primi sono una sorta di raffigurazione concepita collettivamente dal gruppo mediante l'esaltazione di accadimenti o personalità, così che possa affiorare un certo modello di vita cui conformarsi dando un senso sostanziale (in quanto esistenziale) al sodalizio così creato; i copioni (*script family*), dal canto loro, possono essere assimilati a sceneggiature volte a disegnare, per ogni componente, uno specifico ruolo, generando così aspettative sulle specifiche funzioni assegnate sia in una dimensione interna, che sul piano dei rapporti con l'esterno²⁶. Tutto ciò concorre a foggare l'identità personale²⁷.

C'è, poi, la *scuola*. Sarebbe riduttivo pensare alla scuola come un mero agglomerato di strutture e persone deputate a fornire un servizio formativo e didattico. Così come non coglierebbe sufficientemente nel segno chi trattasse la scuola come una articolazione amministrativa preordinata all'accertamento delle competenze cui sono subordinati i diversi titoli di studio. La scuola è piuttosto un luogo complesso in cui si intrecciano didattica, confronto critico, esperienza comunitaria, interazione tra pari e relazione con gli adulti. La scuola è un terreno in cui attecchisce il seme della conoscenza e altresì della vita vissuta al di fuori delle mura domestiche. La scuola è lo spazio in cui

²¹ Z. BAUMAN, *Globalization: The Human Consequences*, Polity Press, Cambridge, 1998, trad. it., *Dentro la globalizzazione. Le conseguenze sulle persone*, Laterza, Bari-Roma, 1999.

²² Sui problemi associati alla individuazione delle formazioni sociali cui testualmente si riferisce l'art. 2 Cost. si rinvia all'efficace e puntuale ricognizione di E. ROSSI, *Commento all'art. 2*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Utet, Torino, 2006, 50 ss. Peraltro, la partecipazione attiva della persona ad una di queste formazioni sociali non è esente da criticità e rischi, sol che si pensi al difficile temperamento tra i diritti individuali del *socius* e quelle che sono stati definiti i *collective rights*, vale a dire veri e propri diritti soggettivi vantati dalla stessa formazione. A questo tema è stato di recente dedicato un intero fascicolo della rivista *Diritto costituzionale*, 2021, f. 2, con *ivi* contributi di G.A. SACCO, C.B. CEFFA, G. MATUCCI, S. ILLARI, I. DE CESARE, A. GRATTERI, F. RIGANO.

²³ Nella [sentenza n. 127 del 2020](#) la Corte costituzionale ha correlato il diritto all'identità personale «ai legami affettivi e personali sviluppatisi all'interno della famiglia». Sullo *status filiationis* quale elemento costitutivo dell'identità personale v. le [sentenze n. 120 del 2001](#) e [n. 494 del 2002](#).

²⁴ J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social, ou principes du droit politique*, Marc Michel Rey, Amsterdam, 1762, trad. it., *Il contratto sociale*, Feltrinelli, Milano, 2003, 63.

²⁵ V., in particolare, la [sentenza n. 286 del 2016](#) della Corte costituzionale, dove si legge che «il valore dell'identità della persona, nella pienezza e complessità delle sue espressioni, e la consapevolezza della valenza, pubblicistica e privatistica, del diritto al nome, quale punto di emersione dell'appartenenza del singolo ad un gruppo familiare, portano ad individuare nei criteri di attribuzione del cognome del minore profili determinanti della sua identità personale, che si proietta nella sua personalità sociale, ai sensi dell'art. 2 Cost.». V. anche le [sentenze n. 13 del 1994](#); [n. 268 del 2002](#); [n. 278 del 2013](#); [n. 212 del 2018](#).

²⁶ Cfr. A. EIGUER, *I miti familiari alla prova dei tempi moderni*, in *Interazioni*, 2001, 51 ss., e J. BYNG-HALL, *The Family Script: A Useful Bridge between Theory and Practice*, in *Journal of Family Therapy*, 1985, 7(3), 301 ss. V. anche M. ANDOLFI, C. ANGELO, *Tempo e mito nella psicologia familiare*, Bollati Boringhieri, Torino, 1987.

²⁷ Cfr., di recente, E. ROSSI, *Un fossile vivente (e necessario): la famiglia tra disciplina costituzionale e mutamenti sociali*, in *Osservatorio costituzionale*, 2022, 2, 53 ss.

le potenzialità della persona (esattamente quelle che si riconnettono all'identità individuale) hanno l'occasione propizia di esprimersi, come già avevano intuito Socrate e Platone. E questo vale specialmente per quanti si aggrappano alla scuola per affrancarsi da un destino che sembra segnato già in partenza. Esattamente quei ragazzi cui si riferiva Don Lorenzo Milani nella *Lettera a una professoressa*: «così è stato il nostro primo incontro con voi. Attraverso i ragazzi che non volete. L'abbiamo visto anche noi che con loro la scuola diventa più difficile. Qualche volta viene la tentazione di levarseli di torno. Ma se si perde loro, la scuola non è più scuola. È un ospedale che cura i sani e respinge i malati. Diventa uno strumento di differenziazione sempre più irrimediabile».

Quanto la scuola possa influire sull'identità personale è dimostrato dalla particolare cura che ad essa è stata dedicata in diversi contesti dello scibile umano²⁸.

Coerentemente con la propria concezione generale, la società civile, quale “famiglia universale”, attraverso la scuola «ha il dovere e il diritto, di fronte all'arbitrio e all'accidentalità dei genitori, di esercitare sorveglianza e influenza sull'educazione, in quanto questa si riferisce all'attitudine a divenire componente della società»²⁹. Invero, per Hegel la scuola è istruzione e, nel contempo, è una particolare situazione etica (*ein besonderer sittlicher Zustand*)³⁰. La scuola diviene, così, momento di “alienazione” rispetto alla famiglia e, dunque, di emancipazione dalla stessa, proiettando la persona nel mondo reale (*wirkliche Welt*). In questo senso, la scuola offre il proprio contributo alla progressiva maturazione dell'identità personale: l'esigenza della scissione dal nucleo primigenio rappresentato dalla famiglia si traduce in un «impulso centrifugo dell'anima», così da «introdurre nello spirito giovane un mondo lontano ed estraneo»³¹. In un successivo discorso lo stesso Hegel è chiaro nel precisare che la vita nella famiglia «è propriamente un rapporto personale, un rapporto del sentimento, dell'amore, della fede e della fiducia naturale». Dal canto suo il mondo effettuale «costituisce una comunità indipendente dal soggetto; l'uomo ha valore in essa in base alle abilità e all'attitudine a una delle sue sfere, nella misura in cui egli si è sottratto alla particolarità e si è formato al senso di un essere e di un agire universali». Ebbene, la scuola è «la sfera mediana che conduce l'uomo fuori della cerchia familiare»³².

Un secolo dopo, John Dewey, interprete autorevole dell'attitudine democratica della scuola e della cultura in generale, ebbe a osservare come «il ragazzo effettivo (...) vive in un mondo fantastico di valori e di idee che solo imperfettamente riescono a prendere corpo»³³. Queste concezioni sono l'essenza dell'identità personale che, nella scuola, debbono avere l'occasione di svilupparsi al contatto con l'esperienza reale (l'hegeliano mondo effettuale). Ebbene, «quando natura e società vivranno nell'aula scolastica, quando le forme e gli strumenti didattici saranno subordinati alla sostanza dell'esperienza, allora sarà possibile operare questa identificazione, e la cultura diventerà la parola d'ordine della democrazia». Quella stessa democrazia intesa da Dewey come «way of life», come modo di vivere attraverso il quale l'identità personale prende forma grazie ad una azione educativa intesa nella sua triplice dimensione di funzione sociale, di direzione e di crescita³⁴.

Vivere, comprendere, conoscere: l'identità personale passa attraverso questi momenti esistenziali che, per Edgar Morin, rappresentano la struttura valoriale intorno alla quale ricostruire il rapporto tra

²⁸ Cfr. G. PERTICONE, *La costruzione dell'identità personale nella scuola*, in ID., *Un fiume che cresce*, Sarnus, Firenze, 2007, 1 ss.

²⁹ G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Nicolaischen Buchhandlung, Berlin 1821, trad. it., *Lineamenti di filosofia del diritto*, Laterza, Bari, 1971, par. 239.

³⁰ Così L. SICHIROLLO, *Introduzione. Sulla pedagogia di Hegel*, in G.W.F. HEGEL, *La scuola*, Editori riuniti, Roma, 1993, 16.

³¹ G.W.F. HEGEL, *Discorso del 19 settembre 1809*, in G.W.F. HEGEL, *La scuola*, cit., 51.

³² G.W.F. HEGEL, *Discorso del 2 settembre 1811*, in G.W.F. HEGEL, *La scuola*, cit., 75.

³³ J. DEWEY, *The School and Society*, University of Chicago Press, Chicago, 1915, trad. it., *Scuola e società*, Edizioni Conoscenza, Roma, 2019, 75.

³⁴ V., infatti, J. DEWEY, *Democracy and Education* (1916), trad. it., *Democrazia e educazione*, Anicia, Roma, 2018, 107 ss.

il singolo e l'educazione scolastica. E così la persona si abitua ad affrontare le insidie dell'incertezza³⁵.

Queste insidie si materializzano in modo intenso nel momento in cui la persona entra nel mondo del *lavoro*. Nondimeno, i luoghi in cui sono svolte, a diverso titolo, attività lavorative sono altri spazi sociali nei quali la persona ha modo di definire ulteriormente la propria identità. In effetti, proprio quel lavoro «che la Costituzione non concepisce come un semplice fattore produttivo e generatore di reddito, bensì come fattore indispensabile di crescita morale e di realizzazione personale»³⁶. Così operando, il lavoro genera coesione sociale³⁷, sempre che se ne riconosca l'attitudine ad agire davvero come principio fondamentale che precede, e non segue, l'assetto economico³⁸. Il lavoro, dunque, come occasione di espressione del merito³⁹.

Come recita il secondo comma dell'art. 4 Cost., «ogni cittadino ha il dovere di svolgere, secondo le *proprie possibilità* e la *propria scelta*, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società». Possibilità e scelta sono gli ingredienti di una decisione ascrivibile alla volontà di un soggetto che si riconosce in una certa attitudine, quindi nella propria personalità⁴⁰. Il luogo di lavoro è assimilabile ad una formazione sociale dove la persona ha la possibilità di mettere a fuoco la propria identità essendo influenzata dai caratteri propri della professione svolta⁴¹.

Partiti, sindacati, associazioni di volontariato, organizzazioni sportive, oratori, circoli privati: queste sono alcune delle tante formazioni sociali diverse da quelle "istituzionali" (famiglia, scuola, lavoro) dove la persona ha modo di esprimere le proprie inclinazioni e così coltivare la propria identità attraverso un impegno solidale o cooperativo o ludico o, comunque, utile per lo sviluppo della personalità. Queste formazioni generano vincoli di condivisione che appaiono ancor più intensi e qualificanti quando la persona opera all'interno di associazioni prive di scopo di lucro, rappresentando così una essenziale occasione di manifestazione della propria indole altruistica. La solidarietà, che in queste sedi trova modo di palesarsi quale collante e quale fattore strutturale, «evoca un concetto antico, un primigenio sentimento morale di empatia, coesenziale alla intrinseca socialità dell'uomo e, quindi, alla stessa idea di diritto e di ordine sociale e giuridico»⁴². Innalzando «uno sbarramento all'individualismo esasperato»⁴³, la solidarietà può agire quale antidoto sociale a molti dei mali che affliggono ogni comunità plurale. Riferendosi al volontariato quale «espressione più immediata della primigenia vocazione sociale dell'uomo, derivante dall'originaria identificazione del singolo con le formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità e dal conseguente vincolo di appartenenza attiva che lega l'individuo alla comunità degli uomini», la nostra Corte costituzionale ha affermato che in questi casi «la persona è chiamata ad agire non per calcolo utilitaristico o per imposizione di un'autorità, ma per libera e spontanea espressione della profonda socialità che

³⁵ V., soprattutto, E. MORIN, *Enseigner à vivre*, Actes Sud, Paris, 2014, trad. it., *Insegnare a vivere. Manifesto per cambiare l'educazione*, Cortina, Milano, 2015.

³⁶ C. BUZZACCHI, *Il lavoro. Da diritto a bene*, Franco Angeli, Milano, 2019, 108.

³⁷ Così M. LUCIANI, *La produzione della ricchezza nazionale*, in Costituzionalismo.it, 2008, 2, 7.

³⁸ Chiaro in tal senso il monito di G. ZAGREBELSKY, *Fondata sul lavoro. La solitudine dell'articolo 1*, Feltrinelli, Milano, 2013, 4.

³⁹ Ha osservato M. LUCIANI, *Radici e conseguenze della scelta costituzionale di fondare la Repubblica democratica sul lavoro*, in *ADL*, 2010, 644 s., che «la considerazione del lavoro quale valore informante di sé l'ordinamento implica che il titolo commisurato del valore sociale del cittadino sia desunto dalle sue capacità, non già da posizioni sociali acquisite senza merito del soggetto che ne beneficia».

⁴⁰ C. MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, in *Dir. lav.*, 1954, I, 152.

⁴¹ Cfr. U. NATOLI, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro. I. Introduzione*, Giuffrè, Milano, 1955, 127 s., e, più in generale, P. RESCIGNO, *Persona e comunità*, Il Mulino, Bologna, 1966. Diffusamente, sull'argomento, M. PEDRAZZOLLI, *Assiologia del lavoro e fondamento della Repubblica: il lavoro è una formazione sociale?* in *Quad. cost.*, 2011, 969 ss. Una menzione particolare spetta a R.M. SOLOW, *The Labor Market as a Social Institution*, Blackwell, Cambridge (Mass.), 1990, trad. it., *Il mercato del lavoro come istituzione sociale*, Il Mulino, Bologna, 1994.

⁴² S. GIUBBONI, *Solidarietà*, in *Pol. dir.*, 2012, 527.

⁴³ G. ALPA, *Solidarietà*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, II, 365.

caratterizza la persona stessa»⁴⁴. Di lì a poco la stessa Corte ha precisato che una «moderna visione della dimensione della solidarietà, andando oltre i tradizionali schemi di beneficenza e assistenza, e superando l'ancoraggio ai doveri ed agli obblighi normativamente imposti, costituisce, per un verso, un modo per concorrere a realizzare quella eguaglianza sostanziale che consente lo sviluppo della personalità, cui si riferisce il secondo comma dell'art. 3 della Costituzione, mentre, per altro verso, mira ad ottenere - non solo dallo Stato, dagli enti e dalla sempre più variegata realtà delle formazioni sociali, bensì da tutti i cittadini - la collaborazione per conseguire essenziali *beni comuni* quali la ricerca scientifica, la promozione artistica e culturale, nonché la sanità»⁴⁵. Queste «forme di solidarietà», in quanto espressive di una relazione di reciprocità, devono essere ricomprese «tra i valori fondanti dell'ordinamento giuridico, riconosciuti, insieme ai diritti inviolabili dell'uomo, come base della convivenza sociale normativamente prefigurata dal Costituente»⁴⁶.

In questi spazi l'identità personale si espone ad una serie di condizionamenti, più o meno marcati e penetranti, così da enfatizzare la dimensione sociale della singola personalità. Qual è, dunque, la base di legittimazione di questi fattori di condizionamento dell'identità personale?

La partecipazione del singolo a queste molteplici forme di socialità non è occasionale, né ascrivibile a cause di necessità o emergenza. Siamo, cioè, in presenza di sodalizi umani stabili, strutturati, articolati in ruoli, sufficientemente coesi, portatori di una qualche visione identitaria, aggregati intorno a interessi e obiettivi condivisi. Il singolo partecipa a tali formazioni sociali sviluppando la propria personalità e, dunque, trovando in esse l'occasione per ulteriormente affinare la propria identità secondo un progetto ideale che rende quelle stesse formazioni non mere somme di tanti individui, quanto luoghi di sintesi e promozione di una intrinseca vocazione comunitaria. Pertanto, i fattori che concorrono a modellare l'identità personale in seno a tali gruppi riposano su di una chiara *legittimazione sociale*, essendo la persona parte attiva di tali esperienze comunitarie *uti socius*.

3. Autorità e identità personale.

Si tratta ora di verificare se e in quale misura lo Stato, che incarna l'autorità e il potere, sia legittimato a concorrere – con le modalità che verranno esaminate più avanti – a definire l'identità personale, agendo su quel segmento della stessa che qui verrà presentato come *identità politica*.

Non è un compito facile. Invero, lo Stato e la persona, pur avendo molteplici occasioni di contatto e di interazione, dovrebbero muoversi su piani distinti quanto alla identità personale come definita in precedenza. Siffatta identità, cioè, dovrebbe essere per sua natura sottratta ad ogni forma di condizionamento da parte del potere dal momento che quest'ultimo assolve funzioni diverse dal concorso alla definizione dell'identità personale. Il potere è lo strumento per la tutela di interessi generali, è il mezzo attraverso il quale lo Stato presidia la pace e l'ordine, è il meccanismo attraverso il quale l'autorità cerca un non facile temperamento tra libertà ed eguaglianza quando interferisce nella distribuzione della ricchezza. Questo essenziale identikit del potere parrebbe sufficiente ad escluderne l'attitudine a conformare, anche solo in minima parte, l'identità personale che, dunque, dovrebbe erigere una barriera invalicabile rispetto alle pretese di intervento coltivate dalle istituzioni. Nondimeno, come si avrà modo di dimostrare, anche la dimensione del potere è parte costitutiva del complesso e articolato processo dinamico di definizione dell'identità personale.

3.1. Stato e persona.

⁴⁴ [Sentenza n. 75 del 1992.](#)

⁴⁵ [Sentenza n. 500 del 1993.](#) Nell'enciclica *Sollicitudo rei socialis* del 1987 Sua Santità Papa Giovanni Paolo II dichiarò che la solidarietà «è la determinazione ferma e perseverante di impegnarsi per il bene comune: ossia per il bene di tutti e di ciascuno perché tutti siano veramente responsabili di tutti».

⁴⁶ [Sentenza n. 309 del 2013.](#)

Per corroborare la fondatezza di questa tesi può apparire utile prendere le mosse da due versioni opposte di “Stato”: quello liberale e quello “etico”.

Accedendo alla prospettiva liberale è giocoforza ammettere che l’identità personale sia il frutto specifico di un esercizio quotidiano di libertà e di autonomia. Se il perno intorno al quale ruota questa filosofia è la persona, allora ciò che connota in modo esclusivo la persona stessa rappresenta il confine che l’autorità non può mai oltrepassare. Per un liberale, lo Stato garantisce la pace e l’ordine, distribuendo diritti e doveri, autorizzando le istituzioni all’uso della forza per ripristinare la legalità violata, presidiando la sovranità interna contro il rischio di ingerenze e aggressioni da parte di altri Stati. Uno Stato che detta le regole del gioco, con un apparato ridotto all’essenziale secondo la visione dello Stato minimo, affinché la libertà di ogni consociato possa esprimersi senza offendere l’altrui libertà. Uno Stato, soprattutto, che riconosce come sacra la capacità di ogni consociato di scegliere autonomamente le finalità delle proprie azioni.

Stando così le cose, appare chiaro che l’opera di progressivo affinamento dell’identità personale non possa che essere un fatto individuale, una questione di coscienza propria e incoercibile della persona. Ha sostenuto von Humboldt che lo Stato, attraverso l’equilibrio così raggiunto dei diritti, deve porre i cittadini nella condizione di educare sé stessi⁴⁷. Educare sé stessi significa conformare la propria esistenza all’identità che ogni persona possiede in via esclusiva. Già Locke lo aveva intuito, opponendosi all’hobbesiano *Leviathan*, quando, nei *Due trattati sul Governo*, consegnò allo Stato il solo compito di rispettare i diritti naturali e inalienabili degli individui. Non che non vi fosse, sin dagli esordi del pensiero liberale, attenzione verso la dimensione etica della coscienza (e, dunque, dell’identità), ma si considerava la persona, e non lo Stato, la matrice dell’etica stessa. Come ha sostenuto Mill, la giustizia «è il nome di certe categorie di regole morali che riguardano più da vicino le condizioni essenziali del nostro benessere, e che quindi sono più rigorosamente obbligatorie di qualsiasi altra regola per guidare la nostra vita; e la nozione che abbiamo trovato nell’essenza stessa dell’idea di giustizia, e cioè quella di un diritto insito in un individuo, implica questa più cogente obbligatorietà e se ne fa testimone»⁴⁸. Forse, l’unico contributo che lo Stato offre al processo di emersione dell’identità personale è la cura verso la libertà degli altri: le regole morali «proibiscono agli uomini di nuocersi reciprocamente (fra cui non dovremmo mai dimenticare di includere l’indebita ingerenza nella libertà individuale altrui) hanno per il nostro benessere un interesse più vitale di qualsiasi altra massima che, per quanto importante, si limiti ad indicare il modo migliore di amministrare un certo settore delle faccende umane»⁴⁹.

La filosofia liberale, dunque, è ostile ad ogni impostazione organica dell’etica che subordini la persona a entità superiori, a cominciare proprio dallo Stato. Con chiarezza Mill afferma che «il solo aspetto della propria condotta di cui ciascuno deve rendere conto alla società è quello riguardante gli altri: per l’aspetto che riguarda soltanto lui, la sua indipendenza è, di diritto, assoluta. Su sé stesso, sulla sua mente e sul suo corpo l’individuo è sovrano»⁵⁰. L’individuo è così sovrano della e sulla propria identità.

All’opposto si muove lo Stato etico che ha visto in Hobbes prima e in Hegel poi i suoi più autorevoli cultori.

Per Hegel, lo Stato è sostanza etica consapevole di sé, quale unità e fusione di moralità e diritto astratto. Esso, dunque, assurge a fine supremo e arbitro assoluto del bene e del male. Nella sfera dello Spirito oggettivo, lo Spirito si manifesta e si realizza in istituzioni sociali concrete, facendosi mondo a livello sociale. Lo Spirito oggettivo si concretizza in un primo momento nel singolo individuo, grazie alla coincidenza fra diritto privato e dovere morale, successivamente nella famiglia e, da

⁴⁷ W. VON HUMBOLDT, *Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen* (1792), trad. it., *Saggio sui limiti dell’attività dello Stato*, Giuffrè, Milano, 1965.

⁴⁸ J.S. MILL, *On Liberty. Utilitarianism. The Subjection of Women* (1859, 1861, 1869), trad. it., *La libertà. L’utilitarismo. L’asservimento delle donne*, Rizzoli, Milano, 1999, 319.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ *Id.*, 75.

ultimo, proprio nello Stato etico: in esso l'individuo trova la propria oggettività, verità ed eticità⁵¹. Questa è quindi la premessa che legittima una presenza tangibile dello Stato nel processo di definizione dell'identità personale: una presenza assorbente, organica, totalizzante, che lascia ben poco spazio a quei tratti identitari che sono ascrivibili alla dimensione individuale e a quella sociale della persona. Invero, l'identità personale è tutta protesa verso la realizzazione dei fini statali.

Nel Novecento questa idea di Stato, e dei suoi rapporti con quanto di più intimo possa caratterizzare l'esistenza individuale, trova terreno fertile in altre visioni critiche verso il liberalismo del Secolo precedente. Si pensi alla distinzione tra *Kultur* e *Zivilisation* quale esito di una speculazione volta a recuperare il peso della dimensione spirituale della civiltà tradizionale, quale insieme organico dei valori, delle istituzioni, dello spirito e dell'anima del popolo. Lo Stato che recepisce questo retaggio non fa che imporlo ai consociati le cui identità non possono che esserne concretamente adattate. Si pensi anche alla polemica indirizzata da Giovanni Gentile al moderno liberalismo individualistico⁵². Nella sfera morale dell'individuo ha inizio e si consuma il processo costruttivo e la stessa ragion d'essere dello Stato, ridotto a «macchina» priva di coscienza esterna all'individuo presentato dal liberalismo come entità autonoma e autosufficiente. Con evidenti allusioni al movimento risorgimentale, e in particolare a Mazzini, Gentile sostenne che lo Stato etico non avrebbe fagocitato l'individuo privandolo della propria innata essenza, ma lo avrebbe inverato nella sua eticità attraverso il divenire storico. Lo Stato non è al di sopra dei consociati, o comunque al di fuori degli stessi, ma ne è parte integrante come comunità spirituale: è il realizzarsi dell'etica, o della sintesi spirituale, che permette la formazione dello Stato in armonia dialettica con l'individuo⁵³. Identità dello Stato e identità personale finiscono così col fondersi in un tutt'uno indistinguibile⁵⁴.

Il divario tra queste due versioni dei rapporti tra Stato e persona, quanto alla possibilità o meno per le istituzioni di partecipare alle dinamiche dell'identità personale, è netto: o nulla o tutto. O una assoluta e inderogabile astensione da parte dello Stato, fatta eccezione per i soli elementi formali che, dal punto di vista giuridico, qualificano identitariamente una persona (si pensi alle generalità e, dunque, all'identità anagrafica); o, all'opposto, uno Stato che, incarnando una determinata visione etica, incardina questi valori direttamente nella sfera identitaria dei consociati.

Tra queste due contrapposte concezioni si colloca, però, la storia: un lungo e multiforme tragitto che ha visto alternarsi momenti di dominio tangibile della dimensione comunitaria a frangenti nei quali lo Stato, e l'autorità da esso incarnata, hanno assunto sembianze preponderanti sino a mettere in secondo piano la stessa autonomia sociale. Nel mezzo si sono sviluppate esperienze sociali e ordinamentali che offrono alla nostra indagine un terzo e diverso punto di vista da esplorare, dove c'è spazio per una qualche forma di influenza delle istituzioni sulla formazione dell'identità personale senza che questa sia soffocata o annichilita.

Non si pone alcuna questione di condizionamento o conformazione dell'identità personale ad opera della politica sino a che la società assorbe in sé anche il versante istituzionale, vale a dire il complesso degli apparati autoritativi preposti alla complessiva azione di governo.

Com'è noto, con Tommaso d'Aquino si affermò una concezione olistica della società⁵⁵. Egli propugnò l'idea della società come una totalità organica che trascende gli individui, in quanto voluta

⁵¹ G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, cit..

⁵² V. i vari scritti raccolti in G. GENTILE, *Politica e cultura*, voll. 1 e 2, Le Lettere, Firenze, 1991.

⁵³ G. GENTILE, *I fondamenti della filosofia del diritto*, Mariotti, Pisa, 1916, 128 ss.

⁵⁴ Chiare sono al riguardo le parole dello stesso G. GENTILE, *Politica e cultura*, cit., vol. 1, 32 s.: «questo Stato che vuole, anzi è la sola volontà concreta – poiché tutte le altre si possono dire volontà solo astrattamente, in quanto si prescindono dai rapporti indissolubili onde ogni individuo è legato alla società e ne respira quasi l'atmosfera come lingua, costume, pensiero, interessi, aspirazioni – questo Stato, dico, non sarebbe volontà, se non fosse una persona (...). Ma chi dice persona, dice attività morale; dice un'attività che vuole quel che deve volere, secondo un ideale. E lo Stato che è coscienza nazionale e volontà di questa coscienza, attinge da questa coscienza l'ideale a cui esso mira e indirizza tutta la sua attività. Perciò lo Stato non può non essere una sostanza etica (...). Lo Stato ha per noi un valore morale assoluto, come la persona in funzione della quale tutte le altre hanno un valore, che coincidendo con quello dello Stato è pur esso assoluto».

⁵⁵ *Summa Theologiae*, 1265-1274.

e disciplinata da una entità superiore. In opposizione a questo modo d'intendere la società si affermò in seguito una concezione contrattualistica che vide in essa un ordine artificiale edificato a partire dalla cessione ad un terzo del diritto di usare la forza per garantire la pace e la sicurezza. I giusnaturalisti del XVII Secolo tracciarono, così, una netta linea di separazione tra la *societas civilis* e la *societas naturalis*⁵⁶. La conseguenza fu la sovrapposizione del concetto di società civile a quello di società politica, annullando così il divario tra la comunità e lo Stato⁵⁷. L'illuminismo segnò il superamento di questa assimilazione. Rousseau, in particolare, teorizzò la strumentalizzazione dello Stato in vista dell'affermazione e del consolidamento del potere conquistato dai gruppi egemoni. La *société civile* fu descritta quale «condizione che, creata dallo sviluppo economico e caratterizzata da differenze sociali sempre più aspre, genera la società politica attraverso il contratto iniquo che sanziona le differenze sociali medesime»⁵⁸. Il ceto dominante è quello che produce ricchezza attraverso un uso efficiente delle scarse risorse disponibili. La condizione giuridica di base per la realizzazione e l'accumulo di profitto è la tutela della proprietà privata. La società politica (dunque lo Stato) viene costruita proprio al fine di presidiare questo fondamentale diritto soggettivo⁵⁹. Lo stato di natura è superato, e con esso il rischio di una guerra di tutti contro tutti è scongiurato.

3.2. Partecipazione e democrazia.

Pur nella consapevolezza del peso da riconoscere alle differenti esperienze maturate in varie epoche e in diversi contesti sociali, un elemento appare trasversale e cioè la *partecipazione* del singolo consociato alla vita politica. Una partecipazione a volte blanda, spesso simbolica, in rari casi effettiva e qualificante, ma pur sempre segno di una presenza che impedisce di pensare alla persona come una entità indifferente o aliena rispetto alle dinamiche di potere concretamente vissute nel tempo e nello spazio. In altri termini, è difficile pensare alla persona come un mero consociato del tutto estraneo alla dimensione politica e, dunque, totalmente assorbito dalla propria dimensione individuale o dalla propria attitudine ad interagire con altri consociati. Si ammetta pure che non sono stati infrequenti e perduranti nel tempo i casi di anonima sottomissione della persona all'autorità, ma in ogni caso il singolo consociato ha avuto modo di vivere e condividere con gli altri una propria, seppur minima, attitudine a dialogare con il potere.

La partecipazione alla vita politica è andata progressivamente accentuandosi, e non solo sul piano quantitativo, con il progressivo attecchimento del *principio democratico*.

Nell'esperienza ateniese del IV secolo a.C., la democrazia assunse una configurazione pratica che a Sartori appare come «la massima approssimazione possibile del significato letterale del termine»⁶⁰: il potere (*κράτος*) del popolo (*δῆμος*), esercitato *dal* popolo *per* il popolo. Nell'assemblea cittadina il

⁵⁶ V. N. BOBBIO, voce *Società civile*, in N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, G. PASQUINO, *Dizionario di politica*, Utet, Torino, 1983², 1084.

⁵⁷ G. BEDESCHI, voce *Società civile. I) Storia del concetto*, in *Enc. scienze sociali*, VIII, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma, 1996, 98. In T. HOBBS, *De cive*, 1642, V, § 9, in N. Bobbio (a cura di), *Elementi filosofici sul cittadino di Thomas Hobbes*, Utet, Torino, 1948, 155, si legge che il patto stipulato dai consociati per affrancarsi dallo stato di natura dava origine ad una unione: «un'unione così fatta si chiama Stato (*civitas*), ossia società civile». A questo patto fu consegnato il compito di garantire ai consociati alcuni beni primari, quali la pace, la sicurezza, la proprietà, la libertà, l'acquisizione dei quali, nello stato di natura, dipende da comportamenti, spesso violenti, di autotutela. In Locke le distanze tra società civile e società politica (quindi, lo Stato) furono cancellate, anche se lo stato di natura assunse una connotazione meno negativa rispetto alle posizioni hobbesiane: J. LOCKE, *The Two Treatises of Civil Government*, II, Hollis, London, 1689, cap. VII. § 89. La dottrina kantiana si sviluppò lungo il medesimo itinerario: v. I. KANT, *Die Metaphysik der Sitten. Metaphysischen Anfangsgründe der Rechtslehre*, Nicolovius, Königsberg, 1797, § 44.

⁵⁸ G. BEDESCHI, *op. e loc. ult. cit.*

⁵⁹ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine de l'inégalité*, Michel Rey, Amsterdam, 1755, trad. it., *Discorso su l'origine e i fondamenti della ineguaglianza*, Editori Riuniti, Roma, 1968, 133 ss. e 147 ss.

⁶⁰ G. SARTORI, *Elementi di teoria politica*, Il Mulino, Bologna, 1987, 37. V. anche J. DUNN, *Setting the People Free: The Story of Democracy*, Atlantic Books, London, 2005, trad. it., *Il mito degli uguali. La lunga storia della democrazia*, Egea, Milano, 2006, 12 ss., e L. CANFORA, *La democrazia. Storia di un'ideologia*, Laterza, Bari-Roma, 11 ss.

πολίτης concorreva alla formazione delle decisioni collettive. La condivisione del potere era reale, seppur affidata in qualche misura al caso, vista la modalità di selezione delle cariche pubbliche attraverso il sorteggio. Dunque, «la democrazia greca era davvero, in sufficiente misura, una democrazia diretta fondata sulla effettiva partecipazione dei cittadini al proprio governo»⁶¹. Una effettiva partecipazione che non è in alcun modo sovrapponibile alla consultazione elettorale finalizzata alla cernita dei rappresentanti⁶².

Stando così le cose, la democrazia “letterale” praticata nell’antica Grecia, e che allora fu percepita come la sola forma possibile di democrazia, per i posteri divenne una forma di governo impossibile. E come tale impronunciabile⁶³. Sarebbe stato necessario replicare perfettamente l’assetto politico, istituzionale, sociale in cui fiorì la democrazia, ma ciò apparve di fatto impraticabile⁶⁴. Solo alla fine del XVIII secolo la democrazia si riaffacciò con vigore sulla scena politica: per Alexis de Tocqueville la democrazia avrebbe illuminato il futuro del continente europeo⁶⁵.

La parola “democrazia” è stata recuperata «dopo duemila anni di oblio e anche di discredito»⁶⁶. E la sua rinascita è imputabile proprio al suo carattere ideale, quale espressione di una visione utopista. Se per secoli la «patente impossibilità»⁶⁷ della democrazia è stata un ostacolo insormontabile alla sua evocazione esplicita, in epoca a noi più vicina è stata proprio la sua intrinseca “idealità” a favorirne la resurrezione: «non è un caso perché nel mondo moderno “democrazia” vuol essere prima di tutto, e soprattutto, una parola normativa che non *describe* una cosa ma *prescrive* un ideale»⁶⁸. Se per secoli l’ideale veniva immaginato come il dominio del “poter essere” in assetti favoleggiati o in comunità leggendarie, con l’avvento dell’illuminismo esplose la dimensione deontica, e la democrazia diviene la parola d’ordine per prefigurare una strada da percorrere, un “dover essere” da realizzare. La democrazia, al pari di altre formule “magiche”, scaturisce da «un atteggiamento prometeico, dalla ambizione di nuotare contro corrente»⁶⁹.

La democrazia, infatti, non ha avuto un esordio facile, attirando i sospetti di quanti scorgevano in essa la sintesi di insidie per la stabilità sociale: «fin dall’antichità, essa era stata associata all’idea del governo della massa che ignora i suoi limiti, senza valore, egoista, estremista, incontenibile, arrogante, faziosa e instabile, perciò facile preda dei demagoghi»⁷⁰. Tutt’altro che modello da imitare e, quindi, soluzione da implementare, la democrazia era percepita dai saggi come un male da evitare accuratamente. Per un lunghissimo arco temporale la denuncia platonica della democrazia come

⁶¹ G. SARTORI, *op. e loc. ult. cit.* Chiarisce ulteriormente questo concetto D. HELD, *Models of Democracy*, Polity, Cambridge, 1987, trad. it., *Modelli di democrazia*, Il Mulino, Bologna 1989, 27, dove scrive che «il principio di governo era il principio di una forma di vita: la *partecipazione diretta*».

⁶² Lo stesso G. SARTORI, *op. ult. cit.*, 38, sottolinea le profonde differenze tra la democrazia greca e quella moderna quanto al concetto di libertà politica. Nell’antica Grecia, infatti, il *polites* aveva la sua quota di sovranità e come tale era immerso nella collettività, risultando marginale la sua autonomia individuale.

⁶³ V. anche M.I. FINLEY, *Democracy Ancient and Modern*, Chatto and Windus, London, 1973, trad. it., *La democrazia degli antichi e dei moderni*, Laterza, Bari-Roma, 1973. Sugli elementi di discriminazione tra la democrazia degli antichi e la democrazia dei moderni v. M.P. PATERNÒ, *La democrazia nell’età moderna*, in AA. VV., *Democrazia. Storia e crisi di una forma politica*, Editoriale scientifica, Napoli, 2013, 6 ss. Diffusamente D. MUSTI, *Demokratía. Origini di un’idea*, Laterza, Bari-Roma, 1999.

⁶⁴ Come dimostrato dall’assenza di tale termine nella copiosa ricostruzione fatta, ad esempio, da G. VICO, *Principii di scienza nuova di Giambattista Vico d’intorno alla comune natura delle nazioni*, Napoli, 1744, su cui v. Q. CAMERLENGO, *Vico e la democrazia*, in *Rivista AIC*, 2019, 2, 270 ss.

⁶⁵ A. DE TOCQUEVILLE, *Correspondence et Oeuvres posthumes*, V, 2, Lévy Frères, Paris, 1833, trad. it. *Viaggio in Inghilterra*, A. Guida, Napoli, 1998. V., in generale, P. BISCARETTI DI RUFFÌA, voce *Democrazia*, in *Enc. dir.*, XII, Giuffrè, Milano, 1964, 113 ss. Sulla storia del concetto di democrazia v. anche G. LAVAU, *La démocratie*, in *Traité de science politique*, II, Puf, Paris 1985, trad. it., *Democrazia. Breve storia di un’idea*, NIS, Roma, 1994, 18 ss., il quale, peraltro, considera la repubblica romana, accanto alla antica Grecia, uno dei casi storici di democrazia.

⁶⁶ G. SARTORI, *op. ult. cit.*, 39.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ G. ZAGREBELSKY, *Imparare la democrazia*, La Repubblica, Roma 2005, 15.

licenza (la libertà senza freni) ebbe la meglio, relegando tale concetto nella cerchia dei mali da evitare⁷¹.

Come ha osservato Gustavo Zagrebelsky, la consacrazione della democrazia, quale sistema in cui «potesse *effettivamente, liberamente e responsabilmente* prendere parte il popolo tutto intero, attraverso opportune forme di organizzazione dei cittadini e per mezzo di efficaci procedura di partecipazione»⁷², si ha solo dopo la fine della Seconda guerra mondiale, come reazione ai regimi totalitari che avevano sconvolto le relazioni tra Stati e gli ordinamenti interni.

Con la graduale consacrazione del modello democratico la partecipazione dei *cives* ha ricevuto un significativo impulso. La persona, non più chiusa nel suo recinto domestico o sociale, ha avuto modo di sperimentare concretamente una per molti versi inedita proiezione della propria personalità, quale attore di un circuito democratico aperto e inclusivo. E anche se poi, di fatto, la democrazia ha selezionato una ristretta minoranza cui consegnare il potere decisionale, nondimeno le potenzialità partecipative hanno attecchito compiutamente garantendo così quanto meno l'opportunità di un reale coinvolgimento in queste dinamiche. Non è un caso se il secondo comma dell'art. 3 Cost. sollecita la rimozione degli ostacoli all'eguaglianza sostanziale anche al fine di una effettiva partecipazione, tra l'altro, all'organizzazione *politica* del Paese. E per quanto si registri diffusamente una crisi del rappresentato, come l'ha definita Massimo Luciani, nondimeno l'era della democrazia, anche nell'attuale società globale, conosce spazi e occasioni di coinvolgimento non occasionale della cittadinanza e, dunque, delle persone⁷³.

Questa rinnovata partecipazione democratica consente di ritenere ancora ragionevolmente attuale la qualificazione aristotelica della persona come *zoon politikón* «perché l'uomo vive nella *polis* e perché, viceversa, la *polis* vive in lui» facendo sì che l'uomo si realizzi compiutamente come tale⁷⁴. In questo rapporto si manifestava la politicità dell'essere umano: una qualità, questa, carente in quanti non vivevano «la pienezza della *simbiosi* con la propria *polis*»⁷⁵. La *polis* era, dunque, «l'unità costitutiva e la dimensione compiuta dell'esistenza»⁷⁶.

Ebbene, qual è la conseguenza di questa compenetrazione simbiotica tra la persona e la dimensione politica? Anche solo la logica porta a dimostrare che se il singolo si sente e viene trattato, a cominciare dalla Costituzione, come protagonista della vita democratica, nel contempo non può che conformare la propria identità agli ideali che nella stessa democrazia trovano conforto e occasione di inveroamento. La simbiosi, che letteralmente significa vivere insieme, genera una interazione mutualistica tra le due entità coinvolte in questo processo. La persona non è mero strumento della democrazia, né questa è una struttura al servizio della prima. Si assiste ad uno scambio costante e bidirezionale di azioni, pensieri, stimoli, visioni, che conferiscono sostanza ad un principio, quale quello democratico, che altrimenti resterebbe una formula meramente procedurale⁷⁷. Questo legame si spezza solo con l'avvento di un regime totalitario o autocratico, dove alla simbiosi si sostituisce una letale disbiosi, quale stato disfunzionale che annulla questo equilibrio. E la rottura si consuma non solo quando la persona viene estromessa dai circuiti decisionali, anche solo rappresentativi, ma anche e soprattutto

⁷¹ PLATONE, *Repubblica*, libro VIII.

⁷² G. ZAGREBELSKY, *op. ult. cit.*, 18.

⁷³ Cfr. M. LUCIANI, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in N. Zanon, F. Biondi (a cura di), *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, Giuffrè, Milano, 2001, 109 ss.

⁷⁴ G. SARTORI, *op. cit.*, 241.

⁷⁵ *Ibidem* (enfasi aggiunta).

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ Osserva M. MANETTI, *Costituzione, partecipazione democratica, populismo*, in *Democrazia, oggi*, Annuario 2017 a cura dell'Associazione italiana dei Costituzionalisti (Atti del Convegno annuale di Modena, 10-11 novembre 2017), Editoriale scientifica, Napoli, 2018, 21, che la democrazia procedurale intesa come mero computo delle preferenze degli elettori «appare totalmente ignara del significato attribuito dalla Costituzione al confronto e al dibattito tra i soggetti del pluralismo». Cfr., poi, R. DAHL, *La democrazia procedurale*, in *Italian Political Science Review/Rivista Italiana Di Scienza Politica*, 1979, 9(1), 3 ss.

quando si smarrisce l'empatia verso il valore democratico, additato quale nemico e fonte di disordine e caos⁷⁸.

Se la democrazia è l'ambiente che ha accolto gli ordinamenti politici rifioriti dopo la tragica esperienza del secondo conflitto mondiale (e che ha accompagnato la rinascita dei Paesi liberatisi dopo la caduta del muro di Berlino), allora questa compenetrazione simbiotica è la premessa fondamentale affinché anche la dimensione istituzionale possa contribuire a definire l'identità personale dei consociati⁷⁹.

3.3. I principi costituzionali e l'identità dei consociati.

Ma non basta, in quanto il ragionamento sulla partecipazione democratica allude alla legittimazione popolare del potere e, dunque, alla premessa da cui tutto trae origine, a cominciare proprio dalla Costituzione e, ancor prima, dal potere costituente di cui essa è massima e paradigmatica espressione⁸⁰.

Al suo esordio, in un clima dominato dal vento liberale, la Costituzione fu intesa come presidio delle libertà attraverso una complessa ma risoluta opera di delimitazione e, dunque, di razionalizzazione del potere. È chiaro in tale senso l'art. 16 della *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* del 1789, a mente del quale «toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution»⁸¹. Il costituzionalismo di matrice liberale, reagendo polemicamente ad un passato intriso di prevaricazioni e abusi, di privilegi e diseguaglianze, consegnò alla Costituzione il compito supremo di definire istituti di garanzia volti ad evitare un uso abnorme, spregiudicato, illegittimo del potere a danno dei diritti fondamentali, tali in quanto tutelati innanzitutto nella relazione con l'autorità. Riserva di legge, riserva di giurisdizione, imparzialità e indipendenza della magistratura, diritto di difesa in ogni stato e grado del giudizio, son alcuni dei pilastri dello Stato liberale di diritto che hanno innervato la nuova struttura costituzionale conferendo ad essa una precisa portata sostanziale. La Costituzione non si limita a definire l'architettura istituzionale dello Stato. Essa mira ad «affermare i diritti degli individui verso le autorità e stabilire le regole in base alle quali le autorità avrebbero dovuto esercitare il loro potere»⁸². Il costituzionalismo sancisce la soggezione del potere al diritto⁸³.

Di pari passo sono andate la consacrazione e la conseguente evoluzione proprio dello Stato di diritto, coerentemente con la visione liberale, già abbozzata in precedenza, di un apparato snello, essenziale, preposto a poche e fondamentali funzioni, per non compromettere l'autonomia della dimensione sociale⁸⁴.

⁷⁸ Come drammaticamente accade nelle cd. "democrature": v., al riguardo, la fine analisi di A. SPADARO, *Dalla "democrazia costituzionale" alla "democrazia illiberale" (populismo sovranista), fino alla.... "democrazia"*, in [DPCE On Line](#), 2020, 3, 3875 ss.

⁷⁹ Cfr. al riguardo le profonde riflessioni di F. PIZZOLATO, *I sentieri costituzionali della democrazia*, Carocci, Roma, 2019, spec. 93 ss.

⁸⁰ Fondamentale, al riguardo, la lettura di A. SPADARO, *Contributo per una teoria della Costituzione. I) Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Giuffrè, Milano, 1994.

⁸¹ V. l'ampia ricostruzione di C. MARTINELLI, *Le radici del costituzionalismo*, Giappichelli, Torino, 2011, spec. 201 ss.

⁸² V. ONIDA, *La Costituzione*, Il Mulino, Bologna, 2004, 8. V. anche Cfr. P. HÄBERLE, *Una prima lezione di "diritto costituzionale"*, in *Quad. cost.*, 2012, 165 ss.

⁸³ C.H. MCILWAIN, *Constitutionalism Ancient and Modern*, Great Seal Books, Ithaca, 1947, trad. it., *Costituzionalismo antico e moderno*, Il Mulino, Bologna, 1990.

⁸⁴ Cfr. R. NOZICK, *Anarchy, State, and Utopia*, Basic Books, New York, 1974, trad. it., *Anarchia, Stato e utopia. I fondamenti filosofici dello «Stato minimo»*, Le Monnier, Firenze, 1981, e J.M. BUCHANAN, *The Limits of Liberty*, University of Chicago Press, Chicago, 1975, trad. it., *I limiti della libertà*, Einaudi, Torino, 1978. In Europa lo Stato minimo ha ispirato la Scuola di Vienna il cui principale esponente fu F.W. VON HAYEK, *The Constitution of Liberty*, University of Chicago Press, Chicago, 1960, trad. it., *La società libera*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2011, 181 ss.

La crisi del liberalismo, determinata da molteplici e variegati fattori correlati soprattutto ai fallimenti del mercato nel garantire a tutti non solo l'astratta titolarità ma anche e soprattutto l'effettivo godimento dei diritti fondamentali, ha segnato le sorti di questa concezione dello Stato. L'ampliamento del suffragio elettorale e la conseguente comparsa, nelle sedi parlamentari, dei primi partiti di massa, hanno condotto ad un ripensamento complessivo degli equilibri tra potere e società a favore di un più spiccato interventismo pubblico. La grande crisi del 1929 non ha fatto altro che corroborare questa svolta dando ragione alle teorie keynesiane di stimolo della domanda aggregata quale reazione all'insuccesso della smithiana mano invisibile.

La progressiva introduzione di riforme che di lì a poco avrebbero suggellato l'avvento dello Stato sociale influenzò anche la percezione del ruolo da assegnare alla Costituzione: non più soltanto argine al potere, bensì anche stimolo e indirizzo ai poteri, a cominciare da quello legislativo. Una forma di Stato, questa, che ha recepito «i tentativi di dare allo stato di diritto accanto a contenuti liberali anche contenuti sociali, dunque di offrire la *fraternità* accanto alla *liberté* ed alla *égalité*, una garanzia di diritto costituzionale»⁸⁵.

L'enunciazione testuale di *principi fondamentali* rappresentò, quindi, il valore aggiunto del costituzionalismo, di impronta socialdemocratica, che dilagò in gran parte dell'Occidente dopo il 1945, quale premessa per una revisione complessiva del rapporto tra la legge fondamentale e i tre classici poteri dello Stato⁸⁶.

Le nuove costituzioni, inclusa quella italiana, parlano anche attraverso principi. Scrive Guastini che le norme costituzionali di principio sono «quelle (numerossime) norme che enunciano solennemente i valori, i principi, gli scopi, gli orientamenti che informano di sé l'intero ordinamento giuridico»⁸⁷. Siffatti principi hanno, dunque, la funzione di definire l'intelaiatura e di gettare le fondamenta di quella complessa e multiforme struttura che è l'ordinamento giuridico e così facendo essi imprimono anche una specifica *identità* al medesimo⁸⁸. Ancora Guastini ha scritto che «el término “Constitución” es generalmente usado para designar el conjunto de normas “fundamentales” que *identifican* o caracterizan cualquier ordenamiento jurídico»⁸⁹. Se è vero che i dettagli di questo edificio sono definiti dalla successiva opera di normazione devoluta in prima battuta al legislatore ordinario, è altrettanto indubbio che tali dettagli assumono una attitudine identitaria grazie ai principi dei quali essi sono svolgimento. Questa «funzione di orientamento», come l'ha definita Zagrebelsky⁹⁰, riflette l'attitudine ontologica dei principi a conferire al sistema normativo di cui sono la matrice una puntuale configurazione innanzitutto sostanziale, tale da consentire ad esempio l'inquadramento del sistema stesso in una data famiglia di ordinamenti provvisti di comuni tratti qualificanti. Ciò non significa che al legislatore spetti un ruolo meramente esecutivo, di trasposizione in precetti immediatamente cogenti di direttive munite di una forza espansiva chiara e, nel contempo, univoca. Resta integro lo spazio delle determinazioni politiche, il cui raggio d'azione dipende dalla capacità delle istituzioni, a cominciare da quelle legislative, di cogliere tutte le potenzialità insite nello stesso principio⁹¹. Resta chiaro che, diversamente dalle norme programmatiche, i principi sono

⁸⁵ E. FORSTHOFF, *Rechtsstaat im Wandel*, W. Kohlhammer, Stuttgart, 1964, trad. it., *Stato di diritto in trasformazione*, Giuffrè, Milano, 1973, 34.

⁸⁶ Cfr. F.J. DIAZ REVORIO, *Valores superiores e interpretacion constitucional*, Centro de Estudios politicos y constitucionales, Madrid, 1997.

⁸⁷ R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1993, 76.

⁸⁸ Secondo G. BERTI, *Interpretazione costituzionale*, Cedam, Padova, 1987, 85, dai principi costituzionali occorre desumere «l'immagine più veritiera dell'ordine giuridico che si adegua alla società attuale» (enfasi aggiunta).

⁸⁹ R. GUASTINI, *Estudios de teoría constitucional*, Fontamara, Col. Del Carmen (México), 2003, 31.

⁹⁰ Cfr., infatti, G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale. I) Il sistema delle fonti del diritto*, Utet, Torino, 1988, 107. Dal canto suo, V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Giuffrè, Milano, 1952, *passim*, ha colto le tre funzioni dei principi costituzionali, quali parametri per delibare la legittimità delle fonti primarie, quali standard interpretativi e quali strumenti per colmare eventuali lacune del diritto. Sui principi costituzionali come norme «a fattispecie aperta» v. R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, Giappichelli, Torino, 2012², 62.

⁹¹ Osserva ancora G. ZAGREBELSKY, *op. ult. cit.*, 109, la carta costituzionale, pur tracciando le «linee essenziali (...) non distrugge la libertà del processo politico, le possibilità e le responsabilità dei soggetti che in esse operano per affermare, nell'ambito delle proclamazioni costituzionali, *gerarchie di valori* sempre rinnovabili».

muniti di una piena cogenza, nel senso non di offrire all'operatore del diritto lo schema di qualificazione normativa entro cui sussumere lo specifico caso della vita giuridicamente rilevante, ma di obbligare il legislatore ad intervenire e ad assecondare la dimensione teleologica espressa dagli stessi principi⁹².

Ora, se – come si è detto – la Costituzione, *attraverso i suoi principi*, è in grado di definire l'identità dell'ordinamento giuridico di cui essa è, per usare le parole del *Chief Justice Marshall*, «a superior, paramount law, unchangeable by ordinary means»⁹³, se e in quale misura la stessa Costituzione è idonea a concorrere, con gli stessi principi, alla definizione dell'identità personale dei singoli consociati?

Ovviamente non è possibile ipotizzare un agevole automatismo: anche intuitivamente si coglie la differenza tra un atto normativo (la Costituzione) che conforma identitariamente un materiale altrettanto normativo (l'ordinamento giuridico) e quello stesso atto che si rivolge a soggetti giuridici sì, ma ancor prima persone con una propria identità (individuale e sociale).

Nondimeno, alla luce della complessiva ricostruzione svolta in precedenza sul rapporto tra Stato e società (§ 3.1.) e sulla partecipazione democratica dei consociati (§ 3.2.), la riflessione sui principi costituzionali, ulteriormente integrata dalle considerazioni che di qui a poco si svilupperanno, non farà che chiudere il cerchio e dimostrare il tasso di incidenza dei principi costituzionali nel processo di progressivo affinamento dell'identità personale. E questo contributo verrà definito ragionando di *identità costituzionale* della persona.

La Costituzione non è “altro” rispetto alle persone. Non è il frutto di una decisione assunta “dall'alto” che s'impone, quale atto autoritativo, ai consociati quali destinatari passivi delle relative previsioni. E questo vale anche per le costituzioni ottocentesche concesse, come lo Statuto albertino, da un monarca più o meno illuminato. E lo si intuisce proprio riflettendo sui caratteri del potere costituente, ossia di quel potere di cui la Costituzione è espressione funzionale e operativa.

Sin dagli esordi rivoluzionari il potere costituente è stato incardinato presso il popolo sovrano⁹⁴. Il potere costituente è raffigurato come un diritto innato (e, conseguentemente, assoluto, illimitato e imprescrittibile) dei popoli di darsi una costituzione⁹⁵. L'ordinamento non riconosce al popolo questo potere, trattandosi in verità di un vero e proprio diritto naturale rivendicato dal popolo (o dalla nazione, secondo Sieyès)⁹⁶.

Attraverso l'intestazione del potere costituente in capo al popolo sovrano, i rivoluzionari francesi fecero sì che l'azione unificante della costituzione, «anziché essere brutalmente devoluta allo stato, [fosse] rivestita dei panni giuridici del “potere costituente” e fatta ricadere direttamente sul “popolo”»⁹⁷.

Quella rivoluzionaria fu, comunque, la prima tappa di un lungo processo di affinamento dell'idea costituzionale che sfociò, per un verso, nelle dottrine volte a trasferire sullo Stato l'attributo della sovranità⁹⁸, e, per altro, nella teoria del diritto sociale di Duguit che sostituì alla sovranità la solidarietà quale forma di interdipendenza tra consociati e tra gruppi⁹⁹.

⁹² Su questa nota vicenda v. la sentenza n. 1 del 1956 della Corte costituzionale. Utile, al riguardo, la lettura di M. CAVINO, *Ordinamento giuridico e sistema delle fonti*, Editoriale scientifica, Napoli, 2021, 142 ss.

⁹³ *U.S. Supreme Court, Marbury v. Madison, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803)*.

⁹⁴ Cfr. M. FIORAVANTI, *Costituzione e stato di diritto*, in *Fil. pol.*, 1991, 325 ss.

⁹⁵ Cfr. G.U. RESCIGNO, *La sovranità popolare ieri e oggi*, in L. Carlassare (a cura di), *Principi dell'89 e costituzione democratica*, Cedam, Padova, 1991, 85 ss., e V. ANGIOLINI, *Costituente e costituito nell'Italia repubblicana*, Cedam, Padova, 1995, 37 ss. V. anche P. COLOMBO, *Governo e costituzione. La trasformazione del regime politico nelle teorie dell'età rivoluzionaria francese*, Giuffrè, Milano, 1993, 249 ss.

⁹⁶ V. G. SILVESTRI, *Poteri attivi e poteri moderatori: attualità della distinzione*, in L. Luatti (a cura di), *L'equilibrio tra i poteri nei moderni ordinamenti costituzionali*, Giappichelli, Torino, 1994, 22 ss.

⁹⁷ V. ANGIOLINI, *op. cit.*, 40.

⁹⁸ E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Die deutsche verfassungsgeschichtliche Forschung im 19. Jahrhundert. Zeitgebundene Fragestellungen und Leitbilder*, Duncker & Humblot, Berlin, 1961, trad. it., *La storiografia costituzionale tedesca nel secolo decimo nono. Problematiche e modelli dell'epoca*, Giuffrè, Milano, 1970, 243 ss.

⁹⁹ L. DUGUIT, *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'état*, Alcan, Paris, 1922, trad. it., *Il diritto sociale, il diritto individuale e la trasformazione dello stato*, Sansoni, Firenze, 1950.

La stretta connessione tra la società e la Costituzione affiora non solo considerando quello costituente come un potere che sia espressione della volontà politica prodromica ad una decisione «sulla specie e la forma del suo proprio essere»¹⁰⁰, ma anche ragionando di *processo costituente*, inteso quale insieme di atti, eventi, sollecitazioni, interessi, orientamenti ideologici, che, pur con tutta la eterogeneità intrinseca dei suoi elementi, conduce ad un determinato risultato, che è di sintesi rispetto ai molteplici contributi e fattori determinanti.

In effetti, le costituzioni sono il traguardo di un percorso che vede, quali partecipanti, più entità, con differenti ruoli e con altrettanto diversi pesi specifici. Sarebbe riduttivo pensare alla Costituzione italiana come l'atto finale di un processo legislativo sviluppatosi in seno ad un organo collegiale democraticamente rappresentativo¹⁰¹. La sua genesi è iniziata ben prima, in seno al comitato di liberazione nazionale, che ha recepito e interpretato le sollecitazioni sociali e politiche che invocavano un nuovo patto costituzionale¹⁰².

Donne e uomini, gruppi più o meno organizzati, dissidenti, intellettuali, lavoratori, con i loro atti, con i loro comportamenti e con le loro rivendicazioni, hanno nutrito, giorno dopo giorno, quella “domanda di costituzione” che fu, poi, intercettata e compresa, per essere quindi esaudita, da quanti versavano nelle condizioni di dar vita ad una nuova Italia, finalmente liberata dall'abbraccio mortale col nazifascismo¹⁰³. Se per Cheli, l'esito del processo costituente fu più avanzato rispetto al contributo, materiale e spirituale, dato dalla società italiana dell'epoca, per Dossetti, «i costituenti percepivano un consenso e un'attesa sociali che hanno favorito e reso possibile il risultato»¹⁰⁴. E così, come ha osservato Ernesto Bettinelli, la Costituente «rappresenta non solo un evento istituzionale, ma l'ultima tappa di un percorso di maturazione e ricostruzione collettiva»¹⁰⁵: un tragitto in cui la società svolge un ruolo chiave, prioritario rispetto all'attività di mediazione svolta dagli attori istituzionali e dai movimenti politici.

Il processo costituente non ha fatto altro che recepire e assecondare questa domanda di Costituzione, facendola confluire in quella “materia costituzionale” che altro non è se non l'insieme di fatti, comportamenti, situazioni, rapporti che la comunità reputò così “fondamentali” per il nuovo patto sociale da meritare una specifica protezione attraverso la traduzione in principi e regole costituzionali¹⁰⁶.

Ragionare di “processo” costituente, e non di potere, consente quindi di riconoscere e valorizzare il contributo della società e delle sue molteplici componenti nella gestazione e nella nascita della nostra Costituzione: un ruolo non subalterno o ancillare, ma decisivo tanto nelle forme, quanto nei contenuti. Come sottolineò Allegretti, «il processo costituente nel suo complesso (...) è stato di natura

¹⁰⁰ C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Duncker & Humblot, Berlin, 1928, trad. it., *Dottrina della costituzione*, Giuffrè, Milano, 1984, 110.

¹⁰¹ In effetti, proprio pensando al caso italiano, C. GHISALBERTI, *Storia costituzionale d'Italia (1848-1948)*, Laterza, Bari, 1974, 410, osserva come il dibattito costituzionale abbia avuto luogo «in un clima politico e sociale quale quello dell'immediato dopoguerra, vibrante per le tensioni ideali e per i fermenti di rinnovamento».

¹⁰² Si pensi alla storica presa di posizione del CLN del 16 ottobre 1943, che reclamò la convocazione del popolo «per decidere sulla forma istituzionale dello stato». E, in seguito, l'affermazione della questione costituente nel congresso di Bari dello stesso Comitato (gennaio 1944). Cfr. P. POMBENI, *La questione costituzionale in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2016, 82 ss.

¹⁰³ V. P. POMBENI, *Questione istituzionale e battaglia per il potere nella campagna per le elezioni del 2 giugno 1946*, in R. Ruffilli (a cura di), *Costituente e lotta politica. La stampa e le scelte costituzionali*, Vallecchi, Firenze, 1978, 3 ss., sull'impatto dell'opinione pubblica come orientata e condizionata dalla stampa. Quanto al ruolo degli studiosi v. U. De Siervo (a cura di), *Verso la nuova Costituzione*, Il Mulino, Bologna, 1980.

¹⁰⁴ U. ALLEGRETTI, *Storia costituzionale italiana. Popolo e istituzioni*, Il Mulino, Bologna, 2014, 111 s., il quale allude a E. CHELI, *Nata per unire. La Costituzione italiana tra storia e politica*, Il Mulino, Bologna, 2012, e a G. DOSSETTI, *I valori della Costituzione*, S. Lorenzo, Reggio Emilia, 1995.

¹⁰⁵ E. BETTINELLI, *La Costituzione della Repubblica italiana. Un classico giuridico*, Rizzoli, Milano, 2006, 11.

¹⁰⁶ V., sul punto, Q. CAMERLENGO, *Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico*, Giuffrè, Milano, 2007, 58 ss., dove venne ripreso e sviluppato un prezioso spunto di F. CUOCOLO, *Istituzioni di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 1986⁴, 8 s. V., analogamente, A. RUGGERI, *Lacune costituzionali*, in *Rivista AIC*, 2016, 2, 18.

essenzialmente popolare»¹⁰⁷. La Costituzione repubblicana fu immaginata *all'interno* della società, quanto meno intorno a quei pochi, essenzialissimi “pilastri” rispetto ai quali si coagulò una pressoché unanime condivisione nonostante le fratture politiche non irrilevanti. Fu, poi, pensata e costruita da un gruppo di donne ed uomini che trasformarono in un corpo organico di disposizioni normative un materiale intrinsecamente composito, scaturito da un intreccio di elementi poliedrici: sollecitazioni sociali, esigenze pratiche, orientamenti ideologici, pratiche culturali, tradizioni, massime di convivenza civile¹⁰⁸.

Pertanto, quando la Costituzione enuncia un principio, che è – come si vedrà meglio nella parte II – il ponte che collega il momento della norma a quello delle istanze sociali, non fa che *dichiarare*, e non creare, un elemento che garantisce, insieme agli altri principi, l'equilibrio nei rapporti tra Stato e società, tra piano dell'autorità e piano delle libertà, tra pubblico e privato. Si assiste ad un movimento circolare: la società esprime una domanda di principi che viene recepita e tradotta in enunciati normativi dell'organo costituente e da qui ritorna alla società come materia idonea a contribuire al cambiamento sociale. E questo moto circolare non si consuma una volta per tutte essendo il processo costituente aperto e non temporalmente circoscritto. Le trasformazioni in atto nel tessuto sociale alimenteranno sempre nuove sollecitazioni rilevanti come domanda di Costituzione e verranno assecondate attraverso revisioni o interpretazioni giurisprudenziali, le quali a loro volta daranno impulso al cambiamento sociale.

Stando così le cose, la partecipazione della persona alla vita politica per essere presa sul serio (e, cioè, non quale presenza simbolica o ancillare), deve consacrare e alimentare costantemente la compenetrazione simbiotica tra il singolo consociato e la comunità politica.

A saldare e orientare questa interazione vitale saranno proprio i principi costituzionali quali trasformatori permanenti¹⁰⁹ delle istanze sociali che ambiscono a stimolare la Costituzione vivente. La combinazione di questi elementi (la compenetrazione simbiotica tra persona e comunità politica; l'impronta e vocazione sociale dei principi costituzionali) conferisce piena legittimazione alla Costituzione quale insieme di enunciati e proclamazioni idonei a contribuire al processo dinamico di definizione progressiva dell'identità personale.

Ebbene, questo contributo è riassumibile nella formula “*identità costituzionale*” (come sviluppo e affinamento della già teorizzata identità politica), quale complesso di caratteristiche grazie alle quali si esprime compiutamente l'essenza della persona *uti constitutionalis*. I principi costituzionali si inverano attraverso la persona che, legata agli altri consociati da un condiviso destino comunitario, conforma la propria identità personale agli stessi principi quali elementi di un patrimonio comune: e tutto ciò non in forza di un obbligo giuridico, bensì quale logica e coerente conseguenza della propria aspirazione e, nel contempo, responsabilità a far parte di quella che si potrebbe definire l'*umanità costituzionale*: un sodalizio tra eguali, seppur diversi, animati dalla medesima attitudine a realizzare il progetto costituzionale partendo proprio dai suddetti principi.

A scanso di equivoci: la persona non è strumentalizzata ma è essa stessa protagonista di quel moto circolare dapprima descritto. Una persona che introietta quegli stessi principi che contribuisce a rendere vitali partecipando e condividendo: quegli stessi principi che concorrono a qualificare, in modo essenziale, l'identità.

La più coerente e razionale implicazione di questo ragionamento è il riconoscimento di un *umanesimo costituzionale* quale spazio egualitario, aperto e inclusivo, dove si rivela recessivo il

¹⁰⁷ U. ALLEGRETTI, *op. cit.*, 97, il quale aggiunge che i partiti furono, a loro volta, «gli agenti fondamentali che hanno veicolato l'orientamento popolare, vincendo gli orientamenti di ritorno al passato che pur non mancavano e dandogli il carattere di innovazione complessiva della forma di Stato». Sulla consacrazione dei partiti quali reali protagonisti della vita repubblicana dopo la conclusione del processo costituente, così marginalizzando la comunità a mera destinataria di decisioni prese altrove, v. F. BONINI, *Storia costituzionale della Repubblica*, NIS, Roma, 1993, 55 ss.

¹⁰⁸ Sul costituzionalismo quale movimento politico e sociale, ancor prima che giuridico, v. G. FERRARA, *La costituzione. Dal pensiero politico alla norma giuridica*, Feltrinelli, Milano, 2006.

¹⁰⁹ Ho mutuato l'espressione usata da Perassi, sia pure in relazione ad una differente fattispecie, quale quella dei rapporti tra l'ordinamento italiano e il diritto internazionale consuetudinario.

possesto di titoli formali di appartenenza o legittimazione a cominciare dallo *status* di cittadino essendo piuttosto decisiva l'adesione a condivisi principi fondamentali. Un umanesimo solidale e fraterno, pronto ad accogliere chiunque riconosca che la propria identità personale assorbe quella identità costituzionale che deriva dall'adesione al complesso dei principi fondamentali sui quali riposa il patto tra istituzioni e società: solidale perché riconoscersi in quei principi significa dividerne i pesi e le responsabilità, con particolare attenzione per chi versa in condizioni di disagio o vulnerabilità¹¹⁰; fraterno perché chi opera all'interno di questo spazio si assume una responsabilità nei riguardi del prossimo quale «qualità dell'essere, che (...) si traduce in affermazione di legame, di vincolo e dunque anche in orientamento etico»¹¹¹.

Non v'è nulla di "patriottico" in questa adesione, ma la più discreta consapevolezza che senza una genuina e coerente conformazione della propria identità ai principi fondamentali la partecipazione alla vita politica resterebbe una finzione, capace solo di supportare la distinzione, all'interno del palcoscenico comunitario, tra attori protagonisti e comprimari, da un lato, e la moltitudine delle comparse dall'altro¹¹². Raccogliendo la sfida lanciata a suo tempo da Jacques Maritain («voi non potete trasformare il regime sociale del mondo moderno che provocando nello stesso tempo e anzitutto in voi stessi, un rinnovamento della vita spirituale e morale»¹¹³), i consociati hanno il dovere di accostare, anzi di fondere le rispettive identità personali ai principi in oggetto facendosi interpreti di un cambiamento ispirato ad una seria presa di coscienza dell'esistenza orientata verso il bene comune: un nuovo umanesimo costituzionale, giustappunto¹¹⁴.

A questo punto, occorre soffermarsi sugli strumenti attraverso i quali la dimensione del potere (di cui la Costituzione è, innanzitutto, espressione) è in grado di concorrere al processo di definizione dell'identità personale, vale a dire i principi fondamentali, con particolare riferimento al loro rapporto con i *valori*.

Parte II

PRINCIPI FONDAMENTALI E VALORI

Il titolo della relazione impone di indugiare sulla nozione di "valori". È intuibile l'entità dello sforzo che una ricognizione di senso imporrebbe. Si procederà, quindi, ad una disamina di tale concetto ai limitati fini della presente ricerca e, dunque, cercando di intercettarne un significato che

¹¹⁰ Un umanesimo solidale che, come ha efficacemente intuito G. ALPA, *Solidarietà*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, II, 365, erige «uno sbarramento all'individualismo esasperato». Nell'enciclica *Sollicitudo rei socialis* del 1987, Papa Giovanni Paolo II dichiarò che la solidarietà «è la determinazione ferma e perseverante di impegnarsi per il bene comune: ossia per il bene di tutti e di ciascuno perché tutti siano veramente responsabili di tutti».

¹¹¹ F. PIZZOLATO, *Il principio costituzionale di fraternità*, Città Nuova, Roma, 2012, 9.

¹¹² Il patriottismo costituzionale riferibile alla riflessione di Dolf Sternberger, su cui R. SCOGNAMIGLIO, *Alle radici della politica? Il pensiero di Dolf Sternberger*, Il Mulino, Bologna, 1999. Una bella definizione è quella proposta da B. BARBISAN, *Prime riflessioni per un patriottismo costituzionale italiano*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 341: «il patriottismo costituzionale è la teoria secondo la quale il sentimento di appartenenza a un contesto politico-istituzionale dovrebbe basarsi sulle norme, sui valori e, più indirettamente, sulle procedure incluse in una costituzione liberal-democratica. In questo senso, non è né la cultura o l'unità nazionale, tantomeno un approccio cosmopolita a ispirare la visione di una politica democratica; piuttosto, è il suo insieme di regole costituzionali e di principi a incarnare i suoi presupposti fondanti e ispiratori». V., diffusamente, J.W. MÜLLER, *Constitutional Patriotism*, Princeton University Press, Princeton, 2007. Cfr. pure R. GATTI, *Patriottismo costituzionale e oltre*, in *Fil. pol.*, 2018, 77 ss.

¹¹³ J. MARITAIN, *Humanisme intégral. Problèmes temporels et spirituels d'une nouvelle chrétienté*, Aubier, Paris, 1936, trad. it., *Umanesimo integrale*, Borla editore, Torino, 1962, 159.

¹¹⁴ Un umanesimo costituzionale dove, peraltro, si anima la formidabile questione dell'autodeterminazione individuale, visto che la conformazione della propria identità ai "valori" costitutivi può circoscrivere alquanto lo spazio di manifestazione della volontà del singolo anche su questioni vitali. Su questo tema, che richiederebbe una apposita e organica trattazione, si rinvia alla preziosa riflessione di A. SPADARO, *I «due» volti del costituzionalismo di fronte al principio di auto-determinazione*, in *Pol. dir.*, 2014, 403 ss.

sia il più possibile coerente con l'impostazione complessiva della elaborazione teorica qui proposta, che come si è visto ruota intorno all'identità costituzionale impressa dai principi fondamentali¹¹⁵.

1. *Principi e valori.*

I principi fondamentali esprimono un'intensa carica conformativa. Essi, infatti, racchiudono e, nel contempo, riflettono una particolare visione della realtà che quegli stessi principi intendono condizionare o, persino, mutare. Nella sua dimensione teleologica, il principio individua un fine da raggiungere, lasciando ad altri il compito di individuare i mezzi per il suo conseguimento. Nella sua dimensione filosofica il principio illumina il senso ultimo, quello più profondo o basilare, di una struttura o di un processo decisionale. Per questa ragione si è detto che i principi definiscono l'identità di un dato ordinamento giuridico, che non è solo una questione di tecnica normativa, ma ancor prima di filosofia e di sostanza¹¹⁶.

Così facendo, i principi fondamentali, proprio perché gettano le fondamenta su cui erigere una determinata struttura ordinamentale e proprio perché ne definiscono l'intelaiatura qualificante, assecondano un *ideale*, vale a dire un assetto desiderabile verso cui tendere. Ed è un assetto preferibile rispetto ad altri proprio perché assume un *valore* per quanti propugnano e si riconoscono in quei principi.

È comprensibile, dunque, l'accostamento, se non una vera e propria assimilazione, tra i suddetti principi e i *valori*, visto che questi ultimi indicano in percorso da seguire per addivenire ad un equilibrio congeniale al miglior soddisfacimento possibile di interessi e bisogni. Comprensibile, però, non significa razionalmente fondato e, quindi, accettabile: significa solo riconoscere questa comune matrice finalistica e conformativa, salvo poi eventualmente tentare di cogliere l'elemento di discriminazione, se e nella misura in cui esso sia oggettivamente verificabile e concettualmente plausibile.

Non è un caso se si ricorra frequentemente ai "valori" per identificare i pilastri del sistema costituzionale o per dare un nome alle linee essenziali che la Costituzione enuncia per orientare i futuri sviluppi dell'ordinamento giuridico.

La stessa Corte costituzionale non è da meno in tal senso. Si pensi alla storica pronuncia con la quale essa fornì una definizione dei principi supremi quali limiti alla revisione costituzionale: «la Costituzione italiana contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali. Tali sono tanto i principi che la stessa Costituzione esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, quale la forma repubblicana (art. 139 Cost.), quanto i principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all'*essenza dei valori supremi* sui quali si fonda la Costituzione italiana»¹¹⁷. E anche di recente la Corte non ha mancato di evocare i valori costituzionali¹¹⁸.

Quanto (anche) alla dottrina, Livio Paladin ha registrato «la diffusa tendenza a trattare della Costituzione in chiave di *valori*, trascurando di chiarire il senso e – soprattutto – i punti giuridici di riferimento d'una tale locuzione, che in molti casi rimane un nome senza concetto»¹¹⁹. E lo stesso

¹¹⁵ Dunque, è comprensibile il rinvio alla articolata e intrigante ricostruzione offerta da A. LONGO, *I valori costituzionali come categoria dogmatica. Problemi e ipotesi*, Jovene, Napoli, 2007.

¹¹⁶ Sui principi costituzionali destinati ad irradiarsi in tutto l'ordinamento giuridico, rappresentandone nel contempo il fondamento e la linea di sviluppo v., tra i tanti, G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980, 335 ss. V. anche L. PRIETO SANCHÍS, *El constitucionalismo de los derechos*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2004 57, che ragiona in termini di "modello argomentativo" quanto alla relazione tra costituzione e resto dell'ordinamento.

¹¹⁷ [Sentenza n. 1146 del 1988](#). V. anche le [sentenze n. 35 del 1997](#) e [n. 50 del 2022](#).

¹¹⁸ [Sentenza n. 10 del 2016](#), dove si legge che il sindacato di legittimità «rientra nella tavola complessiva dei valori costituzionali». Limitandosi al corrente anno cfr. le [sentenze n. 56, n. 73 e n. 100 del 2022](#).

¹¹⁹ L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Il Mulino, Bologna, 1996, 143.

Paladin, al riguardo, evoca il pensiero di Costantino Mortati, che interpretò i valori come esigenze costituzionali latenti, in ipotesi anche affrancabili dal testo costituzionale, nonché Zangara, che assegnava ad un non ben precisato sistema di “valori giuridici” la capacità di condizionare la Costituzione formale¹²⁰.

Il neocostituzionalismo è quella corrente di pensiero incline a ragionare in termini di Costituzione come tavola di valori¹²¹. Valori intesi, da uno dei suoi massimi sostenitori, quali «contenuti etici universali» che non possono essere estromessi dal processo di invero del dettato costituzionale¹²². E, così, per Baldassarre «lo Stato costituzionale non può riconoscere a proprio fondamento imperativi categorici meramente formali – o, se si vuole, le leggi come tali, qualunque siano i loro contenuti –, ma esige che questi siano commisurati ai valori sostanziali (o materiali) della Costituzione»¹²³.

Quando si evocano i valori si finisce col restituire vigore alla morale nel confronto dialettico con il diritto oggettivo. In effetti, i valori alludono alla sfera del buono e del giusto, a qualcosa che si riveli desiderabile in quanto importante in una scala di preferenze che consenta di operare delle scelte. E la morale persegue proprio questo fine, e cioè indicare alle persone ciò che è buono, giusto, corretto, preferibile. Sin dagli esordi del pensiero filosofico il bene ha valore e i valori esprimono il buono e giusto e, così, la morale indica la strada da percorrere affinché le esistenze individuali e la convivenza sociale siano presidiate da pace e giustizia.

Appare lontano, in questo modo di intendere il senso e la portata dei valori, l'insegnamento kelseniano che rigettò, com'è ben noto, «la concezione per cui il diritto come tale faccia parte integrante della morale», dal momento che «col rappresentare il diritto come un particolare campo della morale si cerca di dare al diritto quel valore assoluto che spetta essenzialmente alla morale»¹²⁴. Chi propugna la cogenza dei valori immagina un diritto oggettivo che incorpori gli stessi o un diritto oggettivo che si relazioni ad essi in una posizione di sudditanza o di strumentalità, così da ergere gli stessi a parametri di “moralità” e, perciò, di giustizia dell'intero sistema normativo¹²⁵. L'accesa polemica tra Guastini e Baldassarre di qualche anno fa testimonia paradigmaticamente i termini del problema¹²⁶.

In dissenso rispetto a queste elaborazioni teoriche, ancora Paladin lamenta che «le varie metafisiche dei valori costituzionali consentono (...) argomentazioni e decisioni atte a condurre da qualsiasi parte, senza che la giurisprudenza costituzionale sia più controllabile nei suoi ragionamenti»¹²⁷. Ne scaturirebbe una “ipercostituzione” materiale, di chiara impronta giusnaturalistica, foriera di «gravi incertezze nei criteri e negli esiti dei relativi giudizi»¹²⁸. E così facendo si finirebbe col centralizzare la funzione giurisdizionale, rendendo la stessa una sorta di

¹²⁰ V., rispettivamente, C. MORTATI, voce *Costituzione (dottrine generali)*, in *Enc. dir.*, XI, Giuffrè, Milano, 1962, 165 e 168, e V. ZANGARA, *Costituzione materiale e costituzione convenzionale*, in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di C. Mortati*, I, Giuffrè, Milano, 1977, 396.

¹²¹ V. la bella ricostruzione di F. PEDRINI, *Le “clausole generali”. Profili teorici e aspetti costituzionali*, Bononia University Press, Bologna, 2013, 226 ss. In generale, v. S. POZZOLO, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 2001. Di grande interesse anche il ragionamento proposto da G. PINO, *Costituzione come limite, Costituzione come fondamento, Costituzione come assiologia*, in *Dir. soc.*, 2017, spec. 106 ss.

¹²² Così A. BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*, in *Pol. dir.*, 1991, 656.

¹²³ *Id.*, 653.

¹²⁴ H. KELSEN, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche*, Franz Deuticke Verlag, Wien, 1934, trad. it., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1967, 56.

¹²⁵ V., infatti, M. BARBERIS, *Neocostituzionalismo, democrazia e imperialismo della morale*, in *Ragion pratica*, 2000, 147 ss.

¹²⁶ V., infatti, R. GUASTINI, *Sostiene Baldassarre*, al sito [web](#) dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, 2007, 1 ss., e A. BALDASSARRE, *Una risposta a Guastini*, *ivi*, 1 ss.

¹²⁷ L. PALADIN, *op. cit.*, 144.

¹²⁸ *Id.*, 145. Così pure R. BIN, *Atti normativi e norme programmatiche*, Giuffrè, Milano, 1988, 273; S. BARTOLE, voce *Costituzione (dottrine generali e diritto costituzionale)*, in *Dig. IV ed., Disc. pubbl.*, IV, Utet, Torino, 1989, 309 ss.; F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto*, Ecig, Genova, 1991, 29.

superpotere in grado di decretare le sorti dell'ordinamento giuridico¹²⁹. Secondo questa obiezione, i principi costituzionali non sono espressione di diritto naturale, rappresentando piuttosto «il massimo atto di orgoglio del diritto positivo»¹³⁰.

Questa non è certo la sede per indugiare ulteriormente sulla controversa e incerta relazione tra diritto e morale, tra norme giuridiche e valori. Senonché, è proprio la constatata attitudine delle costituzioni contemporanee ad esprimersi anche attraverso “principi” a sollecitare la ricerca di un collegamento tra questi e i valori stessi, per le ragioni suesposte e, soprattutto, per comprendere quale sia davvero lo strumento che il diritto oggettivo può utilizzare per definire l'identità costituzionale quale elemento essenziale dell'identità personale¹³¹.

È, dunque, da condividere la riflessione di Aljs Vignudelli che ammette la possibilità di parlare di tavola dei valori se essa viene fatta coincidere «con l'insieme dei principi (più o meno supremi) insieme ai loro simbiomi (valori)»¹³². Il simbioma è una forma di vita associata fisicamente ad un'altra forma di vita e che con essa si evolve. Appare, quindi, utile esplorare una possibile compenetrazione simbiotica tra principi e valori: non solo per sdrammatizzare la disputa dapprima succintamente descritta, ma anche e soprattutto per mettere a fuoco il modo mediante il quale la dimensione dell'autorità è in grado di permeare l'identità personale. Con una importante precisazione: per il momento questa “dimensione dell'autorità” è circoscritta alla sola sfera statale di cui la Costituzione è espressione e fondamento. Nella terza parte, questa dimensione verrà ampliata così da abbracciare l'insieme delle istituzioni (territoriali, statali, sovranazionali) con le quali la persona è chiamata ad interagire.

Un prezioso aiuto nella non agevole opera di intercettazione del nesso che avvince principi e valori ci è dato da Zagrebelsky¹³³.

Principi e valori condividono spesso gli stessi beni, ma vi è una differenza nel modo in cui tale bene viene curato. Il valore è un *bene finale*, quale mèta da raggiungere attraverso atti teleologicamente orientati. Sicché, la norma fondamentale su cui riposa l'agire per valore è “agisci in modo efficace”. I principi, invece, sono *beni iniziali*, «che vengono assunti come qualcosa che vale, ma che – a differenza dei valori – chiedono di realizzarsi attraverso attività *conseguenzialmente determinate*»¹³⁴. Dunque, «l'agire “per principi” è intrinsecamente regolato e delimitato dal principio medesimo e dalle sue implicazioni»¹³⁵. I valori si esprimono attraverso un agire “avvertito” soggettivamente secondo le alternative buono o cattivo, giusto o ingiusto, laddove i principi si

¹²⁹ V., sul punto, A. BARBERA, *Gli studi di diritto costituzionale: dalla Enciclopedia del diritto alle nuove frontiere*, in *Quad. cost.*, 2009, 375 s. Sulla ricadute della teoria dei valori sul versante interpretativo v. M. LUCIANI, *Corte costituzionale e unità nel nome dei valori*, in R. Romboli (a cura di), *La giustizia costituzionale a una svolta*, Giappichelli, Torino, 1991, 170 ss.; A. RUGGERI, *Giurisprudenza costituzionale e valori*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 1 ss.; F. MODUGNO, *Interpretazione per valori e interpretazione costituzionale*, in G. Azzariti (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2007, 51 ss.; I. DE CESARE, *Ritorno alla Costituzione: dall'integrazione valoriale alla centralità del testo. Una rilettura dell'interpretazione letterale*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2017, 3, 1 ss.

¹³⁰ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Leggi, diritti, giustizia*, Einaudi, Torino, 1992, 155. Ricorda L. MENGONI, *L'argomentazione nel diritto costituzionale*, in *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Giuffrè, Milano, 1996, 115 s., che il diritto naturale è inteso come «un ordine morale definito dai valori etici della persona umana, al quale si aggiunge la qualifica di “diritto” per indicare la pretesa non tanto di essere diritto (preesistente al diritto positivo), quanto di diventare diritto, di penetrare nel corpo dell'ordinamento positivo quale categoria fondante della costituzione dello Stato e parametro ideale-normativo di legittimazione sostanziale del diritto legale».

¹³¹ Giova rammentare che per R. ALEXY, *Begriff und Geltung des Rechts*, Verlag Karl Alber, Freiburg-München, 1992, trad. it., *Concetto e validità del diritto*, Einaudi, Torino, 1997, 79, i principi sono some principi di una qualche morale.

¹³² A. VIGNUDELLI, *Valori fuori controllo? Per un'analisi costi/benefici d'un topos della letteratura costituzionalistica contemporanea*, in *Lo Stato*, 2013, 86 s. V. pure L. MEZZETTI, *Valori, principi, regole*, in Id. (a cura di), *Principi costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2011, 1 ss.

¹³³ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, Bologna, 2008, 205 ss.

¹³⁴ *Id.*, 208.

¹³⁵ *Ibidem*.

palesano mediante predicati che fanno appello all'agire "misurato" oggettivamente: così, «l'etica della potenza è quella dei valori; l'etica del dovere è quella dei principi»¹³⁶.

Zagrebelsky, dunque, propone la seguente sequenza per illustrare il movimento dei sistemi normativi: valori, principi, regole¹³⁷. In questa struttura il principio opera quale «*medium* attraverso il quale il mondo dei valori entra in quello giuridico e il mondo giuridico apre ai valori»¹³⁸. Pertanto, proprio grazie ai principi in essa enunciati «la Costituzione rappresenta un ponte che apre il diritto a visioni della vita sociale direttamente vigenti nella concezione che la società ha di se stessa»¹³⁹.

Traendo spunto da questa riflessione, appare corretto affermare che i "valori" sono in grado di condizionare il processo di progressivo affinamento dell'identità personale, nella sua componente "costituzionale", a condizione che essi siano incorporati in principi costituzionali e nella misura in cui operi una simile compenetrazione simbiotica.

Nel tentativo di decrittare il rapporto tra diritto e morale, Herbert Hart ha scritto che «non si può seriamente mettere in dubbio che lo sviluppo del diritto, in ogni tempo e luogo, ha subito di fatto la profonda influenza sia della moralità convenzionale e degli ideali particolari di particolari gruppi sociali, sia anche di forme di critica morale illuminata svolta da individui il cui orizzonte morale ha trasceso la moralità accettata correntemente»¹⁴⁰.

Tramite i principi, questa "morale", oltre a condizionare l'evoluzione del diritto positivo, riesce a influenzare anche l'identità costituzionale delle persone. Ebbene, nel prossimo paragrafo si proporrà una interpretazione del concetto di "valore" idonea a rafforzare le basi di legittimazione di questo condizionamento, *proprio allo scopo di scongiurare il rischio che l'identità personale finisca coll'essere forgiata da convincimenti etici di una sola parte, persino minoritaria, della compagine sociale*. E questo perché la morale, che parrebbe essere l'unica matrice dei valori, è un fatto di coscienza innanzitutto individuale¹⁴¹.

2. I valori come "concezioni ideali".

Una società non è semplicemente la somma degli individui che la compongono, così come non si esaurisce nella sola rete di interazioni che in essa si svolgono. È ben vero che nella sua dimensione strettamente oggettiva la società è una struttura eretta per rendere possibile la convivenza tra soggetti diversi. Nondimeno, essa è appunto fatta da esseri umani e da gruppi che, in quanto centri di imputazione di atti volontari, pensano ed agiscono secondo programmi o obiettivi più o meno liberamente stabiliti. La società è il luogo in cui ogni persona asseconda il proprio destino esistenziale confrontandosi con le analoghe aspettative vitali degli altri: è il luogo in cui la volontà dell'uno finisce col fare i conti con la volontà del suo prossimo.

Nella propria sfera di autonomia ogni individuo concepisce un singolare disegno di vita fatto e alimentato da speranze, scopi, interessi, passioni. Egli idealizza una dimensione esistenziale verso

¹³⁶ *Ibidem*.

¹³⁷ *Id.*, 224 ss. Si pensi al seguente esempio: la regola che commina una pena per la tortura ha come fondamento il principio della intangibilità della dignità umana e quest'ultimo rinvia al valore della persona.

¹³⁸ *Id.*, 225.

¹³⁹ *Id.*, 226. Sui principi costituzionali come modalità di istituzionalizzazione dei valori v. L. MENGONI, *Il diritto costituzionale come diritto per principi*, in *Ars interpretandi*, 1996, 96 s. Di recente, G. ZACCARIA, *Postdiritto. Nuove fonti, nuove categorie*, Il Mulino, Bologna, 2022, 217, ha osservato che «in seno alla teoria del diritto nessuno oggi più nega che le Costituzioni pongano tramite i principi, ossia valori etico-politici direttamente introdotti nel tessuto del diritto costituzionale, e che talora somiglino più alle valutazioni, talaltra invece più alle prescrizioni, dei vincoli ai poteri dello Stato ed alla legge non solo di carattere procedurale ma anche di natura etico-sostanziale».

¹⁴⁰ H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford University Press, London, 1961, trad. it., *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino, 1965, 216.

¹⁴¹ Ha espresso benissimo questa tesi A. ROSS, *On Law and Justice*, Steven and Sons, London, 1958, trad. it., *Diritto e giustizia*, Einaudi, Torino, 1965, 59 s.: «se la parola "moralità" viene usata per designare norme di condotta che sono approvate dall'individuo nella propria coscienza, non è possibile parlare di "moralità" come di un fenomeno oggettivo, nello stesso modo in cui si può invece parlare di "diritto"».

cui tendere, percepita come la condizione che gli consentirebbe di sentirsi pienamente appagato in considerazione degli sforzi compiuti, dei sacrifici accettati, dei rischi corsi, del talento dimostrato, di successi e anche di rovesci. Detto nelle parole proprie della nostra Costituzione, ogni individuo idealizza uno *status* verso cui tendere per il pieno sviluppo della sua personalità, affinché il proprio essere unico e infungibile possa trovare un completo inveroamento, una vitale concretezza. Solo fissando degli obiettivi, che gli permettano di percepire la propria condizione ideale, un individuo è in grado di stimare il proprio cammino esistenziale in termini per l'appunto di pieno svolgimento della personalità.

In estrema sintesi, nella sua dimensione *uti singulus*, ogni persona coltiva proprie *concezioni ideali* quanto a forma e sostanza di inveroamento della personalità. Queste concezioni ideali sono il faro che orienta la complessa e tormentata navigazione dell'uomo solitario, rinchiuso nel proprio spazio vitale, tutto proteso ad autorealizzarsi per dare un senso possibilmente compiuto alla propria esistenza. Queste concezioni suggeriscono all'individuo *chi* dovrebbe essere affinché possa considerarsi compiuto il proprio processo di pieno sviluppo della personalità.

Nel momento in cui l'individuo si emancipa, anche solo occasionalmente, dalla propria dimensione privata per aggregarsi ad altri, o quanto meno per interagire con il prossimo, queste concezioni ideali sono sottoposte ad una rimeditazione imputabile alla ovvia circostanza di fatto che la persona non è sola ma, *uti socius*, condivide una esperienza comunitaria con altre persone altrettanto mosse dalle rispettive concezioni ideali. E attraverso questa effettiva partecipazione all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese (per riprendere ancora una volta le parole della nostra Costituzione) quelle concezioni ideali acquistano una inedita portata relazionale in quanto il pieno sviluppo della personalità deve confrontarsi dialetticamente con il corrispondente anelito coltivato dagli altri consociati. Una personalità sociale, dunque, che espande le prospettive di sviluppo racchiuse nell'intimità della sfera individuale dell'uomo. La personalità acquista una configurazione completa, che scaturisce dalla combinazione di elementi individuali e sociali, potendo così essere definita come «l'insieme di quelle disposizioni e funzioni affettive, volitive e cognitive che si sono progressivamente combinate nel tempo ad opera di fattori genetici, di dinamiche formative e di influenze sociali, fino a costituire una struttura relativamente stabile e integrata riconosciuta dall'individuo come propria, ed espressa di volta in volta nel proprio particolare modo di interagire con l'ambiente, di determinare i propri scopi, di regolare il proprio comportamento»¹⁴².

Dunque, *accanto alle concezioni ideali che affiorano nella dimensione individuale si affiancano concezioni ideali che risentono dell'appartenenza stabile della persona ad una compagine sociale.*

Unica e vera entità eterna nella speculazione platonica, pura forma della concreta individualità nella critica aristotelica, l'idea ha sempre assunto il senso del contenuto del pensiero, come tale intrinsecamente vera (Cartesio) e idonea ad orientare ogni tentativo di approfondimento della conoscenza (Kant), in quanto sintesi dell'essere e delle sue concezioni intellettuali (Hegel). È con Alfred Fouillé che l'idea si afferma quale entità in grado di produrre azioni immaginando possibili realtà verso cui tendere secondo un preciso progetto¹⁴³.

Una concezione ideale, dunque, raffigura un assetto che si reputa congeniale al soddisfacimento di determinati bisogni ed interessi. Perché si possa raggiungere questa condizione è necessario orientare l'azione verso quella mèta, indirizzando in quella direzione piani e azioni concrete. Non è detto che l'ideale verrà, poi, raggiunto: ciò che, comunque, rileva è approssimarsi il più possibile all'assetto desiderabile, dal momento che anche muovere volontà e azione verso una serie di obiettivi ben precisi è già una forma di svolgimento della personalità e di partecipazione alla vita comunitaria: svolgimento e partecipazione che si avvicineranno alla pienezza e alla effettività man mano che ci si approssimerà a quelle concezioni ideali.

¹⁴² Dal vocabolario on line della *Treccani*.

¹⁴³ Nei suoi tre saggi su tre saggi su *L'Évolutionnisme des idées-forces* (1890), *La Psychologie des idées-forces* (1893), e *La Morale des idées-forces* (1907), su cui A. GUYAU, *La philosophie et la sociologie d'Alfred Fouillé*, Alcan, Paris, 1913.

Ora, la partecipazione alla vita comunitaria di un individuo proteso verso il pieno sviluppo della propria personalità alimenta una fitta trama di interazioni e di scambi non solo sul piano delle azioni concrete, ma anche sul versante delle concezioni ideali che – come si è detto – muovono le iniziative personali. La convergenza dei più intorno a determinate concezioni ideali fa sì che queste diventino patrimonio comune della collettività: siano, cioè, concezioni ideali della società, complessivamente considerata. Le persone condividono una certa concezione ideale in quanto propria sia come singoli che come consociati. La stessa volontà di aggregazione che ha determinato la nascita del corpo sociale porta i consociati ad abbracciare le stesse concezioni ideali rispetto alle quali vi è un ragionevolmente esteso consenso. La società diviene così il luogo in cui quelle concezioni ideali possono davvero concretizzarsi proprio perché la coesione tra individui – seppur diversi e infungibili – trova nella condivisione dell’esperienza comunitaria il contesto più congeniale all’inveramento di quelle concezioni ideali. Quella determinata concezione ideale diviene della stessa società, trascendendo le sfere individuali per confluire nello spazio in cui si intrecciano le aspettative delle persone nella loro duplice connotazione individuale e sociale. Ne consegue che la società, per render questo sodalizio utile e giustificato per quanti vi si riconoscono e vi appartengono, farà proprie quelle concezioni ideali per raggiungere essa stessa l’assetto ottimale.

Si consideri il seguente esempio.

Vivendo in un contesto sociale composto da una pluralità di individui, ed essendo quella struttura governata da regole volte a garantire l’ordinato svolgimento delle relazioni intersoggettive, un consociato vanta la pretesa di essere trattato allo stesso modo rispetto agli altri affinché possa davvero pienamente realizzarsi. In effetti, una disparità di trattamento ai suoi danni frapporterebbe un ostacolo serio nel suo cammino di autorealizzazione. Non solo. Sentirsi eguale agli altri, di fronte alle regole che operano all’interno della società, consentirebbe ad ogni singolo consociato di godere della necessaria considerazione quale premessa per una effettiva partecipazione alla vita comunitaria. Insomma, questo consociato, al pari della maggioranza degli altri, coltiva una concezione ideale quanto ad una piena affermazione dell’eguaglianza di tutti di fronte alle regole sociali. Peraltro, il vincolo associativo che lega i membri della società riposa sulla disponibilità, da tutti condivisa, di rinunciare ad una quota delle rispettive libertà in nome del bene comune. Questa rinuncia ha senso se grava in egual misura su tutti. Una simile concezione ideale attraverso la quotidiana interazione comunitaria si trasmette all’intero corpo sociale in quanto condivisa dai più. La società ideale diviene, quindi, una società in cui tutti sono eguali davanti alle regole e tutti godono della medesima considerazione a prescindere dal ruolo svolto, dalla ricchezza accumulata, dal livello di istruzione, in una parola indipendentemente da tutti quei fattori che, sin dall’antichità, generavano discriminazioni in termini di dignità sociale. Se per la stragrande maggioranza dei consociati l’eguaglianza è un ideale da raggiungere, la stessa società che quei consociati accoglie e coinvolge non può che condividere questo ideale, mirando verso una piena consacrazione di tale parità di trattamento.

L’esemplificazione appena proposta offre l’occasione per riallacciare i rapporti tra le diverse concezioni di società elaborate nel tempo.

L’essere umano coltiva e matura il desiderio di eguaglianza sin dalle prime formazioni sociali in cui prende gradualmente forma la propria personalità. In famiglia, il senso di appartenenza basato su di un legame di sangue (genitorialità biologica) o di affetto (genitorialità adottiva) stimola ogni suo membro a cercare una interazione il più possibile ispirata ad un modello paritario, più che gerarchico. È ben vero che sino a non pochi decenni fa la dimensione patriarcale, così intrisa di senso di potere e autorità, era ancora molto diffusa e persino accreditata dal legislatore. Nondimeno, la combinazione sapiente di elementi eterogenei (dalla cultura alla politica, dalla morale al diritto) ha indotto le realtà familiari ad intraprendere percorsi di sviluppo, variabili a seconda del contesto sociale e geografico, informati alla ricerca di una relazione egualitaria. In questo contesto, dunque, si è fatta strada una concezione ideale del singolo come essere eguale agli altri quanto a pretese e obblighi di fronte alle regole e della famiglia come luogo di sedimentazione e di pratica dell’egualitarismo. Fatte le debite distinzioni, questo anelito all’eguaglianza si è propagato negli altri ambiti di socializzazione a cominciare soprattutto dalla scuola: non più una struttura gerarchica retta da una rigida separazione

di ruoli e di dignità, ma un ambiente inclusivo, paritario, stimolato dal confronto dialettico, dalla cooperazione appunto egualitaria.

Si tratta, evidentemente, di approssimazioni. Ma ciò che rileva è cogliere quel processo di propagazione di concezioni ideali che nascono in ambiti più o meno ristretti e circoscritti per poi approdare all'intera società inducendo quest'ultima ad assecondare queste sollecitazioni.

Sulle modalità attraverso le quali le concezioni ideali escono allo scoperto si avrà modo di riflettere più avanti. In questo paragrafo si cercherà di anticipare la trattazione di quel decisivo profilo polarizzando l'attenzione sulla relazione tra la dimensione individuale (in cui germoglia una data concezione ideale) e quella collettiva (in cui quelle concezioni ideali si aggregano per dare forma ad una entità collettiva). Per procedere in questa direzione ci si soffermerà sulla nota distinzione tra comunità primarie e società, che è il tratto saliente della teoria concepita da Ferdinand Tönnies.

La comunità precede la società, che a sua volta è un modello emergente di relazioni sociali. La comunità è come il luogo di maturazione delle relazioni familiari e affettive, plasmate dalla tradizione e basate sullo *status*. Dal canto suo la società è immaginata come il complesso delle relazioni artificiali e, dunque, impersonali, alimentate dalle dinamiche di mercato e fondate sul contratto¹⁴⁴.

Più precisamente, la comunità (*Gemeinschaft*) si sviluppa attraverso mutue relazioni in un assetto di convivenza intima, esclusiva e stabile quale è appunto innanzitutto la famiglia nel cui seno si vivono rapporti caratterizzati da significati, abitudini, luoghi, ricordi condivisi. Siffatto modello è, poi, rintracciabile anche nelle altre forme di socializzazione più vicine alla persona, quali il vicinato e le relazioni di amicizia dove la coesione e la comunanza di esperienze e di vissuti aggregano i consociati intorno ad una comune concezione ideale di eguaglianza.

La società (*Gesellschaft*) è per Tönnies attraversata da conflitti e tensioni permanenti, fomentati dalla tendenza degli individui a coltivare in solitudine o, comunque, solo all'interno delle rispettive comunità le loro aspirazioni. La società vive attraverso interazioni di scambio basate sulla competizione. Una struttura artificiosamente costruita dagli individui e nutrita da atteggiamenti strategici volti a sopraffare l'altro, diversamente dalla comunità che è rappresentata come un vero e proprio organismo vivente: «la teoria della società riguarda una costruzione artificiale, un aggregato di esseri umani che solo superficialmente assomiglia alla comunità, nella misura in cui anche in essa gli individui vivono pacificamente gli uni accanto agli altri. Però, mentre nella comunità gli esseri umani restano essenzialmente uniti nonostante i fattori che li separano, nella società restano essenzialmente separati nonostante i fattori che li uniscono»¹⁴⁵.

La propagazione di concezioni ideali che, come si è detto, transitano dalla dimensione individuale a quella collettiva conferendo un senso al sodalizio sociale può, dunque, considerarsi un modo per sdrammatizzare il divario tra comunità e società. Nella misura in cui la società, per sopravvivere in quanto complesso di individui e di esperienze umane, si prende carico delle concezioni ideali maturate nello spazio soggettivo del singolo, allora essa stessa concorre a ricomporre l'antagonismo tra consociati favorendo momenti di coesione intorno a obiettivi generali condivisi. Nella società di Tönnies i consociati non si sentono eguali, contando al contrario sulle loro infungibili proprietà personali per massimizzare le loro utilità nella relazione con gli altri. Se, però, le concezioni ideali che si sviluppano a livello comunitario come prefigurazione di un assetto desiderabile di armoniosa e proficua coesistenza, si impongono a livello sociale, quale patrimonio comune di aspirazioni e inclinazioni, allora il carattere asseritamente artificioso della stessa società non è più un ostacolo alla progressiva instaurazione di rapporti di cooperazione e di mutua assistenza. Se l'ideale dell'eguaglianza richiede un suo compiuto inveroamento anche a livello sociale (perché a livello comunitario dischiuderebbe una prospettiva di sviluppo limitata e parziale), allora i consociati saranno indotti a mettere da parte le loro velleità puramente egoistiche per cercare una qualche forma

¹⁴⁴ F. TÖNNIES, *Gemeinschaft und Gesellschaft. Abhandlung des Communismus und des Socialismus als empirischer Culturformen*, Verlag, Leipzig, 1887, trad. it., *Comunità e società*, Edizioni di Comunità, Milano, 1963.

¹⁴⁵ *Id.*, 83.

di negoziazione con il prossimo in vista della edificazione di una struttura sociale autenticamente egualitaria.

Così ragionando, peraltro, si accorciano le distanze rispetto ai già richiamati funzionalisti che propugnarono una accezione di società come «complesso delle relazioni sociali osservabili tra i membri di una collettività, in quanto distinto dalle credenze, dai simboli e dagli oggetti che orientano, integrano e veicolano l'agire reciproco»¹⁴⁶. Posto che ad ogni consociato è assegnata una specifica funzione, per il funzionalismo la società è «un sistema complesso le cui parti cooperano per produrre stabilità»¹⁴⁷. La società riposa, dunque, su di un ordine fondato a sua volta sul consenso intorno a concezioni ideali condivise da una ragionevolmente ampia moltitudine di consociati. Senza cooperazione, in effetti, quelle concezioni ideali rischiano di dissolversi: l'eguaglianza presuppone, prima di tutto, che gli altri ci considerino eguali a loro. La consacrazione ufficiale dell'eguaglianza, attraverso comportamenti o regole con essa coerenti, viene a sancire il raggiungimento di un certo assetto incline a contrastare le disparità di trattamento, i privilegi, le eccezioni non motivate.

Un'ulteriore conferma della attitudine delle società a inglobare e oggettivizzare le concezioni ideali scaturite dalla sfera individuale e dalla dimensione comunitaria delle formazioni sociali si ha passando dalla prospettiva irenica illuminata dal funzionalismo alla dimensione polemica delle teorie del conflitto¹⁴⁸.

Secondo queste teorie la società non accoglie soltanto momenti di cooperazione tra consociati: essa, piuttosto, è il palcoscenico in cui si consumano ingiustizie, diseguaglianze, contrasti. Posto che a caratterizzare una dinamica sociale è l'interesse espresso e difeso da ogni gruppo sociale, allora il perno intorno al quale ruota il sistema è l'antagonismo tra gruppi dominanti e gruppi dominati¹⁴⁹. Invero sulle differenze di autorità e potere che nutrono il conflitto sociale Ralf Dahrendorf ha costruito l'impianto teorico più rappresentativo di questa corrente di pensiero¹⁵⁰.

Torniamo all'esempio dell'eguaglianza come concezione ideale. Si è detto che i singoli, come tali e all'interno dei primi nuclei aggregativi, esprimono per poi trasmettere alla società, l'aspirazione a che tutti siano trattati allo stesso modo di fronte alle regole. In molte società, però, questa eguaglianza "formale" non trova poi riscontro nella realtà dei fatti nei termini di un reale godimento delle utilità associate a tale condizione paritaria. Essere trattati in modo eguale dall'impianto normativo che regola una data società significa poter godere di tutte le situazioni soggettive attive che consentono di realizzare i rispettivi disegni esistenziali: situazioni variamente qualificate come pretese e aspettative sociali, diritti soggettivi, interessi culturalmente e moralmente qualificati. Senonché, la realtà dei sodalizi umani è così complessa e multiforme che, in concreto, non è detto che tutti i consociati dispongano dei beni e delle risorse necessarie per essere effettivamente eguali nei termini qui indicati. In sostanza, all'eguaglianza formale di fronte alle regole (sociali, morali, giuridiche, economiche) non sempre fa riscontro una effettiva eguaglianza di opportunità di realizzazione della persona, sia come pieno sviluppo della personalità, sia come tangibile partecipazione alla vita comunitaria. Penso che sia superfluo rammentare che il più delle volte, se non nella totalità dei casi, affinché un individuo possa davvero beneficiare dei vantaggi abbinati al suo essere eguale agli altri, egli abbisogna di beni: materiali o immateriali; mobili o immobili; fungibili o infungibili; e via discorrendo. Il divario tra eguaglianza formale di fronte alle regole ed eguaglianza sostanziale di

¹⁴⁶ L. GALLINO, *op. ult. cit.*, 622, il quale richiama É. DURKHEIM, *De la division du travail*, Alcan, Paris, 1893, trad. it., *La divisione del lavoro sociale*, Edizioni di Comunità, Milano, 1962, e V. PARETO, *Traité de sociologie générale*, Lausanne, Paris, 1916, trad. it., *Trattato di sociologia generale*, Edizioni di Comunità, Milano, 1964.

¹⁴⁷ A. GIDDENS, *Sociology*, Polity Press, Cambridge, 2001, trad. it., *Fondamenti di sociologia*, Il Mulino, Bologna, 2006, 26.

¹⁴⁸ Su questa dicotomia, ma relativa ad un fenomeno diverso (ma non distante) dal profilo qui considerato v. M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2006, 1643 ss.

¹⁴⁹ Cfr. P. BIRNBAUM, *Conflitti*, in R. Boudon (a cura di), *Trattato di sociologia*, Il Mulino, Bologna, 1996, 199 ss. (trad. it. di *Traité de sociologie*, Puf, Paris, 1992). Sugli interessi v. L. ORNAGHI, S. COTELLESA, *Interesse*, Il Mulino, Bologna, 2000, 77 ss.

¹⁵⁰ R. DAHRENDORF, *Class and Class Conflict in Industrial Society*, Routledge and Kegan, London, 1959, trad. it., *Classi e conflitto di classe nella società industriale*, Laterza, Bari, 1963.

opportunità concreta di sfruttamento delle tante utilità associate a questa condizione è tipico di quelle società dove la distribuzione della ricchezza è sbilanciata a favore di alcuni (di soliti pochi, se non pochissimi) e a scapito degli altri (la moltitudine). In breve, l'eguaglianza formale è inficiata o rischia di essere compromessa quale veicolo di giustizia dalle diseguaglianze nella allocazione dei beni.

Stando così le cose, con il processo dapprima descritto ci sono tutte le condizioni perché si affermi un'altra concezione ideale, quale quella ad un ruolo importante della società e delle sue articolazioni (sociali in senso stretto, politiche, istituzionali, giuridiche, economiche, culturali) nel determinare la distribuzione della ricchezza. Una società, quindi, che recependo la concezione ideale secondo cui tutti debbono essere messi nelle condizioni di poter sfruttare davvero le opportunità abbinata ai rispettivi talenti, impegni, sacrifici, si ingerisce nei rapporti intersoggettivi falsando, in maniera più o meno rilevante, il gioco spontaneo di quella che Adam Smith definì la "mano invisibile". La concezione ideale di una società che si preoccupa direttamente della povertà, delle diseguaglianze, delle ingiustizie, nella consapevolezza che non sempre l'incontro non eterodeterminato di domanda e offerta conduce ad un punto di equilibrio accettabile per tutti.

In questo senso, il conflitto si ricompone avvicinandosi il più possibile ad un ideale di società in cui non solo l'eguaglianza formale sia annoverata tra gli obiettivi primari, ma anche l'eguaglianza delle opportunità concrete offra ad ogni persona una solida e pragmatica speranza di realizzazione sia come singolo che come consociato.

Sia chiaro che l'affermazione di questa concezione ideale non spegne il conflitto sociale, ma lo razionalizza incanalandolo in un percorso che sia percepito come ragionevolmente desiderabile dalla stragrande maggioranza delle persone. In effetti, e chi ha studiato il tema dell'eguaglianza sostanziale ne è perfettamente consapevole, un impegno diretto e penetrante della società nel favorire una più equa redistribuzione della ricchezza prodotta al proprio interno comporta un sacrificio significativo sul versante delle libertà vantate dai singoli: più precisamente di coloro che avrebbero diritto ad un profitto proporzionato all'impegno profuso, all'investimento fatto, al talento dimostrato, ma che sono giocoforza tenuti a rinunciare ad una quota di tale utilità per assecondare le iniziative di liberazione dal bisogno economico messo in atti dalle diverse articolazioni sociali a favore dei soggetti deboli. E, così, affiora un'altra concezione ideale che, raggiunta la dimensione sociale, significa riconoscimento sì di libertà e autonomia individuale, ma temperata dalla imposizione di doveri di solidarietà da adempiere a vantaggio di quanti versano in condizioni di difficoltà innanzitutto economica: tutto ciò, ripeto, per una società più giusta, più equa, più empatica.

2.1. *Le concezioni ideali per il progresso della società.*

Una *concezione* è il prodotto dell'intelletto che consente di cogliere e riconoscere l'essenza di un determinato oggetto. Una concezione racchiude un momento creativo, qual è la rappresentazione oggettiva di quell'oggetto, e un momento volitivo, connesso alla speranza o al desiderio coltivato nei riguardi di quella immagine.

Una concezione è una concezione *ideale* quando il soggetto si rappresenta le caratteristiche desiderabili dell'oggetto osservato, nella consapevolezza del divario esistente tra la realtà con la quale egli si confronta e ciò che vorrebbe acquisire alla luce di determinati parametri di utilità, di opportunità, se non di necessità. L'ideale campeggia nella mente di chi lo concepisce, assumendo visibilità grazie al confronto con la realtà esterna. L'ideale diviene così l'unità di misura per saggiare la bontà di un fatto esistente, esprimendo in effetti ciò che si ritiene desiderabile ma che non ha ancora preso forma. L'ideale è l'assetto migliore verso cui orientare l'azione o la conoscenza.

Dunque, una *concezione ideale* riflette l'immagine di ciò che si reputa desiderabile ai fini del corretto e ottimale funzionamento di una data struttura o in vista del miglior appagamento possibile

di determinati interessi, dove per interesse s'intende lo stato di aspirazione o tensione ideale verso un bene ritenuto necessario per il soddisfacimento di un determinato bisogno¹⁵¹.

Una determinata concezione ideale rispecchia e, nel contempo, concorre a definire e comporre un modello da introiettare e incorporare per rimuovere i difetti, i limiti, le criticità di una data realtà (individuale, di gruppo, sociale) che s'intende correggere e, così, migliorare. Le diverse concezioni ideali consentono a quanti le manifestano di elevarsi dalla contingente realtà di fatto cercando soluzioni sempre più mirate e congeniali ai tanti problemi che in concreto potrebbero materializzarsi.

Questa attitudine al miglioramento è propria non solo degli individui, ma anche dei sodalizi animati da vincoli associativi più o meno intensi.

Bobbio ci ricorda come Kant, in uno dei suoi ultimi saggi, s'interrogò sulla tendenza o meno del genere umano ad assecondare un anelito di «costante progresso verso il meglio»¹⁵². Una domanda alla quale il filosofo di Königsberg diede, sia pure cautamente, una risposta affermativa pensando all'entusiasmo che accompagnò la Rivoluzione francese: uno stato d'animo, questo, che diversamente non avrebbe potuto interpretarsi se non come riferito «a ciò che è ideale»¹⁵³. Quindi, fu proprio la ricerca di una struttura più vicina possibile alle concezioni ideali di eguaglianza, libertà e fraternità a spingere la società francese a rovesciare l'*Ancien Règime*.

Ora, una società è un insieme di individui che si relazionano per rendere possibile e praticabile una convivenza ottimale per tutti e per ciascuno. Per quanto ci si possa impegnare a migliorare incessantemente il proprio, angusto ambito esistenziale, l'ambiente sociale che circonda ognuno di noi si rivela decisivo per condurre una esistenza libera e dignitosa. Un contesto umano culturalmente arretrato, economicamente povero, afflitto da comportamenti illeciti, emarginato dal resto della società, non è certo il luogo più congeniale entro il quale cercare il pieno sviluppo della personalità e l'effettiva partecipazione alla vita comunitaria. Chi decide di non subire questa condizione o di arrendersi cercando altrove le opportunità lì negate (col rischio di imbattersi in altrettante difficoltà di ordine sociale), opera affinché la società che lo accoglie migliori realizzando quelle concezioni ideali che, una volta attuate (anche solo tendenzialmente), contribuiscono a rendere la società bene ordinata, per dirla alla Rawls, e cioè più giusta da un punto di vista generale (e non solo individuale). Non essendoci società perfette, lo sforzo compiuto dai consociati di ogni luogo e di ogni epoca è stato, è tuttora e sarà sempre quello di kantianamente aspirare al miglioramento, al progresso nella qualità della vita e dei rapporti intersoggettivi. Diversamente, una società, presto o tardi, verrà travolta dalle sue stesse contraddizioni e tensioni, anche senza l'apporto di fattori esogeni¹⁵⁴.

Ebbene, stando a questa teoria il processo di socializzazione si sviluppa intorno a *comuni concezioni ideali* che orientano le azioni dei soggetti dapprima enumerati nell'assolvimento delle rispettive funzioni. Come vedremo, le dinamiche familiari, la dimensione spirituale sia intima che condivisa, i centri educativi creano le condizioni affinché si possano esprimere concezioni ideali sul migliore assetto possibile della struttura sociale: l'esperienza maturata in questi contesti e il confronto su questioni che riguardano l'esistenza e il suo significato (morale, spirituale, civico) offrono gli elementi di conoscenza e di analisi perché si possano delineare possibili e desiderabili traguardi da raggiungere per una migliore convivenza all'interno di una società bene ordinata. Dal canto loro le istituzioni politiche e gli attori economici concorrono a definire trame di rapporti che, pur risentendo

¹⁵¹ Così R. NICOLÒ, *Istituzioni di diritto privato*, I, Giuffrè, Milano, 1962, 67.

¹⁵² V., infatti, N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990, 48 s.

¹⁵³ I. KANT, *Ob das menschliche Geschlecht im beständigen Fortschreiten zum Besseren sei*, in *Der Streit der Fakultäten*, 1798, trad. it., *Se il genere umano sia in costante progresso verso il meglio*, in ID., *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, Utet, Torino, 1965, 219.

¹⁵⁴ In effetti, come teorizzò il funzionalista T. PARSONS, *The Social System*, London, Routledge and Kegan, 1951, trad. it., *Il sistema sociale*, Edizioni di Comunità, Milano, 1965, sono quattro i requisiti oggettivi ai quali è subordinata la conservazione di un sistema sociale: la custodia della propria identità nel tempo; l'integrazione tra le sue diverse componenti; la definizione dei propri scopi; l'organizzazione dei mezzi per conseguire i predetti scopi. Ad ogni requisito corrisponde un differente sottosistema: famiglia, religione ed educazione quanto ai profili identitari; il diritto per l'integrazione; la politica per la definizione degli scopi; l'economia, infine, per il governo dei mezzi preordinati a quegli scopi.

del confronto tra interessi spesso contrapposti, consentono di intravedere un orizzonte ideale in cui quelle relazioni possano raggiungere una adeguata condizione di equilibrio.

Questo tentativo di approssimazione ad una definizione appagante e ragionevole di “concezione ideale” deve ora fare i conti con due fattori che, come si vedrà di qui a poco, presentano fortissime analogie con la categoria qui studiata e propugnata: i valori e le ideologie.

2.2. *Concezioni ideali e valori.*

I valori sono usualmente rappresentati come criteri generali di riferimento per giudicare la bontà di un'azione, di un comportamento, di un pensiero, di una struttura. Giudicare significa “valutare”, ossia confrontare con un certo parametro per stimare appunto il valore di un dato oggetto. L'assiologia è la dottrina filosofica dei valori che coglie quanto nel mondo sia o abbia appunto valore (pregio, utilità, bontà), così da tracciare una netta linea di demarcazione rispetto a ciò che è pura e semplice realtà fattuale.

Se è innegabile che sin dalle origini il pensiero filosofico si sia mosso verso la ricerca del bene e del giusto, permettendo agli uomini di affrancarsi dalla contingente dimensione degli accadimenti reali, è solo relativamente di recente che si è affermata una specifica costruzione teoretica incentrata sui valori. Il pensiero va a Wilhelm Windelband, primo esponente di quella scuola del Baden che diede inizio all'indirizzo neokantiano della filosofia dei valori. Secondo questa linea di pensiero, Kant avrebbe abbracciato un criticismo di tipo assiologico: la ragione pura include il complesso dei valori assoluti e universali, e la filosofia non è che la scienza critica dei valori provvisti di validità universale. I giudizi di valore così formulati offrono la coscienza normativa di ciò che si assume vero e giusto, laddove alle scienze empiriche compete esprimere i giudizi di fatto. La storia è storia di valori e la filosofia è scienza critica della storia¹⁵⁵.

Questa posizione dialettica fu sviluppata da Heinrich Rickert. Ponendosi oltre la realtà fisica e persino la dimensione psicologica, i valori offrono una prospettiva deontica entro cui collocare il giudizio¹⁵⁶. Come tali i valori sono suscettibili di classificazione a seconda dei domini entro i quali operano¹⁵⁷.

I valori consentono agli uomini di non accontentarsi del presente, cercando piuttosto nuove strade per indirizzare il cambiamento verso situazioni più appaganti. I valori, quali parametri di giudizio, scongiurano il rischio di atteggiamenti autoreferenziali, ponendo i consociati e i loro gruppi di fronte alla responsabilità di verificare incessantemente la bontà, la giustizia (o giustezza), la ragionevolezza delle loro scelte.

La descritta dimensione assiologica non è certo immune da insidie. Ferme restando alcune essenzialissime regole universali autoevidenti (non rubare, non far del male al prossimo), per il resto lo spazio entro cui coltivare “valori” è talmente ampio da non impedire alle forze dominanti di turno (siano esse politiche, economiche, religiose, culturali) di scorrazzare liberamente in questa vaste praterie per imporre il proprio punto di vista del potere.

Non è questa la sede per esprimere un giudizio di valore sui valori (si perdoni il gioco di parole). Piuttosto, qui rileva verificare se ed in quale misura le propugate “concezioni ideali” siano o meno assimilabili ai valori.

Come si è detto, una concezione ideale esprime una insoddisfazione rispetto ad un assetto che s'intende mutare. Se la realtà ci appagasse non avremmo alcuna attitudine a idealizzare qualcosa di

¹⁵⁵ Cfr., soprattutto, W. WINDELBAND, *Präludiven. Aufsätze und Reden zur Einleitung in die Philosophie*, Mohr, Tübingen-Leipzig, 1903, trad. it., *Preludi: saggi e discorsi d'introduzione alla filosofia*, Bompiani, Milano, 1947.

¹⁵⁶ H. RICKERT, *Der Gegenstand der Erkenntnis*, Mohr, Tübingen, 1892.

¹⁵⁷ Cfr. H. RICKERT, *System der Philosophie*, Mohr, Tübingen, 1921, trad. it., *Filosofia, valori, teoria della definizione*, Milella, Lecce, 1987, dove i valori sono ricondotti entro i luoghi della logica (la verità), dell'estetica (la bellezza), della mistica (la santità impersonale), dell'erotica (la felicità), dell'etica (la moralità), della filosofia della religione (la santità personale).

più congeniale (a meno di essere individui mai sazi). La concezione ideale indica la strada da seguire, fissando alcuni percorsi di cambiamento che appaiono ai più desiderabili per migliorare le proprie condizioni di partenza. L'ideale di una società "giusta" quando le diseguglianze sono percepite come l'esito di una iniqua distribuzione di risorse e di opportunità. L'ideale di una società "giusta" quando l'intolleranza per i diversi rende meno plurale e coesa la comunità. E così via. Stando così le cose il *gap* tra concezioni ideali e valori parrebbe essere esiguo, se non insussistente¹⁵⁸.

Il divario tra i valori e le concezioni ideali, per quanto sottile c'è e, dunque, merita di essere esplorato.

I valori racchiudono ed esprimono una essenziale caratterizzazione metafisica: come tali, essi tendono a collocarsi al di fuori delle concrete vicissitudini sociali come entità che "dall'alto" aspirano ad ammonire i consociati intorno alle condizioni indispensabili per vivere moralmente bene. Le concezioni ideali, invece, scaturiscono "dal basso" delle relazioni sociali concretamente vissute, ossia promanano dalla stessa società, che si rende interprete del disagio per tradurlo in una visione desiderabile, in quanto congeniale al miglioramento¹⁵⁹.

Diversamente dai valori, dunque, le concezioni ideali esprimono un *pragmatismo* che le rende più sensibili alle concrete problematiche che spingono i consociati a migliorare la società, o almeno a tentare di farlo. Le concezioni ideali non sono valori nel senso morale del termine, ma hanno valore in quanto fattori di cambiamento sociale. Le concezioni ideali si alimentano attraverso un costante e diretto confronto con la realtà tangibile, laddove i valori si nutrono di trascendenza, di universalità, di rarefazione della scansione temporale degli eventi. Insegna Maritain che «la nozione d'ideale storico concreto corrisponde a una filosofia realistica, la quale comprende che lo spirito umano presuppone le cose e lavora sulle cose, ma le conosce solo impadronendosi per trasferirle nella propria vita e attività materiale»¹⁶⁰.

In questa accezione, l'interpretazione qui suggerita riecheggia l'insegnamento weberiano secondo cui i valori rappresentano la guida e l'orientamento delle scelte sociali come concretamente poste in essere. Così intesi, essi si realizzano storicamente, correlandosi in vario modo con le diverse componenti della società¹⁶¹. In effetti, riprendendo la definizione di Clyde Kluckhohn, un valore afferisce alla sfera del desiderabile in base ad un giudizio di preferenza¹⁶². Rispetto a questa dimensione morale, la concezione ideale esprime un più spiccato e intenso contatto con la realtà che s'intende modificare: dunque, la concezione ideale come dimensione del desiderato.

¹⁵⁸ Cfr., ad esempio, L. GALLINO, *op. ult. cit.*, 739, che parla di concezioni su ciò che si reputa "desiderabile". E così pure C. KLUCKHOHN, *Values and Value-Orientations in the Theory of Action: An Exploration in Definition and Classification*, in T. Parsons, E. Shils (a cura di), *Toward a General Theory of Action*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1951, 395, nonché R.M. WILLIAMS Jr., *Values*, in D.L. Sills (a cura di), *International Encyclopedia of the Social Sciences*, XV, MacMillan, New York-London, 1968, 283. Già per É. DURKHEIM, *Introduction à la morale*, in *Revue philosophique*, 1920, 79 ss., i valori esprimevano «stati di coscienza». V., più in generale, F. ADLER, *The Value Concept in Sociology*, in *American Journal of Sociology*, 1956, 272 ss., e M. ROKEACH, *The Nature of Human Values*, Basic Books, New York, 1960.

¹⁵⁹ Si pensi al più volte evocato esempio dell'eguaglianza che può considerarsi tanto un valore morale quanto una concezione ideale. Ebbene, la distinzione qui propugnata colloca l'interprete su due distinti crinali di osservazione. L'eguaglianza come valore morale spinge a coglierne l'impronta etica, metafisica, trascendente, laddove l'eguaglianza come concezione ideale induce a saggiarne la dimensione terrena, mondana, secolare, dunque immanente, di una soluzione pratica ad un problema avvertito realmente nelle società più complesse e variegate.

¹⁶⁰ J. MARITAIN, *op. cit.*, 171.

¹⁶¹ V. M. WEBER, *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, Mohr, Tübingen, 1922, trad. it., *Il metodo delle scienze storico-sociali*, Einaudi, Torino, 1958, il quale ascrive alle scienze sociali, quali scienze empiriche, non tanto il compito di sondare l'astratta validità o bontà dei valori stessi, quanto la loro genesi, le condizioni della loro realizzazione, la loro funzione e significato. Cfr. L. SCIOLLA, voce *Valori*, in *Enc. scienze sociali*, vol. VIII, Treccani, Roma, 1998, 750 ss.

¹⁶² Cfr. C. KLUCKHOHN, *Values and Value-orientations in the Theory of Action: An Exploration in Definition and Classification*, in T. Parsons, E. Shils (a cura di), *Toward a General Theory of Action*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1951, 395.

Chi scrive è consapevole della fragilità della esposta distinzione che pur sottile si rivela significativa e dirimente, dal momento che il valore (sfera del desiderabile) si distingue dalla concezione ideale (sfera del desiderato) per la sua più intensa carica *divisiva*. Invero:

- le preferenze espresse sul piano assiologico attingono direttamente alla più intima e qualificante dimensione morale dell'individuo, al suo complesso appunto di valori che lo differenziano (culturalmente, filosoficamente, religiosamente) dagli altri consociati. E sul terreno dei valori si registra uno scontro animato proprio da queste forme di pensiero;

- le preferenze espresse sul versante delle concezioni ideali attingono direttamente dalla situazione concreta, dalla dinamica tangibile degli accadimenti sociali, dal complesso cangiante dei tanti problemi che rischiano di compromettere la coesione sociale. Di fronte a questo pragmatismo, le concezioni ideali rappresentano la risposta condivisa a problemi reali circa la soluzione ritenuta più congeniale nei fatti.

L'attitudine dei valori a dividere, piuttosto che ad aggregare su ampia scala, fu colta da Carl Schmitt nella sua riflessione intorno alla "tirannia" dei valori stessi. Per Max Weber i valori sono posti dall'individuo «nel suo totale libero arbitrio puramente soggettivo». Così facendo, però, questa *Wertsetzung* conduce «ad un eterno conflitto dei valori e delle visioni del mondo, una guerra di tutti contro tutti, un perpetuo *bellum omnium contra omnes* al cui confronto il vecchio *bellum omnium contra omnes* persino l'atroce stato di natura della filosofia politica di Thomas Hobbes sono autentici idilli»¹⁶³. Forse Schmitt ha esasperato i toni, attribuendo ai valori mali che non hanno mai prodotto, almeno in questi termini così drastici. Nondimeno, Egli colse nel segno percependo nella intrinseca struttura dei valori una spiccata attitudine ad alimentare divisioni e contrapposizioni: i valori come raffigurazioni simboliche di entità disposte a fronteggiarsi pur di avere il sopravvento sui contendenti. E lo stesso Schmitt, qualche pagina più avanti, osserva che «i valori, ancorché possano essere ritenuti alti e sacri, in quanto valori valgono sempre solo per qualcosa o per qualcuno»¹⁶⁴. Così, come ebbe a denunciare ben prima Nicolai Hartmann, ogni valore manifesta l'inclinazione ad ergersi a «tiranno esclusivo dell'intero *ethos* umano, ed invero alle spese di altri valori, anche di quelli che non gli sono diametralmente opposti»¹⁶⁵. Anche alcune concezioni ideali prevalgono su altre, ma non perché espressione di una volontà soggettiva che ha avuto la forza di imporsi per l'autorevolezza del suo autore o ricorrendo alla disarmante imperatività della minaccia o del potere magari economico: una concezione ideale prevale sulle altre per la sua capacità di aggregare consenso intorno ad un assetto sociale che la grande maggioranza dei consociati vorrebbe costruire in nome non tanto della maggiore bontà di un valore, ma della più accentuata capacità di appagare condivisi bisogni di giustizia e di progresso.

È chiaro che valori e concezioni ideali possono sovrapporsi o coniugarsi sinergicamente, nel senso che i primi potrebbero supportare i secondi conferendo loro una precisa identità per l'appunto assiologica, così come le concezioni ideali potrebbero conferire quel contributo di pragmatismo idoneo a rendere i valori meno per così dire metafisici.

Ad ogni modo, la sottilissima linea di confine tra queste due categorie dimostra che mentre i valori hanno una più spiccata tendenza a dividere, le concezioni ideali esprimono una tendenziale azione aggregativa intorno ai caratteri della società che si desiderano soddisfare innanzitutto per la pacifica convivenza.

2.3. Concezioni ideali e ideologie.

Questa attitudine divisiva è ancor più pronunciata nel caso delle ideologie, ossia di quelle forme di pensiero che presentano anch'esse forti similitudini con le teorizzate concezioni ideali.

¹⁶³ C. SCHMITT, *op. ult. cit.*, 50.

¹⁶⁴ *Id.*, 52.

¹⁶⁵ N. HARTMANN, *Ethik*, de Gruyter, Berlin-Leipzig, 1926, trad. it., *Etica. III) Metafisica dei costumi*, Guida, Napoli, 1972, 408, nella versione riportata in C. SCHMITT, *op. ult. cit.*, 61.

Nella sua accezione “debole” l’ideologia designa «un insieme di idee e di valori riguardanti l’ordine politico e avente la funzione di guidare i comportamenti politici collettivi»¹⁶⁶. Nella sua concezione “forte”, di ispirazione marxiana, l’ideologia esprime una portata negativa, come sintesi di false credenze, di mistificazioni, messe in atto dalle forze dominanti per perpetuare il proprio potere all’interno della società¹⁶⁷.

Per il momento, a noi interessa l’accezione “debole”, perché è quella che ci permette di evidenziare i punti di contatto e gli elementi di discriminazione tra i due elementi qui considerati.

Sicuramente le concezioni ideali e le ideologie mirano ad orientare azioni e decisioni, fissando obiettivi da raggiungere o abbozzando gli itinerari da seguire per conseguire un dato risultato¹⁶⁸. Per questa ragione, è difficile negare ad entrambe la comune origine sociale, nel senso che queste “guide all’azione” promanano dalle preferenze e dalle aspirazioni espresse dai consociati¹⁶⁹.

Il principale, se non persino ontologico, elemento di discriminazione è percepibile sul versante della qualificazione sostanziale degli ambiti nei quali concezioni ideali e, rispettivamente, ideologie si manifestano. Mentre le prime hanno, come si è detto più volte, una più spiccata connotazione sociale, nel senso che a qualificarle è la loro diretta correlazione con i bisogni reali espressi nel tessuto comunitario di riferimento, le ideologie investono la dimensione politica infondendo alla stessa una specifica caratterizzazione materiale¹⁷⁰.

E pensare che, in origine, l’ideologia nacque come disciplina scientifica per scandagliare l’origine delle idee. Solo con l’ostilità napoleonica verso gli *idéologues* il termine assunse una connotazione non tanto negativa, quanto “radicale” nel senso di denotare una posizione politica contrapposta ad altre¹⁷¹. E con Pareto fu tracciata una chiara linea di demarcazione tra la scienza e l’ideologia¹⁷².

Per sondare meglio la profondità di questa distinzione sarebbe necessario cogliere il significato proprio della “politica” e delle sue molteplici declinazioni e applicazioni. In effetti, le ideologie potrebbero essere definite come l’esito della traslazione politica delle concezioni ideali. Detto in altri termini, le concezioni ideali interpretate, codificate e assunte in uno specifico quadro valoriale dagli attori politici diventano ideologie. Partiti e movimenti politici intercettano le concezioni ideali e le traducono in manifesti, in programmi, in indirizzi e orientamenti, e la loro amalgama genera un determinato apparato ideologico idoneo a guidare l’azione.

La politica è una delle sedi (non l’unica, dunque) perché le concezioni ideali possano assumere una forma decrittabile e tangibile, sì da concorrere, con maggior forza e intensità, al cambiamento sociale.

¹⁶⁶ M. STOPPINO, voce *Ideologia*, in N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino (a cura di), *Dizionario di politica*, cit., 435.

¹⁶⁷ V., infatti, N. BOBBIO, *L’ideologia in Pareto e in Marx*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1968, 7 ss.

¹⁶⁸ Per C.J. FRIEDRICH, *Man and His Government: An Empirical Theory of Politics*, McGraw-Hill, New York, 1963, 89, le ideologie sono sistemi di idee connessi con le azioni.

¹⁶⁹ Cfr. H. MCCLOSKEY, *Consensus and Ideology in American Politics*, in *American Political Science Review*, 1964, 362.

¹⁷⁰ Cfr. D. EASTON, *A Systems Analysis of Political Life*, Wiley, New York, 1965, 290, il quale considerò, accanto alle ideologie politiche in senso stretto, anche le «ideologie comunitarie», ossia quelle «dirette ad appoggiare la persistenza o la trasformazione della comunità politica nel suo insieme» (traduzione riportata da M. STOPPINO, *op. cit.*, 437). Similmente filtrata dalle connotazioni più squisitamente politiche è la definizione coniata da Z.K. BRZEZINSKI, *Ideology and Power in Soviet Politics*, Praeger, New York, 1962, 4 s.: «un programma adatto per l’azione di massa, derivato da determinati assunti dottrinali sulla natura generale della dinamica della realtà sociale, e che combina certi asserti sopra l’inadeguatezza del passato e/o di presente con certi indirizzi espliciti di azione per migliorare la situazione e certe nozioni sullo stato di cose finale e desiderato» (traduzione in M. STOPPINO, *op. cit.*, 437). Depurata dalle complicazioni sintattiche che ne appesantiscono inutilmente il senso profondo, questa definizione appare utile perché crea un contatto con l’immagine pragmatica delle concezioni ideali, specie là dove essa sottolinea l’attitudine delle ideologie a kantianamente assecondare la ricerca del miglioramento propria dei sodalizi sociali.

¹⁷¹ L’esordio della “ideologia” si fa coincidere con l’opera di A.-L.-C. DESTUTT DE TRACY, *Éléments d’idéologie*, 4 vol., Courcier, Paris, 1825-27. V., in tema, F. DIAZ, *Filosofia e politica dall’illuminismo agli “Idéologues”*, La Nuova Italia editrice, Firenze, 1970.

¹⁷² V.F.T. PARETO, *op. cit.*

Sin da Protagora, attraverso Platone, per poi arrivare ad Althusius la politica è lo strumento per costruire la convivenza sociale. Per quest'ultimo, in particolare, «la Politica è l'arte per mezzo della quale gli uomini si associano allo scopo di instaurare, coltivare e conservare tra di loro la vita sociale»¹⁷³. Da Aristotele sino a Sternberger si cercherà di dimostrare che la coesione cercata attraverso la politica non è ferrea unità, ma è coesistenza di pensieri e movimenti discordanti, che animano la vita politica attraverso una interazione dialettica, l'azione discorsiva teorizzata da Hannah Arendt¹⁷⁴.

Senonché, entrando nell'arena politica le concezioni ideali smarriscono gran parte della loro attitudine aggregativa perché, come insegna Weber, la politica è lotta per il potere¹⁷⁵, la politica non è neutrale¹⁷⁶, la politica è normalmente appannaggio di una minoranza che tende ad imporre la propria volontà alla moltitudine¹⁷⁷.

Nel momento in cui gli attori politici se ne impossessano per farne il loro vessillo ideologico, le concezioni ideali provenienti dalla società si piegano alle strumentalizzazioni proprie del confronto politico. Filtrate dalle ragioni e dagli interessi espressi dai movimenti politici, le concezioni ideali assumono ineluttabilmente una valenza divisiva, entrando a pieno titolo nel terreno di scontro su cui si fronteggiano fazioni contrapposte alla ricerca estenuante della vittoria o di un ragionevole compromesso con gli avversari.

In questo agone politico, le concezioni ideali, trasformate in ideologie, sono percepite come qualcosa che s'impone come verità e che, in ipotesi, può non esserlo, visto che si tratta di un punto di vista di parte¹⁷⁸. Al contrario, le concezioni ideali, nel loro pragmatismo, nascono dalla realtà e, dunque, sono espressione di una verità reale o di una realtà veritiera.

Così operando, le ideologie finiscono coll'essere estremamente divisive all'interno della società, alimentando la contrapposizione tra amici e nemici, tra visioni contrapposte della vita comunitaria, proprio perché gli ideali professati in seno ad ogni organizzazione partitica sono esibiti come verità assolute e incontrovertibili. Come ha osservato Edward Shils, le ideologie esprimono in modo risoluto la loro differenza rispetto alle altre, resistono al cambiamento, pretendono una adesione ferrea e acritica, palesano una intensa carica emotiva, sollecitano la creazione di apposite strutture associative¹⁷⁹. E, per dirla alla Putnam, un energico e insaziabile *ideological style* contraddistingue la retorica e il ragionamento che pervadono il confronto dialettico tra gli attori politici¹⁸⁰.

Indipendentemente dalla persistente attualità o meno del denunciato declino delle ideologie¹⁸¹, rispetto alla quale basterebbe leggere le straordinarie pagine di Bobbio dedicate alla contrapposizione tra destra e sinistra¹⁸², è intuibile il divario rispetto alle concezioni ideali qui propugnate. Le concezioni ideali, per come definite in questa sede, non possono mai entrare in declino. Possono assestarsi affinandosi al contatto con la realtà, attraverso una reciproca interazione con gli

¹⁷³ J. ALTHUSIUS, *Politica methodice digesta, Atque Exemplis Sacris et Profanis Illustrata*, 1603, I, 1, nel testo tratto da L. Ornaghi (a cura di), *Politica*, Jaca Book, Milano, 1993, 375. V., in generale, N. MATTEUCCI, *Alla ricerca dell'ordine politico*, Il Mulino, Bologna, 1984.

¹⁷⁴ V. D. STERNBERGER, *Drei Wurzeln der Politik*, 2 voll., Insel, Frankfurt a.M., 1978, e H. ARENDT, *The Human Condition*, University of Chicago Press, Chicago-London, 1958, trad. it., *Vita activa*, Bompiani, Milano, 1964.

¹⁷⁵ M. WEBER, *Politik als Beruf*, Duncker & Humblot, München-Leipzig, 1919, trad. it., *La politica come professione*, in *Il lavoro intellettuale come professione*, Einaudi, Torino, 1948.

¹⁷⁶ C. SCHMITT, *Der Begriff des Politischen* (1927), Duncker & Humblot, München-Leipzig, 1932³, trad. it., *Le categorie del "politico"*, Il Mulino, Bologna, 1972.

¹⁷⁷ H.D. LASSWELL, *Politica*, in *Enciclopedia del Novecento*, vol. V, Treccani, Roma, 1980, 452 ss.

¹⁷⁸ Cfr. G. SARTORI, *Politics, Ideology, and Belief Systems*, in *American Political Science Review*, 1969, 398 ss.

¹⁷⁹ V., invero, E. SHILS, *Ideology and Civility: On the Politics of the Intellectual*, in *Sewanee Review*, 1958, 450 ss.

¹⁸⁰ Cfr. R.D. PUTNAM, *The Beliefs of Politicians: Ideology, Conflict, and Democracy in Britain and Italy*, Yale University Press, New Haven-London, 1973.

¹⁸¹ V., più approfonditamente, M. STOPPINO, *op. cit.*, 438 ss., che cita, tra gli altri, R. ARON, *L'Opium des intellectuels*, Calmann-Lévy, Paris, 1955, trad. it., *L'oppio degli intellettuali*, Cappelli, Bologna, 1958, e D. BELL, *The End of Ideology*, Bell, Glencoe, 1960, trad. it., *La fine dell'ideologia*, Milano, SugarCo, 1991. Cfr. pure J. MEYNAUD, *Destin des idéologies*, Bellanger, Lausanne, 1961, trad. it., *Destino delle ideologie*, Cappelli, Roma 1964.

¹⁸² N. BOBBIO, *Destra e sinistra. Ragioni e significati di una distinzione politica*, Donzelli, Roma, 1994.

accadimenti sociali, possono condurre all'esito sperato finendo così col consolidarsi come pilastri della società cambiata, possono incontrare ostacoli lungo il cammino del loro invecchiamento, ma, ove non siano assorbite in valori o ideologie, mantengono stabile la loro presenza quale espressione della costante volontà dei consociati di migliorare la società in cui vivono. L'eguale trattamento davanti alle regole non è una concezione ideale destinata a spegnersi o ad esaurire la sua forza. Sino a che una concezione ideale non diventi l'emblema assiologico di una data fazione sociale o non tramuti in un simbolo politico di un dato movimento, essa non entrerà in quella dinamica conflittuale e antagonista che ha favorito, poi, il declino di tali espressioni di pensiero.

Per quanto il confine sia sottile, concezioni ideali e ideologie seguono percorsi distinti, dal momento che le prime esprimono un pragmatismo, nel senso dapprima chiarito, che nelle ideologie è solo il risvolto fattuale¹⁸³.

2.4. *Genesi e sviluppo delle concezioni ideali.*

L'immagine delle concezioni ideali, tratteggiata nei precedenti paragrafi, è ancora sgranata. Per metterla a fuoco è necessario indugiare sulle possibili modalità di elaborazione, diffusione e affermazione delle concezioni ideali come posizioni sociali.

a) *Caratteri strutturali dei processi di emersione delle concezioni ideali.*

Innanzitutto, affinché una determinata concezione ideale possa essere acquisita a livello sociale è necessaria la sua *condivisione* da parte della compagine sociale. Se questa condizione può apparire ovvia, ove si pensi alla concezione ideale come un prodotto della coscienza sociale, meno scontato è il percorso che detta concezione segue per affermarsi come tale. Occorre, quindi, soffermarsi sulle modalità di aggregazione dei consociati intorno a tali concezioni.

Le concezioni ideali non si manifestano attraverso procedimenti formalizzati provvisti di rilievo istituzionale: semmai, tali procedimenti svolgono una funzione ricognitiva o dichiarativa rispetto ad un fatto che si è manifestato per forza propria. Proprio perché coltivare in seno alla società, esse rifuggono da meccanismi imposti dall'autorità, per preservare la loro immanente spontaneità come frutto di autonome interazioni comunitarie.

Il processo di formazione delle concezioni ideali è, poi, un processo circolare, caratterizzato dalla interazione reciproca di elementi eterogenei, dallo scambio pluridimensionale di parole, azioni, fatti che s'intrecciano dando vita, progressivamente, ad un ideale di società che si vorrebbe raggiungere. La circolarità di tale processo è coerente con la dimensione sociale in cui si sviluppa questo processo.

Posto ciò, in un primo stadio questa condivisione è *partecipativa*, nel senso che la concezione ideale deve essere conosciuta dai consociati affinché possano esprimersi su di essa. In un secondo momento, la condivisione è *adesiva* nel senso che, per assurgere a concezione ideale della società, essa deve aggregare la grande maggioranza dei consociati incontrando il loro favore.

b) *Luoghi e canali di promozione e maturazione delle concezioni ideali.*

L'educazione, sia in famiglia che nelle istituzioni scolastiche, è il primo canale di sedimentazione progressiva di quelle opinioni, credenze, riflessioni suscettibili di confluire in una concezione ideale¹⁸⁴. Il linguaggio e i comportamenti concreti concorrono a formare e sviluppare un ideale attraverso la partecipazione dei diversi soggetti coinvolti nei processi educativi. Le comunità

¹⁸³ Così M. STOPPINO, *op. cit.*, 435, secondo cui «ciò che è "ideologico" è solitamente contrapposto, in modo esplicito o in modo implicito, a ciò che è "pragmatico"».

¹⁸⁴ V., al riguardo, gli studi di G.H. MEAD, *Mind, Self and Society from the Standpoint of a Social Behaviorist*, University of Chicago Press, Chicago, 1934, trad. it., *Mente, sé e società*, Giunti, Firenze, 1964, che teorizzò un processo di socializzazione articolato in fasi (dal gioco *tout court* alla dimensione ludica organizzata e strutturata, dove gradualmente il bambino si astraie dalla propria sfera intima per immedesimarsi nel prossimo riconoscendo così il carattere generale dei valori sociali: non un processo unilaterale, ma una relazione attiva e dialettica. V. anche le non dissimili ricostruzioni di J. PIAGET, *Le jugement moral chez l'enfant*, Alcan, Paris, 1932, trad. it., *Il giudizio morale nel fanciullo*, Giunti, Firenze, 1972, e L. KOHLBERG, *From is to Ought*, in T. Mischel (a cura di), *Cognitive Development and Epistemology*, Academic Press, New York, 1971, 151 ss.

primigenie, per dirla alla Tönnies, sono il luogo in cui si definisce allo stato embrionale una concezione ideale, attraverso la costruzione e la combinazione dei diversi elementi che progressivamente ne formeranno l'oggetto e ne conferiranno un preciso significato materiale. Come si è detto, l'eguaglianza, la pari dignità, la giustizia, l'equità, sono concezioni che ogni essere umano, sia pure con modalità e intensità differenti, scopre nella pratica quotidiana del confronto dialettico all'interno di quelle comunità, anche semplicemente (e drammaticamente) avvertendone l'assenza come una condizione che produce disagio, sofferenza, frustrazione.

Questi ambiti sono i luoghi in cui gli individui, rendendosi protagonisti dei processi di emersione delle concezioni ideali, cercano la strada che dia senso alla loro esistenza, non solo ma soprattutto attraverso la relazione con gli altri sul versante della educazione, quindi della trasmissione e condivisione di saperi, conoscenze, valori, quali stimoli a progredire e ad evolversi. Sul ruolo dell'educazione John Dewey è illuminante: l'educazione nutre la vita sociale attraverso la comunicazione, quale «processo di condivisione dell'esperienza fino a quando la stessa non diventa una proprietà comune»¹⁸⁵.

I processi culturali, dal canto loro, sono un veicolo importante, se non decisivo, di diffusione e consolidamento delle concezioni ideali. Essendo il frutto di riflessioni, ponderazioni, confronti, dialoghi, le concezioni ideali si avvalgono di quel vasto e multiforme complesso di conoscenze intellettuali e pratiche che, per il tramite dello studio, della interazione comunicativa, della testimonianza quotidiana, arricchiscono l'orizzonte cognitivo e riflessivo, contribuendo al progresso sociale. Come intuirono già gli antichi greci, artefici e promotori della *παιδεία* quale modalità di educazione e crescita dei futuri cittadini, la cultura anima e alimenta i processi aggregativi immettendo nel tessuto sociale i fattori di ragionamento e analisi necessari a migliorare tanto la personalità individuale, quanto il senso di coesione tra consociati pur differenti e portatori di altrettante diversificate aspettative ed esigenze¹⁸⁶. Lo stesso Cicerone esaltò l'intima connessione tra la cultura e l'attitudine comunitaria dei consociati¹⁸⁷. E si deve, poi, a Tylor la definizione della cultura come quell'insieme complesso che include la conoscenza, le credenze, l'arte, la morale, il diritto, il costume e qualsiasi altra capacità e abitudine acquisita dall'uomo come membro di una società¹⁸⁸.

Del resto, è acclarato che le società si fondino e si perpetuino attraverso un variegato complesso di credenze e di rappresentazioni giustappunto culturali in senso al quale germogliano anche le concezioni ideali che mirano a trasformare i rapporti sociali in una certa direzione.

Il concetto di "sfera pubblica" (*Öffentlichkeit*), indagato da Jürgen Habermas, può rivelarsi centrale¹⁸⁹. Diversamente dall'opinione pubblica, la sfera pubblica riflette l'insieme dei processi comunicativi in forza dei quali si perfezionano le opinioni individuali. Nonostante le differenze che dividono i consociati, la sfera pubblica si alimenta grazie ad un principio discorsivo di argomenti ragionevoli destinato ad operare a prescindere dalla condizione sociale di chi li prospetta. La teorizzata sfera diviene luogo di critica, quindi di maturazione dei presupposti affinché la società possa evolversi verso nuovi e più congeniali assetti. Diversamente dalla weberiana "gabbia d'acciaio" (*das stahlharte Gehäuse der Hörigkeit*) e dalla configurazione, da parte di Adorno, della società come un mondo totalmente amministrato, Habermas percepisce la società come una entità capace di emendare le proprie imperfezioni, proprio all'interno della sfera pubblica.

¹⁸⁵ J. DEWEY, *Democracy and Education* (1916), in *The Collected Works of John Dewey (1882-1956)*, Southern Illinois University Press, Carbondale-Edwardsville, 1992, trad. it., *Democrazia e educazione*, Anicia, Roma, 2018, 106.

¹⁸⁶ Soprattutto la sociologia moderna ha messo in risalto questa duplice portata dei processi culturali: v., ad esempio, A. WEBER, *Ideen zur Staats- und Kultursoziologie*, Braun, Karlsruhe, 1927, trad. it., *Storia della cultura come sociologia della cultura*, Novecento, Palermo, 1983.

¹⁸⁷ CICERONE, *Tusculanae Disputationes*, 13: «cultura animi philosophia est».

¹⁸⁸ E.B. TYLOR, *Primitive Culture. Researches into the Development of Mythology, Philosophy, Religion, Language, Art and Custom*, vol. I, Murray, London, 1871, trad. it., *Alle origini della cultura*, Edizioni dell'Ateneo, Roma, 1985.

¹⁸⁹ J. HABERMAS, *op. ult. cit.*

Le dinamiche sociali sono rette da un “agire comunicativo”, dal momento che – secondo Habermas – i mutamenti sociali non dipendono solo dalle modalità attraverso le quali l’uomo trasforma la natura, ma risultano ascrivibili anche alle relazioni intersoggettive che si instaurano tra i consociati¹⁹⁰. Diversamente dalle teorie marxiste, concentrate sulla tensione conflittuale dei rapporti di lavoro, Habermas ripone una grande fiducia sul linguaggio quale meccanismo costitutivo di ogni attività sociale e di emancipazione individuale. La “svolta linguistica” è, con l’agire comunicativo, il mezzo privilegiato di coordinamento delle azioni sociali. Tramite, poi, il concetto di “mondo della vita” (*Lebenswelt*), la teoria dell’agire comunicativo acquista una veste sistemica entro cui riportare la continua riproduzione di comuni regole di condotta preordinate alla pace sociale¹⁹¹.

Famiglia, scuola e contesti culturali non sono i soli ambiti nei quali possono prendere forma le concezioni ideali. Si pensi alle dinamiche economiche che pure hanno la capacità di orientare le preferenze individuali e collettive in termini di miglior assetto sociale desiderabile. Gli attori politici, attraverso la loro opera di ricognizione e reinterpretazione delle istanze manifestate in seno alla comunità, possono, dal canto loro, farsi interpreti delle concezioni ideali, immettendole nei processi decisionali. Come si vedrà meglio nel prossimo capitolo, e riallacciandoci a quanto esposto in tema di ideologie, le concezioni ideali filtrate dalla politica finiscono col condizionare l’agenda politica, stimolando le decisioni assunte presso i vari centri di potere, oppure possono influire sull’attività normativa, prendendo la forma e la consistenza di vere e proprie prescrizioni giuridiche.

c) *La ricognizione delle concezioni ideali.*

Quando e come si può riconoscere l’affermazione di una data concezione ideale idonea a promuovere e influenzare i processi di trasformazione sociale?

Quanto alla ricognizione dei valori, alcuni studiosi di psicologia sociale e di scienza politica utilizzano meccanismi di rilevazione costituiti da questionari e da metodologie statistiche di *scaling*. In campo sociologico e antropologico si prediligono approcci basati su interviste discorsive e sull’analisi del contenuto di materiali linguistici¹⁹².

In astratto, queste tecniche potrebbero essere estese anche alla rilevazione delle concezioni ideali. Senonché, ciò che più conta è stabilire quando un determinato indirizzo di pensiero, condiviso da una moltitudine di consociati, possa qualificarsi, ai fini più volte indicati, come “concezione ideale”, e non semplicemente una effimera tendenza capace di aggregare episodicamente il consenso ma senza la forza di sollecitare un cambiamento strutturale dell’assetto sociale.

Una prima possibilità da sondare è quella basata sul concetto di “coscienza collettiva” inizialmente impiegata da Durkheim per designare una sorta di tavola di valori condivisa in modo compatto dai consociati, anche in contrapposizione alle coscienze individuali: una sorta di consapevolezza unanime della propria esistenza e del proprio senso all’interno di una compagine sociale che, per questa via, cerca di legittimarsi quale entità in grado di imporsi ad eventuali derive egoistiche e individualistiche dei propri membri¹⁹³.

Nella consapevolezza della estrema vaghezza e latitudine di tale concetto, e alla luce delle evidenti insidie che si annidano dietro un impiego disinvolto e acritico del medesimo, nelle opere successive Durkheim preferì ragionare di “rappresentazioni collettive”. Posto che il sistema sociale è l’insieme degli individui associati, «le rappresentazioni che ne costituiscono la trama scaturiscono dalle relazioni tra gli individui così combinati o tra i gruppi secondari che si interpongono tra l’individuo e la società totale». Le rappresentazioni collettive sono «prodotte dalle azioni e dalle reazioni

¹⁹⁰ J. HABERMAS, *Theorie des kommunikativen Handelns*, voll. I e 2, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1981, trad. it., *Teoria dell’agire comunicativo*, voll. I e II, Il Mulino, Bologna, 1986.

¹⁹¹ Negli scritti più recenti Habermas stigmatizza la “colonizzazione” del mondo della vita (dovuta a vari fattori quali l’oppressione esercitata dall’apparato burocratico o le molteplici forme di alienazione provocate dal mercato e dalla logica del profitto) e vi contrappone una teoria della modernità quale approccio ad una società libera ed eguale: v., infatti, J. HABERMAS, *Der philosophische Diskurs der Moderne*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1985, trad. it., *Il discorso filosofico della modernità. Dodici lezioni*, Laterza, Roma-Bari, 1987.

¹⁹² Cfr. F. ROSITI, *Strutture di senso e strutture di dati*, in *Rassegna italiana di sociologia*, 1993, 177 ss.

¹⁹³ Cfr. E. DURKHEIM, *De la division du travail*, cit.

scambiate tra le coscienze elementari di cui è costituita la società» e «vanno al di là di esse». L'attitudine di tali rappresentazioni ad imporsi sulle coscienze individuali è indubbio «a proposito delle credenze e delle pratiche religiose, delle regole della morale e degli innumerevoli precetti del diritto, cioè per le manifestazioni più caratteristiche della vita collettiva. Esse sono tutte esplicitamente obbligatorie e l'obbligazione è appunto la prova che questi modi di agire e di pensare non sono opera dell'individuo, ma emanano da un'autorità morale che l'oltrepassa, immaginata misticamente sotto forma di un dio oppure concepita in maniera più temporale e più scientifica»¹⁹⁴.

Il merito del contributo di Durkheim sta proprio nell'aver intercettato il collante culturale che tiene insieme una comunità di persone, ognuna delle quali portatrice di quella coscienza individuale che, se assecondata sempre e comunque, determinerebbe la crisi del patto sociale. Rispetto all'interrogativo posto in relazione alle concezioni ideali, però, questa ricostruzione va oltre, nel senso che enfatizza la dimensione cogente dei fatti sociali rispetto alla dimensione individuale, laddove qui interessa immaginare quando una idea dei rapporti sociali, condivisa da più consociati e gruppi, abbia la forza e l'autorevolezza di emergere quale concezione ideale idonea a condizionare il cambiamento sociale.

E qui può entrare in gioco il “consenso per intersezione” (*overlapping consensus*) teorizzato da John Rawls¹⁹⁵. L'accettazione dei “valori politici di base” idonei a legittimare istituzioni comuni non scaturisce da un processo di negoziazione, ma è l'esito di una tendenza generale, in seno alla società, ad assecondare e soddisfare interessi comuni già condivisi da tutti. Nessun accordo *à la* Hobbes sul *modus vivendi* (che determinerebbe un equilibrio precario e mutevole nel tempo) e neppure un “consenso costituzionale” (che contempererebbe le divergenze sulle modalità di intendere i principi politici attraverso un accordo formalizzato sui medesimi). L'intersezione ruota intorno a libertà ed eguaglianza come situazioni comuni ai quali i consociati e i gruppi arriveranno partendo da punti di vista distinti. Diversamente dalla *Theory of Justice*, nell'opera successiva questi due sommi pilastri politici confluiscono in una teoria politica scevra da ogni contaminazione di carattere filosofico o morale o religioso. Trattasi di valori politici fondamentali sottratti alle dinamiche di calcolo utilitaristico e, quindi, ai contingenti rapporti di forza tra i vari soggetti esponenziali di interessi contrapposti: una sorta di “neutralità liberale” che nelle intenzioni di Rawls si presenta come una soluzione o modello di equità in grado di imporsi alle diverse dottrine (politiche, filosofiche, morali, religiose) che innervano il tessuto pluralistico di ogni società democratica.

Il consenso per intersezione si sviluppa all'interno della “ragione pubblica” che coincide con la cultura politica della società, tale per cui «certe idee fondamentali» possono considerarsi «implicite nella cultura politica pubblica di una società democratica»¹⁹⁶. Proprio questo carattere di immanenza alla cultura politica pubblica rende quelle idee gli elementi di un patrimonio condiviso dalla generalità dei consociati¹⁹⁷. Replicando, quindi, ad Habermas, Rawls osserva che una idea fondamentale, tale da offrire una giustificazione finale alle istituzioni politiche, ha luogo solo «quando tutti i membri ragionevoli della società politica elaborano una giustificazione della concezione politica condivisa inserendola all'interno delle loro diverse concezioni complessive ragionevoli»¹⁹⁸.

Durkheim ci ha insegnato che una società, animata da quotidiane relazioni, è capace di esprimere rappresentazioni collettive che si proiettano oltre la dimensione meramente individuale, così a abbracciare il complessivo orizzonte di senso della convivenza: queste rappresentazioni sono il frutto di processi attraverso i quali un insieme composito di elementi eterogenei (idee, giudizi, concetti,

¹⁹⁴ É. DURKHEIM, *Sociologie et philosophie*, (postuma), Alcan, Paris, 1924, trad. it., *Sociologia e filosofia*, in ID., *Le regole del metodo sociologico. Sociologia e filosofia*, Edizioni di Comunità, Milano, 1969, 156.

¹⁹⁵ J. RAWLS, *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York, 1993, trad. it., *Liberalismo politico*, Edizioni di Comunità, Milano, 1994.

¹⁹⁶ *Id.*, 31.

¹⁹⁷ Sul punto v. le riflessioni di M. NUSSBAUM, *Frontiers of Justice. Disability, Nationality, Species Membership*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2006, trad. it., *Le nuove frontiere della giustizia. Disabilità, nazionalità, appartenenza di specie*, Il Mulino, Bologna, 2007, 318 ss.

¹⁹⁸ J. RAWLS, *Risposta a Jürgen Habermas*, in *MicroMega*, 1995, suppl. al n. 5, 64.

impressioni, obiettivi) si offre alla comprensione della coscienza sociale. Dal canto suo Rawls ci ha insegnato che la condivisione di concezioni generali scaturisce non tanto da singoli e solitari atti di adesione, ma da uno slancio collettivo – ossia della comunità che non è semplicemente somma di individui – verso un assetto ideale che bilanci ragionevolmente aspirazioni particolari e bisogni comuni.

Sviluppando queste premesse, si può affermare che una *concezione ideale* è riconoscibile quando ha raggiunto il massimo *stato di aggregazione* tra le sue componenti. Questo livello di aggregazione è raggiunto in presenza di forze intense di attrazione e di un equilibrio stabile e ordinato.

Una premessa prima di chiarire il senso di questa ipotesi.

Come si è detto, diversamente dai valori e dalle ideologie, le concezioni ideali, per loro natura, esprimono una ontologica forza aggregativa, nel senso di tendere ad unire la società intorno ad esse. Nel caso dei valori e delle ideologie, gli attori sociali (associazioni, partiti politici, movimenti culturali) mirano ad ampliare il più possibile il consenso intorno agli stessi sfruttando tutti gli strumenti e le strategie a loro disposizione. L'ampiezza del consenso intorno a valori e ideologie non è un elemento decisivo ai fini del loro riconoscimento come tali. Non così per le concezioni ideali. Esse sono tali se e solo se davvero aggregano la società, nel suo complesso, intorno ad esse.

Ovviamente, questa inclinazione unanimista non va presa alla lettera, dal momento che nelle società complesse (ma ce ne sono, oggi, “non complesse”?) una simile condizione risulterebbe impossibile da soddisfare compiutamente. Ciò che rende “concezione ideale” un pensiero, un modello, un assetto, è la propria attitudine a creare un consenso di dimensioni tali da consentire di affermare che quella concezione ideale è espressa dalla società intesa come una entità una e indivisibile, coesa e compatta, un corpo organico che racchiude elementi che si muovono all'unisono: insomma, una società intrinsecamente plurale ma in cui si dissolvono le differenze rispetto a quelle concezioni ideali che ne caratterizzano l'identità. Differenze, queste, che, in una società pluralista, come vedremo nei successivi capitoli, si rimaterializzeranno perché è dalla combinazione e dalla interazione delle differenze che scaturisce il destino reale di quella data società.

In sintesi. I valori e le ideologie sono naturalmente *divisivi* in quanto forniscono ai rispettivi soggetti portatori gli elementi di pensiero e di azione per la conquista dell'egemonia all'interno della società. Le concezioni ideali sono naturalmente *inclusive*, essendo dirette a generare consenso intorno a quegli elementi davvero condivisi che connotano in modo identitario una data società e le sue prospettive di miglioramento e di progresso.

Ora, la consacrazione di una concezione ideale è l'epilogo di un processo che si articola in diversi momenti.

Ogni consociato coltiva proprie aspirazioni idealizzando su beni o rapporti o situazioni che potrebbero garantirgli utilità. Alcune di queste idealizzazioni, però, hanno una portata che si estende oltre la sola sfera individuale, vale a dire al di là dello spazio in cui si sviluppa l'autonoma realizzazione personale: si tratta di concezioni ideali che investono la persona come appartenente a gruppi sociali, più o meno ampi, e che dunque afferiscono alla dimensione relazionale. Al riguardo è possibile parlare di concezioni ideali individuali a vocazione sociale. A questo stato, le concezioni di questo tipo restano isolate in quanto la forza attrattiva che la società potrebbe esercitare per aggregare il consenso intorno a condivise aspirazioni è minima. Si può anche dire che tali concezioni, in quanto esprimenti una vocazione sociale, sono solo potenzialmente idonee a generare forme di aggregazione intorno ad esse.

Operando più o meno stabilmente all'interno di formazioni sociali (famiglia, scuola, associazioni), i consociati finiscono col condividere concezioni ideali comuni. Dalla dimensione potenziale si passa ad una condizione fluida attraverso un meccanismo di trasformazione della materia (ossia, le concezioni ideali a vocazione sociale) che ha luogo grazie a questi primari contesti associativi dove si esprime la tensione aggregativa degli individui. Siamo, cioè, in presenza di una prima forma di liberazione di “energia socializzante” delle persone, che trova un canale di sfogo in una delle basilari compagini comunitarie che formano il tessuto sociale.

Il processo di maturazione di una concezione ideale, sorta nella sfera individuale e sviluppata in una formazione sociale, si ha quando si raggiunge un livello di aggregazione tale da conferire ad essa una piena e univoca attitudine a definire, insieme ad altre concezioni altrettanto produttive di consenso, l'identità essenziale di quella data società. Una identità, questa, da intendersi in senso dinamico, cioè come complesso di caratteri qualificanti la cui sostanza scaturisce dal confronto costante tra passato (la tradizione), presente (la società così com'è in un dato momento), futuro (un assetto sociale migliore).

Un sodalizio umano tra componenti (individui e gruppi) anche significativamente diverse esprime comunque una propria identità, come società riconoscibile grazie ad alcuni tratti distintivi ragionevolmente delineati. E, così, si hanno società inclusive, aperte, coese, se queste differenze vengono percepite come un valore aggiunto da sfruttare per concorrere al progresso e al benessere generale. All'opposto si possono avere società chiuse, conservatrici e, dunque, statiche, se quelle differenze non vengono assecondate allo scopo di mantenere lo *status quo*. Cultura, politica, tradizioni sociali, profili storici, relazioni economiche: tutti contesti o elementi che aiutano a ricostruire l'identità essenziale di una società al fine di cogliere le concezioni ideali che hanno la forza di aggregare intorno a loro il consenso della grande maggioranza dei consociati.

Pensiamo al più volte evocato esempio dell'eguaglianza. Chi potrebbe oggi affermare che l'ideale di una società di eguali, di individui provvisti di pari dignità sociale, di soggetti ugualmente titolari dei diritti fondamentali, non sia patrimonio condiviso dalla generalità di una società ragionevolmente civile e bene ordinata? Sicuramente anche nelle società più evolute potrebbero rintracciarsi nostalgici delle differenze di genere o sostenitori convinti dei privilegi aristocratici o anacronistici simpatizzanti delle diversità razziali. Ma la consistenza, non solo numerica, di questi soggetti o gruppi non è tale da scalfire la natura inclusiva della concezione ideale dell'eguaglianza, quanto meno declinata come pari dignità sociale, come eguale soggezione alla legge, come medesima titolarità dei diritti fondamentali.

Non sarebbe, invece, altrettanto agevole riconoscere la qualità di concezione ideale all'eguaglianza sostanziale, intesa come impegno a ridurre le diseguaglianze di fatto che generano un divario tra l'astratta titolarità dei diritti fondamentali e l'effettivo godimento degli stessi. In effetti, chi guarda con sospetto questa altra dimensione dell'eguaglianza (più progressista e democratica rispetto a quella affermata con la rivoluzione liberale francese) teme un eccessivo peso delle istituzioni pubbliche ed una compressione delle libertà per favorire un riallineamento delle condizioni vitali dei consociati.

In realtà, vi è la possibilità di dimostrare che anche quelle che si riconosce come eguaglianza sostanziale (art. 3, secondo comma, Cost.) è essa stessa una concezione ideale.

Formale e sostanziale, anziché confliggere, sono piuttosto due facce della stessa medaglia, nel senso che l'eguaglianza formale, se intende davvero porsi come una concezione ideale proiettata verso il miglioramento della società, non può essere inficiata da una cattiva distribuzione della ricchezza nazionale tale da precludere a molti l'accesso ai beni e alle risorse indispensabili per essere davvero eguali, non solo giuridicamente ma anche socialmente (di nuovo, la "pari dignità sociale"). L'eguaglianza è tale per davvero solo se alla sua primigenia dimensione formale (quella che abbiamo ereditato dalla tradizione liberale) si affianca, in modo indissolubile, la proiezione sostanziale (corroborata dalle dottrine socialdemocratiche) senza la quale non vi sarebbe spazio per una reale eguaglianza allorché il mercato fallisca nella sua opera di distribuzione appropriata dei beni essenziali. Del resto, una società rischia di essere travolta proprio per effetto delle tensioni e degli antagonismi che le diseguaglianze sono, per loro natura, portate ad accendere e ad alimentare. E se una società intende davvero migliorare, quanto innanzitutto a *chances* e a prospettive di sopravvivenza, allora non può assecondare la sola dimensione formale.

Vi sono, dunque, ottime ragioni per considerare anche la proiezione sostanziale dell'eguaglianza una concezione ideale a tutti gli effetti.

d) *Mutamento delle concezioni ideali*. Non solo i valori, ma anche le concezioni ideali sono suscettibili di trovare ingresso in un moto di cambiamento improntato al weberiano "politeismo". Non essendovi ragioni assolute, dunque dogmatiche, idonee a cristallizzare una volta per tutte

determinati contenuti di verità, anche per le concezioni ideali non si può escludere un loro mutamento. È ben vero che le concezioni ideali sono, per loro natura, fattori di cambiamento: come si è detto più volte, le concezioni ideali dovrebbero guidare le trasformazioni sociali verso il conseguimento di un equilibrio più congeniale ai bisogni e alle aspettative manifestati dalla comunità. Ciò non toglie, però, che l'idea perseguita possa adattarsi a nuove e inaspettate esigenze o inclinazioni, magari alimentate dal progresso tecnico-scientifico o da repentine e profonde trasformazioni del sistema economico. Si pensi alla concezione ideale di una società più sensibile alle ragioni dell'ambiente: l'intensificarsi tumultuoso dei traffici commerciali, la mobilità resa ancor più intensa dall'uso di veicoli inquinanti, l'espansione spesso incontrollata delle realtà industriali hanno, nel tempo, indotto molte comunità ad aggregarsi intorno ad una nuova concezione ideale che, rispetto ad una utopistica società tutta protesa verso la produzione ed il consumo, riflettesse una diversa configurazione dei rapporti tra l'uomo ospite e la natura ospitante¹⁹⁹.

Questa attitudine al cambiamento, se ricondotta sul versante passivo (cioè, la concezione ideale non come fattore di trasformazione, ma come entità che muta con l'incedere del tempo) potrebbe in qualche misura fomentare un sospetto di "anarchia"²⁰⁰ delle stesse, tale così da comprometterne la vocazione a guidare il progresso sociale verso assetti migliori. Non è così. Per scongiurare il rischio di una dinamica anarchica, i valori confidano su parametri assoluti, le ideologie sui concreti rapporti di forza tra i movimenti politici, le concezioni ideali sulla loro concreta attitudine ad aggregare consenso in vista del miglioramento della struttura sociale: un miglioramento valutabile non alla stregua di valori assoluti o di ideologie dominanti, bensì alla luce della loro reale capacità di unire la pluralità in nome di quello che più volte ho definito essere un tratto qualificante delle stesse, vale a dire il pragmatismo. Il pragmatismo dei problemi reali, il pragmatismo delle soluzioni altrettanto reali.

3. *Concezioni ideali e giustizia: una introduzione.*

Anticipata dal *Fedone*, la descrizione di una "città ideale" è uno dei momenti più qualificanti la *Repubblica* di Platone. La narrazione in forma dialogica venne poi ripresa da Tommaso Campanella la cui *Città del sole* altro non fu che la teorizzazione di un modello ideale di società basato su alcuni pilastri fondamentali. In fondo, tutte le speculazioni filosofiche attraversate da una spiccata tensione politica sono accomunate dalla incessante ricerca di una condizione ideale, quale quella che appaga meglio di altre i bisogni individuali e collettivi.

Ogni tentativo di progettare una società ideale (una città, uno Stato, o anche il sovrano, come nel caso del *Principe* disegnato da Machiavelli) riflette un insaziabile desiderio di *giustizia*. Non è così nella già citata *Repubblica* (o, meglio, Costituzione) platonica? Rispondendo ai quesiti di Glaucone, Socrate, diversamente dalla maggior parte delle persone, collocò la giustizia nel secondo gruppo dei beni, vale a dire quello che include i beni desiderabili per sé e per i vantaggi che essi determinano²⁰¹. L'idea (*εἰδος*) di giustizia viene così ricercata all'interno dello Stato, di una *πόλις* ideale e perfetta. Campanella, analogamente a Thomas More, enfatizzò nella sua *Città del sole* la dimensione morale della politica, facendone una questione di equità e, appunto, di giustizia.

La giustizia è la mèta di ogni ricerca volta a individuare di ciò che ci fa stare meglio (come individui e/o come consociati) all'interno di una società complessa e plurale. Le concezioni ideali qui teorizzate, in quanto prefigurano un assetto congeniale al miglioramento delle condizioni di vita di ognuno e di tutti, mirano a creare una società giusta. Ecco perché le concezioni ideali impegnano l'inafferrabile e arcano concetto di "giustizia".

¹⁹⁹ Cfr. Q. CAMERLENGO, *Natura e potere. Una rilettura dei processi di legittimazione del potere*, Mimesis, Milano-Udine, 2020.

²⁰⁰ Cfr. W. DILTHEY, *Gesammelte Schriften. I) Einleitung in die Geisteswissenschaften*, Teubner, Stuttgart, 1979, trad. it., *Introduzione alle scienze dello spirito*, Bompiani, Milano, 2007, che parla di anarchia delle convinzioni.

²⁰¹ PLATONE, *Repubblica*, II, 357 ss.

Ebbene, è proprio l'attitudine a generare "giustizia" che consente alle concezioni ideali di trasformarsi in principi fondamentali assumendo a tal fine "valore".

Quando si insegue un ideale, quando si accede progettualmente ad una prospettiva inedita di cambiamento di un presente che non ci appaga, l'obiettivo ultimo è quello di costruire una realtà più congeniale al soddisfacimento dei bisogni e delle aspettative coltivate in una comunità: una realtà, quindi, più "giusta" nel senso di una maggiore aderenza a queste aspirazioni al cambiamento in senso migliorativo.

Anche alla luce delle sue differenti accezioni, *iustus* allude ad una proporzione, ad una relazione di convenienza e, dunque, alla capacità di un elemento di assecondare il bisogno di cambiamento in vista della realizzazione di qualcosa di più adatto. Questo lemma prelude, altresì, ad una attitudine a rendere completo ciò che difetta di elementi necessari, così evocando un qualche senso di perfezione o, quanto meno, di perfezionamento di ciò che s'intende mutare.

Un contesto sociale non soddisfa appieno le ragioni di quanti non riescono a condurre una esistenza libera e dignitosa, e non solo perché mancanti di adeguati mezzi finanziari. Dal tessuto comunitario emerge una concezione ideale che spinge quel contesto a correggersi pervenendo ad un assetto più confacente. In questo senso quella concezione ideale aspira a rendere giusta la società, riequilibrando i rapporti e le aspirazioni dei consociati anche in termini di distribuzione delle opportunità di miglioramento della propria condizione esistenziale.

Quando una società può considerarsi "ingiusta" e, dunque, esposta ai cambiamenti indirizzati dalle concezioni ideali? È sin troppo banale, al riguardo, osservare che la percezione del "giusto" è molto soggettiva e che non sempre c'è consenso intorno ai fattori che garantiscono giustizia. Le aspirazioni al miglioramento delle proprie condizioni di reddito, coltivate dai lavoratori dipendenti, possono confliggere, in termini di giustizia, con le istanze legate al profitto di cui sono portatori gli imprenditori. Le richieste di maggiore assistenza da parte delle pubbliche istituzioni, per fronteggiare situazioni di bisogno, possono in concreto incontrare resistenze da parte di chi, producendo ricchezza, non intende sobbarcarsi altri oneri in termini di prestazioni tributarie. Il desiderio di riscatto sociale praticato e vissuto da chi nasce in condizioni di svantaggio può contrastare con la pretesa di preservare lo *status quo*, così da trasmettere ai propri discendenti la propria posizione sociale di forza e di prestigio. Il dissenso intorno a ciò che possa *oggettivamente* considerarsi "giusto" è il motivo che ha indotto generazioni di studiosi ad interrogarsi su come offrire alla comunità gli strumenti per dare una risposta a questo dilemma.

In fondo, l'anelito alla giustizia riposa sulla constatazione, per alcuni amara per altri inevitabile e per altri ancora sacrosanta, che la distribuzione delle risorse scarse tra consociati non è mai eguale, dove per "risorse" s'intendono non solo i beni materiali, ma anche quelli immateriali e le stesse opportunità o occasioni di realizzazione individuale. È ben vero che la giustizia è anche vissuta sul versante delle azioni giuridicamente rilevanti e, perciò, viene considerato ad esempio "ingiusto" (si pensi all'art. 2043 cod. civ.) ciò che viola il diritto positivo. Nondimeno, se ci si proietta oltre l'angusta prospettiva illuminata dalle categorie giuridiche per accedere, invece, ad una visione più eclettica che abbracci l'intera esperienza sociale delle persone, allora la giustizia recupera un senso assai più ampio e, nel contempo, più profondo, tale da investire la stessa essenza della convivenza e, quindi, le condizioni che ne garantiscano l'ordinato e pacifico svolgimento. Non è un caso se Michael Sandel, uno tra i più quotati pensatori contemporanei, pone, all'inizio di una importante disamina condotta nel suo volume dedicato alla giustizia, questo interrogativo: «chiedersi se una società sia giusta significa chiedersi come distribuisce le cose a cui diamo valore: il reddito e la ricchezza, i doveri e i diritti, il potere e le occasioni, le cariche e gli onori». E subito appressa afferma che «una società giusta distribuisce questi beni nel modo giusto, dando il dovuto a ciascuno e a ciascuna». Il vero problema è stabilire «che cosa sia dovuto alle persone, e perché»²⁰².

²⁰² M. SANDEL, *Justice. What's the Right Thing to do?* Farrar Straus and Giroux, New York, 2009, trad. it., *Giustizia. Il nostro bene comune*, Feltrinelli, Milano, 2019, 27.

L'utilitarismo fu una risposta a questo anelito di giustizia. Da Protagora a Hume, per approdare alla organica elaborazione di Bentham, l'utilitarismo ha dato forma ad una teoria della giustizia secondo cui è "giusto" porre in essere l'azione che, tra le molteplici alternative, massimizza la felicità complessiva che viene per l'appunto misurata attraverso l'utilità²⁰³. Nessun giudizio morale sulla eticità o bontà intrinseca dell'atto, né valutazioni sulla doverosità del medesimo, ma la convinzione che una scelta comportamentale si rivela giustificata in funzione del risultato perseguito in termini di benessere. Ciò che rileva è la sola imparzialità nel senso che le molteplici utilità individuali sono tra di loro sommate per giungere al benessere sociale che così viene gestito in modo efficiente.

Oltre ad Henry Sidgwick, che revoca in dubbio l'edonismo psicologico posto a fondamento dell'utilitarismo classico²⁰⁴, e a George Edward Moore, che ne denunciò la fallacia naturalistica²⁰⁵, anche la *Theory of Justice* di Rawls segna il superamento di tale approccio. Individui perfettamente razionali scelgono i principi a cui dovrebbero conformarsi le istituzioni sociali così da assicurare i maggiori benefici per i singoli consociati e, nel contempo, per la comunità. Nella propria «situazione originaria» ogni individuo è avvolto da «velo di ignoranza» circa la propria posizione sociale: non perseguirà egoisticamente i soli propri interessi, ma cercherà quanto meno di non subire danni o torti. Da questo punto di vista i consociati optano per i due principi fondamentali: ogni individuo trae beneficio dalla massima libertà compatibile con una analoga libertà goduta dagli altri; le disuguaglianze economiche e sociali sono sostenibili solo a condizione che rechino vantaggi ai gruppi più svantaggiati (principio di differenza).

In questo complesso impianto teorico, la giustizia assurge a elemento di equilibrio tra libertà ed eguaglianza attraverso l'esposizione di un argomento intuitivo secondo cui l'equità nella allocazione delle risorse impedisce il sopravvento delle dotazioni moralmente arbitrarie. Il mutamento sociale deve, quindi, spingersi verso la creazione di istituzioni capaci di contrastare l'aleatorietà del destino naturale e sociale che incombe, con esiti nefasti, sui più deboli. In questa cornice, l'ideale della *fraternity* si coniuga con il principio di differenza, nel senso che esso postula che ogni consociato non desideri maggiori vantaggi «a meno che ciò non vada a beneficio di quelli che fanno meno bene». Dunque, «coloro che si trovano nelle condizioni migliori desiderano ottenere maggiori benefici soltanto all'interno di uno schema in cui ciò va a vantaggio dei meno fortunati»²⁰⁶.

In questa teoria Rawls descrive la «una società bene-ordinata come una società intesa a promuovere il bene dei suoi membri e effettivamente regolata da una concezione pubblica di giustizia»²⁰⁷. Il punto di equilibrio è raggiunto allorché ciascuno accetta i medesimi principi di giustizia sapendo che altrettanto faranno gli altri e, nel contempo, le istituzioni sociali si prodigano per realizzare detti principi. La *well-ordered society* è, dunque, «regolata dalla sua concezione pubblica di giustizia»²⁰⁸ che Rawls identifica nell'equità: «questo principio afferma che una persona deve fare la propria parte secondo quanto è definito dalle regole di un'istituzione, quando vengano soddisfatte due condizioni: primo, l'istituzione è giusta (o equa), e cioè soddisfa i due principi di giustizia; e, secondo, le persone hanno accettato volontariamente i benefici dell'accordo, o hanno

²⁰³ L'abbinamento dell'utilità all'idea di giustizia non fu, però, accolto come un automatismo da J. BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (1789), nella traduzione riportata da M. CAPPELLETTI, voce *Giustizia*, in *Enc. Novecento*, vol. III, Treccani, Roma, 1978, 396, il quale, anzi, ebbe modo di puntualizzare che «la giustizia, nel solo senso in cui ha un significato, è un personaggio immaginario, inventato per convenienza di discorso, i cui dettati sono i dettati dell'utilità, applicati a certi casi particolari».

²⁰⁴ H. SIDGWICK, *The Methods of Ethics*, Macmillan, London, 1874.

²⁰⁵ G.E. MOORE, *Principia Ethica*, Cambridge University Press, Cambridge, 1903. Non dissimile l'approccio privilegiato da W.D. ROSS, *The Right and the Good*, Clarendon Press, Oxford, 1930.

²⁰⁶ J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1971, trad. it., *Una teoria della giustizia*, Feltrinelli, Milano, 2019, 114. Ovviamente non trascurò il "secondo" Rawls che, distinguendo fra dottrine della giustizia comprensive o metafisiche e concezioni della giustizia meramente politiche, riformula la teoria della giustizia come equità valida per le sole società occidentali moderne o contemporanee: caratterizzate da ciò che egli chiama il fatto del pluralismo: la divisione di tali società, almeno a partire dalle guerre di religione del Seicento, fra sostenitori di dottrine comprensive in conflitto: v. J. RAWLS, *Political Liberalism*, cit.

²⁰⁷ J. RAWLS, *A Theory of Justice*, cit., 428.

²⁰⁸ *Id.*, 429.

tratto vantaggio dalle opportunità di promuovere i propri interessi da esso offerte»²⁰⁹. In definitiva, l'ideale di società giusta promosso da Rawls riposa su di uno schema di cooperazione stabile nel tempo e plasmato da un principio basilare di reciprocità di cittadinanza, dove il miglior assetto possibile è quello accettato dai soggetti svantaggiati. Dietro il velo d'ignoranza (che cela la nostra condizione sociale) si reputa naturale preferire una allocazione delle risorse che migliori la condizione di chi sta peggio. Pertanto, una società giusta è una società che aspira ad anteporre le ragioni di progresso materiale e spirituale degli individui e dei gruppi svantaggiati.

Intervenendo nel dibattito sulla giustizia, Ronald Dworkin ha superato la dicotomia tra contrattualismo (la giustizia come consenso) e utilitarismo (la giustizia come utilità), per cogliere il supremo criterio di valutazione nella capacità delle istituzioni di presidiare i *basic and natural rights*, quale matrice morale dell'ordinamento giuridico²¹⁰.

Sul versante del principio di eguaglianza, Dworkin ha amalgamato due concezioni essenziali, e cioè la responsabilità morale degli individui quanto alle rispettive opzioni esistenziali e l'arbitrarietà, altrettanto morale, delle attitudini naturali di talento ed intelligenza²¹¹. S'immagina una sorta di *luck egalitarianism*: il massimo di libertà dei consociati quanto alle scelte di vita può essere garantito solo azzerando i fattori di discriminazione basati sulla sorte di ognuno. Le conseguenti diseguaglianze sono, così, tollerate in quanto ascrivibili alle concrete aspirazioni individuali, e non al destino capitato casualmente nella vita di ogni singola persona²¹².

L'insegnamento aristotelico, peraltro, è stato in qualche misura assecondato dal già citato Sandel, che si dissocia tanto dall'utilitarismo (tutto piegato su di una questione di calcoli), tanto dalle tesi libertarie (che nega rilevanza al valore morale degli obiettivi perseguiti dai titolari dei diritti fondamentali). Per Sandel «non è possibile arrivare a costituire una società giusta semplicemente mirando a ottenere il massimo dell'utilità o assicurando la libertà di scelta; per avere una società giusta dobbiamo ragionare insieme sul significato della vita buona, e creare una cultura pubblica capace di accogliere i dissensi destinati inevitabilmente a manifestarsi»²¹³. Questa ricerca della *good life* non è che l'accettazione della formidabile sfida ad immaginare una politica che «prenda sul serio le questioni etiche e spirituali»²¹⁴ e a promuovere un forte senso comunitario, così da indurre i cittadini ad impegnarsi nella «dedizione al bene comune»²¹⁵.

3.1. Concezioni ideali e visione pragmatica della giustizia.

Un ragionamento sulle concezioni ideali della società non può prescindere da una attenta considerazione delle modalità attraverso le quali i singoli consociati coltivano ed esprimono le proprie *preferenze*. In effetti, una concezione ideale in qualche misura riflette una scelta posta in essere in base ad una valutazione della realtà: una opzione, quindi, che si antepone alle altre in quanto ritenuta dal soggetto più utile o vantaggiosa o, al limite, meno pregiudizievole.

Questo aspetto è ben presente nella rawlsiana teoria della giustizia, dove si assume che ogni persona sia in grado di riconoscere che certe situazioni o decisioni siano giuste o ingiuste e, dunque,

²⁰⁹ *Id.*, 120.

²¹⁰ R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1977, trad. it., *I diritti presi sul serio*, Il Mulino, Bologna, 2010.

²¹¹ Cfr. R. DWORKIN, *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2000, trad. it., *Virtù sovrana: teoria dell'uguaglianza*, Milano, Feltrinelli, Milano, 2002.

²¹² La relazione tra *Equality of Welfare* (la distribuzione delle risorse deve avvenire in modo uguale tra le persone e i trasferimenti devono continuare finché avranno conseguito il loro effetto massimo in termini di parità) e *Equality of Resources* (i trasferimenti delle risorse debbono continuare fin quando si raggiungerà la migliore allocazione delle quote) è esplorata in R. DWORKIN, *What is Equality?* in *Philosophy and Public Affairs*, 1981, 185 ss. (part 1) e 283 ss. (part 2), in relazione all'*equal concern*, vale a dire al diritto a un trattamento eguale in quanto eguali.

²¹³ M. SANDEL, *op. cit.*, 293.

²¹⁴ *Id.*, 294.

²¹⁵ *Id.*, 296.

di organizzare questo pensiero in una idea provvista di un sufficiente grado di certezza. A questo proposito, proprio ragionando criticamente della “tecnica dell’equilibrio” adottata da Rawls, Ronald Dworkin osserva che compito della filosofia politica dovrebbe essere «quello di fornire una struttura di principi che sostengano queste convinzioni immediate, sulle quali si può essere più o meno certi»²¹⁶. Tutto ciò avendo di mira due obiettivi: tali principi debbono da un lato condurre ad individuare i presupposti sui quali riposano quelle convinzioni e, dall’altro, orientare la definizione di casi complessi o incerti. Egli, dunque, contesta a Rawls la fragilità dell’assunto relativo alla posizione originaria, non risultandogli chiaro il ruolo nel processo di giustificazione.

Come si concilia questa centralità delle preferenze individuali, in punto di assetti ideali della società, con la tesi, qui propugnata, che sono le concezioni ideali di rilievo sociale a guidare il cambiamento?

Un individuo esprime le proprie preferenze alla luce delle proprie inclinazioni, dei propri bisogni e dei propri desideri. Se la persona rilevasse esclusivamente nella dimensione solitaria e introversa, queste preferenze asseconderebbero liberamente quelle condizioni psicologiche. Così, si potrebbero desiderare patatine fritte gratis, discoteche al posto delle scuole, vacanze retribuite dieci mesi all’anno, dominio degli esseri umani più alti. È chiaro che in un contesto sociale queste preferenze meramente individuali dovrebbero fare i conti con le altrui preferenze, parimenti così denotate. Il rischio di tensioni e rivalità è dietro l’angolo. L’anelito o il bisogno di condividere una comune esperienza comunitaria porta a relativizzare tali preferenze, cioè a renderle compatibili con le altrui preferenze, essendo in gioco la pace e la stabilità dell’assetto sociale. Le preferenze debbono, quindi, oggettivizzarsi e, quando riescono ad aggregare la gran parte dei consociati, come spiegato in precedenza, assurgono a concezioni ideali della società. Dapprima nella famiglia e poi nella scuola, sino agli ambienti di lavoro e agli altri contesti di socializzazione (un circolo sportivo, una associazione di volontariato, un partito o un sindacato, un oratorio e così via), le preferenze espresse dai singoli sono messe alla prova dal confronto dialettico con le altre: alcune di esse verranno sacrificate in nome del bene comune, altre convergeranno su posizioni condivise sino, in ipotesi, a raggiungere quel livello di aggregazione che consenta loro di ergersi a concezioni ideali della società. E questo processo, spesso circolare, recepisce e ristrutturava i tanti contributi di pensiero che la cultura, la politica, la tradizionale, la morale, la religione, persino l’economia, elargiscono in termini di percezione della giustizia²¹⁷.

Ovviamente niente è immutabile²¹⁸. Società sempre più globalizzate e liquide rendono problematico l’attecchimento di convinzioni solide e condivise. Società del rischio, dove è un azzardo confidare sulle certezze²¹⁹. Le tumultuose trasformazioni che hanno eroso i classici schemi relazionali hanno dissolto gli antichi confini, lasciando intravedere inedite frontiere. Le tradizionali strutture sociali evaporano per materializzarsi in flussi²²⁰ o in reti²²¹. Ma solo le concezioni ideali che presentano un adeguato tasso di stabilità possono aspirare a svolgere la funzione aggregativa il cui ruolo verrà meglio esposto in seguito.

Ebbene, è proprio questo processo di revisione critica delle preferenze meramente individuali, funzionale alla loro manifestazione nelle interazioni con il prossimo, ad alimentare una nozione *pragmatica* della giustizia, intimamente connessa alla dinamica delle teorizzate concezioni ideali.

²¹⁶ R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, cit., 230.

²¹⁷ Sull’importanza del tipo di argomentazioni utilizzate nei dibattiti pubblici, dell’accesso differenziale all’informazione e dei meccanismi di apprendimento legati all’esperienza v. R. DÖBERT, *Gertrud Nunner-Winkler Adoleszenzkrisen und Identitätsbildung*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1982.

²¹⁸ Sull’impatto tra generazioni dei mutamenti di valore di bisogni e aspettative v. R.F. INGLEHART, *The Silent Revolution*, Princeton University Press, Princeton, 1977, trad. it., *La rivoluzione silenziosa*, Rizzoli, Milano, 1983.

²¹⁹ U. BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1986, trad. it., *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Carocci, Roma, 2000, e S. VECA, *Dell’incertezza*, Feltrinelli, Milano, 1997.

²²⁰ S. LASH, J. URRY, *Globale Kulturindustrie*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 2004.

²²¹ M. CASTELLS, *The Rise of the Network Society*, Blackwell, Cambridge (Mass.), 1997.

Il ragionamento sin qui sviluppato sulle concezioni ideali della società non mira certo a costruire una teoria della giustizia, alternativa – nella sostanza – alle molteplici elaborazioni dommatiche che si sono succedute nel tempo. Esso tende, piuttosto, a ipotizzare una *modalità* attraverso la quale la stessa società ci dice cosa per essa sia “giusto” (e correlativamente “ingiusto”). E per “società” non intendo riferirmi ad una entità monolitica e compatta che non conosce differenze o, se queste sono presenti, le annulla. Intendo, invece, immaginare una aggregazione ragionevolmente ampia di consociati che condividono le medesime concezioni ideali nonostante il pluralismo degli individui, dei gruppi, delle culture, delle tradizioni, delle condizioni socioeconomiche.

Nel determinare l’affermazione di una o più concezioni ideali questa società esprime una *visione pragmatica di giustizia*, ossia dell’assetto che si ritiene preferibile assumere per una convivenza stabile e pacifica. Si parte dall’assunto che, in origine, ogni sodalizio sociale sia imperfetto, in quanto immaturo e, dunque, abbisogno di migliorarsi per raggiungere una ragionevole e appagante condizione di equilibrio tale da consentire la pacifica convivenza tra le sue differenti componenti. La strada per il miglioramento è illuminata da queste concezioni ideali, che definiscono i traguardi da raggiungere (o cui almeno approssimarsi il più possibile) affinché l’ineluttabile in quanto fisiologico pluralismo non operi quale moltiplicatore di antagonismo disgregativo, bensì come coefficiente di crescita e di progresso.

Questo invito al pragmatismo affiora dal ragionamento sviluppato da Jürgen Habermas in contrapposizione proprio alla teoria della giustizia di Rawls. Un passaggio di questa riflessione è fondamentale: «le teorie filosofiche sulla giustizia (...) elaborano il contenuto morale degli ordinamenti giuridici moderni contrapponendosi fin dall’inizio allo scetticismo giuridico delle scienze sociali. Queste costruzioni razionali del diritto mirano alla fondazione dei principi-guida per istituire società bene ordinate. Sennonché, nel far ciò, si allontanano talmente dalla realtà effettiva delle società contemporanee, da non riuscire più a specificare come sia concretamente possibile realizzare questi principi»²²². Le teorie filosofiche della giustizia, a cominciare da quella rawlsiana, focalizzano l’attenzione su di una sorta di innato senso di giustizia delle persone, che le induce a reputare ragionevoli certi comportamenti confidando sulla bontà di “istituzioni giuste” che facciano funzionare società ben ordinate. Il problema svelato da Habermas investe proprio queste istituzioni giuste, che si suppone siano già attive e operanti. Se difetta tale condizione, il quadro si complica: invero, «una teoria “filosofica” della giustizia affronterà questo problema non da un punto di vista pragmatico, bensì cercando di riflettere a quali condizioni politiche l’attuale pluralismo dei valori potrebbe rendere bene accetta questa teoria della giustizia a una cittadinanza multiculturale»²²³.

Nell’apparizione e nel progressivo affinamento delle varie concezioni ideali possono senza dubbio assumere rilievo i vari contributi teorici sulla giustizia. Le molteplici versioni dell’utilitarismo, le assunzioni libertarie, le istanze egualitarie, il rawlsiano principio di differenza, l’*equal concern* di Dworkin, e ancor prima il ricchissimo bagaglio di meditazioni filosofiche che hanno attraversato la storia dell’umanità dall’antica Grecia passando per Kant sino ai giorni nostri: questi e altri sistemi di pensiero possono stimolare e orientare il processo materiale di costruzione delle concezioni ideali, ma non esauriscono in esso la prospettiva della giustizia.

Le teorie della giustizia condizionano i processi innanzitutto mentali e, poi, relazionali che conducono alla definizione di una data concezione ideale. Storia, tradizione, cultura, progresso, sono fattori che possono segnare la prevalenza dell’una sulle altre. Raramente, forse solo nei regimi totalitari, un pensiero sconfigge inesorabilmente gli altri decretandone la scomparsa dall’orizzonte dei principi teorici utili a indirizzare le scelte delle persone e dei gruppi. Una società liberale non disconoscerà mai in radice le ragioni dell’eguaglianza e della solidarietà, così come una società dove hanno attecchito con successo le teorie progressiste non azzererà mai la libertà e l’autonomia individuale.

²²² J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1992, trad. it., *Fatti e norme*, Laterza, Bari-Roma, 2018, 54.

²²³ *Id.*, 72.

Così, le concezioni ideali che si affermano quali rappresentazioni di un assetto sociale desiderabile in termini di pace, stabilità, benessere, esprimono quel senso di giustizia che si è affermato in seno alla stessa società, in quel periodo e in quella cornice di pensieri e riflessioni teoriche, veicolati innanzitutto dalla cultura e trasmessi sin all'interno delle famiglie e delle altre agenzie educative, a cominciare dalla scuola. In questo consiste la visione eminentemente pragmatica della giustizia associata alle teorizzate concezioni ideali. Una giustizia concreta, vissuta, plasmata dal confronto effettivo con i problemi che affliggono la comunità e che inducono i suoi membri a desiderare uno sviluppo in senso migliorativo. Una giustizia che si rivela nel momento stesso in cui quelle concezioni ideali, e non altre, si impongono come fattori idonei ad indicare la strada da percorrere per risanare e riformare il tessuto sociale. Una giustizia che assume un senso sostanziale compiuto grazie a queste concezioni ideali, in quanto calata in una data realtà storicamente definita e culturalmente caratterizzata, oltre che forgiata dalle concrete dinamiche sociali ed economiche. Una equa distribuzione della ricchezza prodotta si affermerà come principio di giustizia se e solo se la corrispondente concezione ideale avrà avuto la forza di avere successo grazie proprio alla domanda di giustizia proveniente dalla stessa società. E lo stesso vale per tutti gli altri principi di giustizia che dall'antica Grecia a noi sono stati offerti all'attenzione dell'umanità per appagare un innato bisogno di distinguere tra il bene e il male, tra l'utile e l'inutile, in una parola tra il giusto e l'ingiusto.

Nessuna visione del mondo può darsi per scontata. Nessuna idea di giustizia può considerarsi tale perché "naturalmente" radicata nell'animo umano. È la diuturna relazione con gli altri a far emergere quei sentimenti che, assumendo una precisa colorazione comunitaria, alimentano le teorizzate concezioni ideali.

Pertanto, la nozione di "giustizia" qui considerata non si esaurisce nella sola problematica relativa alla distribuzione eguale (o diseguale) delle risorse, investendo l'intera gamma delle questioni intorno alle quali si gioca la pacifica e stabile convivenza in un assetto comunitario complesso. Il pluralismo è una condizione ottimale? La democrazia è la forma di governo più desiderabile o ve ne sono altre che garantirebbero una migliore tenuta della struttura sociale? È preferibile concentrare il potere in una sola istituzione o distribuirlo tra tante? La solidarietà, come condivisione dei pesi che gravano su ogni consociato nel suo condiviso percorso comunitario, è un bene o un male? L'uomo è il fine dell'azione collettiva o lo strumento per attuare interessi generali?

Del resto, come ha bene evidenziato Michael Walzer, errano Rawls e Dworkin nel predicare che il dilemma distributivo investa beni omogenei come tali comparabili. In verità, il senso dei beni è artificialmente costruito dall'uomo e intorno ad ognuno di essi si costruiscono delle "sfere sociali" che, a loro volta, recepiscono e inglobano significati, prassi, relazioni. In base alla tradizione e alla narrazione di questa ai beni sono assegnati valori e pesi differenti. Pertanto in ogni sfera sociale si affermano proprie regole di corretta ed equa allocazione (per la salute il bisogno, per l'istruzione il merito e così via). L'ingiustizia si materializza quando un determinato bene s'impone a tutti gli altri assumendo una posizione dominante: un bene tirannico come il denaro nelle società capitalistiche. In questi casi alla politica spetta il compito di definire precisi confini tra le diverse "*Spheres of Justice*", così da impedire il sopravvento di un bene sugli altri²²⁴.

Non solo. Le classiche teorie della giustizia, oltre ad omologare i beni come risorse non differenziabili in termini di valore e di peso, tendono a sottostimare le concrete attitudini individuali come fattore decisivo nell'orientamento delle scelte comportamentali poste in essere dai singoli consociati. Per restituire rilevanza a questo profilo il cd. "approccio delle capacità" si rivela la strada più interessante da percorrere. Di questo approccio massima interprete è, com'è noto, Martha Nussbaum, senza dimenticare naturalmente il contributo fondamentale di Amartya Sen²²⁵. Le

²²⁴ Così, in estrema sintesi, il pensiero di M. WALZER, *Spheres of Justice*, Basic Books, New York, 1983, trad. it., *Sfere di giustizia*, Feltrinelli, Milano, 1987.

²²⁵ A. SEN, *Inequality Reexamined*, Clarendon Press, Oxford, 1992, trad. it., *La diseguaglianza. Un riesame critico*, Il Mulino, Bologna, 1997.

proposte teoriche dominanti nel campo dello sviluppo socioeconomico trascurando di “leggere” la condizione reale in cui vivono le persone²²⁶.

Polarizzando l’attenzione sul problema della allocazione delle risorse, questi approcci sottovalutano l’importanza assunta dalla percezione delle concrete, reali “incapacità” che gravano sui soggetti fragili.

Al contrario, il *capability approach* conduce «alla valutazione comparativa della qualità della vita e alla teorizzazione di una giustizia sociale di base»²²⁷, basata sull’interrogativo relativo a ciò che ogni persona possa fare ed essere «for a minimally decent human life»²²⁸.

4. I valori come concezioni ideali idonee a definire l’identità costituzionale delle persone.

Riassumendo.

La dimensione istituzionale è in grado di concorrere alla definizione dell’identità personale agendo su quella che è stata definita “identità costituzionale”: peraltro, su questa aggettivizzazione si avrà modo di soffermarsi nella terza parte.

Questo condizionamento ha luogo attraverso i princìpi fondamentali che si assume incorporino i valori.

A loro volta i valori sono qui interpretati come le descritte concezioni ideali.

L’identità personale è, dunque, permeabile ai suddetti valori in quanto:

a) dal punto di vista formale, si tratta di valori che assumono giuridica rilevanza grazie alla loro trasformazione in princìpi;

b) dal punto di vista sostanziale, si tratta di valori interpretabili come quelle concezioni ideali che, coltivate in seno alla società, entrano nei circuiti istituzionali per essere tradotti in princìpi e, poi, tornare alla società secondo il descritto movimento circolare.

La lunga ricostruzione svolta sino a qui aiuta a comprendere con una certa facilità il fattore di legittimazione di tali valori nel processo di graduale definizione dell’identità personale.

In quanto concezioni ideali, nel senso dapprima ricostruito, i valori non sono una entità estranea alla persona.

La loro emersione, infatti, ha luogo proprio in quel contesto sociale (e nelle varie ramificazioni o espressioni del medesimo) in cui la persona è centro di imputazione di pensieri, azioni, progettualità.

Sicché, la persona, concorrendo al progresso di elaborazione delle concezioni ideali, apre la propria identità all’influenza esercitata proprio da questi valori.

La persona ne è consapevole ed accetta di conformare l’identità personale a queste concezioni:

- in quanto *individuo* (che concepisce nella propria intimità concezioni su come dovrebbe essere la società “giusta”);

- in quanto *consociato* (dal momento che siffatte concezioni hanno senso se formano oggetto di condivisione ad opera di una moltitudine di persone e gruppi sociali);

- in quanto *homo constitutionalis* (vista la consapevolezza che tali concezioni, per poter agire in vista delle desiderate trasformazioni sociali, possono fare affidamento sul diritto oggettivo e, dunque, sulla loro trasposizione in princìpi giuridici).

²²⁶ Cfr. M.C. NUSSBAUM, *Creating Capabilities. The Human Development Approach*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2011, trad. it., *Creare capacità*, Il Mulino, Bologna, 2012, 21. Più diffusamente della stessa A., *Frontiers of Justice. Disability, Nationality, Species Membership*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2006, trad. it., *Le nuove frontiere della giustizia*, Il Mulino, Bologna, 2007.

²²⁷ M.C. NUSSBAUM, *Creare capacità*, cit., 26.

²²⁸ M.C. NUSSBAUM, *Human Rights and Human Capabilities*, in *Harvard Human Rights Journal*, 2007, 26.

Parte III

L'IDENTITÀ COSTITUZIONALE DELLA PERSONA NELLA COMPOSITA DIMENSIONE ISTITUZIONALE

Soddisfatta la questione della legittimazione dei valori quanto alla loro partecipazione diretta alle dinamiche di formazione dell'identità personale (sul versante dell'identità costituzionale), si tratta ora di analizzare le modalità in virtù delle quali tali concezioni penetrano nello spazio giuridico trasformandosi in principi. E questa ricerca verrà svolta considerando tre ambiti istituzionali: quello territoriale, quello statale, quello sovranazionale.

Innanzitutto, si cercherà di identificare il modello di relazioni tra i diversi ambiti che sia il più possibile coerente con la centralità della persona, la cui identità è in effetti incisa dai suddetti valori.

In secondo luogo, si tenterà di ricostruire il processo di emersione dei valori in parola quale condizione affinché gli stessi possano forgiare l'identità costituzionale della persona.

1. Una struttura a cerchi concentrici quale soluzione ordinamentale più congeniale alla centralità della persona.

La ricostruzione della struttura istituzionale all'interno della quale i principi condizionano il processo di formazione dell'identità personale esige un ripensamento complessivo innanzitutto dell'assetto dei rapporti tra lo Stato centrale e gli enti territoriali (regioni, *comunidades autónomas*, *Länder*), ancora strenuamente ancorato ad una visione verticale che mal si addice – come vedremo – alla centralità della persona e della compagine sociale²²⁹. Successivamente, proverò a sperimentare la stessa soluzione in relazione ai rapporti tra gli Stati membri e l'Unione europea.

1.1. Sui rapporti tra Stato ed enti territoriali, fra sovranità ed autonomia.

L'autonomia degli enti territoriali è una situazione giuridica soggettiva che si compone di una pluralità di forme strutturali e proiezioni funzionali²³⁰. Ciò che, però, qualifica tali enti è il riconoscimento dell'*autonomia politica*, vale a dire la capacità della Regione di soddisfare gli interessi della comunità di cui essa è ente esponenziale secondo un proprio indirizzo politico, in ipotesi anche diverso da quello dello Stato²³¹. Un ente è "esponenziale" quando è politicamente rappresentativo di una data comunità, nel senso di essere legittimato ad intercettare, interpretare e selezionare gli interessi generali secondo le modalità proprie di una organizzazione politica informata al principio democratico²³². L'indirizzo politico, dal canto suo, è l'insieme degli orientamenti e delle

²²⁹ Uno sguardo d'insieme sullo "stato dell'arte" è quello tratteggiato da A. MORELLI, *Le relazioni istituzionali*, in *Annuario 2018. La geografia del potere. Un problema di diritto costituzionale* (Atti del XXXIII Convegno annuale dell'AIC, Firenze, 16-17 novembre 2018), Editoriale scientifica, Napoli, 2019, 161 ss. La ricostruzione che seguirà ricalca l'analisi da me condotta in *Stato, Regioni ed enti locali come «istituzioni parimenti repubblicane»*. Dai «livelli di governo» agli «anelli istituzionali», in *le Regioni*, 2016, 47 ss.

²³⁰ V., infatti, M.S. GIANNINI, *Autonomia (saggio sui concetti di autonomia)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1951, 851 ss.

²³¹ T. MARTINES, *Studio sull'autonomia politica delle Regioni in Italia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1956, 102 ss. Ragiona in termini di "indipendenza" delle Regioni rispetto allo Stato, più precisamente nei confronti delle istituzioni statali che compongono lo Stato-persona, L. PALADIN, *Diritto regionale*, Cedam, Padova, 1992⁵, 38. Sulla prevalenza dell'indirizzo politico statale, però, v. E. SPAGNA MUSSO, *Corso di diritto regionale*, Cedam, Padova, 1987², 9 ss. V., di recente, T. CERRUTI, *Regioni e indirizzo politico: un itinerario tormentato. Le scelte in materia di istruzione e assistenza sociale*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2020, nonché B. GUASTAFERRO, *Autonomia sovranità rappresentanza*, Wolters Kulwer-Cedam, Milano-Padova, 2020. V. anche J.M. CASTELLÀ ANDREU, *Estado autonómico: pluralismo e integración constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2018.

²³² Cfr. la [sentenza n. 829 del 1988](#) della Corte costituzionale, dove sottolinea il «ruolo di rappresentanza generale degli interessi della collettività regionale e di prospettazione istituzionale delle esigenze e, persino, delle aspettative che promanano da tale sfera comunitaria».

finalità che le forze politiche dominanti definiscono allo scopo di armonizzare la loro complessiva azione di governo²³³.

Alla condizione di autonomia in cui versano, in particolare, le Regioni è stata ascritta rilevanza pienamente costituzionale, posto che le stesse esercitano la funzione legislativa e, nel contempo, sono coinvolte nella esplicazione di molte attribuzioni previste dalla Carta fondamentale²³⁴.

In questa architettura istituzionale, lo Stato è considerato ente *sovrano*, laddove le Regioni sono, per l'appunto, qualificate come entità *autonome*. Lo ha ribadito più volte, sin dagli esordi dell'esperienza regionale, la Corte costituzionale²³⁵.

La riforma costituzionale del 2001 non ha indotto la Corte a mutare indirizzo²³⁶.

Un giudizio nel quale la tensione tra sovranità e autonomia ha raggiunto l'apice è stato quello avente per oggetto la legge della Regione Sardegna sulla «istituzione, attribuzioni e disciplina della Consulta per il nuovo statuto di autonomia e sovranità del popolo sardo». Per la Corte, «la sovranità interna dello Stato conserva intatta la propria struttura essenziale, non scalfita dal pur significativo potenziamento di molteplici funzioni che la Costituzione attribuisce alle Regioni ed agli enti territoriali. Del resto, quanto alle Regioni a statuto speciale, l'art. 116 Cost. non è stato modificato

²³³ Questa è una definizione ragionevolmente approssimativa del concetto. Per una disamina approfondita delle diverse concezioni si rinvia a M. DOGLIANI, *Indirizzo politico. Riflessioni su regole e regolarità nel diritto costituzionale*, Jovene, Napoli, 1985, 43 ss.

²³⁴ Cfr. P. CAVALERI, *Diritto regionale*, Cedam, Padova, 2003, 13. La «natura costituzionale» dell'autonomia regionale è stata riconosciuta dal giudice delle leggi, quale matrice di una articolata trama di rapporti tra Stato e Regioni che deve «trovare la sua base diretta nel tessuto della Costituzione, cui spetta il compito di fissare, in termini conclusi, le stesse dimensioni dell'autonomia, cioè i suoi contenuti ed i suoi confini»: così la [sentenza n. 229 del 1989](#), secondo cui «l'ulteriore conseguenza sarà che ad ogni potere di intervento dello Stato, suscettibile di incidere su tale sfera costituzionalmente garantita, in modo da condizionarne in concreto (...) la misura e la portata, non potrà non corrispondere un fondamento specifico nella stessa disciplina costituzionale». V., altresì, le [sentenze n. 204 del 1991](#); [n. 126 del 1994](#); [n. 87 del 1996](#); [n. 18 del 1997](#).

²³⁵ Tra le meno recenti pronunce si segnalano quelle che, in relazione a molteplici e diversi profili, hanno sottolineato la distinzione tra sovranità statale e autonomia regionale quali condizioni di base dei corrispondenti «livelli istituzionali». Relativamente alla posizione spettante al Parlamento ed ai consigli regionali, nella [sentenza n. 35 del 1981](#) si legge che «è manifesto che le attribuzioni delle assemblee parlamentari sono espressione del potere di indirizzo politico generale, svolgendosi a livello di sovranità, in contrapposto al livello di autonomia sul quale si collocano i Consigli regionali, provinciali e comunali». Già verso la medesima conclusione si era mossa la [sentenza n. 110 del 1970](#), secondo cui «l'analogia tra le attribuzioni delle assemblee regionali e quelle delle assemblee parlamentari non significa identità e non toglie che le prime si svolgano a livello di autonomia, anche se costituzionalmente garantita, le seconde, invece, a livello di sovranità». In precedenza, v. le [sentenze n. 24 e n. 143 del 1968](#); [n. 6 del 1970](#). Si pensi, poi, alla [sentenza n. 209 del 1994](#), in cui la Corte ha statuito che «deroghe alla giurisdizione – sempre di stretta interpretazione – sono ammissibili soltanto nei confronti di organi immediatamente partecipi del potere sovrano dello Stato, e perciò situati ai vertici dell'ordinamento, in posizione di assoluta indipendenza e di reciproca parità». V. pure la [sentenza n. 292 del 2001](#). Decisioni ancor più risalenti avevano perentoriamente escluso il riconoscimento della sovranità agli enti regionali. Cfr. la [sentenza n. 66 del 1964](#): «per quanto lo Statuto siciliano conferisca alla Regione un'ampia autonomia, questa non è da confondere con la sovranità che resta attribuito dello Stato». In precedenza la Corte aveva sottolineato che, in ordine al necessario rispetto degli obblighi internazionali, «alle Regioni, comprese quelle a Statuto speciale, la Costituzione accorda una sfera di autonomia più o meno ampia, ma non certo la sovranità». Pertanto, pur in difetto di una esplicita previsione statutaria, anche la Regione Sicilia è tenuta all'osservanza dei predetti vincoli: invero, «anche quando non vi è alcuna disposizione espressa, come è del resto nel caso delle Regioni a statuto ordinario, nessuno potrebbe supporre che a Regioni autonome siano attribuiti poteri sovrani»: [sentenza n. 49 del 1963](#).

²³⁶ Si pensi alla [sentenza n. 106 del 2002](#). Il giudice delle leggi, pur avendo riconosciuto che «il nuovo Titolo V (...) ha disegnato di certo un nuovo modo d'essere del sistema delle autonomie», nondimeno ha precisato che «i significativi elementi di discontinuità nelle relazioni tra Stato e Regioni che sono stati in tal modo introdotti non hanno intaccato le idee sulla democrazia, sulla sovranità popolare e sul principio autonomistico che erano presenti e attive sin dall'inizio dell'esperienza repubblicana. Semmai potrebbe dirsi che il nucleo centrale attorno al quale esse ruotavano abbia trovato oggi una positiva eco nella formulazione del nuovo art. 114 della Costituzione, nel quale gli enti territoriali autonomi sono collocati al fianco dello Stato come elementi costitutivi della Repubblica quasi a svelarne, in una formulazione sintetica, la comune derivazione dal principio democratico e dalla sovranità popolare». V., inoltre, le successive [sentenze n. 29 e n. 274 del 2003](#).

nella parte in cui riconosce alle stesse “forme e condizioni particolari di autonomia secondo i rispettivi statuti speciali adottati con legge costituzionale”²³⁷.

In ambito dottrinale, la ricerca della linea di demarcazione tra ordinamenti federali e ordinamenti regionali è stata indirizzata verso l'individuazione del soggetto sovrano²³⁸. Mentre nel *Federalist*, Madison sembrava aderire ad una concezione della sovranità quale potestà condivisa o ripartita, un altro filone dottrinale ha preso le mosse dalla configurazione indivisibile di tale condizione, finendo con l'attribuirle ora agli Stati membri ora allo Stato federale. Ed è proprio l'idea della sovranità indivisibile, attribuita in via esclusiva allo Stato federale, a indurre i suoi seguaci a qualificare gli stati membri quali enti non sovrani, bensì autonomi.

Ebbene, il divario tra lo Stato “sovrano” e gli enti territoriali “autonomi” ha ispirato la configurazione del relativo sistema di relazioni in termini di interazione dialettica tra “livelli di governo”.

La prima decisione della Corte costituzionale in cui si ritrova questa espressione è relativamente recente, risalendo agli inizi degli anni Novanta, quando, in tema di servizi pubblici, questo Collegio ribadì l'imperatività del principio di leale collaborazione «ogni qualvolta si tratti di armonizzare fra loro competenze spettanti a diversi livelli di governo»²³⁹. Ne seguì una copiosa moltitudine di pronunce dello stesso tenore²⁴⁰.

È come se il seme della struttura verticale, piantato da tempo nell'impervio terreno delle relazioni tra Stato, Regioni ed enti locali, avesse faticato ad attecchire, per poi germogliare esattamente nel periodo in cui le istanze territoriali stavano per esprimersi con progressivo vigore. Sembra paradossale, ma proprio quando il nostro ordinamento stava virando verso un assetto maggiormente incline a favorire le autonomie il nostro organo di giustizia costituzionale si è fatto interprete di un modello volto a frenare o rallentare la forza centrifuga esercitata dalle sollecitazioni riformiste provenienti dalle Regioni e dagli enti locali²⁴¹.

La più importante consacrazione normativa dei “livelli di governo”, come qualificazione delle diverse articolazioni della Repubblica, è però quella sancita dalla legge costituzionale n. 1 del 2012, che, emendando l'art. 81 Cost., ha introdotto il principio del pareggio di bilancio. Infatti, l'art. 5, primo comma, lett. g), stabilisce che la legge cui rinvia il sesto comma dell'art. 81 deve, tra l'altro, prevedere «le modalità attraverso le quali lo Stato, nelle fasi avverse del ciclo economico o al verificarsi degli eventi eccezionali (...), anche in deroga all'articolo 119 della Costituzione, concorre ad assicurare il finanziamento, da parte degli altri livelli di governo, dei livelli essenziali delle prestazioni e delle funzioni fondamentali inerenti ai diritti civili e sociali».

Gli studi sul *multilevel government*, dal canto loro, non fanno che assecondare questa ricostruzione del sistema in chiave gradualistica²⁴².

Ora, gli studi condotti in tema di “gerarchia” sono concordi nell'alludere ad una struttura organizzativa complessa che si proietta in verticale, «a guisa di piramide»²⁴³. Al vertice di questa

²³⁷ [Sentenza n. 365 del 2007](#). Nella successiva [sentenza n. 118 del 2015](#) si legge che l'unità della Repubblica «è uno di quegli elementi così essenziali dell'ordinamento costituzionale da essere sottratti persino al potere di revisione costituzionale»: sicché, «pluralismo e autonomia non consentono alle Regioni di qualificarsi in termini di sovranità, né permettono che i loro organi di governo siano assimilati a quelli dotati di rappresentanza nazionale».

²³⁸ Cfr. M. VOLPI, *Stato federale e Stato regionale: due modelli a confronto*, in *Quad. cost.*, 1995, spec. 371 ss., anche per ampi riferimenti bibliografici.

²³⁹ [Sentenza n. 32 del 1991](#).

²⁴⁰ Senza ambizione di completezza, ovviamente, v. le [sentenze n. 274 del 2003](#); [n. 247](#) e [n. 278 del 2010](#); [n. 33](#) e [n. 232 del 2011](#); [n. 163 del 2012](#); [n. 44](#) e [n. 144 del 2014](#); [n. 19](#), [n. 50](#) e [n. 155 del 2015](#). Tra le più recenti v. le sentenze [n. 142](#), [n. 163](#) e [n. 176 del 2021](#).

²⁴¹ Non a caso, l'importante pronuncia sulla legge n. 59 del 1997 fa esplicito riferimento alla distribuzione delle funzioni amministrative tra «livelli territoriali di governo»: [sentenza n. 408 del 1998](#).

²⁴² Cfr., ad esempio, R. BIN, *La prassi della cooperazione nel sistema italiano di multilevel government*, in *Ist. fed.*, 2007, 689 ss.

²⁴³ A. AMORTH, *La nozione di gerarchia*, Giuffrè, Milano, 1936, 4. Di «sistema di distribuzione scalare interna delle competenze» parla perspicuamente G. PASTORI, *La pubblica amministrazione*, in G. Amato, A. Barbera (a cura di), *Manuale di diritto pubblico. II) L'organizzazione costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1997⁵, 291.

piramide è collocato il livello più elevato, in posizione di supremazia²⁴⁴. Gerarchia e struttura verticale sono saldate. Se c'è gerarchia, allora la struttura non può che essere ordinata verticalmente, ossia su più livelli. Se una struttura è piramidale, allora la gerarchia tende ad imporsi quale fattore di ordine nelle relazioni tra i diversi livelli²⁴⁵. Anche nei casi in cui la gerarchia risulta attenuata, come quando si ragiona di sovraordinazione-subordinazione, resta ferma la supremazia del soggetto apicale il cui compito essenziale è quello di garantire il funzionamento efficiente dell'intera struttura in modo armonico e coerente, così assecondando il fine ultimo dell'unità globale dell'organizzazione stessa²⁴⁶.

Ragionando di livelli di governo anche nel sistema delle relazioni tra Stato ed enti territoriali si finisce, quindi, coll'abbracciare o, quanto meno, coll'alludere ad una struttura verticale in cui il privilegiato elemento di equilibrio è rappresentato dal criterio gerarchico²⁴⁷.

Le implicazioni associate a questo modello sono intuibili. La conformazione della potestà legislativa concorrente, ad esempio, ha avuto in sede giurisprudenziale una impronta tale da consentire all'indirizzo politico statale di imporsi alle determinazioni politiche regionali proprio attraverso i principi fondamentali, la cui configurazione non è mai stata davvero circoscritta al loro ruolo di legislazione di cornice immaginata dai Costituenti²⁴⁸.

Le due riforme costituzionali del 1999 e del 2001 non hanno determinato l'auspicata deviazione dalla rotta impressa dal modello gerarchicamente orientato. Gli statuti ordinari sono stati affrancati dall'approvazione parlamentare, divenendo così a pieno titolo fonti regionali a pieno titolo²⁴⁹. Nondimeno, è altrettanto indiscutibile che l'attenzione del Governo centrale, culminata in molteplici ricorsi dinanzi alla Corte costituzionale, è stata verosimilmente condizionata dalla pervicace ostinazione a considerare le istituzioni regionali quali entità perennemente sotto tutela. Si pensi solo al caso delle cd. norme programmatiche. Le doglianze statali sono tacitamente accomunate dalla condivisa considerazione dello Stato quale unica entità legittimata a enunciare principi generali di alta portata politica o valoriale²⁵⁰. Non meno gravoso è stato il peso posto sulle spalle dei legislatori statutari dai vincoli costituzionali in tema di definizione della forma di governo, quasi che nella riedificazione dei rispettivi assetti il modello di riferimento fosse rigidamente quello statale, quale entità apicale delle istituzioni²⁵¹. E il limite dell'armonia con la Costituzione non ha fatto altro che sorreggere ulteriormente questa concezione²⁵². I compiti trasversali e l'attrazione in sussidiarietà, inaugurata dalla celeberrima [sentenza n. 303 del 2003](#), non hanno fatto altro che assecondare la tenace adesione a questo modello gerarchicamente orientato.

Il descritto modello non pare ispirarsi genuinamente al principio autonomistico sancito nell'art. 5 Cost., né, più in generale, all'essenza degli ordinamenti che hanno accolto, in diverse forme e con differenti gradi di intensità, il decentramento politico.

²⁴⁴ Cfr. G. MARONGIU, voce *Gerarchia amministrativa*, in *Enc. dir.*, XVIII, Giuffrè, Milano, 1969, 616 ss.

²⁴⁵ V. A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene, Napoli, 1974¹², 182 s.

²⁴⁶ Così, infatti, Santi ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, Cedam, Padova, 1932, 121 ss.

²⁴⁷ Non è un caso se il principio di sussidiarietà, quale criterio ordinario di allocazione delle funzioni amministrative, è comunemente identificato nella sua dimensione "verticale", distinta da quella "orizzontale" che invece afferisce ai rapporti tra i pubblici poteri e la società.

²⁴⁸ V. l'efficace analisi di M. CARLI, *Il limite dei principi fondamentali (alla ricerca di un consuntivo)*, Giappichelli, Torino, 1992, 214 ss. V., anche, gli importanti contributi di R. TOSI, «*Principi fondamentali*» e *leggi statali nelle materie di competenza regionale*, Cedam, Padova, 1987, e di A. PAOLETTI, *Leggi-cornice e Regioni. Crisi di un modello*, Giuffrè, Milano, 2001.

²⁴⁹ V., in particolare, R. BIN, *Riforma degli Statuti e riforma delle fonti regionali*, in *le Regioni*, 2000, 519 ss. nonché R. TOSI, *I nuovi Statuti delle Regioni ordinarie: procedimento e limiti*, ivi, 527 ss.

²⁵⁰ Una pezza è stata messa dalla Corte costituzionale con le note [sentenze n. 372](#), [n. 378](#) e [n. 379 del 2004](#). Sull'argomento, *le Regioni* ha dedicato ampio spazio nel numero 1-2 del 2005, con commenti di S. BARTOLE, R. BIN, P. CARETTI, M. CAMMELLI, G. FALCON, G. PASTORI, F. PIZZETTI, A. RUGGERI. V. anche A. D'ATENA, *I nuovi statuti regionali e i loro contenuti programmatici*, ivi, 2007, 399 ss.

²⁵¹ Cfr. M. OLIVETTI, *Nuovi statuti e forma di governo delle Regioni. Verso le costituzioni regionali?* Il Mulino, Bologna, 2002.

²⁵² In argomento, A. SPADARO, *Il limite costituzionale dell'"armonia con la Costituzione" e i rapporti fra lo statuto e le altre fonti di diritto*, in *le Regioni*, 2001, 453 ss.

Si consideri il caso italiano. La Costituzione, specie dopo la riforma dell'art. 114 intervenuta nel 2001, qualifica espressamente lo Stato, le Regioni e gli enti locali come *istituzioni della Repubblica italiana*, titolari di specifiche attribuzioni nei rispettivi ambiti territoriali di competenza e *parimenti* preposte alla attuazione dei principi e dei valori repubblicani. Con questa riforma il Parlamento ha interpretato correttamente l'art. 5 Cost. sviluppandolo in una enunciazione coerente rispetto ad una ragionevole condizione di equilibrio tra unità e autonomia. Il legislatore della riforma ha, quindi, svolto una ormai improcrastinabile opera di ricognizione di quel *pluralismo paritario* che innerva la struttura istituzionale della Repubblica, complessivamente considerata.

Ebbene, il pluralismo istituzionale paritario preclude la possibilità di interpretare le relazioni tra gli enti che costituiscono la Repubblica «come un rapporto di gerarchia»²⁵³.

È stato sostenuto che, per effetto di tale riforma, la “Repubblica” si attegga a ente generale che vive attraverso l'azione coordinata di tutti gli enti che la compongono²⁵⁴. Conseguenza di questa configurazione è la equiordinazione degli stessi enti, tutti «connotati da una pari dignità istituzionale»²⁵⁵.

Non sono mancate interpretazioni e letture di segno opposto e, dunque, in qualche misura conservative²⁵⁶. Nondimeno, la sensazione più diffusa presso gli interpreti è che finalmente il dettato costituzionale sia stato allineato alle posizioni più coerenti rispetto all'idea basilare di un ordinamento articolato territorialmente in una pluralità di enti esponenziali tutti parimenti chiamati a concorrere all'azione complessiva della Repubblica²⁵⁷.

Insomma, l'evocata revisione costituzionale ha una portata ricognitiva di un tratto costitutivo della Repubblica italiana già colto in Assemblea costituente²⁵⁸. Il Parlamento del 2001 non ha “creato” la pari dignità costituzionale di tutti gli enti che formano la Repubblica: questa pari dignità è stata infine enunciata in maniera esplicita, fugando così ogni dubbio nutrito dalla vischiosità, spesso non esplicitata, del fattore gerarchico, incline a caratterizzare una struttura che verticale non è. E che non avrebbe mai dovuto esserlo. Stato, Regioni ed enti locali sono *e non possono che essere* elementi costitutivi, *a pari titolo*, della Repubblica italiana, una e indivisibile²⁵⁹. Siccome la Repubblica «è costituita» dallo Stato, dalle Regioni e dagli enti locali, allora tutti gli organi di tali enti sono istituzioni repubblicane *alla medesima stregua*, sia pure con compiti differenti (*dimensione della competenza*) e con funzioni altrettanto diversificate (*dimensione del potere*). Stato, Regioni ed enti locali *servono*, ciascuno secondo le rispettive competenze e ciascuno esercitando i rispettivi poteri, la Repubblica. Anche gli enti territoriali concorrono ad attuare le finalità repubblicane.

Stando così le cose, si rivela recessiva la rigida contrapposizione tra sovranità ed autonomia.

²⁵³ C. MAINARDIS, *Unità e articolazione della Repubblica*, in R. Bin, G. Falcon (a cura di), *Diritto regionale*, Il Mulino, Bologna, 2018², 111.

²⁵⁴ Di questo avviso S. MANGIAMELI, *La riforma del regionalismo italiano*, Giappichelli, Torino, 2002, spec. 239.

²⁵⁵ S. GAMBINO, *L'ordinamento repubblicano: fra principi costituzionali e nuovo assetto territoriale dei poteri*, in ID. (a cura di), *Diritto regionale e degli enti locali*, Giuffrè, Milano, 2004, 5.

²⁵⁶ Si pensi, ad esempio, a R. BIFULCO, *Commento all'art. 5*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, III, Utet, Torino, 2006, 146, per il quale l'elencazione di cui al citato art. 114 «non mira (...) a creare una parificazione tra gli enti ma solo a indicare che la Repubblica si costituisce sussidiariamente attraverso di essi». V. anche A. ANZON, *I poteri delle Regioni dopo la riforma costituzionale. Il nuovo regime e il modello originario a confronto*, Giappichelli, Torino, 2004, 173. Cfr. anche A. BARBERA, *Dal "triangolo tedesco" al "pentagono italiano"*, in *Quad. cost.*, 2002, 85.

²⁵⁷ Così M. CAMMELLI, *Amministrazione (e interpreti) davanti al nuovo Titolo V della Costituzione*, in *le Regioni*, 2001, 1274; B. CARAVITA, *La Costituzione dopo la riforma del Titolo V. Stato, Regioni e autonomie locali fra Repubblica e Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2002, 34; G. ROLLA, *Relazioni tra ordinamenti e sistema delle fonti. Considerazioni alla luce della legge costituzionale n. 3 del 2001*, in *le Regioni*, 2002, 324; E. MALFATTI, *Legge cost. 18 ottobre 2001, n. 3*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, continuato da A. Pizzorusso, Zanichelli-Ed. Il Foro italiano, Bologna-Roma, 2006, 278 ss.

²⁵⁸ *Contra* G. DEMURO, *Commento all'art. 114*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit., 2169.

²⁵⁹ Di questo avviso C. PINELLI, *L'ordinamento repubblicano nel nuovo impianto del Titolo V*, in S. Gambino (a cura di), *Il 'nuovo' ordinamento regionale. Competenze e diritti*, Giuffrè, Milano, 2003, 154, per il quale il Parlamento nel 2001 ha rimosso le «ambiguità latenti» nel previgente testo.

La sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione. Essa è la matrice di tutti i poteri esercitati in seno all'ordinamento repubblicano²⁶⁰. Non è dunque lo Stato centrale ad essere sovrano, quanto il popolo, che alle istituzioni repubblicane ha devoluto, attraverso la Costituzione, i poteri necessari affinché possa essere garantito il governo complessivo dell'ordinamento italiano. Peraltro, con questa importante precisazione: «la suprema potestà di governo non è attribuita al popolo come unità indivisibile, ossia come ad un unico soggetto, ma a tutti i cittadini, membri del popolo, ciascuno dei quali ha un diritto personale di parteciparvi con la propria volontà e perseguendo il proprio orientamento politico»²⁶¹.

L'autonomia, dal canto suo, non è il confine che circoscrive le attribuzioni delle istituzioni territoriali, essendone piuttosto un elemento di garanzia. Il riconoscimento dell'autonomia è la premessa affinché istituzioni repubblicane distinte dallo Stato possano orientare la loro azione complessiva di governo, quali enti esponenziali di comunità stanziati in determinati territori, secondo un proprio indirizzo politico. Se nei confronti dello Stato si dà per scontata la possibilità di definire, attraverso il confronto dialettico tra le due Camere ed il Governo, un proprio indirizzo politico, non altrettanto assodato o “naturale” lo è per tutti gli enti esponenziali diversi dallo Stato centrale. Ecco perché non è banale la decifrazione dell'autonomia come qualità intrinseca di politicità.

In sintesi. La Repubblica italiana è una organizzazione giuridica complessa chiamata a prendersi cura degli interessi espressi dalla comunità territoriale di riferimento. Questa cura ha luogo in armonia con i principi costituzionali, espressi o impliciti, i quali, a loro volta esigono una diuturna azione di invero, affinché possano davvero contribuire alla trasformazione della società nel senso illuminato dagli stessi principi. L'invero di tali principi è demandato alle istituzioni che, a vario titolo e con attribuzioni distinte seppur coordinate, costituiscono la struttura repubblicana. E queste istituzioni agiscono esercitando poteri che riposano su di un unico e comune titolo di legittimazione, vale a dire la sovranità popolare.

Alcuni studiosi propugnarono l'esistenza, nei sistemi non unitari, di un modello tripartito, che definì lo Stato federale come la somma di tre distinti elementi ordinamentali: gli Stati membri, lo Stato centrale e l'ordinamento totale o complessivo (*Gesamtstaat*) scaturito dalla sintesi dei primi due²⁶². Nell'alveo concettuale tracciato da questa linea, Hans Nawiasky sostenne il superamento dell'idea di un rapporto gerarchico fra *Bund* e *Länder* sostenendo la tesi della originarietà e indipendenza del potere di tutte le istituzioni della federazione. Il vero problema non è l'assegnazione della sovranità, quanto il riparto di competenze tra tali enti²⁶³.

Hans Kelsen, poi, ha articolato una riflessione affine a quella appena evocata. Sulla base di una “costituzione totale” (*Gesamtverfassung*), che delega e distribuisce le rispettive competenze, operano due specie di “ordinamenti parziali” (*Teilordnungen*), tali in quanto appunto competenti solo in determinati ambiti oggettivi: lo “stato centrale” (*Oberstaat*), ossia l'ordinamento parziale con validità spaziale per tutto il territorio, e più ordinamenti parziali (variamente denominati), con validità spaziale limitata a porzioni del territorio stesso. Tra lo stato centrale e gli stati-membri «non vi [è] affatto un rapporto di sovraordinazione e di sottordinazione (dato che non c'è delegazione) ma, al contrario, un rapporto di coordinazione»²⁶⁴. Stato centrale e stati-membri sono parimenti soggetti

²⁶⁰ Cfr. C. LAVAGNA, *Basi per uno studio delle figure giuridiche soggettive contenute nella Costituzione italiana*, ora in Id., *Ricerche sul sistema normativo*, Giuffrè, Milano, 1953, 794, nonché P. CARETTI, U. DE SIERVO, *Diritto costituzionale e pubblico*, Giappichelli, Torino, 2014², 79.

²⁶¹ V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana (Note preliminari)* (1955), ora in *Stato. Popolo. Governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1985, 122.

²⁶² Sul punto M. VOLPI, *op. cit.*, 373, evoca innanzitutto l'opera di R. HÄNEL, *Studien zum Deutschen Staatsrecht*, I, Haessel, Leipzig, 1873, 63 ss. V. anche J. HARBICH, *Der Bundesstaat und seine Unantastbarkeit*, Duncker & Humblot, Berlin, 1965, 36 ss., e H. POLLMANN, *Repräsentation und Organschaft*, Duncker & Humblot, Berlin, 1969, 143 ss.

²⁶³ H. NAWIASKY, *Der Bundesstaat als Rechtsbegriff*, Mohr, Tübingen, 1920, 25 ss.

²⁶⁴ H. KELSEN, *Die Bundesexekution: ein Beitrag zur Theorie und Praxis des Bundesstaates, unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Reichs und der österreichischen Bundesverfassung*, in *Festgabe für F. Fleiner zum 60. Geburtstag*, Mohr, Tübingen, 1927, 127 ss., trad. it., *L'esecuzione federale*, in ID., *La giustizia costituzionale*, a cura di C. Geraci, Giuffrè, Milano, 1981, 79.

soltanto alla costituzione totale, cui spetta il compito di coordinare le rispettive attribuzioni. Così, la costituzione totale, unitamente agli ordinamenti parziali da essa delegati, forma la “comunità totale” (*Gesamtgemeinschaft*). Gli ordinamenti parziali, a loro volta, formano le “comunità parziali” (*Teilgemeinschaften*). La “centralità” dello stato che gode di una validità spaziale estesa a tutto il territorio è, «a prescindere da tendenze accentratrici forse inconscie»²⁶⁵, ascritta al fatto che quella è storicamente la prima costituzione dello stato federale. Rispetto a questa, lo stato centrale opera tanto come organo della costituzione totale (quindi, come organo di produzione, modifica e perfezionamento di questo ordinamento), quanto come organo dell’ordinamento parziale. Solo in questi termini si può riconoscere una qualche forma di primazia dello stato centrale rispetto agli stati-membri. Se è vero che l’istanza di revisione della costituzione totale è l’organo legislativo dello stato centrale, è altrettanto indiscutibile che la “ripartizione delle competenze” tra lo stato centrale e gli stati-membri non può essere ricondotta tra le attribuzioni dello stato centrale in quanto ordinamento parziale «al pari di una qualunque competenza materiale»²⁶⁶. Invero, «alla costituzione totale appartiene necessariamente la ripartizione di competenze tra federazione [stato centrale, *ndr*] e stati-membri»²⁶⁷. Quando, infine, la prima costituzione dell’ordinamento federale regola non solo la ripartizione di competenze, ma anche l’intera costituzione dello stato centrale e i tratti fondamentali delle costituzioni degli stati-membri, allora si possono identificare tre ambiti normativi: innanzitutto, la costituzione totale, che contiene la costituzione dello stato centrale e i tratti fondamentali delle costituzioni degli stati-membri; in secondo luogo, l’ordinamento dello stato centrale, che include norme di diritto sostanziale poste in essere nell’ambito di validità parziale assegnato dalla costituzione totale; infine, gli ordinamenti di ciascuno stato-membro, formato dalle rispettive costituzioni e dalle norme di diritto sostanziale emanate nel rispetto degli ambiti spaziali di validità.

Proviamo, ora, a trarre ulteriori argomenti, a suffragio della posizione teorica qui accolta, dalla meditazione kelseniana.

Innanzitutto, la distinzione tra stato centrale e stati membri è basata sulla distribuzione delle competenze, e non su di una aprioristica supremazia del primo rispetto ai secondi. Nella definizione delle rispettive attribuzioni, l’elemento determinante è il territorio, trattandosi di enti abilitati ad operare entro circoscritti ambiti spaziali di validità. Stando così le cose, non è la gerarchia il modello organizzativo da preferire, quanto la coordinazione tra soggetti parimenti subordinati alla costituzione, cui peraltro compete l’allocazione dei rispettivi compiti.

Inoltre, la tripartizione kelseniana (costituzione totale, ordinamento dello stato centrale, ordinamenti degli stati membri) è rinvenibile anche nel nostro ordinamento repubblicano. Questo è la risultante della combinazione dei seguenti elementi: la Costituzione del 1948 reca la “costituzione” dello stato centrale (forma di governo, autorità giurisdizionali, Corte costituzionale) e, nel contempo, enuncia i tratti fondamentali delle “costituzioni” delle Regioni (statuto, forma di governo regionale); l’ordinamento dello stato centrale, che abbraccia il diritto positivo di matrice appunto statale; gli ordinamenti di ciascuna Regione, che includono il diritto positivo (statuto, leggi regionali) prodotto in ambito locale.

A questo ordine di considerazioni si potrebbe obiettare che, nella realtà, non vi sarebbe alcuna distinzione tra gli organi dello Stato centrale e gli organi dell’ordinamento totale²⁶⁸. Senonché, questo rilievo non solo non inficia il ragionamento appena abbozzato, ma contribuisce addirittura a corroborarlo. La realtà ha condotto a sovrapporre e a confondere gli organi dello Stato centrale con gli organi dell’ordinamento totale (*rectius*: dell’ordinamento repubblicano) per la stessa ragione per cui continua ostinatamente ad esercitare un diffuso fascino l’immagine dello stato centrale come ente collocato in una improbabile posizione di supremazia rispetto agli stati membri o alle Regioni. Questo convincimento, che travisa l’essenza di un ordinamento basato sul pluralismo istituzionale, ha

²⁶⁵ *Id.*, 80.

²⁶⁶ *Id.*, 81.

²⁶⁷ *Id.*, 82.

²⁶⁸ V., infatti, G. DE VERGOTTINI, voce *Stato federale*, in *Enc. dir.*, XLIII, Giuffrè, Milano 1990, 837 s., nonché M. VOLPI, *op. cit.*, 22.

impresso una certa direzione alla reale dinamica delle relazioni tra i pubblici poteri. In altri termini, se nella realtà gli organi dello Stato centrale sono percepiti come gli organi dell'ordinamento federale o altrimenti qualificato, è perché questa percezione riposa su di una malintesa interpretazione dei caratteri essenziali di un ordinamento, come il nostro, a forte decentramento politico. La realtà ha recepito e assecondato una premessa erronea, e dunque non può essere invocata per provare la fondatezza della tesi che vuole lo Stato centrale in una posizione di supremazia gerarchica rispetto agli enti territoriali.

Altre argomentazioni idonee a revocare in dubbio l'immagine di una relazione gerarchica sono ricavabili dalla stessa concezione del pluralismo²⁶⁹.

Il pluralismo, inteso correttamente, è per definizione paritario. Il pluralismo presuppone l'eguaglianza delle diverse componenti che animano una certa struttura complessa. È proprio questa condizione di parità a garantire l'equilibrio di un sistema che altrimenti, in quanto costituito da una moltitudine eterogenea di elementi, finirebbe fatalmente col disintegrarsi.

Il pluralismo istituzionale asseconda la volontà di distribuire il potere presso una più o meno ricca varietà di autorità nella consapevolezza che la valorizzazione delle competenze di ciascuna può sortire effetti utili sul governo di una comunità variegata ed eterogenea come quella degli ordinamenti contemporanei²⁷⁰.

Quando, dunque, l'art. 114 Cost. allude ad una pari dignità costituzionale di tutti gli enti che costituiscono la Repubblica, esso afferma qualcosa di immanente al principio pluralista.

Un sistema pluralisticamente orientato è una struttura complessa in cui il fattore organizzativo di equilibrio è quello della *distribuzione delle competenze* tra le diverse componenti del sistema stesso, e non di una supposta supremazia di un livello di governo rispetto a tutti gli altri. Se il pluralismo riposa sulla eguaglianza (i.e. pari dignità) di tutte le istituzioni che compongono il sistema, allora anche le rispettive attribuzioni sono eguali quanto ad attitudine a contribuire alla realizzazione delle finalità generali del sistema. Gli ambiti di competenza sono differenti. Le misure adottate possono avere impatti di diversa entità. Nondimeno, tutte le determinazioni assunte in questo sistema sono manifestazione di attribuzioni pariordinate, in quanto tutte *egualmente* destinate alla cura degli interessi generali espressi all'interno di quel sistema. Non vi può essere gerarchia tra le attribuzioni, ma solo una separazione *coordinata* delle rispettive competenze. Come ha puntualmente osservato Omar Chessa, «la differenziazione funzionale non equivale per nulla a gerarchia su basi di valore». Sarebbe, dunque, «improprio inferire dalla diversità delle competenze la diversa dislocazione gerarchica di chi le esercita»²⁷¹.

Il pluralismo paritario enfatizza il ruolo della “competenza” quale criterio organizzativo preposto all'ordinato e coerente svolgimento delle relazioni interistituzionali. E ciò in alternativa al criterio gerarchico, proprio delle strutture piramidali che si sviluppano in senso verticale²⁷².

Gli spazi di vitalità della sovranità popolare sono plurimi.

Abbandonato il modello liberale classico imperniato su di un Parlamento rappresentativo del solo ceto borghese, gli ordinamenti contemporanei conoscono una diffusione, più o meno accentuata, di momenti di espressione della rappresentanza politica. Con l'avvento dello Stato sociale, con l'affermazione delle istituzioni del decentramento politico, con la consacrazione del pluralismo e della partecipazione tra i pilastri dei rinnovati ordinamenti si assiste alla nascita progressiva di una

²⁶⁹ V. le riflessioni svolte da B. PEZZINI, *Il principio costituzionale dell'autonomia locale e le sue regole*, in B. Pezzini, S. Troilo (a cura di), *Il valore delle autonomie. Territorio, potere, democrazia*, Editoriale scientifica, Napoli, 2015, XIX ss.

²⁷⁰ Cfr. B. CARAVITA, *La Costituzione dopo la riforma del Titolo V*, Giappichelli, Torino, 2002, 29 ss.

²⁷¹ O. CHESSA, *La resurrezione della sovranità statale nella sent. n. 365 del 2007*, in *le Regioni*, 2008, 233, dove aggiunge che «misurare il *quantum* di potestà che compete a ciascun ente territoriale della Repubblica e da ciò inferirne la posizione di sopra o sottordinazione nel quadro dell'assetto repubblicano è impresa ardua, se non impossibile o comunque altamente incerta negli esiti».

²⁷² Cfr. A. RUGGERI, *Gerarchia, competenza, qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Giuffrè, Milano, 1977, spec. 80 ss., e S. PARISI, *La gerarchia delle fonti. Ascesa declino mutazioni*, Jovene, Napoli, 2012, spec. 218 ss.

costellazione di spazi di inveroamento della sovranità popolare attraverso la progressiva maturazione del metodo democratico.

Gli enti territoriali sono luoghi istituzionali di svolgimento della sovranità popolare. Che si tratti di momenti di vita democratica su scala ridotta, rispetto all'ambito nazionale, non incide sulla capacità di tali contesti di favorire il pieno sviluppo della sovranità popolare.

L'unità presidiata dall'art. 5 Cost. non è unità politica, ma unità strutturale, nel senso di condizione contraria al dissolvimento dell'ordinamento repubblicano²⁷³. Gli organi apicali degli enti territoriali sono istituzioni politiche, in quanto insediate tramite processi di selezione informati al principio democratico. L'attività posta in essere da tali organi è politica, in quanto mira ad un confronto e ad una selezione dei variegati interessi emersi in seno alle rispettive comunità di riferimento alla stregua di criteri di opportunità. Dal canto loro, i partiti politici svolgono la loro azione attiva anche in ambito territoriale, dove il contatto con le realtà locali è più intenso, quotidiano, tangibile, così mettendo in crisi il monopolio preteso dalle segreterie nazionali. I momenti di partecipazione popolare non difettano, sol che si pensi alla previsione di referendum regionali e locali oltre ad altre forme, variamente denominate, di coinvolgimento diretto delle comunità nei processi decisionali²⁷⁴.

La democrazia vive e si rigenera anche in ambito territoriale. La sovranità popolare acquista una ricchezza che non avrebbe ove fosse relegata al solo contesto nazionale. È una democrazia di prossimità, di diretto contatto con le sedi della politica, e il fatto che si tratti di processi decisionali su materie o ambiti tutto sommato (spesso apparentemente) meno "pregiati" o strategici rispetto a quelli di competenza delle autorità nazionali non sottrae nulla all'essenza della sovranità popolare vissuta in ambito regionale o locale²⁷⁵.

La sovranità popolare, innervando l'intero tessuto delle istituzioni repubblicane, finisce coll'essere una «qualità che si trasmette in egual misura a tutti i livelli di rappresentanza politica elencati nell'art. 114»²⁷⁶. La stessa Corte costituzionale ha escluso l'assolutezza della tesi secondo cui nel Parlamento si risolverebbe la sovranità popolare, «senza che le autonomie territoriali concorrano a plasmarne l'essenza»²⁷⁷. L'art. 1 Cost., nell'attribuire la sovranità al popolo, «impedisce di ritenere che vi siano luoghi o sedi dell'organizzazione costituzionale nella quale essa si possa insediare esaurendovisi»²⁷⁸. Il novellato art. 114 ha, dunque, rivelato la comune derivazione di tutti gli enti che costituiscono la Repubblica dal principio democratico e dalla sovranità popolare. Il che sdrammatizza il confronto dialettico tra unità ed autonomia: non più «due valori in perenne, reciproco conflitto», bensì «due profili dell'unico volto dell'ordinamento»²⁷⁹.

La disarticolazione del potere non è semplicemente una opzione organizzativa. Essa concorre a garantire l'effettivo compimento dei principi costituzionali, con specifico riferimento al pieno sviluppo della persona e alla effettiva partecipazione di tutti alla vita comunitaria: «le autonomie locali costituiscono una parte essenziale dell'articolazione democratica dell'ordinamento unitario repubblicano e, per altro verso, si attribuisce a siffatto articolato complesso di istituzioni democratiche - ora sotto la denominazione di "Repubblica", ora sotto quella di "Italia" - l'adempimento di una serie di compiti fondamentali: compiti che vanno svolti, oltreché attraverso le proprie competenze, nella pienezza delle potenzialità di partecipazione comunitaria di cui ciascuna

²⁷³ In questi termini F. CUOCOLO, *op. cit.*, 505 ss.

²⁷⁴ V., in particolare, R. BIN, *Regioni e partiti politici*, in *le Regioni*, 2014, 317 ss.; A. COSSIRI, *Il "territorio" nell'autoregolamentazione dei partiti politici. Un'analisi in prospettiva costituzionalistica*, *ivi*, 359 ss.; L. VIOLINI, *La crisi della politica e dei partiti: è sufficiente una legge?* in *Iustitia* 2012, spec. 496; S. STAIANO, *Art. 5*, Carocci, Roma, 2017, 116; A.G. LANZAFAME, *L'organizzazione territoriale dei partiti: prassi, regole e dover essere costituzionale*, in S. Staiano, G. Ferraiuolo, A. Vuolo (a cura di), *Partiti politici e dinamiche della forma di governo*, Editoriale scientifica, Napoli, 2020, 389 ss.

²⁷⁵ Cfr., tra gli altri, K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, I, Beck, München, 1984, 635 ss.

²⁷⁶ O. CHESSA, *op. ult. cit.*, 235.

²⁷⁷ [Sentenze n. 106 e n. 306 del 2002](#).

²⁷⁸ [Sentenza n. 106 del 2002](#).

²⁷⁹ A. RUGGERI, *L'autonomia regionale (profili generali)*, in A. Ruggeri, G. Verde (a cura di), *Lineamenti di diritto costituzionale della Regione Sicilia*, Giappichelli, Torino, 2012, 17.

istituzione è capace e che sono diretti a favorire il più elevato sviluppo della persona umana, della solidarietà sociale ed economica, della democrazia politica, della cultura e del progresso tecnico-scientifico, della convivenza pacifica tra i popoli (artt. 2, 3, 9 e 11 Cost.)»²⁸⁰.

Per quanto lo Stato continui a serbare presso di sé la competenza esclusiva in tema di diritti fondamentali, con particolare riferimento a quelli di prima generazione, nondimeno le funzioni assegnate agli enti territoriali contribuiscono a garantire quanto meno l'effettivo esercizio degli stessi. Può apparire persino superfluo ricordare le competenze delle Regioni in ambiti materiali strategici come la sanità, l'istruzione, il lavoro, l'assistenza sociale. Resta ferma la competenza esclusiva del legislatore statale sui livelli essenziali, ma sarebbe miope non vedere quanto peso siano destinate ad assumere le decisioni (normative e amministrative) assunte dalle istituzioni regionali e locali nei contesi in cui tali diritti vivono concretamente²⁸¹.

È, dunque, proprio la cornice costituzionalistica, che definisce l'area di azione limitata dei pubblici poteri, ad esaltare la comune condizione politico-giuridica dello Stato, delle Regioni e degli enti locali quali istituzioni egualmente repubblicane, tutte proiettate all'avveramento del disegno costituzionale di protezione e promozione dei diritti fondamentali in vista della coerente affermazione del principio personalista e del principio democratico di partecipazione effettiva in un sistema pluralistico. Non a caso, il giudice delle leggi ha evocato una immagine dalle forti tonalità suggestive quando si è riferita alla "lealtà" di tutti i soggetti dell'ordinamento²⁸².

Ora, non sono pochi gli scritti nei quali i rispettivi autori prediligono l'espressione "*anelli istituzionali*" per qualificare i diversi enti che compongono la Repubblica, in sostituzione della consolidata classificazione degli stessi come "livelli di governo"²⁸³. La proposta qualificazione riflette una ricostruzione dell'edificio istituzionale autenticamente informata al principio della pari dignità costituzionale²⁸⁴.

Una *struttura complessa* è un insieme organizzato di elementi eterogenei. La condizione indefettibile di corretto funzionamento di tale struttura è l'*equilibrio* tra le diverse componenti. La struttura è in equilibrio quando la sua configurazione resta inalterata nonostante il moto assunto dai diversi elementi. L'equilibrio è influenzato dalla combinazione armonica di una molteplicità di fattori. L'interazione coordinata tra le diverse componenti dipende dalla configurazione della struttura.

²⁸⁰ [Sentenza n. 829 del 1988](#).

²⁸¹ V. M. LUCIANI, *I diritti costituzionali tra Stato e Regioni (a proposito dell'art. 117 comma 2, lett. m), della Costituzione*, in *Pol. dir.*, 2002, 345 ss.; E. LONGO, *Regioni e diritti: la tutela dei diritti nelle leggi e negli statuti regionali*, EUM, Macerata, 2007; A. RUGGERI, *Regioni e diritti fondamentali*, in *Giur. it.*, 2011, 1461 ss.

²⁸² A cominciare proprio dalla [sentenza n. 303 del 2003](#): «ciò impone di annettere ai principi di sussidiarietà e adeguatezza una valenza squisitamente procedimentale, poiché l'esigenza di esercizio unitario che consente di attrarre, insieme alla funzione amministrativa, anche quella legislativa, può aspirare a superare il vaglio di legittimità costituzionale solo in presenza di una disciplina che prefiguri un iter in cui assumano il dovuto risalto le attività concertative e di coordinamento orizzontale, ovvero sia le intese, che devono essere condotte in base al principio di lealtà». Cfr. anche le [sentenze n. 6 del 2004](#); [n. 242](#), [n. 285](#) e [n. 383 del 2005](#); [n. 63 del 2008](#); [n. 278 del 2010](#); [n. 39 del 2013](#).

²⁸³ V., infatti, M. CAMELLI, *op. cit.*, 1274 ss.; F. PIZZETTI, [Le nuove esigenze di governance in un sistema policentrico «esplosivo»](#), in questa [Rivista](#), 2002; A. CELOTTO, A. SARANDREA, *Le funzioni amministrative*, in T. Groppi, M. Olivetti (a cura di), *La Repubblica delle autonomie*, Giappichelli, Torino, 2001, 182; M. OLIVETTI, *Lo Stato policentrico delle autonomie*, ivi, 40 ss.; G. ROLLA, *L'autonomia dei comuni e delle province*, ivi, 212 ss.; N. MACCABIANI, *Governare in autonomia secondo logica costituzionale*, in *le Regioni*, 2019, 1041.

²⁸⁴ Cfr. F. BENVENUTI, *L'ordinamento repubblicano*, in *Scritti giuridici*, I, Vita e Pensiero, Milano, 2006, 697, secondo cui «oggi la relazione tra enti territoriali minori e Stato-persona è invece una relazione di autonomia nel senso che non occorre più la coincidenza di fini e di interessi ma qualunque fine e qualunque interesse dell'ente minore si pone con parità di valore nei confronti dei fini e degli interessi dello Stato-persona, tutti assommandosi nell'ordinamento complessivo». In questo quadro anche gli enti locali «non sono in posizione di aiuto rispetto allo Stato ma dovranno concorrere, come libera manifestazione della vita sociale, alla vita dello Stato, in posizione di parità sostanziale con lo Stato-persona per raggiungere, con esso, i fini dell'ordinamento comunitario complessivo». V., altresì, V. CASAMASSIMA, *Le Province nel flusso delle riforme degli enti locali. Questioni aperte e prospettive future dopo l'esito del referendum costituzionale del 2016*, in [Rivista AIC](#), 2018, f. 4, 512 ss.

Una struttura a proiezione orizzontale si sviluppa articolandosi in una pluralità di anelli, raffigurabili come una struttura a cerchi concentrici. La ricerca dell'equilibrio parte proprio dall'elemento centrale della struttura stessa. I diversi anelli ruotano intorno a tale nucleo conservando l'equilibrio grazie alla forza di attrazione gravitazionale esercitata dallo stesso nucleo. È un equilibrio dinamico, ma che garantisce la stabilità nel tempo di tale struttura grazie ad una regolare interazione tra i diversi anelli.

Il nucleo è la comunità territoriale di riferimento. Stato, regioni ed enti locali ruotano intorno a tale nucleo comunitario alla stregua appunto di "anelli istituzionali". L'equilibrio di questa struttura non può dipendere dalla sola interazione tra gli anelli istituzionali, ma soprattutto dalla forza di attrazione gravitazionale esercitata dal nucleo, cioè dalla comunità.

Ogni comunità esprime variegati interessi generali. Compito delle istituzioni pubbliche è selezionare detti interessi e adottare misure idonee al loro appagamento. In un assetto caratterizzato dal pluralismo istituzionale, è decisiva l'individuazione dell'anello chiamato ad espletare tale funzione. La norma di allocazione del potere può giovare del criterio materiale, ma – come comprovato dall'esperienza repubblicana anche dopo la riforma costituzionale del 2001 – non è detto che tale criterio riesca a funzionare in termini di efficiente realizzazione degli interessi comunitari. Per di più, questo criterio sovrintende alla distribuzione tra Stato e Regioni della funzione legislativa. La potestà amministrativa – che invece è riconosciuta a tutti gli enti che costituiscono la Repubblica – si è affrancata da principio del parallelismo per percorrere un itinerario diverso, quale quello tracciato dal principio di sussidiarietà. Questo processo di emancipazione fu intrapreso, a Costituzione (allora) invariata, con la riforma Bassanini, ed è culminato nella riscrittura dell'art. 118 Cost. Senonché, la creazione giurisprudenziale della chiamata in sussidiarietà ha di nuovo sovrapposto la funzione legislativa e quella amministrativa, riportando ad un assetto sempre sensibile all'idea della struttura istituzionale articolata su più livelli di governo.

La costituzionalizzazione del principio di sussidiarietà va, però, presa sul serio. Allo stesso modo in cui la Corte costituzionale, nel caso della chiamata in sussidiarietà, ha riconosciuto a tale principio una portata eclettica, ossia ulteriore rispetto a quella di privilegiato canone di allocazione delle funzioni amministrative, coerentemente occorre ricavare dalla sussidiarietà tutte le potenzialità di ridefinizione del sistema in essa annidate.

La sussidiarietà evoca l'idea di istituzioni pubbliche al *servizio della comunità*. La sussidiarietà, nel contempo, enfatizza la *prossimità* del potere rispetto alla comunità che ha espresso determinati interessi generali quale *optimum* nel governo della cosa pubblica²⁸⁵.

La cura degli interessi generali espressi in ambito sociale diviene con forza il fine ultimo dell'azione dispiegata dalle istituzioni. E questa cura compete, di regola, all'ente più vicino alla comunità portatrice di quegli interessi, ammettendo spazio ad enti diversi solo in caso di conclamata inidoneità dell'ente prescelto secondo questo metodo.

La struttura a cerchi concentrici, che si sviluppa orizzontalmente in anelli istituzionali, ben rappresenta la declinazione della sussidiarietà quale fondamentale principio metodologico preordinato a presidiare l'equilibrio della struttura stessa. La comunità è il nucleo della struttura. Essa esprime determinati interessi generali. Così facendo esercita una forza di attrazione gravitazionale che mantiene in equilibrio il sistema, valorizzando l'anello istituzionale più vicino. Così, se determinati interessi generali sono espressi dalla comunità comunale, il comune sarà il primo anello

²⁸⁵ Senza ambizione di completezza v. S. CASSESE, *L'aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea*, in *Foro it.* 1995, V, 373 ss.; A. D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quad. cost.* 2001, 13 ss.; A.M. POGGI, *Le autonomie funzionali «tra» sussidiarietà verticale e sussidiarietà orizzontale*, Giuffrè, Milano 2001, 67 ss.; P. VIPIANA, *Il principio di sussidiarietà verticale. Attuazioni e prospettive*, Giuffrè, Milano, 2002; O. CHESSA, *Sussidiarietà ed esigenze unitarie: modelli giurisprudenziali e modelli teorici a confronto*, in *le Regioni*, 2004, 941 ss.; T.E. FROSINI, voce *Sussidiarietà (principio di)*, in *Enc. dir.*, Ann. II, Giuffrè, Milano, 2008, 1133 ss.

istituzionale, ossia quello che descrive un'orbita circolare con il raggio più corto²⁸⁶. La maggior vicinanza alla comunità dalla quale è affiorato un certo interesse generale consente (*recte*: si presume che consenta) il più mirato, efficiente, consapevole soddisfacimento di quell'interesse. Se, invece, un dato interesse generale è espresso dalla comunità provinciale (che altro non è se non la somma delle comunità locali insistenti in un territorio convenzionalmente circoscritto dai confini provinciali), allora l'anello istituzionale più vicino è la provincia (se e fino quando essa sarà annoverata tra gli enti che costituiscono la Repubblica). E così via sino agli interessi espressi dalla comunità nazionale.

In questa struttura, non c'è posto per relazioni più o meno intensamente informate al criterio gerarchico. Nessun ente può vantare una posizione di supremazia rispetto agli altri. L'anello istituzionale più idoneo è, di regola, quello posto nelle migliori condizioni per recepire, interpretare, selezionare e appagare gli interessi di matrice sociale. È l'anello istituzionale che più degli altri risente della forza di gravità esercitata dal nucleo. Per sottrarre una simile competenza, così da consegnarla all'anello istituzionale successivo, è necessario vincere questa forza di gravità con una accelerazione particolarmente intensa.

In estrema sintesi: *la comunità torna ad essere il centro dell'azione svolta dalle istituzioni pubbliche.*

1.2. Sui rapporti tra l'Unione europea e gli Stati membri.

Nessun dubbio circa l'insussistenza di una relazione gerarchica in ambito europeo. Peter Häberle non avrebbe potuto essere più chiaro al riguardo: si potrebbe anche parlare di una costruzione dell'Unione europea da parte degli Stati come un processo che procede "dal basso" «se questa immagine spaziale non fosse già fuorviante per il semplice fatto che false sono tutte le concezioni gerarchiche»²⁸⁷.

In effetti, l'interazione che anima questo ambito vede come parti alcuni Stati sovrani e indipendenti. La loro natura di enti *superiorem non recognoscentes*, quali organizzazioni giuridiche complesse operanti in ordinamenti originari e non derivati, dovrebbe fugare qualsiasi remora circa la ricostruzione dei rapporti con le istituzioni dell'Unione europea secondo uno schema che si proietta orizzontalmente, dove nessun organismo possa vantare o reclamare una qualche posizione di supremazia rispetto agli altri.

Il fatto che ogni Stato membro ceda una quota, anche significativa, di sovranità, come imposto in Italia dall'art. 11 Cost., non annulla la condizione degli Stati come entità indipendenti e, come tali, provviste di una piena personalità giuridica di diritto internazionale. La cessione di segmenti di sovranità, in condizioni di parità, è preordinata a garantire l'edificazione e il funzionamento di una organizzazione che assicuri la pace e la giustizia tra le nazioni, non certo a sancire l'apicalità di una simile organizzazione rispetto a tutte le altre componenti distribuire secondo una impostazione verticale.

Il ricorso all'espressione *multilevel government* non depone a sostegno di una ricostruzione di tali rapporti in termini di sovraordinazione/subordinazione²⁸⁸. Questa espressione allude piuttosto ad un intreccio e ad una influenza reciproca, tant'è vero che in Germania è diffuso l'uso del termine

²⁸⁶ A proposito dei Comuni, la Corte costituzionale li ha identificati come i «più immediati enti esponenziali»: [sentenza n. 220 del 2013](#).

²⁸⁷ P. HÄBERLE, *Per una dottrina della costituzione europea*, in *Quad. cost.*, 1999, 12.

²⁸⁸ Cfr., ad esempio, S. HIX, *The study of the European Union II: The 'new governance' agenda and its revival*, in *Journal of European Public Polic*, 1998, 39, secondo cui l'Unione europea è «a unique set of multi-level, non-hierarchical and regulatory institutions, and a hybrid mix of state and non-state actors». Parla di «network governance» B. KOHLER-KOCH, *Catching up with change: The transformation of governance in the European Union*, in *Journal of European Public Policy*, 1996, 359 ss. V. l'analisi svolta sul punto da T.A. BÖRZEL, *Multilevel governance or multilevel government?* in *The British Journal of Politics and International Relations*, 2020, 776 ss. Cfr. pure J. MUÑOZ, *Political trust and multilevel government*, in S. Zmerli, T.W.G. van der Meer (a cura di), *Handbook on Political Trust*, Edward Elgar, London, 2017, 69 ss.

*Verfassungsverbund*²⁸⁹. E lo stesso vale quando si ragiona in termini di *multilevel constitutionalism*. Lo spiega bene Ingolf Pernice quando scrive che «in the light of “multilevel constitutionalism” the relationship between European and national law is not a hierarchical but a functional one»²⁹⁰. Altrettanto chiaro è Raffaele Bifulco quando scrive che «non è più possibile impostare le relazioni tra questi diversi ‘luoghi’ in termini di gerarchia»²⁹¹. Il che rende “incommensurabili” le pretese avanzate nei diversi ambiti istituzionali²⁹². Questo pluralismo costituzionale prende così le distanze dalla kelseniana visione monistica, per dar vita ad una *diffusione di punti di vista*, come li ha definiti Neil MacCormick²⁹³.

Del resto, il criterio di competenza, anziché quello gerarchico, è la regola nelle relazioni tra fonti europee e, rispettivamente, fonti nazionali del diritto²⁹⁴. Un criterio che garantisce le prerogative vantate dalle diverse autorità in un modello che si sviluppa orizzontalmente, per cerchi concentrici.

2.1. Una struttura a cerchi concentrici: gli anelli della prossimità, della sovranità, dell'integrazione.

Con l'avvento del costituzionalismo liberale alla persona è stata restituita centralità nella relazione tra autorità e libertà, tra la dimensione del potere e la dimensione sociale. Gli sviluppi di impronta socialdemocratica, che hanno pervaso tanti ordinamenti occidentali in modo particolare dopo la fine della Seconda guerra mondiale, non hanno smentito questa impostazione. Anzi, la centralità della persona si è arricchita di inedite garanzie, dettate dalla volontà di eliminare il divario tra l'astratta titolarità dei diritti fondamentali ed il loro effettivo esercizio²⁹⁵.

La struttura istituzionale più coerente rispetto al riconoscimento della centralità della persona è quella a *cerchi concentrici*. La persona è il nucleo e le diverse istituzioni sono gli anelli che progressivamente si sviluppano in senso orizzontale e, dunque, senza alcuna relazione gerarchica²⁹⁶. Più precisamente:

a) lo spazio istituzionale occupato dagli enti territoriali, variamente denominati, può essere definito come l'*anello della prossimità*. Gli enti territoriali sono posti dai rispettivi ordinamenti nelle

²⁸⁹ V. gli scritti raccolti in I. PERNICE, *Der Europäische Verfassungsverbund*, Nomos, Baden Baden, 2020.

²⁹⁰ I. PERNICE, *Multilevel Constitutionalism in the European Union*, in *European Law Review*, 2002, 511 ss. In tema v. anche G. DELLA CANANEA, *Is European Constitutionalism Really “Multilevel”?* in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2010, 283 ss. La stessa dimensione gerarchica è esclusa anche nei rapporti tra la Corte di giustizia e le giurisdizioni nazionali: v., per tutti, P. KIRCHOFF, *The Balance of Powers Between National and European Institutions*, in *European Law Journal*, 1999, spec. 230. V. anche P. CARROZZA, *El «Multilevel Constitutionalism» y el sistema de fuentes del derecho*, in *Revista Española de Derecho Europeo*, 2006, 341 ss., e P. ELEFThERiADiS, *The Idea of a European Constitution*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2007, 1 ss. V., inoltre, C. AMIRANTE, *Costituzionalismo e Costituzione nel nuovo contesto europeo*, Giappichelli, Torino, 2003, spec. 13 ss.

²⁹¹ R. BIFULCO, *L'Europa e il Constitutional Pluralism: prospettive e limiti*, in *Dir. pubbl.*, 2018, 808.

²⁹² Così N. WALKER, *The Idea of Constitutional Pluralism*, in *The Modern Law Review*, 2002, 338: «the very representation of distinct constitutional sites – EU and member states – as distinct constitutional sites implies an incommensurability of the knowledge and authority (or sovereignty) claims emanating from these sites».

²⁹³ N. MACCORMICK, *Beyond the Sovereign State*, in *The Modern Law Review*, 1993, 8.

²⁹⁴ In Italia v. la [sentenza n. 170 del 1984](#) della Corte costituzionale. V., però, la commentatissima [sentenza n. 269 del 2017](#), con la quale la Corte ha avocato a sé il sindacato su di un eventuale contrasto tra la Carta di Nizza e il diritto interno. V. almeno A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in [Diritti Comparati](#), 2017, f. 3, 234 ss.

²⁹⁵ Alludendo all'esperienza europea, ma con una osservazione senza dubbio generalizzabile, L. FERRARA, *Individuo e potere. In un giuoco di specchi*, in *Dir. pubbl.*, 2016, 16, nota che «il processo di costruzione o integrazione di un ordinamento liberal-democratico non può essere portato a compimento senza mettere costantemente al centro il soggetto (l'individuo o/e la persona)». In effetti, l'Unione europea ha posto «la persona al centro della sua azione»: così il Preambolo della Carta dei diritti fondamentali.

²⁹⁶ Ricordo l'Europa a cerchi concentrici immaginata da Jacques Delors, su cui v., tra gli altri, L. MISSIR DI LUSIGNANO, *L'Europa alla svolta*, in *Rivista di Studi Politici Internazionali*, 1991, f. 3, 353 ss.

condizioni di intercettare da vicino le esigenze manifestate e le istanze coltivate in seno alle rispettive comunità. Detti enti sono in grado di cogliere e interpretare le specificità del territorio, traducendole in misure e determinazioni mirate in quanto concepite su misura per assecondare quelle sollecitazioni. Si potrebbe anche dire che questo è l'anello di affermazione degli interessi locali;

b) lo spazio istituzionale occupato dagli Stati "centrali" può essere definito come l'*anello della sovranità*. La comunità di riferimento è il popolo, quale insieme dei cittadini stanziati nell'intero territorio nazionale. Il popolo è, come si è detto, titolare della sovranità e, come tale, assurge a matrice di tutti i poteri esercitati nello Stato. In questo anello sono recepiti i bisogni e le aspettative che lo stesso popolo esprime al fine di conseguire atti e decisioni in grado di soddisfare interessi insuscettibili di frazionamento o localizzazione territoriale. Si potrebbe anche dire che questo è l'anello di affermazione degli interessi nazionali;

c) lo spazio istituzionale occupato dall'Unione europea può essere definito come l'*anello della integrazione*. La cessione di quote di sovranità ad una organizzazione sovranazionale che miri a garantire la pace e la giustizia tra le nazioni è finalizzata al rafforzamento di una coesione non solo cooperativa, ma anche orientata verso il progresso dei rispettivi popoli. Questo processo di integrazione non mira solo a definire e puntellare una architettura istituzionale che veda protagonisti assoluti gli Stati membri, quanto a concorrere a quella "ricerca della felicità" che rappresenta l'impronta teleologica del riconoscimento della centralità della persona²⁹⁷. Come si legge nel preambolo al Trattato sull'Unione europea, l'integrazione mira «a portare avanti il processo di creazione di un'unione sempre più stretta fra i popoli dell'Europa, in cui le decisioni siano prese il più vicino possibile ai cittadini, conformemente al principio della sussidiarietà»²⁹⁸.

2.2. *L'equilibrio statico: la persona come nucleo della struttura e la sua forza di attrazione.*

Come ogni struttura che intende funzionare e sopravvivere nel tempo, anche quella qui teorizzata deve innanzitutto essere presidiata da un solido *punto di equilibrio*. Questo non può che essere il nucleo della struttura, rappresentato dalla persona intesa nella sua triplice dimensione individuale, sociale e politico-costituzionale.

Invero, i diversi anelli istituzionali operano *per* la persona. Le rispettive attribuzioni, che pure possono alimentare rapporti di forza o controversie tra i rispettivi titolari, sono comunque protese a soddisfare gli interessi delle persone. Il potere non è più lo strumento autoritario assegnato dall'ordinamento all'autorità quale soggetto che ha monopolizzato l'uso della forza. È il mezzo attraverso il quale le istituzioni, legittimate dal popolo (e, dunque, dall'insieme delle persone), agiscono affinché i consociati possano vivere relazioni non conflittuali in una comunità che abbia a

²⁹⁷ «We must build a kind of United States of Europe. In this way only, will hundreds of millions of toilers be able to regain the simple joys and hopes which make life worth living»: così si è espresso Winston Churchill in occasione dello *Speech to the Academic Youth*, il 19 settembre 1946. V., in generale, B. ROSAMOND, *Theories of European Integration*, Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2000.

²⁹⁸ In verità vi sarebbe un altro anello, quale quello della *globalità*, vale a dire la dimensione istituzionale nella quale opera il diritto internazionale. Senonché, e il conflitto militare in Ucraina ne è drammatica conferma, l'ordinamento internazionale presenta tuttora alcuni elementi di fragilità ed incertezza, tali da rendere problematica una analisi sulla trasposizione giuridica delle concezioni ideali in principi di diritto. Se è vero che la dimensione internazionale è potenzialmente in grado di fornire uno spazio di inveramento di tali concezioni straordinariamente ricco in relazione a tematiche basilari come i diritti umani o l'ambiente, è altrettanto indiscutibile che le relazioni tra gli Stati sono sensibilmente condizionate dai rapporti di forza tra alcune potenze nazionali. E in questo confronto, che spesso si muove al di fuori delle traiettorie tracciate dalle norme di diritto internazionale, la centralità della persona non è sufficientemente riconosciuta e garantita. Sono ancora lontani i tempi per la realizzazione dell'utopia cosmopolitica espressa mirabilmente in I. KANT, *Zum ewigen Frieden* (1795), trad. it., *Per la pace perpetua: un progetto filosofico e altri scritti*, Editori riuniti, Roma, 1985. V., tra gli altri, R. DOMINGO, *The Crisis of International Law*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2009, 1543 ss. Di interesse anche il confronto tra Mireille Delmas-Marty e Alain Supiot, *L'internationalisation du droit: dégradation ou recomposition?* in *Esprit*, novembre 2012, 35 ss.

cuore la pace e la coesione sociale²⁹⁹. Si pensi al principio della separazione dei poteri che, di primo acchito, parrebbe operare semplicemente come una formula organizzativa destinata a regolare i rapporti tra le istituzioni. In realtà, come si evince dalla lettura dell'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, detto principio è servente rispetto alla funzione primaria della Costituzione, che è quella di tutelare i diritti fondamentali limitando e razionalizzando il potere: e tali diritti sono situazioni giuridiche soggettive che l'ordinamento riconosce e garantisce alla persona. Il principio di legalità, dal canto suo e altro pilastro dello Stato liberale di diritto, non è soltanto la consacrazione dell'avvenuta soggezione di ogni potere al diritto positivo, ma ancor prima è un istituto posto a presidio dei diritti fondamentali della persona.

In quanto centro di imputazione delle decisioni volte a perseguire le citate finalità di realizzazione individuale e di coesione sociale, il nucleo dispiega una forza conservativa che tiene insieme, in equilibrio costante, i diversi anelli istituzionali. Generando una sorta di interazione gravitazionale, il nucleo mantiene stabile la struttura garantendo la necessaria armonia tra le diverse componenti.

Più precisamente, con l'avvento del liberalismo, e con la successiva affermazione degli ideali socialdemocratici, il potere è stato ricostruito affinché operasse quale modalità attraverso la quale le diverse istituzioni si sarebbero prese *cura della persona*³⁰⁰. Mentre in passato il potere fu percepito come lo strumento per suggellare il dominio di pochi sulla moltitudine, la transizione rivoluzionaria verso un nuovo assetto ha canalizzato sulla persona le dinamiche del potere stesso, a cominciare dalla sua legittimazione, non più divina ma ancorata all'insieme delle persone, il popolo³⁰¹. Il popolo sovrano³⁰². Prendersi cura della persona significa tutelarne i diritti, proprio attraverso un potere che però è limitato³⁰³. Prendersi cura non significa certo asservire il potere agli istinti egoistici di ogni individuo. La gestione della pandemia ha messo tutti noi drammaticamente di fronte al peso di obblighi e divieti che hanno rivelato l'illusione di una libertà senza confini. Anche quando il potere riduce le nostre sfere di autonomia, esso comunque si prende cura della persona, sempre che – e questo è il fondamentale lascito dell'esperienza liberale – il potere sia esercitato legittimamente e, dunque, in modo conforme al diritto positivo, a cominciare proprio dalle disposizioni costituzionali.

²⁹⁹ Cfr., tra gli altri, P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Jovene, Napoli, 1972, 13, secondo cui «primario è l'interesse dell'individuo e lo Stato costituisce soltanto il mezzo, lo strumento per attuare l'interesse individuale». Non dissimile F. BENVENUTI, *Il processo costituzionale amministrativo e tributario* (1969), ora in *Scritti giuridici*, II, Vita e pensiero, Milano, 2006, 2727, ove si afferma che «la nuova Costituzione ha fatto addirittura del cittadino il punto centrale dell'intera comunità in quanto il cittadino esprime con la propria attività, sommata (corsivo nostro) a quella di tutti gli altri cittadini, il senso e il valore della collettività nazionale». Cfr. pure G. SILVESTRI, *Relazione di sintesi*, in F. Manganaro, A. Romano Tassone, F. Saitta (a cura di), *Sindacato giurisdizionale e sostituzione della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 2013, 186, ove si sostiene che «punto di partenza degli ordinamenti costituzionali contemporanei sono i diritti e non il potere» e che «il potere esiste, ed è legittimato, in quanto tutela i diritti». Del resto, sul potere come relazione tra persone v. R.A. DAHL, *The Concept of Power*, in *Behavioral Science*, 1957, spec. 202 ss. Pare, dunque, radicalizzare eccessivamente il rapporto tra autorità e persona S. CASSESE, *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, 602 ss., quando scrive che «lo Stato ed il diritto pubblico sono stati dominati dal conflitto Stato-cittadino, due poli irriducibili ed in contrasto tra di loro».

³⁰⁰ Osserva G. SARTORI, *Elementi di teoria politica*, cit., 130, che «il liberalismo pregia e difende l'individuo», con l'avvertenza che qui non viene in rilievo l'individuo «atomisticamente inteso, ma il valore della vita e della persona umana».

³⁰¹ Cfr. N. BOBBIO, *La teoria dello Stato e del potere*, in P. Rossi (a cura di), *Max Weber e l'analisi del mondo moderno*, Einaudi, Torino, 1981, 226. V. anche A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *Legalità e legittimità*, in *Studi in onore di Emilio Crosa*, II, Giuffrè, Milano, 1960, 1307 ss.; R. SCRUTON, *A Dictionary of Political Thought*, Macmillan, London, 1982, 264; S.J. GOULD, *Legitimacy*, in V. Bogdanor (a cura di), *The Blackwell Encyclopedia of Political Institutions*, Blackwell, Oxford-New York, 1987, 333; L. LEVI, voce *Legittimità*, in N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino (a cura di), *Dizionario di politica*, cit., 582.

³⁰² L. CARLASSARE, *L'impegno per l'attuazione della Costituzione: dalle norme programmatiche alla sovranità popolare*, in *Il contributo di Vezio Crisafulli alla scienza del diritto costituzionale*, Cedam, Padova, 1994, 63, ricorda che nella Costituzione italiana la sovranità «non è attribuita al popolo come unità indivisibile [...] ma a tutti i cittadini, membri del popolo, ciascuno dei quali ha un proprio diritto personale di parteciparvi con la propria volontà». V. anche M. FIORAVANTI, *Costituzione e popolo sovrano*, Il Mulino, Bologna, 1998, 7 ss.

³⁰³ Invero, «non ha senso proclamare diritti se non vi è un potere che li protegga e consenta di farli valere»: M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, cit., 1646.

Un potere orientato verso la cura della persona non può che fondarsi sulle condizioni di equilibrio che la stessa persona pone, quale elemento centrale di questa struttura istituzionale. L'energia prodotta dal nucleo è la sintesi e, nel contempo, l'effetto del riconoscimento di questa centralità, che tutto anima e che tutto muove³⁰⁴. Persino quando il potere parrebbe agire in una direzione opposta a quella desiderata dal singolo individuo, ogni qual volta i suoi interessi si pieghino al bene comune quando se ne ravvisi una insanabile inconciliabilità.

Gli anelli istituzionali sono luoghi di esercizio del potere. Il potere riposa sul popolo quale fattore di legittimazione. Dal popolo, e dunque dall'insieme delle persone, promanano i diversi poteri. Questa matrice o sorgente di legittimazione esprime una energia quale condizione di stabilità della struttura. Si tratta di una forza attrattiva idonea a mantenere in equilibrio la struttura stessa. In questo modo il potere resta nelle varie orbite tracciate da quel principio di legittimazione e la forza attrattiva esercitata dalla persona, quale nucleo intorno al quale ruota questa struttura a cerchi concentrici, deve prevenire spinte e accelerazioni centrifughe idonee a distruggere la struttura o ad alterarne l'inflessibile equilibrio. Sicché, le occasioni di attrito tra i diversi anelli istituzionali non sono espressione di una anomalia percepibile sul piano dei rapporti di forza tra gli stessi, ma sono momenti di crisi di una struttura che ha come finalità essenziale la cura della persona. Una cura, questa, che si è resa necessaria una volta riconosciuta l'incapacità, totale (raramente) o parziale (spesso) della persona (dimensione individuale) e della comunità (dimensione sociale) si fare altrettanto. In fondo, il diritto, che è paradigmatica espressione di potere³⁰⁵, nasce proprio per definire un assetto impegnativo ai rapporti tra consociati idoneo a presidiare pace e ordine ogni qual volta i singoli e le formazioni sociali si siano rivelati incapaci di provvedere autonomamente, magari con regole e procedure di matrice relazionale o cooperativa³⁰⁶. Si pensi alla devoluzione dell'uso della forza all'autorità, che ha caratterizzato l'avvento dello Stato moderno e, nel contempo, ha giustificato il ricorso al diritto positivo come fattore di pace e ordine sociale³⁰⁷.

2.3. *L'equilibrio dinamico: gli stadi di inveroamento dei valori/concezioni ideali.*

Quello appena descritto è l'*equilibrio statico*, ossia la condizione di stabilità della struttura non soggetta a sollecitazioni interne o esterne.

Volgendo, invece, lo sguardo alle interazioni concrete tra il nucleo e i cerchi concentrici e tra questi (dunque, i movimenti che quivi si svolgono), si ha modo di cogliere la vitalità della struttura, ossia il suo concreto funzionamento, che riposa su di un *equilibrio dinamico*.

L'equilibrio dinamico è la condizione di stabilità di una struttura in movimento, tale perché le sue componenti interagiscono tra di loro senza però far venir meno la resistenza e la continuità della

³⁰⁴ «L'amor che move il sole e l'altre stelle»: D. ALIGHIERI, *Paradiso*, XXXIII, 145.

³⁰⁵ Insegna P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Laterza, Bari-Roma, 2003, 7, che «il potere politico, divenuto sempre più – nel corso dell'età moderna – uno Stato, cioè una entità totalizzante tendente a controllare ogni manifestazione del sociale, ha mostrato un crescente interesse per il diritto, riconoscendovi con estrema lucidità un prezioso cemento della sua stessa struttura».

³⁰⁶ H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1945, trad. it., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Etas, Milano, 1994, 21, rammenta come il diritto sia «indubbiamente un ordinamento per la promozione della pace, in quanto vieta l'uso della forza nelle relazioni fra i membri della comunità». Tra le tante definizioni di "diritto" v. G. WINKLER, *Das Recht und die Rechtswissenschaft. Überlegungen zu einem empirisch-rationalen juristischen Denken aus den Perspektiven von Raum und Zeit*, Jan Sramek Verlag, Wien, 2014, trad. it., *Il diritto e la scienza del diritto*, Mucchi, Modena, 2015, 17, secondo cui il diritto «serve alla regolamentazione del comportamento umano dotato di senso e orientato al fine, in vista di una convivenza pacifica, al compromesso tra interessi pubblici e interessi privati all'interno della comunità statale».

³⁰⁷ Cfr. L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. I) Teoria del diritto*, Laterza, Bari-Roma, 2012², 468 ss., dove è rievocata la nota definizione di Stato elaborata e proposta da M. WEBER, *Economia e società*, cit., vol. I, 53: «per "Stato" si deve intendere un'impresa istituzionale di carattere politico, nella quale – e nella misura in cui – l'apparato amministrativo avanza con successo una pretesa di monopolio della coercizione fisica "legittima", in vista dell'attuazione degli ordinamenti».

stessa struttura. Detto altrimenti, queste interazioni non compromettono la condizione di equilibrio garantita dal nucleo e dalla sua forza attrattiva. Ogni alterazione di questo equilibrio sarebbe l'esito di una interazione patologica tra gli elementi della struttura.

Coerentemente con l'oggetto di questa analisi, la trattazione di questo profilo sarà circoscritta alla sola questione del rapporto tra valori/concezioni ideali e identità personale. Pertanto, si cercherà di esplorare i diversi *stadi di inveramento* delle concezioni ideali attraverso questa interazione dinamica tra le diverse componenti della struttura qui ricostruita e descritta. Si è detto che l'identità personale può essere condizionata dalla dimensione istituzionale solo se essa è incisa dai principi costituzionali, i quali sono la trasposizione giuridica dei valori intesi come concezioni ideali³⁰⁸.

In via preliminare, per "inveramento" s'intende la capacità dei valori di incidere autenticamente nella struttura qui considerata determinando un mutamento coerente con le concezioni ideali in essi racchiuse. Non si tratta, perciò, di ragionare in termini di mera elaborazione o attuazione, ma di riflettere intorno alla tensione sprigionata da questi valori verso quella che si potrebbe definire la "*verità costituzionale*", ossia la conformazione dell'identità personale ai principi fondamentali della struttura stessa.

Sempre in via preliminare, si precisa che l'aggettivo "costituzionale" riferito ai suddetti principi non allude alla nozione propria di "Costituzione" quale atto normativo chiamato a presidiare i diritti fondamentali limitando il potere. Piuttosto, tale attributo sancisce la portata "fondativa" dei principi in parola, quali condizioni essenziali intorno alle quali si perfeziona e assume significato il patto che lega i consociati all'autorità. Dunque, ci possono essere principi "costituzionali" anche negli anelli istituzionali (enti territoriali, Unione europea) dove la nozione classica di "Costituzione" non pare poter attecchire in modo piano e incondizionato.

Il processo di elaborazione ed emersione delle concezioni ideali è stato già trattato in relazione alla dimensione individuale e, soprattutto, sociale. Occorre, adesso, polarizzare l'attenzione sulla dimensione politico-istituzionale, che è quella in cui le concezioni in oggetto possono prendere forma giuridica attraverso la loro trasposizione nei principi costituzionali. È chiaro che questo processo di trasposizione giuridica non esclude definitivamente la dimensione individuale e sociale. In altre parole, i protagonisti dell'opera di definizione delle concezioni ideali (individui e formazioni sociali) non le consegnano al "potere" per poi lasciare che la politica faccia il suo corso. Come si avrà modo di dimostrare, la traduzione normativa in principi non chiude alcun ciclo vitale, che tale è perché il frutto di uno scambio continuo tra gli anelli e il nucleo.

Alcuni elementi trasversali ricorrono in questo processo di inveramento nei suoi vari stadi collocati in ciascuno dei teorizzati anelli.

Il primo è rappresentato dalla mediazione dei partiti o movimenti politici. È questo un passaggio realisticamente obbligato. Per come sono normativamente definiti e organizzati i diversi apparati istituzionali presso ogni anello e per come è concretamente vissuta questa dimensione, affinché le concezioni in parola entrino nei diversi circuiti decisionali c'è bisogno dell'azione di collegamento svolta da tali soggetti. I meccanismi decisionali che conducono alla definizione dei principi costituzionali sono devoluti a organi collegiali nei quali si sostanzia il modello della democrazia rappresentativa. La selezione degli eletti confida nel ruolo pressoché decisivo dei partiti. Nella sua proiezione operativa, la democrazia rappresentativa si esprime attraverso un confronto dialettico che, in seno a tali organi collegiali, vede protagonisti i partiti e le tecniche di comunicazione e di interazione politica (dottrina su partiti, democrazia, rappresentanza).

Altro fattore trasversale è la partecipazione della persona alla vita democratica che si consuma presso ogni anello istituzionale. I consociati non sono estranei al circuito della rappresentanza. Questa partecipazione è variabile, realizzandosi nella versione minima della espressione del voto in

³⁰⁸ Senza trascurare, poi, la possibilità che tali concezioni ideali trovino una diversa, ma affine, modalità di trasposizione giuridica nelle cd. "clausole generali", vale a dire in quei particolari enunciati che consentono uno scambio continuo tra la dimensione giuridica e le molteplici trasformazioni sociali, si da rendere il testo costituzionale sensibile all'evoluzione concreta della comunità: in tema rinvio al pregevole e ricco studio di F. PEDRINI, *Le "clausole generali"*. *Profili teorici e aspetti costituzionali*, Bononia University Press, Bologna, 2013.

occasione del rinnovo periodico delle istituzioni democratiche o nella proiezione massima del diretto coinvolgimento nella competizione elettorale attraverso la presentazione di una candidatura. In questa partecipazione si materializza la libertà politica come efficacemente descritta da Hans Kelsen: «politicamente libero è colui che è soggetto a un ordinamento giuridico alla cui creazione partecipa»³⁰⁹. Nell'anello della prossimità la persona partecipa come membro della comunità di cui la Regione (o la comunità autonoma o altro ancora) è ente esponenziale. Nell'anello della sovranità a partecipare è il cittadino. Nell'anello dell'integrazione trova sbocco vitale la condizione della persona come cittadino europeo (dottrina sulla partecipazione, anche in ambito europeo).

Un ulteriore elemento trasversale, anche se più controverso e meno appariscente, è quello che si rivela in ambito giurisdizionale. In generale, anche il giudice è legittimato a contribuire al processo di apparizione di un principio costituzionale: ricorrendo al metodo induttivo, così da enucleare il principio dal complesso ed eterogeneo materiale normativo in ipotesi utilizzabile in un giudizio³¹⁰, oppure assecondando quella coscienza sociale (le concezioni ideali) che alimenta operazioni ermeneutiche evolutive culminanti spesso nel riconoscimento di un principio generale di portata costituzionale³¹¹.

Il coinvolgimento degli organi giurisdizionali nel processo di invero qui ricostruito è relativamente pacifico in corrispondenza dell'anello della sovranità. Qui operano organi di giustizia costituzionale (variamente denominati) che svolgono un ruolo a volte decisivo nella esplicita ricognizione dei principi qui considerati³¹². Senza dimenticare, poi, il contributo rilevante anche dei giudici comuni³¹³. Dal canto suo, la Corte di giustizia non è da meno, nell'anello dell'integrazione, quanto a legittimazione formale e capacità concreta o effettuale di dare voce ai principi costituzionali (nell'accezione dapprima chiarita, s'intende)³¹⁴. Meno evidente è la possibilità di immaginare un ruolo attivo degli organi giudiziari nell'anello della prossimità, non fosse altro che per l'esclusione dell'amministrazione della giustizia dalle materie devolute all'autonomia regionale³¹⁵. Nondimeno, non è da escludere che un giudice comune, incardinato presso la struttura istituzionale dello Stato, possa concorrere alla enucleazione e alla vitalità dei principi costituzionali se chiamato ad applicare una legge regionale in ipotesi suscettibile di essere interpretata in modo conforme non solo ai principi costituzionali *tout court* (interpretazione conforme), ma anche agli stessi principi pur "costituzionali" (nel senso qui assecondato) sanciti a livelli statutario³¹⁶. Insomma, non c'è un apparato giurisdizionale regionale, ma uno spazio giurisdizionale regionale dove il diritto locale può rappresentare l'occasione per l'opera di individuazione dei principi qui considerati.

Ora, gli stadi di invero delle concezioni ideali si realizzano attraverso *processi costituenti* che si animano nei diversi anelli. Per "processo costituente" s'intende il complesso di attività volte a definire i pilastri intorno ai quali edificare la struttura che sorregge il rapporto tra autorità e libertà, tra la dimensione istituzionale e la società. E anche in questo caso l'aggettivo "costituente" non necessariamente collima con il *constituent power* di Will P. Adams e di Thomas Young o con il *pouvoir constituant* di Sieyès. Intanto qui si sta parlando di "processo" e non di "potere" (dove il primo include il secondo, e non il contrario). E, poi, si sta alludendo a quella successione di atti e operazioni, variamente denominate e altrettanto variamente collocate in più spazi, avvinti dalla comune inclinazione a gettare le fondamenta del *pactum* tra i singoli e l'autorità pubblica.

³⁰⁹ H. KELSEN, *op. ult. cit.*, 289.

³¹⁰ Cfr., *ex multis*, G. DEL VECCHIO, *Sui principi generali del diritto*, Giuffrè, Milano, 1958, spec. 11 ss.

³¹¹ Si pensi al "caso Englaro": Cass., I sez. civ., 16 ottobre 2007, n. 21748.

³¹² V., soprattutto, O. CHESSA, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Franco Angeli, Milano, 2014, 279 ss.

³¹³ Sempre attuale rimane la riflessione di V. ONIDA, *L'attuazione della Costituzione tra Magistratura e Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di C. Mortati*, cit., IV, 541 ss.

³¹⁴ V., ad esempio, P. PIVA, *Principi e metodi di interpretazione della Corte di giustizia nel sistema giuridico dell'UE*, in *Ars interpretandi*, 2020, 117 ss. Più in generale v., tra i tanti, R. LECOURT, *L'Europe des juges*, Bruylant, Bruxelles, 1976.

³¹⁵ Penso, almeno, alla Repubblica italiana: v., infatti, l'art. 117, secondo comma, lett. l), Cost.

³¹⁶ Cfr. Q. CAMERLENGO, *La legge regionale nella giurisprudenza comune*, in *le Regioni*, 2000, 49 ss.

2.3.1. L'anello della prossimità.

La riforma costituzionale del 1999 suscitò rinnovate aspettative circa la capacità delle Regioni di diritto comune di godere appieno della propria autonomia politica, a cominciare proprio dalla sua massima e paradigmatica espressione, vale a dire la potestà statutaria³¹⁷. La ridefinizione della procedura di formazione di tali atti, che ricalcò in molti passaggi e profili la procedura aggravata di revisione costituzionale, e la consacrata e piena “regionalizzazione” dello statuto indussero non pochi a parlare di fase o stagione costituente³¹⁸. Il risultato più appariscente di questa narrazione è stata la rivalutazione della fonte statutaria come qualcosa di assimilabile ad una costituzione³¹⁹. Non più una fonte dai tratti ambigui e fatiscenti³²⁰.

Questo *upgrading* dello statuto, pur percepibile sul piano della emancipazione da ogni forma di condivisione del relativo potere con le istituzioni parlamentari, non è stato portato alle estreme conseguenze da quanti hanno stigmatizzato questa assimilazione, ritenendola impropria, imprudente, persino pomposa³²¹. Nessun potere costituente riconosciuto alle Regioni, dunque, neppure associabile alla corrispondente potestà attribuita agli Stati membri degli ordinamenti federali³²². La nostra Corte costituzionale, dal canto suo, è stata risoluta nel dichiarare che «qui però non siamo in presenza di Carte costituzionali, ma solo di fonti regionali “a competenza riservata e specializzata”, cioè di statuti di autonomia, i quali, anche se costituzionalmente garantiti, debbono comunque “essere in armonia con i precetti ed i principi tutti ricavabili dalla Costituzione”»³²³.

Pur opinabile, se non da rigettare *de plano*, la configurazione suggestiva degli statuti come “mini-costituzioni”, nondimeno è difficile disconoscere l’attitudine di tali fonti, specie a seguito della ricordata riforma dell’art. 123 Cost., di inserirsi a pieno titolo in un processo costituente in quanto «momento fondante del nuovo regionalismo»³²⁴. Il rafforzamento, anche qualitativo, dello Statuto regionale ha impresso, almeno allo stato potenziale, una accelerazione verso un inedito modo di concepire l’autonomia regionale. Così facendo, a questa fonte è stata consegnata una nuova missione, quale quella di “rifondare” non solo il complesso dei rapporti con lo Stato e con gli enti locali, ma anche (e forse ancor prima) la stessa trama di relazioni con le rispettive comunità territoriali di

³¹⁷ In generale, A. RUGGERI, *Le fonti di diritto regionale: ieri, oggi, domani*, Giappichelli, Torino, 2001, e Q. CAMERLENGO, *Le fonti regionali del diritto in trasformazione*, Giuffrè, Milano, 2000.

³¹⁸ Si pensi al volume collettaneo di A. Ferrara (a cura di), *Verso una fase costituente delle Regioni? Problemi di interpretazione della legge costituzionale 22 novembre 1999, n. 1*, Giuffrè, Milano, 2001. Di «fase costituente» parlano P. CARETTI, G. TARLI BARBIERI, *Diritto regionale*, Giappichelli, Torino, 2016⁴, 59. V. la ricognizione fatta da N. LUPO, *Le alterne vicende della formazione dei nuovi statuti regionali (e i “colpi” inferti ai principi del costituzionalismo)*, in R. Bifulco (a cura di), *Gli statuti di seconda generazione. le Regioni alla prova della nuova autonomia*, Giappichelli, Torino, 2006, 1 ss. Per nulla ottimista sulle auspicate potenzialità di rinnovamento degli emanandi nuovi Statuti fu G. FALCON, *Regole e ruoli: la difficile identità regionale*, in *le Regioni*, 2000, : «l’eventuale fase costituente che ne possa derivare, intesa come ridefinizione della forza e del ruolo delle regioni al loro esterno (verso lo Stato) e al loro interno (verso gli enti locali) non potrà efficacemente prendere la via degli statuti regionali, i quali alla fine non potranno che rispettare il compito loro affidato di «rimettere ordine» nella casa regionale».

³¹⁹ Si pensi, ad esempio, a M. OLIVETTI, *Nuovi statuti e forma di governo delle Regioni*, cit., 86 ss., che ragiona in termini di statuto come «legge costituzionale regionale».

³²⁰ V., soprattutto, U. DE SIERVO, *Gli statuti delle regioni*, Giuffrè, Milano, 1974.

³²¹ In questi termini A. RUGGERI, *Introduzione*, in A. Ruggeri, G. Silvestri (a cura di), *Le fonti di diritto regionale alla ricerca di una nuova identità*, Giuffrè, Milano, 2001, 11. Anche R. BIN, *Perché le Regioni dovrebbero essere contente di questa decisione*, in *le Regioni*, 2005, 16, invita a non cadere in questo equivoco: «se, con linguaggio figurato, si può talvolta affermare che lo Statuto sta alle leggi regionali come la Costituzione alla legislazione ordinaria, ciò non significa che la proporzione possa essere scambiata per identità».

³²² V. la nota pronuncia del *Bundesverfassungsgericht*, 29 gennaio 1974 (*BVerfGE*, 36, 342, spec. 361).

³²³ [Sentenza n. 372 del 2004](#). V. anche le coeve [sentenze n. 378](#) e [n. 379 del 2004](#). Già prima la [sentenza n. 196 del 2003](#).

³²⁴ L. VIOLINI, *Considerazioni sui nuovi statuti regionali alla luce della legge costituzionale n. 1/1999*, in AA. VV., *I nuovi Statuti regionali*, Giuffrè, Milano, 2000, 81.

riferimento, in nome della prossimità. Non a caso la Corte costituzionale, pur restia ad assecondare le evocate assimilazioni, ha riconosciuto espressamente il «carattere fondamentale della fonte statutaria, comprovato dal procedimento aggravato»³²⁵. Un procedimento idoneo a sottrarre le determinazioni statutarie alla maggioranza per affidarle ad un consenso più ampio, così da creare un legame ancora più intenso con la comunità territoriale globalmente considerata. Insomma, ha ragione Antonino Spadaro quando scrive che «al momento gli Statuti *giuridicamente* non sono (...) delle “mini-costituzioni”. Ma ciò non significa che, soprattutto dopo la riforma del titolo V della Costituzione, le aspettative *politiche* sul valore della potestà statutaria non siano enormemente cresciute e, siccome il diritto costituzionale – anche il *diritto costituzionale regionale* – non è insensibile all’interpretazione politica delle disposizioni giuridiche, certo la fonte Statuto può divenire qualcosa “di più” rispetto a ciò che, formalmente, essa è»³²⁶.

In questa cornice, appena abbozzata, si colla la questione dei “principi statuari”³²⁷.

La Corte costituzionale ha spento i sogni di gloria dei legislatori statuari quando ha ridimensionato, con toni perentori e risoluti, la portata delle previsioni di principio sancite nella fonte in esame. Lo statuto era stato inteso, alla luce della revisione del 1999, non solo come l’atto in cui fissare i principi e le regole generali di organizzazione e funzionamento, a cominciare dalla forma di governo. Piuttosto ad esso si è consegnato il compito ambizioso di ridisegnare le stesse relazioni tra la Regione e la comunità territoriale di riferimento, canonizzando veri e propri principi atti a delineare, sulla falsariga dello Stato, una sorta di “forma di Regione” assiologicamente caratterizzata.

Senonché, per la Corte alle «enunciazioni in esame, anche se materialmente inserite in un atto-fonte, non può essere riconosciuta alcuna efficacia giuridica, collocandosi esse precipuamente sul piano dei convincimenti espressivi delle diverse sensibilità politiche presenti nella comunità regionale al momento dell’approvazione dello statuto». Ancora: «tali proclamazioni di obiettivi e di impegni non possono certo essere assimilate alle c.d. norme programmatiche della Costituzione, alle quali, per il loro valore di principio, sono stati generalmente riconosciuti non solo un valore programmatico nei confronti della futura disciplina legislativa, ma soprattutto una funzione di integrazione e di interpretazione delle norme vigenti». La conclusione è andata nella direzione di riconoscere il «carattere non prescrittivo e non vincolante delle enunciazioni statuarie di questo tipo»: da ciò «ne deriva che esse esplicano una funzione, per così dire, di natura culturale o anche politica, ma certo non normativa»³²⁸.

L’intento perseguito dalla Corte era verosimilmente quello di disconoscere allo Statuto la legittimazione a porsi quale regola almeno finalisticamente vincolante le future scelte discrezionali del legislatore regionale. Non solo. Il limite, espressamente enunciato, della «armonia con la Costituzione», ha suggerito a questo Collegio di adoperarsi affinché non si generassero insidiose contraddizioni tra i principi costituzionali ed eventuali e dissonanti principi statuari³²⁹.

Per quanto sia stata negata la portata precettiva di tali principi, nondimeno essi sono chiaramente il sintomo di una inedita presa di coscienza da parte dei legislatori statuari circa il ruolo da riconoscere alla fonte in parola oltre il tenore letterale del citato art. 123. Disposizione, quest’ultima, che ne definisce la procedura di formazione e ne stabilisce il contenuto necessario, ma non esclude

³²⁵ [Sentenza n. 10 del 2004](#).

³²⁶ A. SPADARO, *I «contenuti» degli statuti regionali (con particolare riguardo alle forme di governo)*, in A. Ruggeri, G. Silvestri (a cura di), *Le fonti di diritto regionale alla ricerca di una nuova identità*, cit., 124 s.

³²⁷ V., innanzitutto, gli scritti raccolti in E. Catelani, E. Cheli (a cura di), *I principi negli statuti regionali*, Il Mulino, Bologna, 2008.

³²⁸ Così le [sentenze n. 372](#), [n. 378](#) e [n. 379 del 2004](#) dianzi citate. V., al riguardo, G. PASTORI, *Luci e ombre della giurisprudenza costituzionale in tema di norme programmatiche degli statuti regionali*, in *le Regioni*, 2005, 35 ss.

³²⁹ Cfr. A. SPADARO, *Il limite costituzionale dell’“armonia con la Costituzione” e i rapporti fra lo statuto e le altre fonti di diritto*, in *le Regioni*, 2001, 453 ss. Secondo G. D’ALESSANDRO, *Statuti regionali*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, VI, Giuffrè, Milano, 2006, 5755, «la previsione dell’“armonia” riferita alla potestà statutaria manifesta la propria peculiare natura di limite positivo ad armonizzare le proprie scelte con i valori ispiratori dell’ordinamento costituzionale, “in aggiunta” all’ovvio limite (assoluto e) negativo (anche se non necessariamente espresso) di conformarsi a tutte le previsioni di natura costituzionale».

in modo radicale la possibilità che lo Statuto sia inteso davvero come l'atto fondativo del connubio tra Regione (ente esponenziale) e società (la comunità territoriale di riferimento). Tutto ciò senza contraddire il carattere derivato di tali enti e senza generare tensioni con la Costituzione, visto il vincolo dell'armonia dapprima citato. E in quanto atto che riassume il modo di intendere la relazione basilare tra l'ente e la comunità, gli enunciati generali in esso enunciati, pur non qualificabili formalmente come "principi giuridici" *tout court*, contribuiscono a definire l'identità di quella stessa Regione. A questo proposito, infatti, Lorenza Violini ha opportunamente sostenuto che le norme in oggetto servirebbero «a definire il profilo identitario e culturalmente connaturato della Regione da interpretarsi, anche in forma evolutiva, ma sempre alla luce della Costituzione»³³⁰. Attraverso questi enunciati – nota Sergio Bartole – si persegue «il consolidamento del ruolo delle Regioni di "rappresentanza degli interessi delle rispettive collettività"», sotto forma di impegni solenni nei loro confronti³³¹. Una rappresentanza qualificata e qualificante dal punto di vista valoriale. Emanuele Rossi a suo tempo aveva suggerito l'inserimento negli Statuti di «principi riferiti ad aspetti in qualche modo caratterizzanti l'identità ovvero la "vocazione" regionale, in relazione quindi alla storia, alle tradizioni, alla cultura di quel territorio: questo al fine non di dividere il Paese o di creare steccati o differenziazioni, ma per offrire ad esso un apporto in termini positivi, nella costruzione di un'identità nazionale plurale (come di fatto è poi nella realtà delle cose)»³³².

In questa stagione "statutaria" i rispettivi consigli regionali hanno dialogato, con la mediazione dei partiti, con la dimensione sociale. L'esito di questo confronto è rintracciabile proprio in queste enunciazioni di principio che possono definirsi modalità di trasposizione istituzionale di valori se questi si considerano a loro volta espressione delle concezioni ideali coltivate nel tessuto sociale di riferimento. Il tratto identitario della Regione è stato raffigurato assimilando gli impulsi e le sollecitazioni provenienti dalla comunità sotto forma per l'appunto di concezioni ideali, e che hanno trovato spazio nel dibattito politico grazie alla interposizione qualificata dei partiti e movimenti rappresentati nelle sedi consiliari³³³.

³³⁰ L. VIOLINI, *La forma di regione secondo gli statuti: tornando a riflettere sui principi fondamentali statutari e sulla loro effettività*, in G. D'Elia, G. Tiberi, M.P. Viviani Schlein (a cura di), *Scritti in memoria di Alessandra Concaro*, Giuffrè, Milano, 2012, 840, cui si rinvia anche per gli ampi riferimenti dottrinali. Dal canto suo, A. VESPAZIANI, *Principi e valori negli statuti regionali: much ado about nothing?* al sito [web](#) dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti 7 gennaio 2005, dopo aver notato che «curiosamente, rivitalizzando la dicotomia tra norme programmatiche e norme precettive, vera e propria araba fenice della giurisprudenza costituzionale, la Corte individua il *tertium genus* delle norme pleonastiche», ha affermato che con queste decisioni «la Corte sottrae ai futuri interpreti della legislazione regionale la classica panoplia argomentativa che insiste sulla forza iurisgenerativa delle clausole aperte e delle disposizioni di principio, e sminuisce l'importanza del ruolo che gli statuti regionali possono svolgere nelle conversazioni costituzionali che nella nostra sfera pubblica intercorrono su temi così controversi, e, proprio per questo, fondamentali e costitutivi delle identità regionali». Non così per A. PIZZORUSSO, *Premessa*, in P. Caretti, M. Carli, E. Rossi (a cura di), *Statuto della Regione Toscana. Commentario*, Giappichelli, Torino, 2005, 15 ss., che esclude la possibilità di riferirsi ad «un'identità regionale con criteri paragonabili a quelli che consentono di parlare di un'identità dei popoli degli Stati europei oppure anche di un'identità europea».

³³¹ S. BARTOLE, *Norme programmatiche e Statuti regionali*, in *le Regioni*, 2005, 11.

³³² E. ROSSI, *Principi e diritti nei nuovi Statuti regionali*, in *Riv. dir. cost.*, 2005, 62. V., anche, T. GROPPi e altri, in V. Cerulli Irelli, C. Pinelli (a cura di), *Verso il federalismo. Normazione e amministrazione nella riforma del titolo V della Costituzione*, Il Mulino, Bologna, 2004, 97, dove si legge che «lo Statuto costituisce un punto di riferimento per la successiva attività normativa della Regione e, pertanto, la sede più adatta per la definizione di principi condivisi che caratterizzano la comunità regionale come tale, e che ne definiscono l'identità». V., anche, L. VIOLINI, *Statuti delle Regioni ordinarie: forma, materia, revisione*, in R. Toniatti (a cura di), *Le relazioni fra autonomie speciali e regioni ordinarie in un contesto di centralismo asimmetrico. Le complessità di una dialettica (1970-2020)*, Editoriale scientifica, Napoli, 2022, 203, che reputò i nuovi Statuti «indispensabili anch'essi – se considerati nella loro essenza – per determinare una nuova forma non solo di governo ma di regione, fatta di istituzioni e di valori, anche differenziati regione per regione, capaci di sostenere il pluralismo istituzionale, ma altrettanto sottostimati».

³³³ Non così R. BIN, *op. ult. cit.*, 18: «gli Statuti avrebbero dovuto usare della loro tanto a lungo invocata autonomia statutaria per organizzare un sistema istituzionale capace di conoscere, affrontare e risolvere i problemi della collettività - problemi che la limitatezza della conoscenza umana non consente di chiudere in un catalogo preformato. Proprio questo invece hanno invece fatto: trascurare l'organizzazione della macchina politica (la parte "necessaria" degli Statuti non presenta particolari innovazioni rispetto al modello organizzativo già esistente), per trasformare lo Statuto in un catalogo

Questo primo stadio di invero dei valori/concezioni ideali si giova della prossimità della dimensione istituzionale rispetto alla comunità intesa quale contesto di maturazione di tali valori. Il pragmatismo proprio delle concezioni ideali ha modo di esprimersi in un ambito spaziale dove aspirazioni, problematiche, visioni più o meno complesse e articolate hanno una connessione immediata con il tessuto sociale. Gli stessi canali di trasmissione delle concezioni verso l'arena politica, e da questa sino allo spazio istituzionale, beneficiano di momenti di confronto e di partecipazione che della vicinanza alla realtà fattuale ne fa un valore aggiunto. Lo diceva bene Carlo Esposito, quando esaltava la dimensione territoriale come il luogo di primigenia partecipazione democratica dei consociati. L'autonomia esiste solo quando la volontà e l'azione degli enti territoriali «sia rispondente ai principi e alle direttive prevalenti tra gli uomini che vivono sul territorio». Invero, la «solenne proclamazione che la Repubblica riconosce e promuove le autonomie locali non solo riassume, ma anche garantisce questo diritto dei cittadini a partecipare attivamente alla vita degli enti territoriali»³³⁴.

Non è un caso se, in molte Regioni, siano stati codificati “principi” che, come ha efficacemente intuito Emanuele Rossi, rappresentano «il senso dell'evoluzione sociale che ha caratterizzato l'ordinamento italiano rispetto alle previsioni contenute nella Costituzione del 1948»³³⁵. E lo stesso Rossi adduce, quale importante esemplificazione, il “principio” dell'accoglienza e della integrazione degli stranieri presenti sul territorio regionale, enunciato negli Statuti delle Regioni Umbria, Lazio e Toscana. In questi casi è tangibile la rilevanza assunta da questa specifica concezione ideale, che è maturata in un ambito sociale caratterizzato, diversamente dall'Italia dell'immediato secondo dopoguerra, da un ingresso copioso di immigrati bisognosi di cure e occasioni di inclusione sociale. La stagione statutaria, in un simile caso, ha operato come il momento nel quale aggiornare il quadro delle enunciazioni di principio (qualcuno direbbe: la tavola dei valori) rispetto ai tempi dell'Assemblea costituente.

2.3.2. *L'anello della sovranità.*

Nel § 3.3. della parte I si è avuto già modo di descrivere il processo costituente, con particolare riferimento alla enunciazione di principi fondamentali idonei a definire l'identità costituzionale della persona. Si è detto come, con particolare riferimento all'esperienza italiana, in Assemblea costituente sia confluita, per il tramite delle forze politiche in essa presenti, le molteplici e varieghe sollecitazioni e istanze sociali, per lo più accomunate dalla condivisa volontà di riedificare il nostro Stato erigendolo su fondamenta decisamente differenti da quelle che avevano retto il previgente regime statutario. Questa domanda di Costituzione è stata intercettata, interpretata, assecondata ed è culminata, oltre che nella canonizzazione di diritti fondamentali e nella definizione di una nuova architettura istituzionale, anche e ancor prima nella fissazione di principi che, per la loro carica straordinariamente innovativa, avrebbero dovuto suggellare l'abbandono della dolorosa esperienza fascista per approdare ad un sistema autenticamente democratico e pluralista. Questa domanda di Costituzione si è avvertita, in modo particolare, sul versante della stessa concezione ultima dei rapporti tra Stato e persona, impegnando il primo ad intervenire per eliminare il divario tra l'astratta titolarità dei diritti fondamentali (universalmente riconosciuta in nome dell'eguaglianza formale) e l'effettivo esercizio degli stessi (carente in quei soggetti deboli a cui si indirizza il progetto di trasformazione sociale insito nell'eguaglianza sostanziale).

Giova ribadirlo. La Costituzione, soprattutto quando è il frutto di un procedimento vissuto in seno ad un organo collegiale democraticamente eletto, non è mai il prodotto di un atto autoritativo che

di problemi irrisolti (non tutti, forse neppure i più importanti, e comunque certo non quelli che si prospetteranno in futuro)».

³³⁴ C. ESPOSITO, *Autonomie locali e decentramento amministrativo nell'art. 5 della Costituzione*, in Id., *La Costituzione Italiana. Saggi*, Cedam, Padova, 1954, 80.

³³⁵ E. ROSSI, *op. ult. cit.*, 68 s.

s'impone, per forza propria, alla e sulla volontà dei suoi destinatari. Essa, piuttosto, è il luogo di condivisione di un percorso animato dall'intreccio di impulsi e orientamenti propriamente sociali, che hanno avuto modo di palesarsi attraverso il confronto dialettico tra le diverse componenti politiche di assemblee costituenti variamente denominate. E, così, i principi fondamentali, fattore di trasposizione normativa delle concezioni ideali qui teorizzate, non sono "creati" dall'assemblea costituente, bensì "dichiarati" e resi idonei a stimolare e indirizzare la futura azione dei pubblici poteri, a cominciare dalla potestà legislativa, al fine precipuo di concorrere al mutamento sociale coerentemente con quelle concezioni che, per l'appunto, illuminano un assetto desiderabile da raggiungere per una società giusta ed equa.

Assume, quindi, un senso particolare l'attitudine di questi principi a formare il "nocciolo duro" o "nucleo forte" della Costituzione³³⁶. Non solo elementi essenziali di una struttura normativa e istituzionale provvista di una precisa identità, ma anche fattori vitali di un insieme di lineamenti generali destinati a "tornare" alla società come fattori idonei a condizionare il processo di graduale formazione dell'identità personale.

Non solo. Se è vero che il "procedimento costituente" si è esaurito con l'entrata in vigore della Carta fondamentale, il "processo costitutivo" non si è mai arrestato, e ha alimentato quella che da più parti viene non a torto definita la "costituzione vivente"³³⁷. Una Costituzione che opera come un organismo vitale interagendo con l'ambiente circostante, che si muove stimolando il mutamento sociale ma che dello stesso ne è indefettibilmente influenzata, anche quando non viene attivata la procedura aggravata. La Costituzione è un albero i cui rami si espandono, rinnovano le loro foglie e i loro fiori, e con impercettibili movimenti si allinea ad uno scenario sempre in evoluzione, orientandosi verso il sole per poter trarre quella linfa vitale che le permette di essere un punto di

³³⁶ Su questo tema v., di recente, P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, Franco Angeli, Milano, 2015. In argomento si segnalano, poi, A. BALDASSARRE, *Esistono norme giuridiche sopra-costituzionali?* in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di L. Mengoni*, Giuffrè, Milano, 1995, 1679 ss.; M. PIAZZA, *I limiti alla revisione costituzionale*, Cedam, Padova, 2002; F. MODUGNO, *Qualche interrogativo sulla revisione costituzionale e i suoi possibili limiti*, in *Studi in onore di G. Ferrara*, II, Giappichelli, Torino, 2005, 617 ss.; A. BARBERA, *I principi della Costituzione repubblicana: dal compromesso al radicamento progressivo*, in *Rass. parl.*, 2009, 311 ss. Un tentativo di ricostruzione teorica dei caratteri del nucleo forte è stato condotto in Q. CAMERLENGO, *Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico*, cit., 68 ss. Prezioso si rileva, infine, lo studio di P. PERNTHALER, *Der Verfassungskern. Gesamtänderung und Durchbrechung der Verfassung im Lichte der Theorie, Rechtsprechung und europäischen Verfassungskultur*, Manz, Wien, 1998.

³³⁷ La metafora della «costituzione vivente» fu proposta negli Stati Uniti per giustificare operazioni ermeneutiche non rigidamente orientate dall'*original intent of the framers*. Riconoscere gli enunciati costituzionali per come interpretati e applicati dalla giurisprudenza significava ammettere un qualche margine di evoluzione del testo alla luce delle molteplici variabili che animano la *living constitution*: v., al riguardo, H.L. MCBAIN, *The Living Constitution. A Consideration of the Realities and Legendsof our Fundamental Law*, Macmillan, New York, 1928; K. LOEWENSTEIN, *The 'Living' Constitution: Shadow and Substance*, in J. Blondel (a cura di), *Comparative Government. A Reader*, Anchor Books, New York, 1969, 145 ss.; T.C. GREY, *Do We Have an Unwritten Constitution?* in *Stanford Law Review*, 1975, 705 ss.; W.H. REHNQUIST, *Notion of a Living Constitution*, in *Texas Law Review*, 1975, 693 ss.; T. MARSHALL, *The Constitution: A Living Document*, in *Howard Law Journal*, 1987, 915 ss.; B. ACKERMAN, *The Living Constitution*, in *Harvard Law Review*, 2007, 1737 ss.; D.A. STRAUSS, *The Living Constitution*, Oxford University Press, London, 2010; J.M. BALKIN, *The Roots of the Living Constitution*, in *Boston University Law Review*, 2012, 1129 ss. Sul contributo di Bruce Ackerman, v. M. GOLDONI, *La costituzione vivente di Bruce Ackerman*, in *Quad. cost.*, 2009, 165 ss. Anche in Italia tale concetto fu acquisito per illuminare una prospettiva evolutiva proiettata oltre il dettato formale, senza necessariamente impegnare il ragionamento sull'impatto prodotto dai rapporti di forza tra gli attori politici (come invece fa il ragionamento sulla costituzione materiale): cfr. C. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, Giuffrè, Milano, 1964 (1934), 205; P. BARILE, *La Costituzione vivente*, in *Testimonianze*, 1979, 315 ss.; L. PALADIN, *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana*, Il Mulino, Bologna, 2004; S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Il Mulino, Bologna, 2004. E. CHELI, *Introduzione*, al citato libro di Paladin, tratteggia la costituzione vivente come «quel complesso di regole che si collocano al di là della Costituzione scritta» e che rappresentano «il più grande fattore di complicazione delle scienze costituzionalistiche» (p. 11). Dal canto suo M. DOGLIANI, *Diritto costituzionale e scrittura*, in *Ars interpretandi*, 1997, 107, ha identificato la costituzione vivente con la consuetudine di riconoscimento, e per O. CHESSA, *Cos'è la Costituzione? La vita del testo*, in *Quad. cost.*, 2008, 47, la costituzione vivente è «la prova della effettività/validità/superiorità della costituzione scritta». V., inoltre, G. ZAGREBELSKY, *La Costituzione vivente*, in *Storia e memoria*, 2006, 69 ss., nonché A. CHIAPPETTI, *La costituzione vivente italiana*, Giappichelli, Torino, 2011.

riferimento dinamico, e non statico. Fuor di metafora, la Costituzione vive attraverso i suoi enunciati, ma anche consentendo alle proprie disposizioni di non cristallizzarsi in schemi di qualificazione troppo rigidi e, dunque, anacronistici, bensì di aprirsi alle tante sollecitazioni di senso che provengono dal contesto. È quella “coscienza sociale” che, in qualche modo e con non poche difficoltà, riesce a penetrare nei campi coltivati dall’opera interpretativa innanzitutto della Corte costituzionale³³⁸. Ed è proprio attraverso questa coscienza sociale, unitamente alla indispensabile mediazione democratica dei partiti, che le concezioni ideali continuano a dialogare con la legge fondamentale, così che si perpetui il moto bidirezionale che qualifica il processo di definizione dell’identità costituzionale e, dunque, dell’identità della persona complessivamente considerata.

2.3.3. L’anello dell’integrazione.

L’art. 2 del Trattato sull’Unione europea identifica le fondamenta del sodalizio intercorso tra gli Stati contraenti: «l’Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell’uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini». Nel preambolo le parti hanno dichiarato di ispirarsi «alle eredità culturali, religiose e umanistiche dell’Europa, da cui si sono sviluppati i valori universali dei diritti inviolabili e inalienabili della persona, della libertà, della democrazia, dell’uguaglianza e dello Stato di diritto».

Anche nel caso dei trattati internazionali l’enunciazione di principi non è scontata, né rappresenta il frutto di un qualche automatismo. Il trattato è un negozio giuridico bilaterale o plurilaterale con il quale le parti contraenti definiscono un assetto impegnativo ai rispettivi interessi, attraverso la previsione di diritti e obblighi corrispondenti. Quando un trattato contempla principi, che non siano la mera configurazione di obiettivi da raggiungere, esso mira a conferire un senso sostanziale all’intesa così perfezionata. Detti principi, infatti, sono i basilari e qualificanti fattori di aggregazione intorno ai quali gli Stati contraenti hanno convenuto di rinunciare ad una quota di sovranità, in condizioni di reciprocità, per il conseguimento di finalità condivise. I principi esprimono il senso filosofico di tale accordo, vale a dire la comprensione condivisa dell’idea che sta alla base degli impegni così assunti. Non si tratta di un semplice strumento di regolamentazione pattizia, ma ancor prima dell’espressione profonda di un animo cooperativo che vuole imprimere una svolta materiale e spirituale alle relazioni tra le parti. Quando, poi, come nel caso di specie, il trattato costruisce anche una struttura organizzativa complessa, così ampia e articolata da generare un vero e proprio ordinamento (fatto di istituzioni e di fonti normative) distinto da quelli delle parti contraenti, allora proprio quei principi imprimono una certa *identità* alla struttura così edificata. Proprio a proposito di questi principi Cesare Pinelli si è espresso in termini di «cifre identificative dell’ordinamento»³³⁹, e così Antonio Ruggeri ha sottolineato come l’identità dell’Unione europea riposi su di un «pugno di valori fondamentali» idonei a definire una specifica «forma di Unione»³⁴⁰.

Questi principi hanno natura costituzionale?

Sullo sfondo di un simile interrogativo, resosi necessario per effetto della impostazione teorica qui seguita e proposta, si staglia la formidabile e ancora irrisolta questione circa l’esistenza e la vigenza

³³⁸ V., per tutti, N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della “coscienza sociale”, interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *Rivista AIC*, 2017, f. 4, 1 ss., e ID., *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in *federalismi.it*, 2021, f. 3, 86 ss.

³³⁹ C. PINELLI, *Il Preambolo, i valori, gli obiettivi*, in F. Bassanini, G. Tiberi (a cura di), *Una Costituzione per l’Europa*, Il Mulino, Bologna, 2003, 34.

³⁴⁰ A. RUGGERI, *Una Costituzione ed un diritto costituzionale per l’Europa unita*, in P. COSTANZO, L. MEZZETTI, A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell’Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2006, rispettivamente 19 e 12.

di una vera e propria “Costituzione europea”³⁴¹. Di questo tema qui rileva la possibilità o meno di riconoscere ai principi in parola carattere “costitutivo” e, dunque, fondativo, sempre nell’ottica del patto che lega autorità e libertà, istituzioni e società, Stato e persona.

Non è facile rispondere a questa domanda. In fondo, la dimensione pattizia dei trattati europei, e la complessa e tormentata “stagione costituente” che ne hanno caratterizzato la successione, vedono negli Stati, per di più rappresentati in modo rilevante dai rispettivi esecutivi, i veri protagonisti nei relativi processi decisionali. Sicché, non parrebbe esservi spazio per una comprensione dei principi in oggetto come fondamenta di un’autentica compenetrazione tra le istituzioni europee e il tessuto sociale composto da cittadini europei, ossia persone.

Nondimeno, se si volge lo sguardo alla storia dell’Europa e, poi, alle concrete dinamiche che ne hanno segnato gli sviluppi di fatto, ci si avvede del profondo legame che intercorre tra un fenomeno, quale quello dell’Europa unita, apparentemente governato dagli Stati, e le sollecitazioni sociali che, in forma reticolare, si sono insinuate in questi stessi processi decisionali. E non certo come elementi di contorno³⁴².

Pur in difetto di una “Costituzione” europea *tout court*, non sembrano sussistere argomenti sufficientemente forti per escludere a quelle enunciazioni la portata di principi costituzionali in una accezione simile a quella già esposta in relazione all’anello della prossimità.

Questi principi, come ha sottolineato Luca Mezzetti, «conferiscono forma giuridica ai valori ad essi sottostanti»³⁴³. Trattandosi di concezioni ideali che si manifestano attraverso la cultura, essi «costituiscono al tempo stesso una cultura durevole, dotata di una “potenza” irradiante che rinnova continuamente il diritto comunitario positivo in senso stretto (riferito all’Unione Europea) ed in senso lato (riferito agli ambiti di validità della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo), necessariamente frammentario»³⁴⁴. Ed è una cultura di libertà e dignità, come ha rimarcato Cesare Pinelli: «gli europei vivono quelle virtù e istituzioni per aver introiettato il senso del limite della dignità, e le vivono attraverso un consenso intessuto di scambi, ricerche e apprendimenti che sono la ricchezza della libertà»³⁴⁵.

Si potrebbero utilmente usare le belle parole di Peter Häberle che, pur essendo riferite alle costituzioni, ben possono essere estese ai principi in parola, considerandoli quindi «espressione delle

³⁴¹ V., innanzitutto, l’efficace ricostruzione di A. RUGGERI, *op. ult. cit.*, 7 ss. V., comunque, e senza ambizione di completezza, J.H.H. WEILER, *The Transformation of Europe*, in *Yale Law Journal*, 1991, 2403 ss.; D. GRIMM, *Braucht Europa eine Verfassung?* in *JuristenZeitung*, 1995, 581 ss.; R. BIEBER, J. IPSEN, *Steigerungsform der europäischen Union: Eine Europäische Verfassung*, in J. Ipsen et al. (a cura di), *Verfassungsrecht im Wandel*, Heymann, Köln, 1995, 291 ss.; G. CARLOS RODRIGUÉZ IGLESIAS, *Zur «Verfassung» der Europäischen Gemeinschaft*, in J. Schwarze (a cura di), *Verfassungsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit im Zeichen Europas*, Nomos, Baden-Baden, 1995, 45 ss.; M. STOLLEIS, *Europa – seine historischen Wurzeln und seine künftige Verfassung*, in *Aulavortrag Tartu Universität*, 16. Juli 1997; L.M. DÍEZ-PICAZO, *Constitucionalismo de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002; S. CASSESE, *La Costituzione europea: elogio della precarietà*, in *Quad. cost.*, 2002, 469 ss.; P. CRUZ VILLALÓN, *La Constitución inédita. Estudios sobre la constitucionalización de Europa*, Trotta, Madrid, 2004. A questo proposito, M. CARTABIA, “*Ispirata alla volontà dei cittadini degli Stati d’Europa*”, in *Quad. cost.*, 2005, 14, osserva che la cd. Costituzione europea è «un esperimento di costituzionalismo post-nazionale che non può non contenere elementi spuri rispetto ai modelli finora consegnatici dalla storia». Assai interessante, poi, la ricognizione ragionata di M. CARTABIA, A. SIMONCINI, *Oltre le colonne d’Ercole: l’avventura del costituzionalismo europeo*, in *Nuova informazione bibliografica*, 2004, 79 ss.

³⁴² Cfr. J. ZILLER, *La nuova Costituzione europea*, Il Mulino, Bologna, 2004, 95 ss., sulla enfasi che le diverse dichiarazioni che si sono succedute nel tempo hanno dato al coinvolgimento delle persone e delle formazioni sociali.

³⁴³ L. MEZZETTI, *Principi costituzionali e forma dell’Unione*, in P. COSTANZO, L. MEZZETTI, A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell’Unione europea*, cit., 73.

³⁴⁴ P. HÄBERLE, *Per una dottrina della costituzione europea*, cit., 4, il quale richiama J. ESSER, *Grundsatz Und Norm in Der Richterlichen Fortbildung Des Privatrechts: Rechtsvergleichende Beiträge Zur Rechtsquellen- Und Interpretationslehre*, in *Untersuchungen Zur Vergleichenden Allgemeinen Rechtslehre Und Zur Methodik Der Rechtsvergleichung*, vol. 1 e 2, Mohr, Tübingen, 1964, quale studioso della costituzione che si manifesta attraverso un “pensare per principi”.

³⁴⁵ C. PINELLI, *op. ult. cit.*, 33. V. anche A. SPADARO, *La “cultura costituzionale” sottesa alla Carta dei diritti dell’Unione europea, fra modelli di riferimento e innovazioni giuridiche*, in C. Panzera, A. Rauti, C. Salazar e A. Spadaro (a cura di), *Metamorfosi della cittadinanza e diritti degli stranieri*, Editoriale scientifica, Napoli, 2016, 473 ss.

autorappresentazioni culturali di un popolo, specchio della sua eredità culturale e base delle sue aspirazioni»³⁴⁶. E nel caso europeo, pur mancando un “popolo”, nondimeno quei principi possono considerarsi la sintesi simbiotica dei retaggi culturali che accomunano i singoli “popoli” nazionali. Invero, alle società che compongono il mosaico comunitario europeo spetta gettare quelle «basi culturali omogenee e pienamente integrate» che Ruggeri considera il presupposto per un *demos* europeo quale solido fondamento di un processo davvero costituente in questo ambito³⁴⁷.

Questo insieme composito e poliedrico di valori esprime concezioni ideali sull’assetto delle relazioni tra popoli, tra comunità, tra Stati, avendo presenti i beni essenziali di libertà e di dignità che hanno attraversato, con alterne fortune, la storia del nostro Continente.

La rappresentazione delle concezioni ideali di matrice sociale nelle sedi istituzionali europee ha visto non solo il protagonismo degli Stati, ma anche la mediazione – già altrove ricordata – dei movimenti politici, in una veste però diversa da quella indossata entro le mura domestiche. Invero, «i partiti ‘europei’ non sono che aggregazioni politiche interstatali piuttosto nominali, con un grado di coesione visibile solo nel Parlamento europeo ove però sostanzialmente si limitano a collegare in sede europea le varie delegazioni nazionali di partiti la cui adesione è piuttosto generica a programmi comuni, a loro volta, piuttosto generici di azione politica»³⁴⁸.

A questo punto viene da chiedersi, come fa Augusto Barbera, se in Europa ci sia «una comunità politica che afferma la propria *identità* attorno a fini e valori fondamentali»³⁴⁹. Nel raffigurare un assetto ideale verso cui tendere, le concezioni qui teorizzate tratteggiano una visione identitaria che rappresenta la sintesi di tutte le aspirazioni che accomunano un sodalizio così vasto ed eterogeneo. In effetti, a questa ricostruzione si potrebbe obiettare che le distanze tra i diversi “popoli” europei pregiudichi ogni tentativo di trovare una sintesi, anche solo procedendo per approssimazioni successive. In realtà – ed è lo stesso Barbera a fornirci un prezioso aiuto – «l’unità politica di un popolo non è data necessariamente dalla totale comunanza dei valori culturali, dai comuni miti fondanti, da una lingua (è un potente fattore di integrazione e manca in Europa, ma la Svizzera è plurietnica), ma dal sentirsi partecipi di medesima “comunità di destino” (per richiamare la celebre definizione di Renan), dall’“ethos” su cui – il riferimento è a Rudolf Smend – si fonda una costituzione»³⁵⁰. E qui per “costituzione” s’intende l’atto fondativo e di orientamento del processo di integrazione tra più Stati accomunati dalla condivisa aspirazione a creare un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia.

Si è detto che i principi in questione conferiscono un tratto identitario sufficientemente nitido. Il volto dell’Unione europea restituito da quei principi è l’immagine riflessa in uno specchio illuminato dalle concezioni ideali. Le società della “casa europea”³⁵¹ confidano in un processo di integrazione (non solo tra Stati, ma ancor prima tra comunità) proteso a ridurre, sino ad eliminarlo, il divario tra un assetto fragile, attraversato da divisioni, rancori non ancora sopiti, incomprensioni, derive nazionaliste, sperequazioni economiche, e un equilibrio ideale retto da intrecci di sapienza e telai di umanità: la saggezza di popoli consapevoli, dopo tante esperienze drammatiche, che solo la via della pace conduce al benessere e alla coesione; una umanità solidale, aperta e inclusiva, di persone e popoli legati da ineludibili vincoli storici e culturali. Tutto ciò rappresenta il contenuto spirituale e sostantivo del patrimonio costituzionale europeo³⁵².

Perché l’Unione europea assuma una identità propria e infungibile è necessario che le concezioni ideali siano espresse da una *communitas* europea e siano distinte e autonome rispetto a quelle coltivate

³⁴⁶ P. HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, Duncker & Humblot, Berlin, 1982, 19, nel testo in italiano riportato in ID., *Per una dottrina della costituzione europea*, cit., 3.

³⁴⁷ A. RUGGERI, *op. ult. cit.*, 12.

³⁴⁸ G. FERRARA, *Verso la Costituzione europea?* in *Dir. pubbl.*, 2002, 171.

³⁴⁹ A. BARBERA, *Esiste una “costituzione europea”?* in *Quad. cost.*, 2000, 72.

³⁵⁰ *Id.*, 75, il quale cita R. SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, Duncker & Humblot, München-Leipzig, 1928, trad. it., *Costituzione e diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1988, 190.

³⁵¹ P. HÄBERLE, *Per una dottrina della costituzione europea*, cit., 9.

³⁵² V., in particolare, A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Il Mulino, Bologna, 2002.

in seno alle comunità nazionali. Ha scritto Federico Sorrentino che ai fini della creazione di un ordinamento politico, quale l'Unione europea aspira a diventare, «è necessario che la *societas* che in esso si riconosce esprima valori sostantivi autonomi rispetto alle collettività che la compongono: occorre, in altri termini, come è stato nella dottrina ripetutamente e criticamente sottolineato, che si consolidi presso i consociati un sentimento di appartenenza, non meramente occasionale, ma strutturale e ideale, ad un'organizzazione comune e soprattutto la consapevolezza di un destino comune»³⁵³. Non certo per creare le condizioni per un antagonismo improduttivo, ma semplicemente perché gli ideali così formulati riguardano contesti diversi, seppur comunicanti.

Al riguardo, si esprimono con chiarezza Pernice e Mayer quando sostengono che la Costituzione europea può essere intesa come l'atto fondativo cui ascrivere la legittimità delle istituzioni europee che a sua volta riposa «sulla volontà comune dei cittadini»³⁵⁴. Ed è proprio in questa prospettiva che gli stessi cittadini europei «stabiliscono i principi fondamentali e i valori comuni»³⁵⁵: principi, quindi, che incorporano le concezioni ideali espresse nel tessuto sociale. Così facendo – proseguono Pernice e Mayer – «i cittadini degli Stati membri adottano un'identità supplementare, quella di cittadini europei»³⁵⁶. Esattamente quello che s'intende dimostrare in questa sede quando si ragiona in termini di moto circolare: le persone trasmettono le concezioni ideali (in questo caso) nell'anello dell'integrazione conferendo ad esso una certa identità, la quale ritorna presso le persone condizionandone l'identità complessiva. E così, «la Costituzione europea si caratterizza come comunità di diritto, basata su valori comuni e su uno *status* comune di quei cittadini che fondano una nuova identità europea, aggiungendola alle loro identità locali, regionali e nazionali»³⁵⁷. Al centro di questo movimento circolare resta comunque la persona, vera scaturigine di tutto: «non è la collettività (fittizia) del popolo, ma è il cittadino in quanto individuo, membro di diverse comunità politiche, con le sue rispettive identità, a rappresentare il momento principale all'interno di ogni sistema democratico»³⁵⁸. In questo processo il pragmatismo proprio delle concezioni ideali ha modo di esprimersi con grande forza essendo l'Europa un cantiere aperto³⁵⁹. Scrive bene, quindi, Lorenza Violini quando immagina «un processo di integrazione su forti basi valoriali ma improntato al realismo e alla pazienza di chi sa guardare lontano, ben oltre i propri interessi immediati»³⁶⁰.

In una Conferenza agli studenti tedeschi nel 1949, a Berlino, José Ortega y Gasset raffigurò l'identità europea come un complesso di convincimenti e valori comuni, a loro volta scaturiti da usanze collettive perpetuate nel tempo, dall'opinione pubblica, dalle istituzioni giuridiche e anche dai rapporti di forza. Il grande filosofo madrileno era un convinto sostenitore di una condivisa identità europea, quale sintesi di ragione universale, di inalienabile dignità e, dunque, di unicità della persona. Attraverso questa identità condivisa, i cittadini europei assecondano le concezioni ideali trasposte nei principi fondamentali, dal momento che in essi «agisce già l'impulso, che è un imperativo chiaro e

³⁵³ F. SORRENTINO, *Brevi riflessioni sui valori e sui fini dell'Unione nel progetto di costituzione europea*, in *Dir. pubbl.*, 2003, 812.

³⁵⁴ I. PERNICE, F.C. MAYER, *La Costituzione integrata dell'Europa*, in G. Zagrebelsky (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione europea*, Laterza, Bari-Roma, 2003, 51.

³⁵⁵ *Ibidem.*

³⁵⁶ *Ibidem.*

³⁵⁷ *Id.*, 54.

³⁵⁸ *Ibidem.*

³⁵⁹ Cfr. M. CARTABIA, *Europe and Rights: Taking Dialogue Seriously*, in *European Constitutional Law Review*, 2009, 27: «the very nature of the European constitution or – might I even dare to say – the very nature of Europe itself, requires a lively participation of all the plurality of voices, traditions and historical experiences which altogether are part and parcel of the European identity. It is not only in the interest of a particular national tradition that the constitutional conversation on the European values and fundamental rights is to be kept alive. It is also of vital importance for the European Union to encourage and support the participation of all its components, in order to be faithful to its own origin and structure».

³⁶⁰ L. VIOLINI, *Passato e presente in dialogo sul futuro dell'Europa. Quasi una antologia*, in federalismi.it, 2018, f. 16, 3.

cosciente, verso la creazione di una forma di convivenza umana che sia migliore, che sia la migliore»³⁶¹.

Ebbene, l'anello dell'integrazione è proprio quello che recepisce e rielabora l'anelito di pienezza e completezza che si leva nelle società nazionali, dove la sola forza della sovranità non è più idonea a garantire pace e giustizia in un contesto sempre più globale e diluito³⁶². In questo anello si completa il ciclo delle concezioni ideali avviato già nell'anello della prossimità e proseguito in quella della sovranità. L'assetto sociale ideale, invero, nel nostro tempo non ha confini, o per lo meno non coincide con il rione o la città in cui la persona vive e interagisce con il prossimo. Questo assetto sociale si proietta sino a quando le relazioni intersoggettive saranno così ampie e diffuse da esigere uno sguardo più esteso, non circoscritto ai bisogni contingenti come localizzati in un dato territorio. Ecco così che la volontaria adesione ai principi qui considerati, quale «fondamento di una nuova coesione civile»³⁶³, assume un senso meno astratto, dal momento che quegli stessi principi altro non sono che la trasposizione giuridica di concezioni ideali che i cittadini europei hanno contribuito, sin dal tessuto sociale, a definire e trasmettere.

3. Il funzionamento della struttura a cerchi concentrici quale modalità di legittimazione dei valori a condizionare l'identità personale.

Nel precedente paragrafo sono stati ricostruiti i diversi stadi di inveroamento delle concezioni ideali. In corrispondenza di ogni anello è stato esplorato il legame che avvince i principi costituzionali (nella accezione già chiarita) alle concezioni ideali e al ruolo attivo e centrale della persona e delle formazioni sociali.

Si tratta ora di tentare una ricostruzione dell'equilibrio dinamico di questa struttura, relativo cioè alle modalità di interazione tra il nucleo e gli anelli e tra gli anelli stessi. L'obiettivo è scoprire in quale modo le concezioni ideali, tradotte in principi, partendo dalla persona e dalla società ritornano alla stessa sotto forma di impulsi idonei a condizionare il complesso e progressivo processo di costruzione dell'identità personale, agendo su quella che è stata definita l'identità costituzionale.

La ricostruzione dell'equilibrio dinamico non può che prendere le mosse da alcuni punti fermi quali quelli emersi nella trattazione sin qui svolta: la centralità della persona e l'insussistenza di una relazione gerarchica tra le diverse componenti la struttura a cerchi concentrici.

In una struttura articolata in più contesti istituzionali e che si proietta verticalmente (o, per lo meno, viene gestita come se fosse così), il peso dei principi enunciati al livello superiore finirebbe col schiacciare la base. Non vi sarebbe spazio per alcuna interazione dialettica tra principi posti a livelli diversi e il criterio gerarchico finirebbe coll'avere la meglio sempre e comunque. Coerentemente con l'impostazione qui seguita, se il principio è la forma giuridica del valore e questo, a sua volta, è la concezione ideale relativa a determinati beni o assetti, allora una simile struttura finirebbe col vanificare la portata innovativa delle concezioni ideali espresse nel gradino più basso, nonostante la maggiore vicinanza alla persona e alle formazioni sociali. Stando così le cose, non avrebbe senso alcuno riconoscere forme di autonomia ad enti territoriali variamente denominati, così come svanirebbe la sovranità vantata dagli Stati che si sono uniti in una organizzazione sovranazionale. Il profilo identitario della persona verrebbe così ineluttabilmente plasmato dal livello apicale, generando non pochi dubbi di legittimazione ad agire in questo modo, visto che solo in minima parte i valori sanciti a quel livello rifletterebbero le istanze e le sollecitazioni dei consociati e dei loro gruppi.

³⁶¹ J. ORTEGA Y GOSSET, *Meditazione sull'Europa*, a cura di D. Argeri, Seam, Roma, 2000, 80.

³⁶² Sull'integrazione come completezza e pienezza v. F. GENTILE, *Europa 2004*, in P.G. Grasso (a cura di), *Europa e Costituzione*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2005, 16.

³⁶³ P.G. GRASSO, *Il costituzionalismo oltre lo Stato e la teoria generale del diritto*, in Id. (a cura di), *Europa e Costituzione*, cit., 80.

Il discorso cambia in una struttura – quale quella teorizzata in questa sede – che si sviluppa orizzontalmente a cerchi concentrici dove il nucleo è la persona (nella sua ancipite dimensione individuale e sociale) e dove non esistono forze gravitazionali prodotte da ambiti istituzionali di peso maggiore. Nessun effetto di schiacciamento, dunque, ma un equilibrio paritario governato dalla centralità della persona.

Ciò non toglie, tuttavia, che si possano produrre antinomie tra i principi definiti nei diversi anelli istituzionali. Tali conflitti possono pregiudicare quello che si potrebbe definire l'*impatto identitario* dei principi stessi, ossia – come più volte ricordato – la loro attitudine a influenzare i processi di definizione progressiva dell'identità personale agendo su quel particolare segmento di questa che abbiamo definito identità costituzionale.

Occorre, dunque, immaginare una *regola di composizione* di eventuali contraddizioni tra principi enunciati nei diversi anelli istituzionali: una regola che sia coerente con la filosofia di fondo che regge la struttura (la persona al centro, quale fine e non strumento dell'azione dei pubblici poteri) e che legittimi l'impatto identitario dei principi.

Una struttura ha senso se funziona, oltre a mantenersi integra nel tempo. E funziona se al suo interno si realizzando movimenti e, dunque, interazioni tra le diverse componenti. L'equilibrio dinamico (la struttura vivente) è garantito da movimenti che non alterano l'assetto così definito, sia dal punto di vista strutturale, che sul versante funzionale o operativo. Le ipotizzate antinomie possono compromettere tale equilibrio.

La condizione di equilibrio che si propone in questa sede è la seguente: *ogni principio acquista una compiuta e coerente fisionomia alla luce dei caratteri essenziali dell'anello istituzionale presso cui si forma.*

Invero, non solo i principi (quali forma giuridica dei valori/concezioni ideali), ma anche ogni anello riflette e, nel contempo, assorbe e solidifica il senso profondo del legame che lo avvince alla persona e alle formazioni sociali. Più precisamente:

a) l'anello della prossimità è il luogo in cui la persona chiede alle istituzioni un governo della cosa pubblica che rispecchi le specificità del territorio, anche in ipotesi assumendo assetti e adottando decisioni diverse da ciò che accade in altri contesti territoriali. L'autonomia – lo si è già ricordato – è proprio questo: assecondare le peculiarità dei bisogni e delle aspettative coltivati dalle comunità stanziati in determinati territori, affinché la complessiva azione di governo dei pubblici poteri sia mirata e, dunque, efficace ed efficiente;

b) l'anello della sovranità è il luogo in cui le persone condividono con il resto della comunità nazionale un disegno e una necessità di unità e coesione che si proiettano oltre i confini territoriali. È il luogo degli interessi nazionali, ossia delle esigenze che, per le loro specifiche caratteristiche, si rivelano insuscettibili di frazionamento o localizzazione territoriale. È il luogo in cui le specificità locali non possono essere spinte oltre quella soglia di equilibrio superata la quale si assisterebbe ad una inesorabile frattura del legame che unisce i cittadini di uno stesso Stato: soglia che, per l'appunto, è determinata dalla individuazione di quegli stati di aspirazione o tensione ideale verso beni che l'intera comunità nazionale reputa indispensabile per soddisfare bisogni comuni;

c) l'anello dell'integrazione è il luogo in cui le persone, coinvolte in una rete sempre più ampia e fitta di rapporti con i cittadini di altri Stati, percepiscono la necessità di non erigere barriere al dialogo globale in vista di un assetto relazionale autenticamente improntato alla pace e alla solidarietà. Questi rapporti, in effetti, possono essere fonti di conflittualità a causa di molteplici variabili (differenze dal punto di vista culturale, linguistico, di gestione delle attività economiche, di configurazione di istituti giuridici, o magari vecchie incomprensioni se non rancori non ancora sopiti). Un assetto ideale, quale quello immaginato dalle concezioni espresse in questo anello, mira a garantire il pacifico e ordinato svolgimento di queste relazioni.

Insomma, presso ogni anello istituzionale cambia l'oggetto e il contesto della *domanda* di azione dei pubblici poteri che si esprime proprio attraverso le concezioni ideali qui teorizzate.

A questo punto si tratta di esaminare le seguenti *modalità di interazione* tra i principi enunciati presso i diversi anelli istituzionali.

1) *Antinomia*. Due principi, consacrati in distinti anelli istituzionali, potrebbero entrare in conflitto tra di loro. Si ipotizza al riguardo la seguente regola di composizione: *in caso di accertata antinomia, un principio è destinato a non soccombere quando recepisce una concezione ideale che si sia affermata grazie al vincolo di senso che lega la persona a quello specifico anello istituzionale*.

Le concezioni ideali, per poter operare quale elemento di vitalità di una struttura edificata intorno alla (o a partire dalla) persona, debbono avere comunque un legame con l'anello istituzionale verso il quale s'indirizza la corrispondente domanda di attenzione e cura espressa nei confronti dei pubblici poteri.

Facciamo l'esempio del principio di eguaglianza nella sua proiezione sostanziale.

Com'è noto, la consacrazione di tale principio, che in Italia ha trovato espressione ai massimi livelli nell'art. 3, secondo comma, Cost., attesta l'evoluzione di un dato ordinamento nella forma dello Stato sociale³⁶⁴. Detto principio mira a colmare il divario tra astratta titolarità ed effettivo esercizio dei diritti fondamentali ogni qual volta il concreto godimento degli stessi sia pregiudicato o compromesso dalla indisponibilità dei beni e servizi a ciò necessari. Lo Stato interviene, secondo l'insegnamento keynesiano, attraverso la pratica dei diritti sociali per rimediare ai fallimenti del mercato e, così facendo, crea le condizioni per una effettiva eguaglianza delle opportunità o nei punti di partenza.

Supponiamo che questo principio entri in conflitto con un altro principio, coltivato presso un diverso anello istituzionale, quale quello (faccio una ipotesi) dell'economia di mercato interpretato secondo i canoni del liberismo più radicale ed ortodosso. I due principi possono confliggere dal momento che il secondo nega spazio all'interventismo pubblico per lasciare libero sfogo alla smithiana mano invisibile, secondo la nota logica del *laissez faire*. In effetti, proprio in nome dell'eguaglianza sostanziale uno Stato potrebbe rafforzare la presenza nel sistema economico di imprese pubbliche oppure potrebbe fissare divieti o limiti o vincoli a carico delle imprese private tali da alterare il gioco della concorrenza.

Come risolvere questa antinomia?

L'eguaglianza sostanziale è la rappresentazione giuridica di una concezione ideale che ha accomunato una intera comunità, quale quella italiana uscita drammaticamente da una esperienza dittatoriale dagli effetti nefasti anche dal punto di vista economico. Il divario tra classi sociali, all'indomani della fine della Seconda guerra mondiale, si era persino accentuato. La comunità italiana presentò alle istituzioni, e in particolare all'organo chiamato a redigere la nuova Costituzione, una domanda di giustizia ed equità, il cui soddisfacimento avrebbe posto rimedio alle ormai intollerabili diseguaglianze sociali. Questa domanda rifletteva un assetto ideale della società che si intendeva cambiare. Non che ci si aspettasse dai principi costituzionali in gestazione una diretta e immediata capacità di trasformare l'assetto sociale secondo un progetto ben definito³⁶⁵. Quanto meno tale

³⁶⁴ V. C. ESPOSITO, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione*, in Id., *La Costituzione italiana. Saggi*, Cedam, Padova, 1954, 63 ss.; L. PALADIN, *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Giuffrè, Milano, 1965, spec. 323 ss.; U. ROMAGNOLI, *Commento all'art. 3, secondo comma*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli-Soc. ed. Foro italiano, Bologna-Roma, 1975, 165 ss.; B. CARAVITA, *Oltre l'eguaglianza formale. Un'analisi dell'art. 3 comma 2 della Costituzione*, Cedam, Padova, 1984; A. GIORGIS, *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, Jovene, Napoli, 1999; G.U. RESCIGNO, *Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana*, in *Principio di eguaglianza e principio di legalità nella pluralità degli ordinamenti giuridici. Annuario 1998* (Atti del XIII Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, Trieste, 17-18 dicembre 1998), Cedam, Padova, 1999, 120 ss.; A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Cedam, Padova, 2002; C. ROSSANO, *Profili dell'eguaglianza sostanziale nella Costituzione italiana e nell'ordinamento comunitario*, in *Studi in onore di G. Ferrara*, III, Utet, Torino, 2005, 444 ss.; C. BUZZACCHI, *Dalla coesione all'eguaglianza sostanziale*, Giuffrè, Milano, 2005; Q. CAMERLENGO, *Costituzione e promozione sociale*, Il Mulino, Bologna, 2013; S. STAIANO, *Diseguaglianze e politiche dell'eguaglianza: profili teorici e istituzionali*, in *Soc. lav.*, 2016, 103 ss.; C. GIORGI, *Il principio di eguaglianza: culture politiche e dibattito costituyente*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, 9 ss.

³⁶⁵ Come ha osservato M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Cedam, Padova, 1983, 129 s., «la società prefigurata dal Costituente non è omogenea, perché semplicemente non c'è in Costituzione un disegno di società, ma semmai un progetto di trasformazione sociale, o se si vuole c'è solo il disegno di una società di

domanda sollecitò la trasposizione nella legge fondamentale di un impegno ben preciso volto a recuperare (o a fondare *ex novo*?) un'autentica pari dignità sociale di tutti i consociati.

Ebbene, questo è un chiaro esempio di concezione ideale *pensata* guardando proprio a quell'anello istituzionale con il quale la persona interagisce in primissima battuta. Le ragioni dell'eguaglianza sostanziale sono ragioni che abbracciano l'intera collettività nazionale, e non semplici e isolate porzioni di territorio, proprio perché a questa concezione ideale sono intimamente connesse altre concezioni ideali (democrazia, pluralismo, solidarietà, partecipazione) che pure legano indissolubilmente i membri di una intera comunità che confida in uno spazio politico e sociale davvero informato ad aspettative concrete di coesione e di condivisione.

L'anello della sovranità è, dunque, quello che più e meglio di altri si presta a rappresentare il luogo di traduzione giuridica della concezione ideale dell'eguaglianza sostanziale.

Non è un caso se il processo di progressivo ravvicinamento degli Stati dell'Unione europea si sia sviluppato intorno al modello dell'economia sociale di mercato che, meglio di altri, è in grado di coniugare il mercato e l'eguaglianza sostanziale³⁶⁶. Non è un caso se l'art. 117, secondo comma, lett. m), Cost., riserva al legislatore statale la disciplina dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali: quei livelli, cioè, che mirano proprio ad assicurare uniformi standard di eguaglianza sostanziale sull'intero territorio nazionale³⁶⁷.

Peraltro, questa modalità di approccio al problema delle antinomie tra principi potrebbe offrire un diverso punto di vista per affrontare il tema dei *controlimiti*. Invero, essi potrebbero considerarsi come espressione dell'attitudine dei principi supremi di un dato ordinamento a rivendicare il monopolio dell'impatto identitario. In altri termini, attraverso i controlimiti lo Stato intende conformare l'identità personale escludendo altri fattori esogeni, a cominciare proprio dai principi invalsi nell'anello dell'integrazione.

È ben vero che i principi in parola sono stati percepiti come gli elementi costitutivi dell'identità di uno Stato e del suo ordinamento³⁶⁸. La nostra Corte costituzionale ha perentoriamente riconosciuto che «i controlimiti rappresentano, in altri termini, gli elementi identificativi ed irrinunciabili

transizione ad una società futura *che però non è regolata in Costituzione*, e della quale si sa solo che dovrà essere il frutto, il risultato, del *processo* di trasformazione che le forze politiche e sociali debbono innescare per “rimuovere gli ostacoli” di cui parla il secondo comma dell'art. 3».

³⁶⁶ V., infatti, l'art. 3, terzo comma, del Trattato U.E. V. W. EUCKEN, *Die Grundlagen der Nationalökonomie*, Fischer, Jena, 1940; W. RÖPKE, *Civitas humana*, Rentsch, Erlenbach-Zurich, 1944; F. BÖHM, *Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung*, Mohr, Tübingen, 1950; F. FELICE, *L'economia sociale di mercato*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2008. Degna di rilievo è la raccolta di scritti di W. RÖPKE, *Umanesimo liberale*, a cura di M. Baldini, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2000.

³⁶⁷ V., in particolare, A. D'ALOIA, *Diritti e stato autonomistico. Il modello dei livelli essenziali delle prestazioni, in le Regioni*, 2003, 1063 ss.; A. POGGI, V. CAMPIONE, *Sovranità decentramento regole. I livelli essenziali delle prestazioni e l'autonomia delle istituzioni scolastiche*, Il Mulino, Bologna, 2009; F. PALLANTE, *I diritti sociali tra federalismo e principio di eguaglianza sostanziale*, in *Dir. pubbl.*, 2011, 249 ss. (cui si rinvia anche per la ricchissima bibliografia); M. LUCIANI, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2016, f. 3, 1 ss. Dal canto suo A. D'ALOIA, *Eguaglianza. Paradigmi e adattamenti di un principio "sconfinato"*, in *Rivista AIC*, 2021, f. 4, 57, «se, e in che misura, questa formula può iscriversi nella linea di ricerca e trascrizione di un progetto di eguaglianza sostenibile, adeguato alla soddisfazione degli interessi costituzionalmente protetti, ma altresì responsabile e consapevole dell'esigenza di mantenere una linea di sostenibilità economica e di fattibilità reale delle politiche predisposte».

³⁶⁸ V., così, I. PERNICE, F.C. MAYER, *op. cit.*, 61, nonché G. DEMURO, *I contro-limiti e le identità costituzionali*, in *Dir. cost.*, 2018, 15 ss., e A. RUGGERI, *In tema di controlimiti, identità costituzionale, dialogo tra le Corti (traendo spunto da un libro recente)*, in *Lo Stato*, 2018, 549 ss. E così facendo essi operano quali corazza della sovranità nazionale, come ha efficacemente osservato M. LUCIANI, *I controlimiti e l'eterogenesi dei fini*, in *Questione Giustizia*, 2015, n. 1, 89. V. anche A. RUGGERI, *Le pronunzie della Corte costituzionale come "controlimiti" alle cessioni di sovranità a favore dell'ordinamento comunitario (A margine di Cons. St., sez. V, n. 4207 del 2005)*, in ID., *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti, IX, Studi dell'anno 2005*, Giappichelli, Torino, 2006, 398, che salda i controlimiti ai «valori di base dell'ordinamento costituzionale». Cfr. pure C. PINELLI, *Controlimiti e principi supremi*, in *Giur. cost.*, 2019, 491 ss., e in generale P. FARAGUNA, *op. cit.*, spec. 173 ss. V., altresì, J. SARRIÓN ESTEVE, *Los límites a la integración europea en la doctrina constitucional*, Comares, Granada, 2020.

dell'ordinamento costituzionale»³⁶⁹. Questa qualificazione non esclude, però, che proprio per il tramite dei suddetti principi l'anello della sovranità finisca col trasferire *de plano* la propria identità ai consociati, conformandone così l'identità personale: *sempre e comunque*, e cioè a prescindere da quella valutazione che si è qui proposta quale regola di composizione delle antinomie tra principi e, dunque, tra concezioni ideali.

Applicando il teorizzato criterio l'azione difensiva dispiegata dai controlimiti assumerebbe una portata razionale, in quanto poggiante non su di un automatismo quale quello della indefettibile carica identitaria dei principi supremi, bensì sulla individuazione dell'ottimale anello istituzionale dove una data concezione ideale ha modi di esprimersi compiutamente, secondo quanto sostenuto in precedenza. Insomma, qui si propone, coerentemente con l'impianto complessivo di questa proposta teorica, di ripensare le tensioni che hanno indotto a generare e sostenere la teoria dei controlimiti, in un'ottica per così dire più collaborativa, alimentata dalla centralità della persona quale matrice delle concezioni ideali di volta in volta rilevanti³⁷⁰. E attraverso questa cooperazione i controlimiti potrebbero esprimere un'inedita capacità di indirizzare il processo di integrazione europea verso un assetto complessivo di governo più in armonia con la centralità della persona e con esigenze troppo spesso misurate in un'ottica di analisi costi/benefici di carattere squisitamente finanziario³⁷¹.

2) *Equivalenza*. Si ha equivalenza quando il medesimo principio è enunciato in più anelli. Questa modalità di interazione garantisce appieno la fisiologia e, dunque, l'equilibrio dinamico della struttura a cerchi concentrici. Per una rappresentazione di questa ipotesi può apparire utile ricorrere al concetto di "frattale". Un frattale è un oggetto geometrico provvisto di omotetia interna, nel senso che si ripete nella sua forma allo stesso modo su scale diverse, così che ingrandendo una qualunque sua componente si ottiene una figura simile all'originale³⁷².

Non è, infatti, da escludere che la stessa concezione ideale sia espressa nei confronti di più anelli istituzionali, quando si tratta di domanda che in qualche modo getta un ponte tra i diversi contesti in termini di bisogni e aspettative coltivate nei rispettivi tessuti sociali. Si pensi, ad esempio, al principio di solidarietà che ritroviamo talora in tutti e tre gli anelli istituzionali. Esso, invero, recepisce una domanda di coesione e di condivisione che superi antichi e consolidati egoismi, ossia quegli atteggiamenti radicalmente individualistici che, se un tempo trovavano la loro base filosofica in una versione ortodossa del liberalismo, hanno palesato nel tempo limiti e contraddizioni. La fiducia nell'intraprendenza individuale, nel *self made man*, nello spirito di autorealizzazione competitiva è stata smentita da uno sviluppo degenerativo delle relazioni sociali, contraddistinto innanzitutto da una accentuazione del divario tra classi sociali e tra persone, e non solo dal punto di vista economico. Con la domanda di solidarietà le comunità (territoriali, nazionali, europea) hanno sollecitato una

³⁶⁹ [Sentenza n. 238 del 2014](#).

³⁷⁰ Cfr. L. CHIEFFI, *La rivincita delle teorie "funzionaliste": dal fallimento della fase costituente alla ripresa graduale ed incrementale dell'integrazione europea*, in Id. (a cura di), *Il processo di integrazione europea tra crisi di identità e prospettive di ripresa*, Giappichelli, Torino, 2009, 19, per il quale «l'elaborazione di valori condivisi, a seguito di una proficua collaborazione interpretativa tra Corti europee e giudici nazionali, verrebbe inesorabilmente a depotenziare la regola dei *controlimiti*, legata ad un rigido ossequio dei principi fondamentali interni, che, proprio grazie a questa progressiva compenetrazione esegetica e conseguente interrelazione fra gli ordinamenti, avrebbe oggi minore capacità di rallentare o, addirittura, interdire l'automatico recepimento delle fonti comunitarie». Sui rapporti fra ordinamento sovranazionale e ordinamenti nazionali in termini di "coabitazione" si è espressa a suo tempo M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Giuffrè, Milano, 1995, 236.

³⁷¹ V., infatti, M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in [Rivista AIC](#), 2016, f. 2, 6, il quale osserva che i controlimiti «se a prima vista appaiono solo paletti di difesa di interessi nazionali (anche egoistici), a uno sguardo più attento si rivelano marcatori della via per una più profonda e meditata unione politica, segnalando, allo stesso tempo, il più ridotto confine cui può giungere un processo di integrazione di tratto essenzialmente economico-finanziario».

³⁷² Cfr. K. FALCONER, *Fractal Geometry. Mathematical Foundations and Applications*, John Wiley & Sons, New York, 1990. Anche Roberto Bin ha utilizzato la geometria dei frattali per descrivere l'Unione europea: v., infatti, al relativo sito [web](#). Su questo approccio v. A. MANGIA, *Il frattale europeo e la logica del "descrivere" per "prescrivere"*, in *Scritti in onore di R. Bin*, Giappichelli, Torino, 2019, 411 ss.

rinnovata attenzione verso la persona, con particolare riferimento alle condizioni di vulnerabilità, così che il peso della vita sia condiviso tra tutti³⁷³.

Un non dissimile ragionamento potrebbe essere sviluppato in relazione al principio di sussidiarietà, che ritroviamo spesso (è il caso italiano) in tutti e tre gli anelli qui teorizzati. Questo principio racchiude una concezione ideale che risponde alla domanda di prossimità delle istituzioni rispetto ai bisogni dei consociati, considerando l'intervento dell'anello immediatamente più lontano come opzione residuale, sussidiaria per l'appunto, ove se ne manifestasse la necessità³⁷⁴. E anche nella sua proiezione orizzontale (o, meglio, sociale³⁷⁵), questo principio non è che la trasposizione giuridica di un valore (i.e. concezione ideale) quale quello della capacità delle formazioni sociali di provvedere a compiti di interesse generale, senza l'intervento quindi dei pubblici poteri³⁷⁶.

Come insegna la teoria dei frattali, a qualunque scala esso sia osservato, un dato oggetto presenta sempre i medesimi caratteri globali. In qualunque anello istituzionale esso sia osservato, il principio comune rivela gli stessi tratti fondamentali. Possono mutare i destinatari o anche gli specifici problemi da affrontare (si pensi all'immigrazione), ma il principio resta invariato e, con esso, la domanda sottesa alla concezione ideale tradotta in materiale normativo.

3) *Sviluppo e arricchimento progressivo*. Un'altra modalità di interazione tra principi enunciati in diversi anelli istituzionali si realizza attraverso un intreccio funzionale, tale per cui è proprio la loro combinazione a rendere possibile il soddisfacimento effettivo delle concezioni ideali in essi racchiuse.

In verità, la condizione di equilibrio (statico e dinamico) è proprio l'armonia tra tutti i principi. E questa armonia si percepisce come la condizione affinché le concezioni ideali si tramutino in un assetto davvero corrispondente alla visione maturata in seno alla società. Senonché, la modalità di interazione qui contemplata si riferisce alle strette combinazioni di principi accomunati dalla medesima attitudine a partecipare allo stesso disegno riformatore. Così, i principi di partecipazione, pluralismo e democrazia sono avvinti da un legame ontologicamente indissolubile, atteso che senza partecipazione e pluralismo non si avrebbe un sistema autenticamente democratico.

In questo caso, le rispettive concezioni ideali (una società inclusiva aperta alla partecipazione di tutti; una società dove le differenze sono un valore e non un ostacolo da rimuovere; una società in cui il potere sia esercitato secondo un principio di legittimazione popolare) riescono ad esprimere appieno le proprie potenzialità solo attraverso la loro combinazione. Non solo, Muovendosi all'unisono, tali principi recuperano forza e acquistano un senso ulteriore, arricchendosi di caratteri e modalità che non verrebbero fuori se essi continuassero ad operare isolatamente. Una partecipazione in ambito

³⁷³ Proprio in relazione alla dimensione europea L. MEZZETTI, *op. cit.*, 89, ha osservato come contrariamente ad un diffuso convincimento orientato verso la enfaticizzazione del fattore economico, «la persona umana [è stata] fin dagli inizi uno degli assi portanti attorno ai quali ruota e si regge l'intero impianto comunitario». Decisamente convincente è la riflessione svolta da J. HABERMAS, *Im sog der Technokratie. Kleine Politische Schriften*, Suhrkamp Verlag, Berlin, 2013, trad. it., *Nella spirale tecnocratica. Un'arringa per la solidarietà europea*, Laterza, Bari-Roma, 2021². V. anche F. GIUFFRÈ, *Alle radici dell'ordinamento: la solidarietà tra identità e integrazione*, in *Scritti in onore di A. Ruggeri*, cit., III, 1929 ss.

³⁷⁴ V., tra i tanti, A. D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quad. cost.*, 2001, 13 ss.; I. MASSA PINTO, *Il principio di sussidiarietà. Profili storici e costituzionali*, Jovene, Napoli, 2003; P. VIPIANA, *Il principio di sussidiarietà verticale. Attuazioni e prospettive*, Giuffrè, Milano, 2004; G. SCACCIA, *Sussidiarietà istituzionale e poteri statali di unificazione normativa*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2009. Quanto alla dimensione europea mi preme citare J. LUTHER, *Il principio di Sussidiarietà: un «principio speranza» per Il diritto costituzionale comune europeo?* in *Foro it.*, 1996, 183 ss.

³⁷⁵ G. PASTORI, *Sussidiarietà e diritto alla salute*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 85 ss.

³⁷⁶ Cfr. L. VIOLINI, *Il principio di sussidiarietà*, in G. Vittadini (a cura di), *Sussidiarietà. La riforma possibile*, Etas libri, Città di Castello, 1998, 58 ss.; L. ANTONINI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale da Welfare State a Welfare Society*, in *Riv. dir. fin.*, 2000, I, 99 ss.; M. CAMMELLI, *La sussidiarietà presa sul serio*, in *Il Mulino*, 2000, 447 ss.; T.E. FROSINI, *Profili costituzionali della sussidiarietà orizzontale*, in *Riv. giur. Mezzogiorno*, 2000, 15 ss.; A. POGGI, *Le autonomie funzionali "tra" sussidiarietà verticale e sussidiarietà orizzontale*, Giuffrè, Milano, 2001; G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 5 ss.; A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, ivi, 51 ss.; C. BUZZACCHI, F. PIZZOLATO, *La sussidiarietà, ovvero il volto della solidarietà al tempo della disintermediazione*, in *Scritti in onore di A. Ruggeri*, cit., 615 ss.

europeo assume una connotazione pregnante grazie ai meccanismi di coinvolgimento dei consociati nei processi democratici che si svolgono negli spazi nazionali. Questi, a loro volta, si giovano delle tante e variegate forme di partecipazione che si sperimentano nei contesti territoriali della prossimità.

4. *Come dialogano i principi.*

Contemplando il meccanismo del “dare-avere” che animava i rapporti tra i diversi ambiti istituzionali dell’ordinamento statunitense, James Bryce ragionò in termini di “experimental federalism”³⁷⁷. In Häberle, poi, il dinamismo di un ordinamento federale viene interpretato secondo canoni culturali, immaginando un moto bidirezionale di comunicazioni e ricezioni tra i diversi enti territoriali e l’anello federale³⁷⁸. Pernice e Mayer, dal canto loro, analizzando i rapporti tra l’Unione europea e gli Stati membri hanno osservato come «qui ci si trova davanti ad un complesso e variegato dare e avere»³⁷⁹.

Proverò a dare forma a questo dinamismo “dare-avere” nei seguenti termini, che risentono di alcuni spunti tratti dalla fisica.

La *struttura a cerchi concentrici* qui teorizzata si articola, come si è detto, in un *nucleo* (la persona e le formazioni sociali intese come entità provviste di identità espressive di una sintesi di diritti, facoltà, doveri, oneri) e in *anelli istituzionali* (della prossimità, della sovranità, dell’integrazione) quali rappresentazioni spaziali che denotano la distanza dal nucleo (orbite). Questi elementi sono calati in un *ambiente reticolare* che altro non è che la società in una configurazione pluridimensionale, che segue dal punto di vista spaziale i tre anelli. Questo ambiente reticolare è un tessuto connettivo fatto di incastri, snodi, collegamenti, che consentono l’interazione di fatto tra tutti gli elementi in esso operanti (individui, enti, istituzioni).

Il nucleo esercita una *forza di attrazione* che mantiene l’*equilibrio statico* della struttura e che, nel contempo, trasmette impulsi idonei a garantire un *equilibrio dinamico* coerente. Non potrebbe essere diversamente in una architettura di relazioni tra autorità e società, tra potere e libertà pone la persona al centro, sia come destinatario di specifiche garanzie avverso atti arbitrari delle istituzioni (Stato liberale), sia come destinatario di azioni positive volte a garantire la coincidenza tra astratta titolarità ed effettivo esercizio dei diritti fondamentali (Stato sociale).

Gli impulsi emessi dal nucleo sono le *concezioni ideali* (i.e. valori) che, nell’ambiente reticolare, sfruttano i diversi snodi e le diverse connessioni per diffondersi. Questo moto all’interno di tale ambiente rischia di essere caotico o, comunque, privo di una direzione precisa e di una concreta possibilità di sbocco in un risultato rilevante in termini di effettivo cambiamento sociale. Quando, però, in questo ambiente sono immessi elementi anch’essi provvisti di forza attrattiva, le concezioni ideali seguono la direzione impressa da questa combinazione di forze così da raggiungere gli anelli istituzionali per poi entrare nei processi decisionali preordinati alla loro traduzione in materiale normativo. Questi ulteriori elementi aggregativi e veicolanti sono quelle formazioni sociali che gli ordinamenti democratici hanno eretto a privilegiate *modalità di mediazione* tra la comunità e le istituzioni di governo, vale a dire i *partiti e movimenti politici*.

Questa interazione tra campi magnetici (quello emesso dal nucleo e quello prodotto da tali agenzie di mediazione democratica) genera una *perturbazione*, visto che le concezioni ideali, in quanto prodotto individuale e sociale, sarebbero naturalmente indotte a muoversi nell’ambiente reticolare

³⁷⁷ «Federalism enables a people to try experiments in legislation and administration which could not be safely tried in a large centralized country. A comparatively small commonwealth like an American State easily makes and unmakes its laws; mistakes are not serious, for they are soon corrected; other States profit by the experience of a law or a method which has worked well or ill in the State that has tried it»: J. BRYCE, *The American Commonwealth*, Macmillan, London-New York, 1888, 468. V., al riguardo, M.S. GREVE, *The Upside-Down Constitution*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2012, 253 s., e D. GEWIRTZMAN, *Complex Experimental Federalism*, in *Buffalo Law Review*, 2015, 241 ss.

³⁷⁸ V., ad esempio, P. HÄBERLE, *The Constitutional State and Its Reform Requirements*, in *Ratio Juris*, 2000, 77 ss.

³⁷⁹ I. PERNICE, F.C. MAYER, *op. cit.*, 13.

generando rapporti tra attori sociali. La loro attrazione nelle orbite degli anelli istituzionali imprime una certa direzione e, se e quando l'opera di trasposizione giuridica in principi sarà compiuta, allora si assisterà ad un *processo di rilassamento* quale inizio di un movimento di ritorno al nucleo, secondo la *logica del dare-avere*.

In sintesi. Le concezioni ideali, sotto forma di *impulsi*, si irradiano nella struttura a cerchi concentrici attraverso molteplici canali di trasmissione: l'opinione pubblica, l'azione di singoli intellettuali o di circoli culturali, l'azione di partiti e movimenti politici nonché sindacali. Una volta raggiunto l'anello istituzionale oggettivamente più congeniale a recepire quelle istanze, dette concezioni stimolano l'attenzione dei soggetti e organismi preposti ai vari processi decisionali e, se e una volta intercettati dalle competenti istituzioni, si traducono in principi "costituzionali" (nel senso già chiarito). Acquisita tale forma (e forza) le concezioni ideali, da un lato, proseguono il loro movimento circolare propagandosi ulteriormente sino a raggiungere gli altri anelli, dove (se recepiti e interpretati) si attivano i medesimi meccanismi di pratica "costituente". Inoltre, secondo la logica del "dare-avere", le concezioni ideali ritornano verso il nucleo raggiungendo la persona e producendo, così, il loro impatto identitario.

Si noti che il successo di una concezione ideale non dipende soltanto dalla loro traduzione giuridica in principi costituzionali. Questa trasformazione si rende, invero, necessaria (o molto opportuna) quando tali concezioni non riescono "naturalmente" ad operare quali visioni propositive e di orientamento del cambiamento sociale. Alcune resistenze, manifestatesi in seno alla comunità, potrebbero giustificare l'azione sussidiaria del diritto, che si esprime proprio attraverso la fissazione di un principio: il caso dell'eguaglianza, con particolare (ma non unico) riferimento alle inique disparità di genere, è una prova solida e concreta di questa interazione tra la sfera sociale e il diritto.

Nel vedersi restituire una data concezione ideale sotto forma di principio, la persona non fa che introiettare nel proprio patrimonio identitario questa componente qualificante che essa stessa ha contribuito, in quanto consociato, a generare, alimentare e diffondere, anche solo semplicemente vivendo *uti socius*. In questo modo il processo identitario si compie e l'identità personale si arricchisce di un ulteriore elemento che renderà la persona partecipe (e non solo dal punto di vista formale) della "vita costituzionale", concretamente vissuta come membro di una comunità territoriale (anello della prossimità), come cittadino di uno Stato (anello della sovranità), come cittadino europeo (anello dell'integrazione).

L'esistenza di un patrimonio costituzionale comune, che si è stratificato nel tempo attraverso il consolidamento di tradizioni giuridiche in tema di riconoscimento e tutela dei diritti fondamentali, è un chiaro esempio di interazione dialettica e cooperativa tra i diversi anelli istituzionali, ovviamente con riferimento a quello della sovranità e a quello dell'integrazione³⁸⁰. Ogni esperienza statale in materia è stata coinvolta in un processo inclusivo in quanto aperto al contributo paritario di tutti trattandosi di uno spazio di attecchimento di diritti, quale quello europeo, ancora tutto da scoprire. Ogni sistema costituzionale ha dato il proprio contributo colorando un segmento di quella parete bianca e incontaminata, e nel contempo, proprio nella logica del "dare-avere", si è visto restituire un affresco dei diritti fondamentali più ricco e articolato, da poter spendere anche entro le mura domestiche³⁸¹.

³⁸⁰ Una chiara e illuminante descrizione del legame che intercorre tra l'anello della sovranità e quello dell'integrazione è offerta da G. SILVESTRI, *Verso uno ius commune europeo dei diritti fondamentali*, in *Quad. cost.*, 2006, 12, secondo cui «il processo costituzionale europeo presenta la specificità di non dover ancora assumere la forma di una solenne "rottura con il passato" (l'oppressione coloniale, l'assolutismo regio, la dittatura politica), ma, al contrario, di dover segnare la sempre maggiore diffusione e la sempre più intensa tutela di alcuni valori fondamentali già presenti, anche se *in nuce*, nel tessuto ordinamentale di partenza del processo costruttivo unitario».

³⁸¹ Sull'impatto dell'inclusione dei diritti nell'anello dell'integrazione quanto all'identità europea v. P. COSTANZO, *Il riconoscimento e la tutela dei diritti fondamentali*, in P. COSTANZO, L. MEZZETTI, A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, cit., 344.

Le *tradizioni costituzionali comuni* possono, così, essere intese anche come espressione di questo flusso circolare che alimenta il dialogo cooperativo tra i diversi anelli istituzionali³⁸². Non solo. I diritti fondamentali preesistono all'opera di codificazione costituzionale, la quale non fa che recepirli per tutelarli (il "riconoscimento" di cui all'art. 2 Cost.). E preesistono perché affondano le loro radici nelle istanze di protezione coltivate, nel corso dei secoli, dai consociati di fronte ad un potere sempre più dispotico e arbitrario. Pensando ai diritti fondamentali, quali trasposizioni giuridiche di interessi soggettivi meritevoli di tutela, le persone e le formazioni sociali hanno espresso alle istituzioni una concezione ideale di una società in cui i beni primari godono di un effettivo baluardo difensivo contro un potere senza limiti e senza condizioni. Sicché, nel dar vita alle tradizioni costituzionali comuni, gli anelli della sovranità non hanno fatto altro che assecondare queste concezioni ideali coinvolgendole nel circuito interattivo che abbraccia i cerchi concentrici della struttura qui teorizzata³⁸³. Ancora una volta, dunque, e per il tramite delle tradizioni costituzionali comuni la centralità della persona esprime la propria capacità di stimolare e orientare l'assetto e il funzionamento della struttura stessa³⁸⁴.

Dal canto suo anche il principio di sussidiarietà, nella sua lunga evoluzione, offre una esemplificazione importante a conforto della ricostruzione della struttura in parola nei termini qui teorizzati.

Sin da epoca risalente i consociati hanno riposto la loro fiducia nelle istituzioni di potere più vicine alle realtà locali. Basti pensare al fiorire dei comuni medievali, quale reazione alla soggezione feudale che, pur mossi da intenti corporativi che sfociarono nella progressiva emersione del ceto borghese, rappresentarono una svolta nel modo di intendere e di vivere la prossimità con il potere. L'attenuazione del centralismo proprio del modello napoleonico con successiva consacrazione dell'amministrazione municipale contribuì ad un ulteriore sviluppo di questa concezione ideale: il borgomastro, il *maire*, l'*alcade*, il sindaco furono interpreti di questa tendenza della società a interagire con l'ambito istituzionale più vicino³⁸⁵. Carlo Cattaneo scrisse: «il *Comune* ossia il *vicinato* è un'associazione di fatto *anteriore* ad ogni ulterior grado di *società nazionale*. I vicini possono ajutarsi o disturbarsi. Nell'Evangelio i doveri dell'umanità sono detti i doveri verso il vicino: *Diliges proximum tuum*»³⁸⁶.

³⁸² Le tradizioni costituzionali comuni «fanno da collante fra i diversi ordinamenti statali come premessa utile al collegamento fra diritto statale e diritto della Unione», secondo G. DE VERGOTTINI, *Tradizioni costituzionali comuni e comparazione: una riflessione*, in *Rivista AIC*, 2020, f., 4, 300, il quale aggiunge che «in tale prospettiva il transnazionale presuppone le reciproche interferenze in aree geopolitiche caratterizzate da comunanza di valori di riferimento scaturenti da un comune bagaglio di esperienze storiche, cioè da tradizioni costituzionali comuni». V., inoltre, B. WITTE, *Sovereignty and European Integration: The Weight of Legal Tradition*, in *Maastricht J. Eur. & Comp. Law*, 1995, 145 ss.; A. PIZZORUSSO, *Common Constitutional Traditions as Constitutional Law of Europe*, in *Sant'Anna Legal Studies, SALS Research Paper*, n. 1/2008; P. RIDOLA, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e le "tradizioni costituzionali comuni" degli stati membri*, in *Id.*, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Giappichelli, Torino, 2010, 163 ss.; e S. GAMBINO, *Identità costituzionali nazionali e primauté eurounitaria*, in *Quad. cost.*, 2012, 533 ss.; S. NINATTI, *Ieri e oggi delle tradizioni costituzionali comuni: le novità nella giurisprudenza comunitaria*, in G. D'Elia, G. Tiberi, M.P. Viviani Schlein (a cura di), *Scritti in memoria di Alessandra Concaro*, 533 ss.; S. CASSESE, *The "Constitutional Traditions Common to the Member States" of the European Union*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 939 ss.; F. SALMONI, *Diritti fondamentali, tradizioni costituzionali comuni e identità nazionale*, in *Percorsi costituzionali*, 2018, 582 ss.

³⁸³ Così, ad esempio, a H.P. GLENN, *The National Legal Tradition*, in *Electronic Journal of Comparative Law*, 2007, 2, citato da O. POLLICINO, [Corte di giustizia e giudici nazionali: il moto "ascendente", ovvero la incidenza delle "tradizioni costituzionali comuni" nella tutela apprestata ai diritti dalla Corte dell'Unione](#), in questa *Rivista*, 2015/I, 244, cui si rinvia per la pregevole ricostruzione di questo tema.

³⁸⁴ Cfr. S. NINATTI, *Dalle tradizioni costituzionali comuni all'identità costituzionale il passo è breve? Un'introduzione*, in *Scritti in onore di A. Ruggeri*, cit., 2885 ss.

³⁸⁵ Rinvio, al riguardo, alla affascinante ricostruzione svolta da P. AIMO, *Il centro e la circonferenza. Profili di storia dell'amministrazione locale*, Franco Angeli, Milano, 2005.

³⁸⁶ C. CATTANEO, *I problemi dello Stato italiano*, Mondadori, Milano, 1966 (trattasi del documento n. 13 dell'*Archivio Cattaneo*, cartella 14, plico VII, s.d.).

Questa consapevolezza, circa la desiderabilità di una azione di governo capace, meglio di altre, di intercettare e comprendere i problemi e le richieste emersi in seno alla Comunità, si è tradotta in una concezione ideale della società. L'affermazione di enti territoriali in grado di amministrare bene ha consolidato questa concezione e, alla fine, essa si è tradotta in un principio di diritto positivo: quanto all'ordinamento italiano, prima nella legge n. 59 del 1997 e, poi, nella revisione del titolo V della parte II della Costituzione ad opera della legge costituzionale n. 3 del 2001, con particolare riferimento alla riscrittura dell'art. 118. Gli impulsi trasmessi dalla persona e dalle formazioni sociali, volti a rendere visibile questa concezione ideale della prossimità hanno in qualche misura anche influenzato la consacrazione di questo principio in ambito comunitario, grazie all'affermazione dell'ideale di un intervento solo residuale e, dunque, sussidiario dell'anello istituzionale più lontano rispetto al "nucleo" (persona e formazioni sociali).

D'altro canto, questa concezione ideale dell'azione sussidiaria degli anelli più lontani, cui corrisponde la preferenza accordata a quello più vicini, collima con la dimensione sociale della sussidiarietà, a cui si è fatto cenno in precedenza. Non è forse sussidiaria l'azione statale rispetto al protagonismo della persona e dei corpi intermedi? Questa concezione ideale ha trovato una privilegiata sede di attecchimento e di propagazione a tutto tondo nella dottrina sociale della Chiesa. Papa Leone XIII dichiarò ingiusto «che il cittadino e la famiglia siano assorbiti dallo Stato: è giusto, invece, che si lasci all'uno e all'altra tanta indipendenza di operare quanta se ne può, salvo il bene comune e gli altrui diritti (...). Se dunque alla società o a qualche sua parte è stato recato o sovrasta un danno che non si possa in altro modo riparare o impedire, si rende necessario l'intervento dello Stato»³⁸⁷. Esattamente quaranta anni dopo Papa Pio XI si espresse in questi termini: «deve tuttavia restare saldo il principio importantissimo nella filosofia sociale: che siccome è illecito togliere agli individui ciò che essi possono compiere con le forze e l'industria propria per affidarlo alla comunità, così è ingiusto rimettere a una maggiore e più alta società quello che dalle minori e inferiori comunità si può fare. Ed è questo insieme un grave danno e uno sconvolgimento del retto ordine della società; perché l'oggetto naturale di qualsiasi intervento della società stessa è quello di aiutare in maniera suppletiva (*subsidium*) le membra del corpo sociale, non già distruggerle e assorbirle. Perciò è necessario che l'autorità suprema dello stato, rimetta ad associazioni minori e inferiori il disbrigo degli affari e delle cure di minor momento, dalle quali essa del resto sarebbe più che mai distratta»³⁸⁸. Ebbene, questa posizione della Chiesa cattolica può considerarsi un importante sintomo della diffusione di una concezione ideale della società circa il ruolo di supplenza da riconoscere ai pubblici poteri, che si è sviluppata nella struttura a cerchi concentrici trovando sbocco in principi consacrati a livello normativo e, nel nostro caso, nella stessa Costituzione all'ultimo comma del succitato art. 118.

5. L'impatto identitario dei principi: le principali implicazioni.

I valori, nella loro veste di concezioni ideali, sono legittimati a produrre il loro impatto identitario solo se tradotti in principi costituzionali. La struttura a cerchi concentrici e il funzionamento del suo equilibrio dinamico fondano e supportano tale legittimazione. L'identità personale è la formula che unisce identità individuale, identità sociale e identità politica, quest'ultima nella sua configurazione costituzionale.

³⁸⁷ *Rerum Novarum* (1891), 28.

³⁸⁸ *Quadragesimo anno* (1931), 79 ss. Nel 1961, con la lettera enciclica *Mater et magistra*, Papa Giovanni XXIII, al § 40, ha modo di affermare che le pubbliche istituzioni «devono essere attivamente presenti allo scopo di promuovere, nei debiti modi, lo sviluppo produttivo in funzione del progresso sociale a beneficio di tutti i cittadini. La loro azione, che ha carattere di orientamento, di stimolo, di coordinamento, di supplenza e di integrazione deve ispirarsi al principio di sussidiarietà». Con l'enciclica *Centesimus Annus* (1991) Papa Giovanni Paolo II riafferma che «disfunzioni e difetti dello Stato assistenziale derivano da un'inadeguata comprensione dei compiti propri dello Stato. Anche in questo ambito deve essere rispettato il principio di sussidiarietà: una società di ordine superiore non deve interferire nella vita interna di una società di ordine inferiore, privandola delle sue competenze, ma deve piuttosto sostenerla in caso di necessità ed aiutarla a coordinare la sua azione con quella delle altre componenti sociali, in vista del bene comune».

Quali sono, dunque, le implicazioni associate a questa rappresentazione dell'identità personale come condizione soggettiva pluridimensionale? Più precisamente, come incide l'impatto identitario dei suddetti valori nel cammino esistenziale della persona quale membro di una comunità politica anch'essa composta e articolata in più cerchi concentrici?

Accettando e vivendo un legame sociale, e partecipando alle sue dinamiche relazionali, la persona – ogni persona – rende la propria identità permeabile al descritto impatto identitario. I valori tradotti in principi in quanto concezioni ideali si esprimono non in quanto manifestazione di autorità, bensì come espressioni del patto che avvince i consociati alle istituzioni: proprio quel patto che promuove e legittima la traiettoria “dare-avere” che si materializza nella teorizzata struttura a cerchi concentrici.

In questi termini si può parlare di compenetrazione simbiotica della persona con la comunità politica. L'essere *constitutionalis* non riduce la persona a mera raffigurazione antropomorfa della comunità sul piano identitario. Questa è, infatti, la condizione della persona che, con la sua ineluttabile centralità, conferisce un senso compiuto ai processi di legittimazione del potere presso qualsiasi anello istituzionale.

L'identità costituzionale costruisce un legame più intenso e qualificante rispetto a quello generato e nutrito dallo *status* di cittadino (nazionale ed europeo). Diversamente dalla cittadinanza, l'identità costituzionale esprime una pregnante attitudine inclusiva, che le deriva dall'essere il risultato della traslazione giuridica di condivise concezioni ideali, in virtù di processi nati dalla persona, sviluppatasi nelle formazioni sociali e restituiti ad essa sotto forma di principi, secondo la teorizzata logica del “dare-avere”.

È ben vero che la cittadinanza dischiude ai suoi possessori più ampie e diversificate forme di partecipazione ai processi di formazione delle concezioni ideali, ma non le assorbe tutte. Ciò che, in effetti, rileva, per essere parte di questi processi, non è il titolo formale di *civis*, pur indispensabile per l'esercizio di taluni diritti pubblici soggettivi, quanto l'elemento fattuale della partecipazione a tutte quelle sedi, anche non istituzionalizzate, in cui si anima il confronto dialettico propedeutico alla formazione delle concezioni ideali.

Così intesa, l'identità costituzionale, quale segmento dell'identità personale, è la chiave di accesso a quello spazio in cui si coltiva un nuovo *umanesimo costituzionale*, animato non tanto da cittadini quanto da persone accomunate dall'aver condiviso quei principi costituzionali che a loro volta hanno tradotto in materiale normativo le concezioni ideali scaturite dal nucleo della struttura qui ricostruita. Non una “patria” che genera legami di fedeltà e di ossequio acritico ai capisaldi del sodalizio, quanto uno spazio aperto, senza barriere all'ingresso, per questa ragione inclusivo e essenzialmente partecipativo, dove il pluralismo, pur vitale, trova un momento di sintesi nella condivisione dei valori tradotti in principi costituzionali.

EPILOGO

Il percorso metodologico tracciato in queste pagine mira a scongiurare il rischio di una tirannia o sovranità dei valori: valori, cioè, che si impongono o che sovrastano, in entrambi i casi schiacciando i consociati e le rispettive identità. Seguendo passo dopo passo il teorizzato itinerario si ha modo di affrontare un cammino privo degli ostacoli frapposti dall'assolutismo dommatico di valori appunto tiranni o sovrani. Nel contempo – è bene chiarirlo – si rifugge dal quel relativismo etico che nega ogni rilevanza ai valori in nome di una fraintesa percezione del senso più profondo della presenza della persona in una società aperta, inclusiva e plurale.

La sfida lanciata da questa proposta teorica ripone una straordinaria fiducia nell'identità personale quale condizione soggettiva che attesta e simboleggia la triplice dimensione (individuale, sociale, politica) della persona. E se questa fiducia fosse mal risposta? O, meglio, e se venisse meno questa premessa che ne sarebbe dell'edificio teorico così eretto?

Invero, e spiace ammetterlo solo in questo *Epilogo*, il concetto di “identità” non è poi così scontato o pacifico. Quando si invoca una presunta identità di individui legati da un vincolo comunitario, si

rischia di pregiudicare un qualsivoglia processo di inclusione di chi è privo di quell'identità, a meno che non si accetti, quale *condicio sine qua non* di ammissione alla società (i.e. riconoscimento come consociato a tutti gli effetti), proprio quel tratto identitario, in ipotesi sacrificando quello d'origine. E questo rischio appare particolarmente rilevante nelle odierne società interessate dai ben noti processi di globalizzazione e di multiculturalismo.

La globalizzazione ha diluito i confini sino a determinarne la sostanziale scomparsa³⁸⁹. L'interazione tra culture anche profondamente diverse è divenuta una pratica quotidiana, che ha generato inediti interrogativi anche sul versante giuridico. Il multiculturalismo ha ampliato l'orizzonte pluralistico già attecchito nei contemporanei ordinamenti democratici³⁹⁰. Le identità nazionali hanno smarrito la loro originaria forza aggregativa ma, anziché indebolirsi, hanno avuto un sussulto divenendo la matrice di giustificazione di alcune malintese interpretazioni della sovranità³⁹¹. Quanti hanno ceduto alle lusinghe della contrapposizione identitaria per venir meno ai doveri inderogabili di solidarietà, di condivisione, di accoglienza, di inclusione, hanno strumentalizzato l'identità traducendola in un'arma da brandire contro il diverso, l'alieno, l'altro da noi, negando il dialogo tra culture, imponendo un solo punto di vista per lo più legato a tradizioni e radici non sempre facilmente ricostruibili, sacrificando la stessa universalità dei diritti costituzionali in nome di una difesa ad oltranza delle frontiere, e non solo di quelle politiche.

È comprensibile, dunque, la reazione avversa alla ripresa di vigore dell'identità personale, da molti giudicata un ostacolo all'integrazione e all'inclusione sociale, un attributo senza il quale non si è ammessi nella cerchia di coloro che potranno beneficiare delle cure garantite, innanzitutto, dai principi costituzionali. Francesco Remotti, ad esempio, ha stigmatizzato la dimensione mitologica dell'identità personale, esortando e sollecitando una emancipazione da tale concetto³⁹². In particolare, ne è stato stigmatizzato il frequente connubio con l'idea di purezza, tale per cui solo il possesso di una precisa identità, comune al resto della popolazione, consente di muoversi liberamente e di godere di tutte le utilità ascrivibili all'essere parte di una comunità coesa e monolitica, dal punto di vista

³⁸⁹ Nella sterminata letteratura v., almeno, U. BECK, *Was ist Globalisierung? Irrtümer des Globalismus-Antworten auf Globalisierung*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1997, trad. it., *Che cos'è la globalizzazione. Rischi e prospettive della società planetaria*, Carocci, Roma, 1997; Z. BAUMAN, *Globalization: The Human Consequences*, cit.; L. GALLINO, *Globalizzazione e disegualianza*, Laterza, Bari-Roma, 2000; M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Il Mulino, Bologna, 2000; J.E. STIGLITZ, *Globalization and its Discontents*, Penguin books, London, 2002, trad. it., *La globalizzazione e i suoi oppositori*, Einaudi, Torino, 2002; D. ZOLO, *Globalizzazione. Una mappa dei problemi*, Laterza, Bari-Roma, 2004; A. SPADARO, *Dai diritti "individuali" ai doveri "globali". La giustizia distributiva internazionale nell'età della globalizzazione*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2005; A. POGGI, *Oltre la globalizzazione. Il bisogno di uguaglianza*, Mucchi, Modena, 2020; P.P. PORTINARO, *Il lessico del potere. L'arte di governo dall'antichità alla globalizzazione*, Carocci, Roma, 2021. Quanto all'impatto di tale processo sul sistema costituzionale v. G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Laterza, Bari-Roma, 2013.

³⁹⁰ Cfr., *ex multis*, W. KYMLICKA, *Multicultural Citizenship. A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1995; C. TAYLOR, *Multiculturalism and «the Politics of Recognition»: An Essay*, Princeton University Press, Princeton, 1992, trad. it., *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, Anabasi, Milano, 1999; B.C. PAREKH, *Rethinking Multiculturalism. Cultural Diversity and Political Theory*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2000; G. AZZARITI, *Multiculturalismo e costituzione*, in *Pol. dir.*, 2016, 3 ss.; C. NARDOCCI, *Razza e etnia. La discriminazione tra individuo e gruppo nella dimensione costituzionale e sovranazionale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2016.

³⁹¹ V. M. DOGLIANI, *Ripensare lo stato: tra populismo e globalizzazione - Costituzione e antipolitica*, in *Dem. dir.*, 2001, f. 4, 21 ss.; Y. MÉNY, *Populismo e democrazia in Europa*, in *Il Mulino*, 2005, f. 417, 5 ss.; G. PASQUINO, *Populism and Democracy*, in D. Albertazzi, D. MacDonnel (a cura di), *Twenty-First Century Populism*, Palgrave Macmillan, New York, 2008, 15 ss.; C. PINELLI, *Populismo e democrazia rappresentativa*, in *Dem. dir.*, 2010, f. 3-4, 29 ss.; F. BILANCIA, *Crisi economica, rappresentanza politica e populismo nelle dinamiche del contemporaneo*, in *Lo Stato*, 2018, 341 ss.; A. VOSSKUHLE, *Democrazia e populismo*, in *Dir. pubbl.*, 2018, 785 ss. Ha puntualmente notato L. VIOLINI, *Cultura e culture. Gli scenari, le prospettive*, in *Annuario 2019. Eguaglianza e discriminazioni nell'epoca contemporanea* (Atti del XXXIV Convegno annuale dell'A.I.C., Bergamo 15-16 novembre 2019), Editoriale scientifica, Napoli, 2021, 371, che «la coscienza di un'identità culturale tendenzialmente unitaria (...) ha infatti iniziato a vacillare col diffondersi della globalizzazione, dei grandi flussi migratori e della secolarizzazione, fino a mettere sotto accusa persino i capisaldi della interpretazione consolidata della storia nazionale».

³⁹² F. REMOTTI, *Contro l'identità*, Laterza, Bari-Roma, 2010.

identitario³⁹³. L'identità etnica, dal canto suo, è un ordine esplicito a serrare i ranghi, come ha osservato Zygmunt Bauman, dal momento che «ciò che si richiede è di compiere la scelta giusta e di restarvi fedele nel bene e nel male, per sempre»³⁹⁴.

Sempre nel solco tracciato da questa revisione critica della nozione di identità personale si muove l'invettiva contro l'antropologia del dominio identitario violenta e oppressiva che, nelle sue molteplici modalità espressive, ha finito col rinchiudere la persona all'interno del sistema dove il diverso non è tollerato, o semmai può beneficiare della sola strada dell'omologazione: «il totalitarismo e la violenza le appartengono costitutivamente: dove è tolta la differenza, il potere dell'identità è assoluto e brutale»³⁹⁵.

Del resto, ancora Bauman ha fatto notare come gli studiosi di sociologia per lunghissimo tempo abbiano ignorato (e non si sa se deliberatamente o inconsciamente) il tema dell'identità, che solo nelle ricerche più recenti ha fatto capolino in questo ambito disciplinare³⁹⁶. Si noti ancora che per David Hume l'identità era una finzione, seppur inevitabile, con delle implicazioni rilevanti anche in campo giuridico³⁹⁷. Non meno *tranchant* suona il giudizio di José Saramago: «sapere dove è l'identità è una domanda senza risposta»³⁹⁸.

Questa opposizione verso l'identità è, forse, il frutto di un equivoco e, comunque, appare sorretta da argomentazioni confutabili alla luce della proposta metodologica qui sviluppata.

L'identità, nella sua dimensione individuale, è una ineluttabile "realtà" soggettiva. È ciò che rende la persona unica e infungibile, riconoscibile quale entità assistita dalle garanzie ascrivibili al principio personalista e alla consacrazione della dignità come pilastro e guida di un ordinamento costruito intorno alla persona stessa.

Nella sua proiezione sociale, l'identità riassume il senso della pratica quotidiana di condivisione esistenziale all'interno delle varie formazioni sociali che caratterizzano la vita di ogni persona. Come tale, anche questa versione dell'identità personale si rivela un dato incontestabile.

L'identità politica, nella sua caratterizzazione "costituzionale", è proprio l'antidoto alle derive escludenti stigmatizzate dai critici che presentano una immagine deformata dell'identità quale fattore di emarginazione e di rifiuto del diverso. Sono i principi costituzionali, legittimati ad esprimere il teorizzato impatto identitario, a creare armonia nell'intreccio di identità, trovando la condizione di equilibrio nel punto in cui si incrociano – per usare uno schema esplicativo proprio delle scienze economiche – la domanda di riconoscimento formulata dalle minoranze e l'offerta di inclusione alimentata dalla maggioranza che si è aggregata intorno a quei principi. Come ha sostenuto Amartya Sen, occorre coltivare la speranza di armonia in un mondo così tormentato e complesso solo riconoscendo la pluralità delle nostre identità, che si intrecciano l'una con l'altra e che respingono ogni idea di rigide contrapposizioni imputabili a frontiere insuperabili³⁹⁹.

L'identità non è autosufficiente in un contesto sociale globale e multiculturale, dovendosi piuttosto alimentare attraverso l'incontro paritario con l'altro⁴⁰⁰. Un atteggiamento introverso, cioè incapace di aprirsi all'ascolto e all'empatia, non farebbe che minare l'indispensabile coesione sociale quale

³⁹³ V., infatti, F. REMOTTI, *L'ossessione identitaria*, in *Rivista Italiana di Gruppoanalisi*, 2011, f. 1, 9 ss., dove peraltro cita l'importante studio di B. MOORE, *Moral Purity and Persecution in History*, Princeton University Press, Princeton, 2000, trad. it., *Le origini religiose della persecuzione nella storia*, Sellerio, Palermo, 2002.

³⁹⁴ Z. BAUMAN, *Liquid Modernity*, Polity Press-Blackwell, Cambridge-Oxford, 2000, trad. it., *Modernità liquida*, Laterza, Bari-Roma, 2011, 205, il quale aggiunge che «l'aspetto sotto il quale siamo tutti identici è decisamente più significativo e consequenziale di qualunque cosa possa distinguerci gli uni dagli altri; abbastanza significativo da compensare abbondantemente l'impatto delle differenze allorché viene l'ora di prendere posizione».

³⁹⁵ B. FORTE, *L'eternità nel tempo*, ed. Paoline, Cinisello Balsamo 1993, 16.

³⁹⁶ Cfr. Z. BAUMAN, *Intervista sull'identità*, Laterza, Bari-Roma, 2003.

³⁹⁷ D. HUME, *op. cit.*, trad. it., *Trattato sulla natura umana*, I, Bari-Roma, Laterza, 1982, spec. 263 ss.

³⁹⁸ J. SARAMAGO, *L'identità è un giallo assurdo*, intervista a B. Saramini in *Il Secolo XIX*, 25 febbraio 2003.

³⁹⁹ Cfr. A. SEN, *Identity and Violence: The Illusion of Destiny*, Norton, New York-London, 2006, trad. it., *Identità e violenza*, Laterza, Bari-Roma, 2011⁴, spec. 19.

⁴⁰⁰ Cfr. C. SPARTACO, *La relazionalità come struttura fondante della persona*, in *Dialegethai. Rivista telematica di filosofia*, 2006, secondo cui «la stessa identità personale è frutto di esperienze legate all'esteriorità e di influssi diversi e di relazioni affettive che sono formanti e strutturanti. Il nostro stesso essere non è un modello di autosufficienza».

condizione di stabilità e sviluppo di un sodalizio umano: ancora una volta l'*umanesimo costituzionale* come spazio di pensiero e azione intorno a quei principi fondamentali⁴⁰¹. Il reciproco riconoscimento, necessario affinché possano interagire domanda e offerta nel senso dapprima chiarito, fu propugnato da Hegel nella sua *Fenomenologia dello spirito*, ed è stato ripreso, oltre che dal citato Charles Taylor, anche da illuminati pensatori come Axel Honneth e Paul Ricoeur⁴⁰².

È ancora utile continuare a ragionare di tensione dialettica tra identità e differenze?

Il ritratto dell'identità personale che affiora dalla presente trattazione è quello di una condizione soggettiva che unisce senza dissolvere le differenze, che genera coesione senza innescare processi unilaterali di omologazione o assimilazione forzata, che integra senza annullare il valore del pluralismo.

Riconoscersi in una identità costituzionale condivisa significa accettare un adattamento della propria identità complessiva in nome della comune appartenenza ad una comunità aggregata intorno a determinati principi fondamentali: quegli stessi principi che hanno conferito una forma giuridica alle concezioni ideali invalse in seno alla società. Questa consapevole accettazione riposa sull'aspirazione a riconoscersi in valori comuni, tali perché pensati proprio per correggere le traiettorie di sviluppo sociale fuoriuscite dai binari di una ragionevole convivenza. I principi costituzionali, con il loro vigore giuridico, aggregano intorno a questi valori non per conformare ("costruire"), ma per stimolare ("suscitare") la partecipazione ad un percorso autenticamente solidale e fraterno, partecipato e plurale.

Forti del loro ontologico pragmatismo, le concezioni ideali alimentano un incessante movimento di "dare-avere" tra la società e gli anelli istituzionali. Questo processo è inclusivo perché prescinde dal titolo formale della cittadinanza nutrendosi, al contrario, del contributo di realtà culturali diverse, che offrono differenti punti di vista per osservare criticamente i problemi sociali che le stesse concezioni ideali mirano a risolvere. In questo processo l'identità è una conquista, non un marchio di fabbrica, essendo l'esito del riconoscimento che le istituzioni fanno del confronto dialettico tra le diverse componenti sociali.

Insomma, le differenze, che pur innervano l'impianto pluralistico delle odierne società, non precludono l'attitudine dei principi costituzionali a "suscitare" l'identità personale nella sua componente connessa alla partecipazione della persona alla vita politica. L'impatto identitario prodotto da tali principi, in quanto forma giuridica dei valori intesi come concezioni ideali, non annulla le differenze ma le indirizza verso una rappresentazione della persona coerente rispetto alla triplice dimensione che la contraddistingue: differenze, quindi, che si incastonano in un ricco mosaico composto da variegate tessere dove il tema raffigurato è la persona autenticamente calata in un contesto costruito intorno ad essa.

Un contesto dove l'educazione civica non è un mero accessorio alla cittadinanza attiva o una tappa obbligata nel percorso formativo dei consociati, ma un'esperienza di pratica quotidiana dell'identità costituzionale, messa alla prova dal contatto diretto con le dinamiche sociali verso cui si rivolgono i principi in parola. Questa educazione non si sostanzia nella somministrazione "dall'alto" di nozioni idonee a formare dei buoni cittadini: è il momento prezioso per concorrere proprio a quel processo circolare che alimenta la dinamica dei valori come concezioni ideali nella loro interazione diretta con gli anelli istituzionali⁴⁰³.

⁴⁰¹ Come ha scritto E. LÉVINAS, *Totalite et infini: essai sur l'exteriorité*, M. Nijhoff, The Hague, 1980, trad. it., *Totalità e infinito*, Jaca Book, Milano, 1994, 219, «il volto [dell'altro, ndr] impedisce la totalizzazione» e così facendo rompe la nostra stessa solitudine.

⁴⁰² A. HONNETH, *The Struggle for Recognition: The Moral Grammar of Social Conflicts*, Polity press, Cambridge, 1995, e P. RICOEUR, *Parcours de la reconnaissance. Trois études*, Stock, Paris, 2004, trad. it., *Percorsi del riconoscimento. Tre studi*, R. Cortina, Milano, 2005.

⁴⁰³ A questo tema è dedicato il recentissimo studio di G. MATUCCI, *Le virtù della Costituzione della Repubblica italiana e la formazione del cittadino*, in corso di pubblicazione in M. Ferrari, M. Morandi, G. Delogu (a cura di), *La virtù tra paideia, politeia ed episteme: una questione di lungo periodo*, Scholé, Brescia, 2022.

In breve, l'identità personale, arricchita dalla dimensione costituzionale, non è l'esito di questo processo educativo, essendone piuttosto la premessa e, nel contempo, la garanzia di un coinvolgimento attivo della persona, quale protagonista responsabile di tutti i rapporti, comportamenti, fatti che animano quell'umanesimo costituzionale inclusivo e solidale che rappresenta la nuova frontiera della relazione tra autorità e libertà.

Giorgia Nicolò

**La pena pecuniaria come sanzione sostitutiva di pene detentive brevi:
riflessioni a margine della [sentenza della Corte costituzionale n. 28 del 2022](#),
in attesa della [riforma Cartabia](#)***

ABSTRACT: *The discipline of the pecuniary sanction currently in force presents gaps and inaccuracies such as to compromise its effectiveness. In fact, the disparity between the complexity of the offense and the amount of the pecuniary sanction in lieu of a short prison sentence, through the lens of the principle of proportionality, allows to recognize numerous criticalities. With the sentence in question, the Constitutional Court therefore intervened in order to guarantee a sort of "second degree" proportionality, in order not to see the correspondence between the gravity of the fact and the aggressiveness of the sanctioning response cancelled.*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La [sentenza n. 28 del 2022](#). – 3. La pena pecuniaria sostitutiva e il principio di proporzionalità: criticità. – 4. Squilibri interni al sistema. – 5. Aspetti critici della pronuncia. – 6. Cenni conclusivi.

1. Introduzione.

Echeggia il monito rivolto dalla Corte costituzionale al legislatore nel 2020, quando, chiamata a intervenire in materia di pene pecuniarie sostitutive di pene detentive brevi, ha dato luogo a una decisione di inammissibilità per avere il giudice *a quo* sollevato questione di legittimità unicamente dell'art. 135 c.p., trascurando l'art. 53 legge 24 novembre 1981 n. 689, che, nel disciplinare in generale il meccanismo sostitutivo e nel rinviare all'art. 135 c.p., prevede esso stesso una disciplina speciale¹. A due anni di distanza, con la [sentenza n. 28 del 2022](#)², i giudici di Palazzo della Consulta si sono espressi su una questione del tutto analoga, pronunciandosi in materia di sanzioni pecuniarie sostitutive, pur nell'assenza di un'unica soluzione disponibile. Del resto, dalla [sentenza n. 214 del 2014](#)³ – in cui il Giudice delle leggi aveva ritenuto l'inammissibilità di una questione parimenti sollevata sull'art. 53, comma 2, legge n. 689 del 1981, giudicando la proposta dell'autorità rimettente non «costituzionalmente obbligata» – il percorso di allontanamento dalle “rime obbligate” ha conosciuto un repentino sviluppo, *inter cetera*, nelle [sentenze n. 236 del 2016](#) e [n. 40 del 2019](#)⁴.

Nella [pronuncia n. 28 del 2022](#) la Corte costituzionale si esprime sull'art. 53, comma 2, legge n. 689 del 1981, la cui *ratio* all'interno dell'ordinamento è da ravvisare nell'ottica del finalismo rieducativo: lo strumento di conversione delle pene detentive brevi in pene pecuniarie costituisce, infatti, un prezioso meccanismo atto a evitare di scontare pene detentive troppo brevi perché possa



¹ Cfr. [Corte cost., sent. 16 gennaio 2020 n. 15](#). Nell'ipotesi trattata dalla Corte nel 2020, la questione di legittimità ha ad oggetto il solo art. 135 c.p., disposizione destinata a operare in una pluralità di casi – dalla conversione della pena detentiva in pecuniaria di cui all'art. 2, comma 3, c.p., alla determinazione del limite massimo di pena che consente i benefici della sospensione condizionale e della non menzione della condanna ai sensi, rispettivamente, degli artt. 163, comma 1, e 175, comma 2, c.p. – del tutto distinti rispetto alla sostituzione della pena detentiva in pecuniaria. L'autorità rimettente omette infatti di censurare la disposizione *ex art.* 53 legge n. 689 del 1981, che detta uno speciale criterio di ragguglio.

² [Corte cost., sent. 12 gennaio 2022, n. 28](#).

³ [Corte cost., sent. 9 luglio 2014, n. 214](#), con la quale la Corte si è pronunciata sulla richiesta dell'autorità rimettente avente a oggetto la proposta di fissare a euro 75, anziché a euro 250, il tasso di conversione giornaliero della pena detentiva in pena pecuniaria.

⁴ [Corte cost., sent. 10 novembre 2016, n. 236](#) con commento di F. Viganò, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), fasc. 2/2017, 61 ss.; [Corte cost., sent. 23 gennaio 2019 n. 40](#), con commento di D. Martire, *Dalle “rime obbligate” alle soluzioni costituzionalmente “adequate”, benché non “obbligate”*, in *Giur. cost.*, 2019, 685 ss. In merito alla dottrina sulle “rime obbligate” si vedano, fra gli altri, M. Ruotolo, *Oltre le rime obbligate?* in [federalismi.it](#), 27 gennaio 2021, 54 ss.; A. Morrone, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, giugno 2019, 251 ss.

essere predisposto un adeguato programma trattamentale, periodo purtuttavia sufficiente a generare quegli effetti di lacerazione del tessuto sociale, familiare e lavorativo, che l'ingresso nell'istituto di pena sovente produce. In effetti, il dibattito sulle pene detentive brevi ha preso vigore nel momento in cui si è eclissato il dogma retribuzionistico, proprio della Scuola classica, per lasciare spazio alla "teoria dello scopo", imponendo, dunque, una riflessione non solo sugli effetti generati dalla pena alla reclusione di breve durata, ma sulla sua eventuale contrarietà alle finalità associate al tema del punire⁵.

La legge n. 689 del 1981, rispetto alla problematica delle pene detentive brevi, non prosegue la linea di politica legislativa inaugurata con la legge sull'ordinamento penitenziario, ma rappresenta, insieme alla sospensione condizionale, «il primo passo verso un ridimensionamento del ruolo della pena detentiva breve nel nostro ordinamento»⁶. Si vuol dire che la legge 26 luglio 1975, n. 354, e il relativo regolamento di esecuzione, con i quali il legislatore ha provveduto ad arginare l'azione desocializzante del carcere e ha cercato di salvaguardare alcuni rapporti tra il reo e la società, hanno introdotto nell'ordinamento le misure alternative dell'affidamento in prova e della semilibertà, concependole come istituti rimessi alla competenza del tribunale di sorveglianza e applicabili dopo che il condannato abbia fatto ingresso in carcere. Con la legge del 24 novembre 1981, il legislatore ha, invece, introdotto sanzioni intese a sostituire *ab ovo* le pene detentive, in forza di una scelta compiuta dallo stesso giudice della cognizione nel momento in cui pronuncia la sentenza di condanna. Sarà solo con la l. 27 maggio 1998, n. 165 che anche le misure alternative potranno essere applicate "dalla libertà", in forza della sospensione dell'ordine di esecuzione delle pene detentive, a mente dell'art. 656, comma 5, c.p.p.

La diversità ontologica tra sanzioni sostitutive e misure alternative era, dunque, evidente prima del susseguirsi di riforme che ha interessato le seconde e, in particolare, prima della riforma del 1998. Nell'assetto originario, le sanzioni sostitutive si sottraevano agli inconvenienti nascenti, per le misure alternative alla detenzione, dalla loro attribuzione alla competenza della magistratura di sorveglianza e dalla loro polarizzazione sui condannati detenuti in carcere. In questo senso, si comprende la ragione per cui le misure alternative, un tempo, riflettessero una logica di esecuzione progressiva delle pene detentive e non una effettiva alternativa all'istituto penitenziario, senza quindi costituire uno strumento di lotta alle pene detentive brevi. Secondo la disciplina attualmente vigente, invece, non è necessario che il reo abbia sperimentato il carcere per poter chiedere la concessione di una misura *extra moenia* e, dunque, l'efficiente impiego delle sanzioni sostitutive finisce per rivelare una diversa utilità, intesa a ridimensionare, o limitare, il fenomeno dei c.d. liberi sospesi, cioè di coloro che attendono in libertà la decisione del tribunale di sorveglianza sull'istanza di ammissione a una misura alternativa, per un periodo di tempo che solo di rado rispetta il termine di quarantacinque giorni di cui all'art. 4 d.lgs. n. 123 del 2018, con conseguenti ricadute sia sull'intrapresa di un programma trattamentale atto a contenere il pericolo di recidiva, sia sulle pendenze del tribunale di sorveglianza⁷.

2. [La sentenza n. 28 del 2022](#)

Nella [sentenza n. 28 del 2022](#) i giudici di Palazzo della Consulta hanno riunito le questioni di legittimità sollevate dalle autorità rimettenti, rispettivamente il giudice per le indagini preliminari

⁵ In questo senso cfr. C.E. Paliero, *Commento all'art. 53*, in E. Dolcini - A. Giarda - F. Mucciarelli - C.E. Paliero - E. Riva Crugnola, *Commentario delle «Modifiche al sistema penale» (Legge 24 novembre 1981 n. 689)*, Ipsoa, 1982, 278 ss.; F. Palazzo, *Le pene sostitutive: nuove sanzioni autonome o benefici con contenuto sanzionatorio?* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 819 ss.

⁶ C.E. Paliero, *Commento all'art. 53*, cit., 278; in merito alle riforme si tratta della riforma del 1962, del 1974 e del 1981, cfr. P. Frisoli, *La recente riforma della sospensione condizionale della pena*, in *Scuola pos.*, 1968, 3 ss. Si vedano altresì gli interventi della Corte costituzionale in materia: cfr. [Corte cost., 10 giugno 1970, n. 86](#); [Corte cost., 27 giugno 1973, n. 95](#).

⁷ E. Dolcini, *Sanzioni sostitutive: la svolta impressa dalla riforma Cartabia*, in [Sistema Penale](#), 2 settembre 2021.

presso il Tribunale di Ravenna e quello presso il Tribunale di Taranto, e solo una di esse – la seconda – è stata giudicata ammissibile e, dunque, suscettibile di una pronuncia nel merito.

Il giudizio da cui prendeva le mosse la questione che ha superato il vaglio di ammissibilità riguardava un fatto di violenza privata: all'imputato si contestava di aver posizionato la propria auto in prossimità dell'ingresso dell'abitazione delle persone offese, impedendo alle stesse l'accesso e l'uscita dalla propria residenza. Nei confronti del decreto penale con cui era stata definita la questione, veniva tuttavia avanzata opposizione e formulata istanza di applicazione della pena su richiesta delle parti.

La pena detentiva, pari a tre mesi di reclusione, irrogata per il fatto di cui all'art. 610 c.p., era sostituita, in sede di decreto penale di condanna, poi opposto, con la pena pecuniaria per un ammontare di 6.750 euro, calcolata individuando il valore di ciascun giorno di detenzione nella somma di 75 euro — pari al minimo del *range* di cui all'art. 459, comma 1-*bis*, c.p.p. — così discostandosi dal minimo della forbice di conversione “classica”, previsto dal secondo comma dell'art. 53 legge n. 689 del 1981, pari a 250 euro. Considerata la scarsa gravità del fatto di reato e l'esigua capacità a delinquere del reo – il quale era soggetto incensurato, privo di carichi pendenti e inserito in un tessuto sociale adeguatamente strutturato – di concerto con le precarie condizioni economiche nelle quali lo stesso versava, il giudice rimettente osservava che, qualora la pena detentiva fosse stata convertita in ossequio ai parametri ordinari, di cui al comma 2 dell'art. 53, e quindi in una somma di almeno 22.500 euro, essa si sarebbe rivelata eccessivamente onerosa, valutato altresì il reddito dell'imputato finanche nel caso in cui si fosse proceduto alla rateizzazione *ex art. 133-ter c.p.*

L'Autorità rimettente, tessendo un fitto ordito di principi costituzionali, tra cui quello di proporzionalità intimamente connesso al principio di rieducazione della pena, si doleva, dunque, dell'irragionevolezza intrinseca al valore minimo del criterio di conversione delle pene detentive brevi, particolarmente considerato che lo stesso Giudice delle leggi, nella [sentenza n. 15 del 2020](#), chiamato a pronunciarsi su un caso del tutto analogo, pur essendosi espresso nel senso dell'inammissibilità del dubbio sollevato, rilevava *apertis verbis* l'irragionevolezza del meccanismo di conversione. Il tasso di ragguglio che, come ricordato, in forza del “rinvio mobile” all'art. 135 c.p. è stato aumentato alla somma minima di 250 euro per giorno, determinava un meccanismo di sostituzione assai oneroso, sicché veniva censurata la disciplina *de qua*, giudicata in contrasto con gli artt. 3, 27 comma 3, e 117 Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 49 CDFUE.

La Corte costituzionale, prendendo posizione sui dubbi di legittimità sollevati, ha riconosciuto d'ufficio l'inammissibilità della sola questione formulata in riferimento all'art. 117 Cost. – posto che il giudice *a quo* non ha provveduto a chiarire le ragioni per cui la disciplina censurata ricadrebbe nell'ambito applicativo del diritto dell'Unione europea – e ha dichiarato la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 53 legge n. 689 del 1981, per violazione dei principi di eguaglianza e finalità rieducativa della pena, intervenendo sul minimo giornaliero e lasciando invariato l'attuale limite massimo di 2.500 euro. Infatti, una quota giornaliera di conversione eccessivamente elevata nel minimo determina una drastica compressione del ricorso alla sostituzione della pena pecuniaria, finendo per trasformare il meccanismo sostitutivo in un privilegio per soli condannati abbienti e dunque sostanzialmente precluso a chi non disponga di apprezzabili risorse economiche: effetto che si è prodotto, o quanto meno si è accentuato, allorché il valore della quota giornaliera è stato portato a una forbice compresa fra 250 e 2500 euro e, in particolare, il valore minimo della quota è salito da 38 a 250 euro.

Servendosi di una tecnica ormai collaudata, la Corte, pur nell'assenza di un'unica soluzione disponibile, è intervenuta ritenendo che ai 250 euro debbano essere sostituiti i 75 euro già previsti dalla normativa in materia di decreto penale di condanna.

3. La pena pecuniaria sostitutiva e il principio di proporzionalità: criticità.

Com'è noto, la disciplina della pena pecuniaria attualmente in vigore presenta lacune e imprecisioni capaci di comprometterne l'effettività⁸. I dati emersi nella prassi confermano il rischio, non arginato, che la pena pecuniaria produca disparità di trattamento del tutto irragionevoli, anzitutto a causa della diversa distribuzione della ricchezza fra i soggetti ai quali viene inflitta.

Il pericolo accennato è contenibile, come già rilevato nella storica [sentenza n. 131 del 1979](#)⁹, mediante l'adozione di adeguati strumenti di commisurazione. Segnatamente, la determinazione dell'ammontare della pena pecuniaria, in modo proporzionale alle condizioni economiche del reo secondo il sistema per tassi giornalieri, adottato in altri ordinamenti, riduce (*rectius*: dovrebbe ridurre) il rischio di discriminazioni imperniate su disuguaglianze patrimoniali o di reddito¹⁰: se le pene detentive incidono su un bene, la libertà personale, tendenzialmente uniforme per tutti i consociati, quelle pecuniarie esplicano effetti su un'entità, quella patrimoniale, suscettibile di differenziazioni, anche considerevoli, fra i cittadini. Infatti, la graduazione della pena deve conformarsi non solo alla colpevolezza del reo, ma anche al "tipo" di sanzione, criterio questo che, per certe risposte punitive, si pensi a quella detentiva, non viene in particolare considerazione, incidendo su un valore – la libertà personale – per definizione uguale per tutti, e che, per converso, assume un'inevitabile rilevanza nel caso di sanzione pecuniaria, posto che la stessa incide su beni patrimoniali distribuiti in modo eterogeneo tra i consociati¹¹. In questo senso si rende necessario un bilanciamento della capacità afflittiva della pena pecuniaria, in modo da evitare che la stessa possa costituire il prodromo di una sanzione per lo più detentiva¹².

L'adeguamento alle condizioni del destinatario della sanzione deriva dalla struttura del sistema per tassi, caratterizzato – com'è noto – dalla scomposizione del processo di commisurazione della pena in due fasi: la prima fase, nella quale si definisce, sulla base della gravità oggettiva e soggettiva del reato, il numero di "tassi", o "giorni di pena" (pecuniaria), inflitti al reo; la seconda fase, in cui è determinato l'ammontare di ogni singolo "tasso", in conformità alle condizioni economiche del condannato e, particolarmente, alla quota di reddito giornaliero che si ritiene egli possa impiegare per il pagamento della somma. Contrariamente agli auspici della dottrina, il legislatore italiano ha optato per il sistema della c.d. "somma complessiva", secondo il quale le condizioni economiche del reo intervengono contestualmente, e allo stesso livello, dei criteri generali di commisurazione *ex art. 133 c.p.*, e ha confinato il modello per tassi giornalieri (o quote giornaliere) al circoscritto ambito operativo della pena pecuniaria sostitutiva di pene detentive fino a sei mesi *ex art. 53 legge n. 689 del 1981* e a quello della responsabilità amministrativa da reato degli enti collettivi *ex art. 10 d.lgs. 231 del 2001*¹³.

⁸ Cfr. L. Goisis, *Le pene pecuniarie. Storia, comparazione, prospettive*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 22 novembre 2017, p. 6 ss.

⁹ [Corte cost., sent. 21 novembre 1979, n. 131](#), in *Giur. cost.*, 1979, I, 1046 ss. Su tale sentenza cfr., fra gli altri, G. Conso, *Sintomi di crisi per la pena pecuniaria*, *ivi*, 1048 ss.; T. Padovani, *L'incostituzionalità dell'art. 136: un capitolo chiuso o una vicenda aperta?* in *Cass. pen.*, 1980, 26 ss.

¹⁰ Cfr., fra molti, E. Dolcini - C.E. Paliero, *Il carcere ha alternative? Le sanzioni sostitutive della detenzione breve nell'esperienza europea*, Giuffrè, 1989, 183 ss.; G. Grebing, *Die Geldstrafe in rechtsvergleichender Darstellung*, in H.H. Jescheck-G. Grebing (curr.), *Die Geldstrafe im deutschen und ausländischen Recht*, Nomos V., Baden Baden, 1978.

¹¹ T. Padovani, *L'utopia punitiva*, Giuffrè, 1981, 144 ss., in cui l'A., citando Thyren, chiarisce che «l'idea di limitarsi a considerare la colpevolezza implica al fondo un'idea di 'retribuzione' puramente obiettiva, limitata al fatto, mentre la 'retribuzione soggettiva', basata sull'inflizione di una sofferenza che sia sentita in proporzione del danno cagionato col reato richiede necessariamente, nel caso della pena pecuniaria, la valutazione delle condizioni economiche del reo».

¹² E. Dolcini, *Pene pecuniarie e principio costituzionale di uguaglianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1972, 411 ss. E. Bertola, *Ancora della pena pecuniaria*, in *Riv. pen.*, 1895, 5, in cui si legge: «giustizia vuole che il male della pena sia, possibilmente, dai condannati sentito con la stessa intensità per uno stesso reato; e questa parità non potrebbe al certo esser raggiunta nelle pene pecuniarie se non a condizione che il povero e l'agiato e il ricco siano costretti a vedersi sottrarre entità diverse di patrimonio, giacché il dolore della perdita è evidentemente in relazione a una quota parte de' relativi patrimoni».

¹³ Il sistema della somma complessiva ha sollevato numerosi dubbi circa l'idoneità dello stesso a produrre effetti apprezzabili sulla commisurazione della sanzione pecuniaria; il principale vizio consiste nella totale mancanza di trasparenza posto che, sia i criteri *ex art. 133 c.p.*, sia la condizione economica concorrono a determinare l'ammontare della pena. Cfr. C.E. Paliero, *Commento all'art. 53*, cit., 277 ss., nonché E. Dolcini, *Le sanzioni sostitutive applicate in sede di*

L'impiego di tale modello, a cui sembra riconducibile il successo della pena pecuniaria in altri ordinamenti, deve, tuttavia, essere frutto di una corretta tecnica normativa, non potendo prescindere da una ragionevole individuazione del valore giornaliero della pena pecuniaria sostitutiva: qualora il minimo risulti ingiustificatamente elevato, tanto da essere fissato in una somma superiore a quella che la maggior parte dei consociati è in grado di pagare in relazione alle proprie disponibilità patrimoniali e reddituali, l'ammontare derivante dalla moltiplicazione per il numero di "tassi" risulterebbe eccessivamente oneroso, pur in presenza di reati di minore allarme sociale.

La sperequazione tra la complessità dell'illecito e l'ammontare di pena pecuniaria sostitutiva di pena detentiva breve, attraverso la lente del principio di proporzionalità, consente di ravvisare numerosi aspetti critici dell'attuale disciplina sostitutiva di pene troppo brevi perché l'eventuale restrizione carceraria possa non giudicarsi mero contatto con un ambiente delinquenziale progredito. In questo senso, i risultati dell'ampio dibattito sulla bontà di pene detentive inferiori a un determinato minimo è efficacemente compendiato nell'affermazione di Thyré, secondo cui «la pena detentiva non dovrebbe essere applicata (direttamente), se la criminalità non ha un'intensità tale che la si possa contrastare con una pena detentiva lunga abbastanza per agire seriamente in senso migliorativo, cioè lunga abbastanza per far sperare un miglioramento così essenziale, da non risultare sproporzionata rispetto agli effetti collaterali negativi, che non si potranno mai eliminare con sicurezza»¹⁴.

Prendendo le mosse dal profilo del principio di proporzionalità più manifestamente emergente nella pronuncia in commento, si rammenta che a detta delle autorità rimettenti, e della stessa Corte, la determinazione del minimo edittale fissato nella somma di 250 euro risulta sbilanciato, considerato che anche al cospetto di reati connotati da una gravità del tutto relativa, espressione dunque di una scarsa proclività a delinquere del reo, i giorni di pena detentiva, moltiplicati per il minimo del *range* cui l'art. 53, comma 2, legge n. 689 del 1981 si riferisce, pongono in essere una pena pecuniaria eccessivamente gravosa. Il dubbio di proporzionalità sul quale la Corte si pronuncia è, peraltro, intrinseco al criterio di conversione, poiché prescinde da una valutazione dell'adeguatezza della somma indicata a una fattispecie specificamente individuata. Per dette ragioni la decisione *de qua* – con cui la Corte ha sostituito il minimo di 250 euro *ex art. 53*, con quello di 75 euro – può, in un certo senso, ritenersi una decisione di tipo "strutturale", con cui i giudici di Palazzo della Consulta ambiscono a corroborare l'obiettivo di rendere più vivo e vitale l'impianto delle pene pecuniarie all'interno dell'ordinamento.

Con la decisione in commento, la Corte è dunque intervenuta allo scopo di garantire una sorta di proporzionalità di "seconda istanza", al fine di non vedere vanificata la corrispondenza tra la gravità del fatto e l'afflittività della risposta sanzionatoria di cui al primo momento valutativo. In altre parole, qualora l'autorità giudiziaria, che ha determinato l'entità della pena detentiva in ossequio, tra gli altri, ai principi di proporzionalità e colpevolezza, si vedesse costretta, *ex lege*, ad applicare tassi di ragguaglio irragionevoli, determinerebbe, di fatto, una obliterazione, giusta il meccanismo sostitutivo, della proporzionalità della pena commisurata in prima istanza.

La pronuncia si colloca, dunque, in un filone giurisprudenziale già inaugurato dalla Corte, nel quale la stessa ha manifestato una certa sensibilità al principio di proporzionalità della pena, come dimostra la progressiva demolizione di cornici edittali marcatamente orientate verso l'alto, proprie di un diritto penale inteso quale *ius terrificante* secondo cui la forza della sanzione risiede nella severità della stessa¹⁵.

condanna – Profili interpretativi, sistematici e politico-criminali del Capo III, Sezione I della legge 689 del 1981, in *Studi in memoria di G. Delitala*, vol. I, Giuffrè, 1894, 356 ss.; in materia di responsabilità degli enti cfr., quantomeno, C.E. Paliero, *Il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, da ora in poi societas delinquere (et puniri) potest*, in *Corr. Giur.*, 2001, 845 ss.; G. Lattanzi, *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Giuffrè, 2010; G. De Vero, *Trattato di diritto penale*. Vol. 4: *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Giuffrè, 2008.

¹⁴ V. J. Thyré, *Prinzipien einer strafgesetze reform*, 1910, 73 ss., citato da T. Padovani, *L'utopia punitiva*, cit., 138 ss.-

¹⁵ Cfr., fra le altre, [Corte cost., sent. 10 novembre 2016, n. 236](#) e [Corte cost., sent. 23 gennaio 2019 n. 40](#).

4. *Squilibri interni al sistema.*

Qualora la pena limitativa della libertà personale sia fissata entro il limite di sei mesi, il giudice, in conformità a quanto disposto dall'art. 58 legge n. 689 del 1981, individua la sanzione sostitutiva più idonea ai fini del reinserimento sociale del reo, da intendersi nel senso che l'autorità giudiziaria opta per la sostituzione allo scopo di evitare gli effetti desocializzanti di una pena ritenuta, da un lato, incapace di dare l'avvio a un programma rieducativo e, dall'altro lato, idonea a porre il reo a contatto con un contesto criminale evoluto. Il legislatore opera una distinzione fra due momenti: quello in occasione del quale il giudice deve valutare *se* sostituire la pena detentiva; quello in cui lo stesso deve, eventualmente, stabilire *come* sostituirla. In merito al primo dei due segmenti valutativi, l'apprezzamento del giudice – non servirà precisarlo – orbita attorno alla praticabilità di detta sostituzione, valutando i criteri fattuali *ex art.* 133 c.p. nella prospettiva della finalità di intimidazione, non-desocializzazione. In altre parole, tenuto conto della gravità del fatto e della capacità a delinquere del reo, dovrà chiedersi se la sanzione sostitutiva possa risultare meno desocializzante e, contestualmente, idonea ad ammonire il condannato¹⁶. Nel secondo momento, è rimessa all'autorità giudiziaria la determinazione della sanzione sostitutiva più adeguata, nei limiti stabiliti dal legislatore in relazione alle diverse soglie di pena (qualora il giudice commisuri la pena detentiva entro il limite di sei mesi, può sostituirla con la sanzione giudicata più idonea tra semidetenzione, libertà controllata e pena pecuniaria).

Tanto la semidetenzione e la libertà controllata, ossia le due sanzioni sostitutive che comportano, seppur con intensità diseguale, una limitazione della libertà personale, quanto la pena pecuniaria conoscono un'applicazione del tutto residuale posto che nel segmento entro il quale sono suscettibili di applicazione opera la sospensione condizionale della pena, la quale, come dimostrato dalla prassi, 'fagocita' le sanzioni sostitutive¹⁷. Per quanto attiene alla pena pecuniaria, sembra potersi sostenere che, nella politica sanzionatoria e nell'ottica della lotta alle pene detentive brevi, essa è suscettibile di valorizzazione essendo, in astratto, caratterizzata da un elevato tasso di graduabilità (è individualizzabile), sprovvista di effetti di stigmatizzazione sociale, nonché "economica" in senso proprio, posto che la sua esecuzione comporta (dovrebbe comportare) costi amministrativi ridotti e tradursi in un introito per lo Stato.

Fissando il concreto ammontare di pena ammesso alla sostituzione, il legislatore ha inteso individuare un limite esterno alla sostituibilità della pena detentiva e, al contempo, ha provveduto a delineare la tipologia di sanzioni sostitutive con i rispettivi rapporti di rango. Tuttavia, considerata la soglia minima dei 250 euro giornalieri di cui all'art. 53 legge n. 689 del 1981, il concreto rischio di determinare un eccesso punitivo rispetto alla pena detentiva di brevissima durata determina il tradimento della logica di fondo dell'istituto in esame: è, invero, irragionevole limitare la sostituzione con pena pecuniaria per effetto dell'eccessività del criterio di conversione anziché, come dovrebbe essere, per l'elevata gravità del fatto o la spiccata capacità a delinquere del condannato. Sembra allora lecito il quesito più volte posto dalla dottrina circa la ragionevolezza, e vantaggiosità, della scelta di parametrare l'ammontare della multa e dell'ammenda secondo criteri sensibili alla condizione del reo, con un minimo orientato a uno – tenendo finanche conto del minimo del *range* di cui all'art. 459, comma 1-*bis*, c.p.p. – nell'intenzione di ambire a un pagamento in un'unica soluzione o, qualora non fosse possibile, in più soluzioni, purché, valutata la dimensione economica del condannato, appaia plausibile il versamento dell'importo dovuto. Ciò nella consapevolezza che soltanto una disciplina della pena pecuniaria in grado di garantirne una commisurazione da parte del giudice proporzionata tanto alla gravità del reato, quanto alle condizioni economiche del reo, e assieme di assicurarne poi

¹⁶ E. Dolcini - G. Marinucci - G.L. Gatta, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, 9^a, Giuffrè, 2021, 733 ss.

¹⁷ Sui rapporti tra sanzioni sostitutive e sospensione condizionale della pena, cfr., fra molti, F. Palazzo, *Le pene sostitutive: nuove sanzioni autonome o benefici con contenuto sanzionatorio*, cit., 834 ss.; E. Dolcini - C.E. Paliero, *Il carcere ha alternative*, cit., 275 ss.; G. Marinucci - E. Dolcini - G.L. Gatta, *Manuale*, cit., 750 ss.

l'effettiva riscossione, può costituire una seria alternativa alla sanzione detentiva, come di fatto accade in numerosi altri ordinamenti contemporanei¹⁸.

Non può, del resto, passare inosservato come un tasso di conversione irragionevole abbia delle ricadute che oltrepassano il muro della possibile praticabilità dell'opzione sostitutiva e raggiungono confini ulteriori, tra i quali quello che separa l'incidenza della pena sulle libertà individuali o sul patrimonio del reo. Si vuol dire dell'ipotesi in cui la pena detentiva, sostituita con pena pecuniaria, in caso di omesso pagamento per insolvibilità del condannato, sia ulteriormente convertita in una sanzione limitativa delle libertà individuali (libertà controllata o lavoro sostitutivo). Si ipotizzi, a parità di condizioni, che Tizio e Caio vengano condannati entrambi a quindici giorni di detenzione, sostituiti, moltiplicando i giorni per il minimo del *range ex art. 53*, con la somma di 3.750 euro di pena pecuniaria. In caso di insolvibilità, qualora Tizio chieda la conversione in libertà controllata e Caio in lavoro di pubblica utilità, il primo dovrebbe scontare quindici giorni di libertà controllata, mentre il secondo dovrebbe svolgere centocinquanta giorni di lavoro sostitutivo, ridotti a sessanta giorni in forza dell'art. 103 l. 689 del 1981, il quale recita che «la durata complessiva del lavoro sostitutivo non può superare i sessanta giorni». Il meccanismo sostitutivo della pena detentiva con la pena pecuniaria e poi, a causa dell'insolvibilità, nuovamente, in pena limitativa delle libertà individuali, se conserva una linearità in caso di conversione in libertà controllata, compie, nel caso di lavoro sostitutivo, una sensibile progressione sul piano dell'afflittività, posto che a una pena detentiva di quindici giorni corrisponderebbero, alla fine, centocinquanta giorni di lavoro sostitutivo, poi ridotti a sessanta giorni *ex art. 103 l. 689 de 1981*.

Lo squilibrio insito in tale assetto è reso evidente dalla disciplina recata dagli artt. 102 e 108 legge n. 689 del 1981. L'art. 102 legge n. 689 del 1981, nel recare la disciplina della pena pecuniaria “principale” ineseguita, ha stabilito che un giorno di libertà controllata corrisponde a 250 euro di multa e, per converso, un giorno di lavoro sostitutivo equivale a 25 euro di multa. La scelta solleva numerosi dubbi di legittimità considerati sia l'ingiustificato svilimento dell'attività lavorativa sostitutiva¹⁹, la quale risulta invece più sensibilmente confacente al finalismo rieducativo, sia la disparità di trattamento a seconda che la pena detentiva rappresenti l'epilogo a cui si perviene per l'inosservanza della libertà controllata o del lavoro sostitutivo. L'art. 108 prevede – in caso di inosservanza anche di una sola prescrizione inerente alla libertà controllata e al lavoro sostitutivo – l'ulteriore conversione delle sanzioni sussidiarie in pena detentiva “di eguale periodo” rispetto alla porzione di libertà controllata e lavoro sostitutivo non ancora eseguita²⁰. La sanzione è la reclusione o l'arresto a seconda che la pena originaria fosse la multa o l'ammenda; il criterio di ragguglio è, dunque, in questo grado, il medesimo: un giorno di libertà controllata e un giorno di lavoro sostitutivo si convertono in un giorno di pena detentiva, con l'effetto che, tornando all'esempio e immaginando la subitanea violazione degli obblighi correlati alle misure *de quibus*, una condanna “originaria” a quindici giorni di reclusione, dopo due livelli di conversione, solo in un caso – quello incentrato sulla libertà controllata – esita nella propria reviviscenza, mentre nell'altro, mediato dal lavoro sostitutivo, sfocia in ben sessanta giorni di reclusione. Dunque, l'utilizzo di criteri differenti nel primo grado della conversione e di canoni identici nel secondo grado, ingenera una stortura così compendiabile: a

¹⁸ Cfr. E. Dolcini - C.E. Paliero, *Il carcere ha alternative*, cit., 183 ss. Cfr., fra molti, E. Dolcini, *Verso una pena pecuniaria finalmente viva e vitale? Le proposte della Commissione Lattanzi*, in [Sistema Penale](#), 4 giugno 2021; F. Fiorentin, *Appunti in tema di esecuzione delle pene pecuniarie*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 892 ss.; L. Goisis, *La pena pecuniaria, un'indagine storica e comparata*, Giuffrè, 2008, 10 ss.

¹⁹ M. Miedico, *La pena pecuniaria, Disciplina, prassi e prospettive di riforma*, Egea, 2008, 81, in cui si legge che l'art. 102, comma 3, della l. 24 novembre 1981 n. 689, in merito al ragguglio tra pene pecuniarie e libertà controllata, prevedeva lo stesso indice (25.000 lire) impiegato altrove (art. 135 c.p.), mentre disponeva che a un giorno di lavoro sostitutivo corrispondesse un ammontare doppio di pena pecuniaria: cinquantamila lire. Ciò, evidentemente, in considerazione dell'elevato grado di afflittività del lavoro sostitutivo, nonché dell'ampiezza del periodo di tempo per cui si protrae normalmente la sua esecuzione. In forza di scoordinati interventi riformatori, il rapporto tra libertà controllata e lavoro sostitutivo, ai fini del ragguglio, risulta dunque capovolto rispetto alla scelta del legislatore del 1981.

²⁰ E. Dolcini - G. Marinucci - G.L. Gatta, *Manuale*, cit., 385 ss.

due pene pecuniarie di pari valore possono corrispondere, da ultimo, pene detentive di diversa intensità.

5. Aspetti critici della pronuncia.

Una volta constatati alcuni degli elementi più controversi della disciplina delle sanzioni sostitutive, si rende opportuno analizzare, in modo più analitico, l'apparato motivazionale della pronuncia in commento. Sin d'ora è d'uopo constatare la fragilità del corredo argomentativo su cui la sentenza si fonda, considerato, particolarmente, che la Corte è chiamata a effettuare un giudizio di ragionevolezza intrinseco di un trattamento sanzionatorio penale incentrato sul principio di proporzionalità²¹. Sembra che il Giudice delle leggi, nel giudicare elevato il minimo di 250 euro, non corredi l'affermazione di un apparato argomentativo sufficientemente integrato, ma si limiti, in un certo senso, ad affermare l'eccessività del minimo, valorizzando unicamente le conseguenze che la scelta legislativa porta seco. Il considerato in diritto appare piuttosto scarno, posto che la Corte si è limitata ad annoverare le variazioni quantitative che hanno coinvolto il criterio di ragguglio fra pene detentive e pene pecuniarie – il quale consente di impostare in termini matematici una proporzione fra entità, in sé, palesemente eterogenee –, senza approfondire la diversa natura degli interventi susseguitisi rispettivamente nel 1981, 1993 e 2009.

Diversamente, nella [sentenza 214 del 2014](#)²², la Consulta argomentava la profonda differenza riscontrabile tra le novelle legislative, dapprima chiarendo come con la riforma del 1981 il coefficiente di ragguglio sia stato innalzato da 5.000 lire a 25.000 lire, con un parallelo aumento di cinque volte delle stesse pene pecuniarie, nell'intenzione di ristabilirne i valori alterati dalla svalutazione; di poi, illustrando come con la legge del 5 ottobre 1993 n. 402 si sia assistito alla triplicazione del tasso di ragguglio, elevato a 75.000 lire, omettendo il legislatore di intervenire sulle pene pecuniarie previste per le singole fattispecie. La scelta di non compensare alla svalutazione monetaria intervenuta tra il 1981 e il 1993 induceva la Consulta a ritenere che la novella legislativa avesse modificato – in termini assoluti – il rapporto di cambio tra pena detentiva e pena pecuniaria, valutata l'accresciuta consapevolezza dell'alto rango del bene della libertà personale, che lo rende, in linea di principio, «incommensurabile rispetto al patrimonio e che, comunque, laddove un ragguglio sia necessario per un qualsiasi effetto giuridico, impone che la monetizzazione della libertà avvenga a un prezzo non vile»²³. In seguito, con la legge n. 94 del 2009, il criterio di ragguglio ha subito un ulteriore incremento, pari a sei volte e mezzo, passando da 38 euro, alla somma di 250 euro.

²¹ Si segnala che, recentemente, la [Corte giust. UE, Grande Sezione, sent. 8 marzo 2022, C-205/20](#), NE, ha affermato il principio secondo cui il criterio di proporzionalità della sanzione – stabilito da singole direttive, ovvero fondato sull'art. 49, paragrafo 3, CDFUE – è dotato di effetto diretto nell'ordinamento degli Stati membri. Cfr. F. Viganò, *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'Unione europea: sull'effetto diretto dell'art. 49, paragrafo 3, della Carta alla luce di una recentissima sentenza della Corte di giustizia*, in [Sistema Penale](#), 26 aprile 2022, in cui si legge che la Grande Chambre ha riconosciuto carattere incondizionato al requisito di proporzionalità delle sanzioni previsto dalla direttiva UE 2014/67, essendo riformulabile semplicemente come divieto, di portata assoluta, di adottare sanzioni sproporzionate. Ha altresì sostenuto che il requisito in parola presenta un carattere sufficientemente preciso, considerato che – «se certamente lo Stato membro dispone di un certo margine di discrezionalità nel definire il regime sanzionatorio applicabile in caso di violazione delle disposizioni nazionali adottate in attuazione della direttiva – tale discrezionalità trova un limite nel divieto di prevedere sanzioni sproporzionate»; che il principio di proporzionalità costituisce un principio generale del diritto dell'Unione, che «si impone agli Stati membri nell'attuazione di tale diritto anche in assenza di armonizzazione della normativa dell'Unione nel settore delle sanzioni applicabili», principio sancito in materia penale dall'art. 49, paragrafo 3, CDFUE, «che l'articolo 20 della direttiva 2014/67 si limita a richiamare» e che «presenta carattere imperativo»; che, in forza di tutte tali considerazioni, il requisito di proporzionalità stabilito dalla direttiva 2014/67 deve ritenersi dotato di effetto diretto, potendo conseguentemente essere invocato dall'imputato nella controversia penale che lo riguarda.

²² [Corte cost., sent. 9 luglio 2014, n. 214](#), in cui la Corte, nell'assenza di un'unica soluzione disponibile, ha giudicato inammissibile la richiesta dell'autorità rimettente avente a oggetto la proposta di fissare a euro 75, anziché a euro 250, il tasso di conversione giornaliero della pena detentiva in pena pecuniaria.

²³ [Corte cost., sent. 9 luglio 2014, n. 214](#).

All'aumento accennato si sarebbe dovuto accompagnare un adeguamento delle pene pecuniarie, sulla base di coefficienti differenziati a seconda della data di entrata in vigore delle disposizioni che hanno stabilito l'ammontare di dette pene; tuttavia, la delega legislativa è rimasta inattuata, avendo la riforma del 2009 generato un «innalzamento 'secco' del rapporto di cambio tra pene detentive e pecuniarie», con effetti del tutto analoghi a quelli determinati nel 1993. A detta della stessa Corte, l'intervento legislativo più recente ha modificato il rapporto tra pena detentiva e pecuniaria oltre i limiti necessari a compensare la svalutazione monetaria *medio tempore* intervenuta, fissando un tasso di monetizzazione oggettivamente più elevato della pena limitativa della libertà personale. La novella di cui alla legge n. 94 del 2009, nel modificare l'art. 135 c.p., ha dunque elevato il generale criterio alla somma di 250 euro giornalieri. Emendamento, questo, rispetto al quale non è dato, tuttavia, esprimere un giudizio secco, in termini di valenza *pro reo* o *contra reum*: invero, esso torna a vantaggio dell'imputato qualora sia la pena pecuniaria a dover essere raggugliata con quella detentiva (si pensi, ad esempio, alla valutazione circa la fruibilità del beneficio della sospensione condizionale della pena o della non menzione nel casellario giudiziale), mentre esso opera *contra reum* nell'ipotesi inversa, come dimostra la dinamica della sostituzione di sanzioni detentive di breve durata.

Ciò premesso, nella sentenza in commento, i giudici di Palazzo della Consulta non hanno provveduto a motivare adeguatamente l'irragionevolezza dell'intervento riformistico più recente. Pur riportando il passaggio della [sentenza n. 214 del 2014](#) nella quale si pone l'accento sulla pluralità di equilibri recepiti dall'articolato *ex* 135 c.p., la Corte, da un lato, omette di chiarire le ragioni che giustificano la scelta di ridurre il minimo edittale, dall'altro non sembra tenere nel dovuto conto il fatto che il criterio di ragguglio dell'art. 135 c.p. opera come un giano bifronte, talvolta a vantaggio del reo, talaltra a discapito dello stesso.

Com'è noto, anche nel giudizio di ragionevolezza intrinseca è essenziale l'individuazione di soluzioni già esistenti, idonee a eliminare (o ridurre) la manifesta irragionevolezza lamentata; tuttavia, la Corte, pur percorrendo il solco tracciato dall'autorità rimettente, la quale ha condotto il controllo di legittimità dell'art. 53 legge n. 689 del 1981 attraverso una «valutazione relazionale» fra la disciplina di cui alla suddetta disposizione e la norma *ex* art. 459, comma 1-*bis*, c.p.p., non ha corredato la scelta neppure servendosi degli spunti argomentativi forniti dal giudice *a quo*²⁴. L'autorità rimettente chiarisce, infatti, che il meccanismo di conversione di cui all'art. 53 co. 2 legge n. 689 del 1981 non è identico a quello di cui all'art. 459, comma 1-*bis*, c.p.p., tenuto conto che il legislatore ha evidentemente inteso prevedere, nei confronti del destinatario di un decreto penale di condanna, un trattamento sanzionatorio di favore, soprattutto per quanto riguarda il massimo del *range* di conversione (225 euro in luogo del valore limite di 2.500 euro previsto per la sostituzione di pene detentive brevi in pene pecuniarie). Precisa altresì che le fattispecie in parola non possono considerarsi del tutto disomogenee, posto che una «forbice» di «valori sanzionatori» — al netto delle caratteristiche del rito entro il quale essa viene in rilievo — è sempre connaturata dalla precipua funzione di consentire il miglior adeguamento del trattamento sanzionatorio al fatto di reato e alle caratteristiche personalologiche del reo. Nel caso di specie, a detta del giudice *a quo*, risulta evidente la manifesta sproporzione del minimo del *range* previsto dall'art. 53 della legge n. 689 del 1981, non giustificata da alcuna esigenza di carattere special-preventivo o general-preventivo. La natura di favore del criterio di conversione previsto dall'art. 459, comma 1-*bis*, c.p.p. non verrebbe, del resto, minata dall'accoglimento della questione di legittimità costituzionale sollevata in via principale dal giudice per le indagini preliminari, considerato che la misura massima del valore pecuniario giornaliero associabile ad un giorno di pena detentiva, così come prevista dalla predetta disposizione, resterebbe pari a 225 euro, mentre la misura massima dell'analogo valore previsto dall'art. 53 co. 2 legge n. 689 del 1981, resterebbe pari al decuplo del valore previsto dall'art. 135 c.p., dunque a 2.500 euro.

²⁴ Ordinanza di rimessione del 22 novembre 2012, pubblicata in *G.U.*, prima serie speciale, 2014, n. 9.

La Corte, per converso, non solo non motiva la scelta di allineare il valore pecuniario minimale *ex art 53 legge n. 689 del 1981* a quello che il legislatore, *ex art. 459, comma 1-bis, c.p.p.*, ha inteso associare ad una «frazione» di un diritto personalissimo, quale quello alla libertà personale, ma non rievoca neppure l'ampia argomentazione del giudice *a quo*, dimostrando, in un certo senso, di non valutare la peculiare *ratio* che sorregge la logica del decreto penale, da ravvisare in una dimensione di premialità propria di alcuni riti c.d. speciali. Ciò che si rileva è l'omessa elaborazione di un apparato argomentativo sufficientemente articolato che, prendendo le mosse dalla complessità della tematica in oggetto, mediante una riflessione puntuale, volta a scandagliarne gli aspetti più controversi, conduca progressivamente al dispositivo della sentenza, secondo una logica razionale e fedele alle premesse. La mancanza di un apparato motivazionale atto a giustificare l'allineamento del minimo alla somma di 75 euro, adeguamento che meriterebbe chiarimenti e precisazioni – particolarmente valutata la sussistenza di più soluzioni rinvenibili nell'ordinamento –, induce a ritenere che, considerata l'articolazione della pronuncia, sarebbe invero risultata più logica la dichiarazione di incostituzionalità delle modifiche introdotte dalla legge n. 134 del 2003, che aveva abrogato la possibilità di diminuire sino a un terzo la pena pecuniaria minima in precedenza consentita dal richiamo all'art. 133-*bis*, comma 2, c.p.

Da ultimo, la Corte non si sofferma sulla portata dell'art. 58 legge n. 689 del 1981 in relazione alla pena pecuniaria, considerato che, al secondo comma, esso dispone che il giudice non possa sostituire la pena detentiva qualora l'analisi personologica del reo lo induca a ritenere che, con una certa probabilità, lo stesso non aderirà alle prescrizioni impostegli. Verrebbe da chiedersi, dunque, se, in merito alla sostituibilità della pena detentiva con quella pecuniaria, le condizioni economiche del condannato possano essere annoverate tra gli oggetti di valutazione atti a chiarire la possibilità di ammettere il rispetto del corredo prescrizionale associato alle singole sanzioni. Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la [pronuncia n. 9 del 2010](#)²⁵, hanno chiarito che la sostituzione della pena detentiva con quella pecuniaria è consentita anche in relazione alla condanna inflitta a persona in condizioni economiche disagiate, in quanto la presunzione di inadempimento, ostativa in forza del secondo comma dell'articolo citato, dovrebbe riferirsi soltanto alle pene sostitutive di pena detentiva accompagnate da prescrizioni (semidetenzione o libertà controllata) e non alla pena pecuniaria sostitutiva, che non prevede alcuna prescrizione particolare.

L'importante decisione del Consesso allargato – che non è stata richiamata dalla Corte nella [sentenza n. 28 del 2022](#) – se da un lato merita apprezzamento, dovendo intendersi nel senso di escludere che eventuali differenze circa la condizione economica possano incidere sulla sostituibilità della pena detentiva, generando una disuguaglianza considerevole a seconda della situazione economica di ciascuno; dall'altro lato, stimola alcune riflessioni critiche. Si potrebbe infatti ritenere che la sostituzione con pena pecuniaria debba giudicarsi praticabile solo qualora le condizioni economiche del reo consentano di effettuare una valutazione prognostica favorevole circa il pagamento della somma da parte del condannato. Del resto, le sanzioni sostitutive, come svelato dalla denominazione, sostituiscono una pena principale detentiva, determinata valutando sia la complessità oggettiva del fatto, sia la colpevolezza del reo. Se la logica di favore della semidetenzione e della libertà controllata rispetto alla pena *intra moenia* è, in linea generale, oggettivamente constatabile (posto che le sanzioni comprimono le libertà fondamentali del reo, seppur con intensità differente), lo stesso non può dirsi in merito alla pena pecuniaria, la quale non può ritenersi *pro reo* in termini assoluti.

Considerato che, qualora la pena non superi i sei mesi, il giudice deve scegliere la sanzione più idonea ai fini della risocializzazione tra semidetenzione, libertà controllata e pena pecuniaria, rimarrebbe da interrogarsi sulla compatibilità tra il principio di diritto fissato dalla Cassazione e la discrezionalità valutativa riservata all'autorità giudiziaria, atta a consentire l'individuazione della sanzione sostitutiva «più idonea al reinserimento sociale del condannato». Resterebbe dunque da chiedersi in che modo la sostituzione con una pena pecuniaria anche onerosa, se compiuta senza

²⁵ Cass., Sez. Un., 22 aprile 2010, n. 9, Gagliardi.

considerare la solvibilità del reo, possa perseguire una finalità tanto special-preventiva quanto general-preventiva, intesa in senso “negativo”, considerato che l’una risulterebbe compromessa a monte, stante l’insolvibilità del condannato, l’altra a valle, a seguito dell’omesso versamento della somma dovuta. Anche questo aspetto è taciuto dalla Consulta, la quale ha del tutto omesso di chiarire la portata dell’art. 58 legge n. 689 del 1981 con particolare riferimento proprio alla sanzione pecuniaria sostitutiva, oggetto della sentenza costituzionale in commento.

6. Cenni conclusivi.

Viene da chiedersi se la spinta nella direzione di una pronuncia manipolativa, articolata su un apparato argomentativo scarsamente strutturato, non sia da ravvisare nell’attuale atmosfera riformatrice; in altre parole, ci si interroga sulla possibilità di riconoscere il fondamento dello stimolo alla pronuncia *de qua* nella [legge di delega n. 134 del 2021](#). La [decisione n. 28 del 2022](#) si colloca in un periodo storico caratterizzato dall’impulso a un ripensamento dell’attuale sistema sanzionatorio²⁶, nel corso del quale l’idea della pena detentiva come *extrema ratio* esprime in forma concettuale l’abbandono della mitologia penitenziaria ottocentesca, in nome della consapevolezza che l’istituto di pena non rappresenta la panacea rieducativa *bonne à tout faire*, ma uno strumento sanzionatorio dal quale rifuggire nel maggior numero di casi possibili²⁷.

Segnatamente, con la pubblicazione della [legge n. 134 del 2021](#), è stata approvata la riforma del processo e del sistema sanzionatorio penale. L’art. 1, comma 16, della delega, la cui formulazione risulta assai generica, nell’intenzione di restituire effettività alla pena pecuniaria – oggi eseguita, riscossa e convertita in percentuali medie bassissime – dispone che il Governo è delegato a «razionalizzare e semplificare il procedimento di esecuzione; rivedere, secondo criteri di *equità, efficienza ed effettività*, i meccanismi di conversione della pena pecuniaria in caso di mancato pagamento per insolvenza o insolvibilità del condannato; prevedere procedure amministrative efficaci, che assicurino l’effettiva riscossione della pena pecuniaria e la sua conversione in caso di mancato pagamento». La restituzione di effettività alla pena pecuniaria è funzionale non solo nell’intenzione di valorizzare la più tradizionale alternativa alla pena detentiva, ma anche allo scopo di restituire vigore alla pena pecuniaria sostitutiva della pena detentiva. Particolarmente, il co. 17 del medesimo articolo, nel recare uno dei punti più rilevanti e organici della riforma, si concentra sulla modifica dell’attuale regolazione delle sanzioni sostitutive di pene detentive brevi. Decorsi quarant’anni dall’approvazione della legge n. 689 del 1981, il Governo è dunque chiamato a operare una revisione della disciplina delle sanzioni sostitutive, la quale prevede la modificazione del catalogo delle stesse, sostituendo la semidetenzione e la libertà controllata con la semilibertà, la detenzione domiciliare e il lavoro di pubblica utilità e mantenendo solo la pena pecuniaria, purtuttavia interessata da importanti novità tanto comuni a tutte le forme di pena pecuniaria, quanto relative alla sola pena pecuniaria sostitutiva²⁸. Soprattutto rileva, peraltro, la rideterminazione dell’ammontare minimo della quota: la delega non individua il valore minimo in termini numerici, ma esplicita che dovrà essere indipendente dalla somma indicata nell’art. 135 c.p., nel massimo non eccederà la somma di 2.500 euro e dovrà essere «tale da evitare che la sostituzione della pena risulti eccessivamente onerosa in rapporto alle condizioni economiche del condannato e del suo nucleo familiare, consentendo al giudice di adeguare la sanzione sostitutiva alle condizioni economiche di vita del condannato²⁹»; diversamente, in caso di sostituzione della pena detentiva con il decreto penale di condanna, il massimo non eccederà i 250 euro.

²⁶ E. Novi, *Cartabia, una “rivoluzione costituzionale”*, in [Il Dubbio](#), 16 marzo 2021, in cui si legge «la detenzione in carcere ‘per gli effetti desocializzanti che comporta, deve essere invocata come *extrema ratio*. Occorre valorizzare piuttosto le alternative al carcere».

²⁷ T. Padovani, *L’utopia punitiva*, cit., 138.

²⁸ E. Dolcini, *Sanzioni sostitutive: la svolta impressa dalla riforma Cartabia*, cit.

²⁹ Art. 17, comma 1, lett. l), [legge n. 134 del 2021](#).

Ponendo a confronto il contenuto della delega con la sentenza in commento, è ravvisabile una continuità tale da lasciar ritenere che la legge delega sia stata, in un certo senso, elevata a parametro sostanziale di costituzionalità della disciplina censurata e, segnatamente, che la pronuncia si sia orientata nella direzione verso la quale si muoveranno i decreti attuativi. L'esplicito riferimento che la legge delega compie al perfettibile sistema delle sanzioni sostitutive, inserito all'intero della più ampia cornice rappresentata dal superamento di un sistema sanzionatorio carcerocentrico, nel quale la pena pecuniaria incarna un'alternativa del tutto residuale e priva di efficienza, sembra dunque costituire il sedime su cui la Corte ha imperniato la [sentenza n. 28 del 2022](#). Sebbene in materia penale e penitenziaria, il Giudice delle leggi, ormai da tempo, mostri una certa emancipazione dalla stringente adesione alla declinazione più rigorosa della teoria delle "rime obbligate", non appare irragionevole ritenere che, nella pronuncia in commento, il distacco dalla stessa sia apparso sostenuto da una più fondata fiducia nei confronti di un intervento legislativo concernente la materia oggetto della decisione costituzionale. In questo senso, è possibile assurgere la decisione *de qua* a intervento antesignano rispetto alla modifica che interesserà, a breve, l'arsenale delle sanzioni sostitutive.

Detta considerazione stimola, da ultimo, alcune riflessioni. Occorre infatti precisare che, al fine di conferire efficienza all'impianto della pena pecuniaria nell'ordinamento, particolarmente nell'ambito delle sanzioni sostitutive di pene detentive brevi, si rende necessario guardare all'intero processo che vede coinvolta la sanzione pecuniaria, il quale può astrattamente dipanarsi in più fasi, tanto di sostituzione, quanto di conversione. Posto che, con la [sentenza n. 28 del 2022](#), la Corte ha ridotto a 75 euro il minimo del criterio di conversione e che la legge di delega, nel riferire che il valore minimo dovrà essere indipendente dall'art. 135 c.p., non ne individua l'ammontare, sembra ragionevole ipotizzare la previsione di un minimo flessibile, potenzialmente adeguabile alla condizione economica di ciascuno dei consociati. Quanto espresso suggerisce alcune puntualizzazioni. In primo luogo, analizzando la disciplina della pena pecuniaria nel suo complesso, è facilmente constatabile l'inadeguatezza di un intervento circoscritto al solo art. 53, comma 2, l. 689 del 1981 poiché, così fosse, le storture generate da una modifica isolata finirebbero, in un certo senso, per superare quelle che la pronuncia è volta a dipanare. In uno scenario futuribile, nel quale la [riforma Cartabia](#) abbia potenziato la flessibilità al ribasso dei tassi di conversione, eliminando, di fatto, un minimo edittale, si ipotizzi che Tizio, condannato a una pena detentiva di trenta giorni, la veda sostituita con una pena pecuniaria di 300 euro, avendo il giudice moltiplicato i giorni di pena carceraria per 10 euro (somma astrattamente ritenuta adeguata alla condizione economica in cui versa il reo), e si immagini che, a causa dell'insolvenza del condannato, essa venga convertita (in base ai criteri attuali, ove il legislatore non si preoccupasse di rivederli) o in libertà controllata, per la durata di due giorni, o in lavoro di pubblica utilità, per dodici giorni. Si ipotizzi altresì che, a causa della violazione delle prescrizioni di tali regimi, essi vengano convertiti rispettivamente in due giorni e dodici giorni di detenzione. Ne risulterebbe che, a una pena detentiva di trenta giorni, sostituita nel rispetto delle capacità economiche del reo, corrisponderebbero, nell'un caso due, nell'altro dodici giorni di pena detentiva.

Un sistema così strutturato non sarebbe ragionevole, considerato che alla flessibilità della sanzione pecuniaria sostitutiva, la quale, grazie all'elevata possibilità di individualizzazione, consentirebbe l'effettivo adeguamento alle condizioni economiche dei consociati, seguirebbe, in caso di inadempimento, un regime di favore per il reo, il quale, pur posto nelle condizioni di potervi adempiere, vedrebbe del tutto ridotta – in caso di nuova conversione – la durata della pena detentiva originariamente disposta. Il rigoroso adeguamento della pena pecuniaria alle capacità economiche del reo e le facilitazioni esecutive, mediante dilazioni di pagamento e rateizzazioni, consentirebbero, per converso, di ritenere ragionevole la proposta di rendere la sanzione di conversione più dura, non più favorevole.

Qualora il sistema si uniformasse ai principi di flessibilità e individualizzazione, sarebbe ravvisabile una maggiore attenzione al rischio di applicare una pena pecuniaria a soggetti «obiettivamente non in grado di farvi fronte», limitando, in un certo senso, la fascia degli

inadempienti a coloro che «volontariamente si sottraggono all'esecuzione»³⁰. L'atteggiamento di questi nei confronti del reato, risultando sintomatico di una scarsa resipiscenza e rilevante pericolosità, non solo non giustificerebbe un trattamento di riguardo, ma consentirebbe, per converso, di ritenere ragionevole l'applicazione di una sanzione più severa della detenzione originariamente disposta. È indubbio che l'equazione tra la disciplina normativa della pena pecuniaria e la volontarietà dell'inadempimento sia piuttosto astratta, posto che tale affermazione potrebbe unicamente valere in presenza di una società in cui ciascuno disponesse di un reddito superiore al minimo, tale da poter essere aggredito con una pena pecuniaria proporzionata; tuttavia, se da un lato è vero che, in mancanza di un reddito minimo, il problema della mancata esecuzione si pone come «inevitabile riflusso di sperequazioni che nessuna tecnica comminatoria e nessun canone sono in grado di evitare»³¹, dall'altro lato, sembra altrettanto corretto considerare che la sanzione pecuniaria rappresenta il corrispettivo di una condotta illecita, nei confronti della quale la pena deve purtuttavia conservare un certo grado di afflittività.

Un intervento volto a correggere il sistema sostitutivo sembra dunque imporre una revisione complessiva del processo nel corso del quale la pena pecuniaria risulta coinvolta, al fine di evitare che interventi rapsodici possano compromettere l'efficienza della stessa nell'ordinamento.

La previsione di un minimo edittale flessibile induce, infine, a chiedersi se non dovrebbe associarsi la riconsiderazione del principio di diritto espresso dal Consesso riunito nella [sentenza n. 9 del 2010](#); appare infatti lecito domandarsi se, in presenza di un sistema sostitutivo maggiormente aderente alle condizioni economiche del reo, non sarebbe corretto giustificare il diniego di sostituzione della pena detentiva con quella pecuniaria anche in forza dalla condizione economica del reo. Se il ragionamento della Corte di cassazione è ragionevole (sia pure non necessariamente condivisibile) al cospetto di un sistema che, nel prevedere il minimo del tasso di conversione nella somma di 250 euro, non consente un'effettiva valutazione della dimensione economica del condannato, quel ragionamento presenta tratti di irragionevolezza se riferito a un meccanismo sostitutivo sensibile alla condizione del reo: qualora le difficoltà economiche in cui versa lo rendano comunque insolubile, sembra opportuno procedere alla sostituzione con le altre sanzioni rinvenibili nell'ordinamento, nell'intenzione di evitare che un eccessivo indulgenzialismo possa ostacolare sia il perseguimento delle finalità cui la pena tende, sia, con riguardo alla sanzione pecuniaria, l'effettiva valorizzazione della stessa all'interno del sistema sanzionatorio.

³⁰ T. Padovani, *L'utopia punitiva*, cit., 160 ss.

³¹ T. Padovani, *L'utopia punitiva*, cit., 160 ss.

Elena Sammacicchio

La Corte e il processo telematico: valutazioni e prospettive dopo la pandemia *

ABSTRACT: *The evolution of the sanitary emergency has led the Italian Constitutional Court to rethink its procedural rules, which until that moment did not reckon on telematic procedures. By introducing the new “Norme integrative”, the Court has started a new procedural experience, replacing the old methods of filing deeds and documents with a computerized portal, called e-Cost, which allows them to be filed electronically. Among the merits of this reform it is noted, first of all, the speed and efficiency that this new mechanism is destined to bring, even if its practical and applicative implications, impacting on the whole legal system, will require the Court itself to reflect about the direction to take in the future.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il contesto della pandemia. – 3. Cenni alla telematizzazione del processo costituzionale prima dell'emergenza. – 4. La giurisprudenza costituzionale in tema di PEC – 5. Il processo costituzionale durante l'emergenza: uno sguardo d'insieme. – 6. Qualche osservazione sugli istituti telematici introdotti nel corso dell'emergenza. – 7. La disciplina del processo costituzionale telematico. – 7.1. I precedenti – 7.2. La piattaforma e-Cost. – 8. Considerazioni finali.

1. Premessa

Il presente contributo si propone di delineare il percorso che ha condotto la Corte costituzionale alla telematizzazione del proprio processo in forza della recente modifica delle Norme integrative, la quale ha previsto l'integrale sostituzione del deposito cartaceo degli atti con il deposito telematico. Tale risultato, come si vedrà meglio più avanti, non è stato frutto di una decisione estemporanea ma l'epilogo di una riflessione che la Corte aveva intrapreso già da tempo: nel 2017 l'allora Presidente Paolo Grossi, nella relazione annuale sull'attività della Corte¹, aveva auspicato l'introduzione di una procedura telematica anche per i giudizi di fronte al Giudice costituzionale, con l'obiettivo dichiarato di approfondire il massimo impegno nella messa in atto di misure che consentissero l'avvio del processo costituzionale telematico attraverso l'uso di sistemi informatici e mediante l'utilizzo della tecnologia dell'informazione e della comunicazione; inoltre, negli scorsi anni la Corte si era adoperata nell'ottica di introdurre una procedura telematica sottoscrivendo diverse convenzioni² e la dottrina, da parte sua, aveva iniziato ad avanzare l'ipotesi che bastasse il rinvio dinamico dell'art. 22 della legge n. 87/53 per ammettere all'interno del processo costituzionale la modalità di deposito degli atti con l'invio tramite PEC prevista nel processo amministrativo, sebbene fosse chiaro che l'inciso “in quanto applicabili”, inserito in tale disposizione, dimostrasse la necessità di una previa valutazione delle regole amministrative da parte della Corte costituzionale, una sorta di scrutinio di applicabilità³ che tuttavia tardava ad arrivare.

Solo l'esperienza della pandemia ha dato la spinta, o forse potremmo dire l'audacia, alla Corte per passare a una modalità di deposito certamente più efficiente e innovativa che farà dimenticare la necessità di recarsi fisicamente in cancelleria per depositare anche un solo atto. D'altra parte, una modifica delle Norme integrative volta alla telematizzazione del processo era fortemente auspicata, oltre che attesa da più parti, al fine di risolvere una volta per tutte le controversie relative alla



¹ V. la [Relazione annuale del 9 marzo 2017 sulla giurisprudenza costituzionale 2016](#).

² Tra queste, la Convenzione con l'Avvocatura dello stato, la Convenzione con la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Convenzione con il Consiglio Nazionale Forense del 15 dicembre del 2017; a partire dal 15 dicembre 2018, la Corte si era accordata con la giustizia amministrativa per l'avvio di un periodo sperimentale durante il quale le ordinanze di rimessione delle questioni di legittimità costituzionale sarebbero state trasmesse anche in modalità telematica da parte degli uffici amministrativi, fermo restando le ordinarie modalità di trasmissione, dunque integrando le norme esistenti senza sostituirle con nuove disposizioni; inoltre, la Corte da tempo aveva costituito un gruppo di lavoro composto da assistenti di studio, personale amministrativo, di cancelleria e informatico al fine di individuare le migliori modalità per attuare tale forma di processo.

³ R. GARGIULO, [Il processo costituzionale telematico: prospettive](#), in questa [Rivista 2020/II](#), 272 ss.

procedura più corretta da seguire in tema di deposito degli atti; una chiarezza in tal senso appariva più che mai urgente viste le vicissitudini della pandemia, che avevano obbligato i giudici costituzionali a fare i conti con l'impossibilità di rimanere ancorati alle tradizionali regole che individuavano nella presenza fisica e nell'utilizzo esclusivo della carta le uniche modalità ammissibili ai fini della celebrazione dei giudizi.

2. Il contesto della pandemia

A partire dalla “Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili”, adottata con Delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, tutti i settori della vita privata e pubblica sono stati investiti da cambiamenti repentini e inimmaginabili fino a poco tempo prima.

Come affermato dall'allora Presidente della Corte costituzionale Marta Cartabia⁴: “la piena attuazione della Costituzione richiede un impegno corale, con l'attiva, leale collaborazione di tutte le Istituzioni, compresi Parlamento, Governo, regioni, giudici. Questa cooperazione è anche la chiave per affrontare l'emergenza. La Costituzione, infatti, non contempla un diritto speciale per i tempi eccezionali, e ciò per una scelta consapevole, ma offre la bussola anche per “navigare per l'alto mare aperto” nei tempi di crisi, a cominciare proprio dalla leale collaborazione fra le istituzioni, che è la proiezione istituzionale della solidarietà tra i cittadini”.

Una simile consapevolezza ha sospinto la Corte ad apportare le modifiche processuali necessarie al fine di garantire la prosecuzione delle proprie attività durante l'emergenza senza farsi travolgere dalle necessità impellenti che la situazione epidemiologica richiedeva, non da ultimo la realizzazione del complesso bilanciamento tra il perseguimento dell'interesse della collettività e la garanzia dei diritti costituzionali fondamentali. L'obiettivo dichiarato è stato sin dall'inizio quello di garantire in ogni caso una piena tutela delle situazioni giuridiche soggettive, cercando di limitare il più possibile gli effetti negativi della pandemia sulla giustizia costituzionale, e sull'attività giudiziaria in generale, nel rispetto delle norme di distanziamento e consentendo, laddove possibile, ai giudici e ai funzionari di lavorare anche da casa.

Per inciso, sebbene dalla prospettiva dei profili processuali la Corte abbia risposto con reattività, adattando il proprio processo ai nuovi mezzi telematici, l'emergenza ha messo in luce, al contrario, una certa difficoltà nel farsi trovare ugualmente preparata nel rispondere in tempi rapidi alle richieste sostanziali di tutela dei diritti, poiché priva degli strumenti necessari per valutare dal punto di vista della legittimità costituzionale il complesso delle misure emergenziali adottate dal legislatore e dal Governo. A tal proposito, ha giocato un ruolo non irrilevante l'assenza di strumenti cautelari esperibili nei giudizi in via incidentale⁵, che, se esistenti, avrebbero certamente consentito ai giudici

⁴ V. [la relazione annuale del 28 aprile 2020 sulla giurisprudenza costituzionale 2019](#).

⁵ Il dibattito sul cautelare di fronte alla Corte è annoso; la legge n. 131 del 2003 ha modificato l'art. 35 della legge 87/53 prevedendo il rimedio della sospensione della legge impugnata nel giudizio di legittimità costituzionale in via principale, ai sensi degli articoli 31, 32 e 33, nei casi in cui l'esecuzione dell'atto impugnato o di parte di esso possa causare “il rischio di un irreparabile pregiudizio all'interesse pubblico o all'ordinamento giuridico della Repubblica ovvero il rischio di un pregiudizio grave ed irreparabile per i diritti dei cittadini”; tale strumento è stato esperito per la prima volta dalla Corte con ordinanza n. 4 del 2021, di sospensione della legge regionale della Valle d'Aosta n. 11 del 2020. A tal proposito, si veda A. CONZUTTI, *Un “vaccino processuale” per combattere il COVID-19? La prima “storica” pronuncia sospensiva*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 23 febbraio 2021, 266; R. DICKMANN, *Il potere della Corte costituzionale di sospendere in via cautelare l'efficacia delle leggi (Osservazioni a margine di Corte cost., ord. 14 gennaio 2021, n. 4)*, in [federalismi.it](#), 10 febbraio 2021, 122; E. LAMARQUE, *Sospensione cautelare di legge regionale da parte della Corte costituzionale*, in [Giustizia Insieme](#), 26 gennaio 2021; N. MINISCALCO, *Godot è arrivato: la Corte costituzionale, per la prima volta, sospende la legge*, in questa [Rivista 2021/I](#), 223; R. ROMBOLI, *Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima “politica” e quella “giurisdizionale”. Una tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa*, in [Rivista AIC](#), 18 settembre 2017, 4; A. VUOLO, *L'incidente di costituzionalità nella fase cautelare del processo amministrativo: nuovi orientamenti della Corte costituzionale*, in [federalismi.it](#), 10 dicembre 2014, 2 ss.; A. VUOLO, *Il potere cautelare della Corte costituzionale con specifico riguardo*

costituzionali di agire più celermente e di assumere un ruolo più considerevole nell'ambito della tutela dei diritti; inoltre, la mancanza di uno strumento quale quello del "ricorso diretto"⁶ non ha agevolato la capacità di far pervenire prontamente alla Corte le questioni ritenute dai cittadini più rilevanti e poter ottenere un giudizio costituzionale più capillare dei diritti fondamentali maggiormente sacrificati.

L'attività della Corte, infine, è stata limitata dall'utilizzo preponderante degli atti secondari che hanno portato alla creazione di un "microsistema" con baricentro situato proprio in tali fonti⁷; anche per tale ragione, fino al momento dell'[ordinanza di sospensione n. 4/2021](#)⁸, la Corte era rimasta ai margini di quella che possiamo definire una "tutela emergenziale dei diritti", non riuscendo ad assumere quel ruolo di protagonista che le dovrebbe competere⁹.

Tuttavia, le repentine modifiche a cui le regole processuali sono state sottoposte si sono poi rivelate un punto di partenza importante nell'ambito della riflessione intrapresa dai giudici costituzionali nella fase post-emergenza, quando questi si sono trovati a valutare i pregi e i difetti delle novità introdotte nell'ottica di individuare le migliori modalità per l'attuazione della riforma telematica del processo di cui stiamo trattando.

al giudizio in via principale: passato, presente e futuro, [ibid.](#), 7 aprile 2021, 309 ss.; A. VUOLO, *Il sindacato di legittimità sulle misure di contrasto alla pandemia*, in [Diritti Regionali](#), 20 giugno 2020, 90.

⁶ A tal proposito si ricorda che durante i lavori dell'Assemblea costituente il ricorso diretto era stato inizialmente inserito tra le vie di accesso alla Corte ma poi non previsto dalla legge costituzionale n. 1 del 1948. In tema di ricorso diretto, con visioni e da prospettive diverse, si veda L. BRUNETTI, *Prospettive e limiti del «ricorso diretto di costituzionalità», come via di accesso alla Corte costituzionale, per la tutela dei diritti fondamentali. Considerazioni preliminari ad uno studio*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 1° giugno 2017, 3, che riprende le parole utilizzate da E. Tosato di fronte all'Assemblea Costituente; R. BIN, *La Corte costituzionale può introdurre con una sentenza il ricorso diretto di costituzionalità delle leggi?*, in [laCostituzione.info](#), 13 gennaio 2017; R. BIN, *La Corte e la legge elettorale: «è difficile credere a un ritorno indietro?»*, [ibid.](#), 19 gennaio 2017; A. MANGIA, *L'azione di accertamento come surrogato del ricorso diretto*, [ibid.](#), 15 febbraio 2017; P. PASSAGLIA, *Contro il ricorso diretto individuale alla Corte costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2020; P. PASSAGLIA, *Sull'inopportunità di introdurre il ricorso diretto individuale: qualche riflessione (ed una provocazione)* e R. ROMBOLI, *Ampliamento dell'accesso alla Corte costituzionale e introduzione di un ricorso diretto a tutela dei diritti fondamentali*, entrambi in A. Anzon, P. Caretti, S. Grassi (a cura di), *Prospettive di accesso alla Corte costituzionale*, Firenze, 1999, 631 ss.; R. ROMBOLI, *I differenti livelli di protezione dei diritti: un invito a ripensare i modelli*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 1/2015.

⁷ A. CONZUTTI, *Un «vaccino processuale» per combattere il COVID-19? La prima «storica» pronuncia sospensiva*, cit., 266.

⁸ Con tale ordinanza la Corte interveniva nella controversia tra lo Stato e la Valle d'Aosta e risolveva la questione utilizzando l'argomento della competenza esclusiva dello Stato in tema di "profilassi internazionale", tentando così di disincentivare tutti i possibili tentativi futuri da parte di leggi regionali di intervenire nell'ambito dell'emergenza sanitaria al di fuori dei limiti delineati dalla legge statale; sebbene la Valle d'Aosta sia dotata di autonomia speciale, la Corte giudicava la legge valdostana invasiva sia rispetto alla sfera di competenza esclusiva dello stato in tema di profilassi internazionale sia riguardo alla "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali previsti all'art. 117, secondo comma, lettera m, della Costituzione, oltre che invasiva rispetto ai principi fondamentali in materia di tutela della salute, tali da imporsi anche all'autonomia speciale". Fino a quel momento la Corte aveva sempre adottato un atteggiamento di fortissimo *self restraint* nei confronti di un suo utilizzo, probabilmente a causa della diffidenza verso gli effetti che da esso ne sarebbero potuti derivare, ossia un'inibizione, seppur temporanea, dell'autonomia legislativa o più in generale una violazione del principio di separazione dei poteri: v. A. CONZUTTI, *Un «vaccino processuale» per combattere il COVID-19? La prima «storica» pronuncia sospensiva*, cit., 253 ss.

⁹ Al contrario, il giudice amministrativo si è dimostrato il vero protagonista della stagione emergenziale grazie agli strumenti propri del processo amministrativo che gli hanno consentito di intervenire in moltissime questioni, riuscendo a garantire in tempi rapidi la tutela dei diritti e sapendo meglio rispondere ai dubbi di legittimità avanzati verso questioni aventi a oggetto i diritti dei cittadini e la tutela della salute. La sua ottima resa è dipesa dalla celerità con cui i processi amministrativi sono stati svolti ma anche, e soprattutto, dal notevole utilizzo dello strumento cautelare monocratico, grazie al quale sono state sospese, in tempi brevissimi, tutte le misure dannose dei diritti fondamentali sottoposte al vaglio dei giudici.

3. Cenni alla telematizzazione del processo costituzionale prima dell'emergenza.

Prima di procedere a ulteriori considerazioni, si ritiene utile sottolineare che, in virtù del rinvio “dinamico”¹⁰ contenuto nel primo comma dell’art. 22 della legge n. 87/1953¹¹, la Corte, già prima dell'emergenza, non risultava del tutto avulsa da “contaminazioni” telematiche operanti in tal senso.

Inoltre, si evidenzia come già l’art. 5 delle [previgenti Norme integrative](#) consentisse alla cancelleria della Corte di eseguire le comunicazioni anche tramite l’invio per “posta elettronica” richiamando la normativa sui documenti informatici e teletrasmessi, ossia il Codice dell’Amministrazione Digitale contenuto nel d. lgs. n. 82/2005.

Infine, il richiamo alla via telematica era espressamente contenuto anche nella disciplina che detta le basi normative del processo amministrativo telematico, ragion per cui, tramite il rinvio dell’art. 22 della legge n. 87/53, rientrava nel procedimento di fronte alla Corte anche quanto stabilito dall’art. 13, comma 1, del D.P.C.M. n. 40/2016, secondo cui “le comunicazioni di Segreteria nei confronti di qualsiasi soggetto tenuto per legge a dotarsi di PEC sono effettuate esclusivamente con modalità telematiche, avvalendosi di funzionalità disponibili nel sistema informatico, agli indirizzi PEC individuali risultanti dai pubblici elenchi”.

I suddetti elementi, brevemente richiamati, consentono di affermare come già vi fossero all’interno del processo costituzionale spazi di intervento e di apertura verso i canali telematici; si trattava solo di acquisire una volontà condivisa di modernizzare il processo e avviare un’operazione di telematizzazione al pari di quanto già avvenuto per il processo amministrativo, civile e penale, seppur con modalità differenti tra loro.

4. La giurisprudenza costituzionale in tema di PEC.

Nel passaggio tra la fase pre e post pandemia la Corte si era espressa in almeno tre circostanze sull’utilizzo degli strumenti informatici, mostrando il proprio favore verso i benefici offerti in generale dalla tecnologia ma escludendo espressamente almeno in un’occasione la possibilità di ammettere lo strumento della PEC all’interno del processo costituzionale sulla base del mero rinvio contenuto nell’art. 22 della legge n. 87/53, salvo poi dichiarare in un secondo momento ammissibile l’utilizzo della PEC nell’ambito dei giudizi promossi in via principale con l’[ordinanza n. 243/2020](#).

In particolare, inizialmente la Corte era intervenuta con la [sentenza n. 79/2019](#) sulla regola del processo civile che all’art. 16-*septies* del d.l. n. 179/2012 sollevava un problema circa l’orario valido ai fini dell’avvenuta notifica tramite PEC poiché considerava perfezionata la notifica avvenuta dopo le ore 21 solo alle 7:00 del giorno successivo; i giudici costituzionali in quell’occasione avevano

¹⁰ Così qualificato dalla stessa Corte costituzionale nelle [sentt. n. 161 del 2012](#) e [n. 222 del 2013](#). Il rinvio dinamico si caratterizza per il fatto che, essendo l’oggetto del rinvio una “fonte”, inevitabilmente la fattispecie di cui si tratta risulterà mutevolmente disciplinata dalle norme che di volta in volta saranno dettate da tale fonte. Dunque, mutando le norme poste da quella fonte, muterà anche la disciplina della fattispecie in questione; cfr. per tutti A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano. *Disposizioni sulla legge in generale art. 1-9*, II edizione, Bologna-Roma, 2011.

¹¹ Laddove si prevede che nel procedimento davanti alla Corte costituzionale, salvo che per i giudizi sulle accuse di cui agli articoli 43 e seguenti, si osservano, in quanto applicabili, anche le norme del regolamento per la procedura innanzi al Consiglio di stato in sede giurisdizionale, da intendersi riferito a quelle del codice del processo amministrativo, approvato dall’art. 1 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104 (Attuazione dell’art. 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al Governo per il riordino del processo amministrativo) e nel cui ambito opera ormai dal 2017 il c.d. “processo amministrativo telematico”, regolato specificamente anche dall’Allegato 2 al citato d.lgs. n. 104 del 2010 e dal d.p.c.m. 16 febbraio 2016, n. 40 (Regolamento recante le regole tecnico-operative per l’attuazione del processo amministrativo telematico). Si tratta di previsioni cui viene dunque riconosciuto un ruolo meramente sussidiario, ossia integrativo rispetto alle misure previste specificamente per i giudizi costituzionali. Sulla base di questi presupposti è utile evidenziare come l’espressione “in quanto applicabili” abbia lo scopo di sottolineare la superiorità delle regole previste per la giustizia costituzionale, tali da risultare parametro di compatibilità per eventuali integrazioni e fondare una sorta di “giudizio di applicabilità”, basato sul confronto tra le strutture del processo amministrativo e costituzionale.

dichiarato incostituzionale la norma, affermando la necessità prevalente rispetto alla tutela del diritto al riposo del destinatario di non minare alla base le potenzialità che il sistema informatizzato offre e quindi di considerare di maggior rilievo il diritto del mittente di poter usufruire dei vantaggi della tecnologia, che consentono di esercitare a pieno il diritto di difesa tramite posta elettronica certificata.

Successivamente, con [sent. n. 200/2019](#) il giudice delle leggi aveva affrontato il tema della validità della notifica via PEC di un atto del processo costituzionale, affermando che la notifica a mezzo PEC prevista dal Codice del processo amministrativo, per quanto riguarda i ricorsi in via principale e i conflitti di attribuzione, allo stato degli atti non fosse applicabile al processo costituzionale né compatibile con esso, stante la “specialità” dei giudizi costituzionali; evidenziava come relativamente ai ricorsi principali e ai conflitti di attribuzione l’art. 18 delle Norme integrative prevedesse lo strumento della spedizione postale e dunque non potesse operare il rinvio dinamico posto dall’art. 22 della legge n. 87/53. In conclusione, affermava che poiché l’applicazione della disciplina riguardante il processo amministrativo non si estende automaticamente al processo costituzionale, stante la sua specialità, prima di poter applicare anche al processo costituzionale la notificazione tramite posta elettronica certificata avrebbe dovuto essere introdotta una disciplina organica riguardante il processo costituzionale telematico che partisse dall’analisi delle norme già esistenti e delle potenzialità innovative dei nuovi strumenti¹².

Da ultimo, nel periodo pandemico la Corte era tornata sulla questione della validità della notifica tramite PEC, quando nell’ottobre del 2020 aveva precisato con [ord. n. 243/2020](#) che quanto precedentemente affermato con propria [sent. n. 200/2019](#), circa l’incompatibilità del mezzo PEC con il processo costituzionale, valesse solo per tale vicenda particolare incentrata sulla tempestività della costituzione della parte resistente¹³; con la suddetta ordinanza la Corte si pronunciava nel senso di ammettere l’utilizzo di tale strumento nei giudizi in via principale, vista l’insussistenza di una disciplina specifica all’interno delle fonti costituzionali in tema di notifica dei ricorsi in via principale. Per tale ragione, aveva ritenuto operante il rinvio *ex art. 22* che rimanda alla procedura innanzi al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale e che all’art. 39, comma 2, dispone che «le notificazioni degli atti del processo amministrativo sono comunque disciplinate dal codice di procedura civile e dalle leggi speciali concernenti la notificazione degli atti giudiziari in materia civile», rinviando all’art. 55, comma 1, della legge n. 69/2009 che attribuisce all’Avvocatura generale dello Stato la possibilità di eseguire le notificazioni secondo quanto prevede la legge n. 53/1994, che all’art. 1 comma 1 prevede la possibilità di eseguire le notificazioni degli atti a mezzo PEC e all’art. 3-*bis* disciplina dettagliatamente le modalità con cui la notificazione a mezzo PEC può essere eseguita; alla luce di tale quadro normativo, e considerando che altre previsioni della legge n. 53/1994 erano già state ritenute applicabili ai giudizi costituzionali, la Corte aveva riconosciuto la possibilità che la notifica dei ricorsi introduttivi dei giudizi di legittimità costituzionale promossi in via principale fosse validamente effettuata mediante PEC.

5. Il processo costituzionale durante l'emergenza: uno sguardo d'insieme

La Corte costituzionale, come detto, ha dimostrato, fin dall’inizio dell’emergenza, una grande capacità di sapersi adattare alle nuove imposizioni sanitarie e contestualmente garantire lo svolgimento delle proprie attività, in un contesto di profonda incertezza in cui la precarietà era il frutto della diffusione rapidissima di una pandemia di cui ancora non si conoscevano né la portata né la possibile evoluzione¹⁴.

¹² R. GARGIULO, *Il processo costituzionale telematico: prospettive*, cit., 278 ss.

¹³ A tal proposito, si veda E. LEHNER, *Ordinanza 243 del 2020*, in [Nomos](#) 3-2020.

¹⁴ L’obiettivo dichiarato è stato quello di “fare proprio lo spirito dei provvedimenti assunti dal Governo” al fine di “contrastare l’emergenza epidemiologica da Covid-19 e contenere contemporaneamente gli effetti negativi sull’attività giudiziaria”; così può leggersi nel [comunicato del 9 marzo 2020](#) della stessa Corte. Per una prima visione d’insieme sui profili sostanziali e processuali della questione, v. P. COSTANZO e L. TRUCCO, *La giustizia costituzionale italiana si*

Il primo atto con cui il Collegio è intervenuto per modificare le regole del proprio processo è stata la deliberazione collegiale resa nota il 9 marzo 2020 con cui si stabiliva di rinviare all'estate sia le udienze pubbliche programmate per il mese di marzo sia la convocazione degli esperti già prevista per il 23 marzo 2020; al tempo stesso si disponeva la prosecuzione delle altre attività della Corte, tra cui la trattazione di tutte quelle cause che non richiedevano la discussione in udienza pubblica e l'approvazione delle motivazioni delle decisioni che erano già state adottate.

Con i successivi decreti¹⁵ si consentiva il deposito "di atti e memorie anche mediante invio in formato elettronico" tramite l'indirizzo di posta elettronica certificata della Cancelleria della Corte: un'innovazione processuale che tuttavia non comprendeva al suo interno gli atti introduttivi di nuovi giudizi per i quali rimanevano in vigore le ordinarie regole di notificazione, comunicazione e deposizione, probabilmente in ragione dell'elevata delicatezza che contraddistingue tali atti di promovimento¹⁶ e forse anche perché si riteneva inopportuno compiere modifiche radicali nel pieno dell'emergenza.

Pur essendo prevedibile, la scelta di non realizzare quella che avrebbe potuto essere stata la vera svolta, ossia la completa adesione al deposito telematico, e al contrario escludere gli atti introduttivi da tale primo "esperimento di telematizzazione"¹⁷ ha portato con sé un notevole stemperamento della portata e degli effetti delle novità introdotte, soprattutto in riferimento ai giudizi in via incidentale¹⁸, per i quali, a differenza dei giudizi in via principale e dei conflitti di attribuzione, non era ancora consentito neppure il ricorso al deposito con il servizio postale.

In ogni caso, sin dai primissimi decreti¹⁹ si lasciava comunque aperta la possibilità di valutare l'adozione delle disposizioni in tema di giustizia amministrativa contenute nell'art. 3 del decreto-legge n. 11/2020, purché compatibili con le regole processuali del giudizio, ai sensi dell'art. 22 della legge n. 87/1953, con la consapevolezza che l'inciso "in quanto applicabili" evidenziasse la superiorità delle regole previste per la giustizia costituzionale, tali da risultare parametro di compatibilità per eventuali integrazioni.

Col passare delle settimane il processo costituzionale diveniva sempre più informatizzato: si ammetteva la partecipazione da remoto dei giudici alle camere di consiglio, considerando i luoghi da cui si collegavano i giudici "camere di consiglio a tutti gli effetti di legge", e con le stesse modalità si prevedeva che si potessero svolgere tutte le riunioni che coinvolgevano i giudici e i funzionari della Corte, tra cui le adunanze per le deliberazioni amministrative, quelle dell'Ufficio di Presidenza, delle commissioni e dei gruppi di lavoro.

Inoltre, si disponeva il rinvio a nuovo ruolo della trattazione delle udienze pubbliche già fissate a meno che le parti non avessero richiesto il passaggio della questione in decisione direttamente in camera di consiglio, senza discussione orale e sulla base degli atti già depositati, con richiesta da trasmettere con modalità scritta o tramite PEC all'indirizzo della cancelleria della Corte; una scelta che risultava addirittura vantaggiosa in tutti quei casi in cui le parti e i difensori non avessero niente di nuovo da aggiungere rispetto a quanto già dichiarato negli atti scritti e al contrario limitante, dunque non adottata, laddove risultasse importante ai fini della decisione presentarsi di fronte al Giudici

vaccina contro l'infezione da Covid-19, in AA.VV., *Il costituzionalismo multilivello nel terzo millennio: scritti in onore di Paola Bilancia*, in [federalismi.it](https://www.federalismi.it), 4/2022, Focus del 2 febbraio 2022.

¹⁵ A tal proposito, si vedano i decreti presidenziali della Corte costituzionale del [12 marzo 2020](#), del [24 marzo 2020](#) e del [20 aprile 2020](#).

¹⁶ Cfr. P. COSTANZO, [Con l'emergenza, decolla la Corte 2.0](#), in questa [Rivista 2020/I](#), 158; M. TROISI, *Il processo innanzi alla Corte costituzionale in tempo di emergenza epidemiologica: specificità e omologazione delle modalità telematiche*, in [federalismi.it](https://www.federalismi.it), 10 giugno 2020, 350.

¹⁷ L. MADAU, *La magistratura e la Corte costituzionale di fronte all'emergenza sanitaria*, in B. Brancati, A. Lo Calzo e R. Romboli (a cura di), *Coronavirus e Costituzione. Una integrazione al manuale di diritto costituzionale*, Pisa, 2020, 173s.

¹⁸ F. DAL CANTO, *Il sistema giustizia alla prova dell'emergenza pandemica, tra forme e sostanza*, in [Rivista AIC](#), 8 aprile 2021, 126.

¹⁹ In particolare, ancora i decreti presidenziali della Corte costituzionale del [12 marzo 2020](#), del [24 marzo 2020](#) e del [20 aprile 2020](#).

costituzionale per fornire delucidazioni o precisazioni sul tema oggetto della causa e circa le tesi asserite.

Nonostante le restrizioni, si manteneva la possibilità di celebrare l'udienza pubblica in tutti quei casi in cui il Presidente della Corte, sentito il collegio, ravvisasse un'eccezionale gravità e urgenza tale da richiedere la trattazione immediata senza alcun rinvio, con modalità che sarebbero state precisate per l'occasione al fine di consentire l'accesso al pubblico e la trattazione in sicurezza²⁰.

Infine, a partire dal 20 aprile 2020 si prevedeva la possibilità per le parti di far richiesta di discussione orale tramite lo strumento dell'udienza in videocollegamento considerando il luogo da cui si collegavano "aula di udienza a tutti gli effetti di legge"²¹ e nella primavera del 2021 si introduceva la diretta *streaming* "di una o più cause" visibile sul sito internet della Corte.

6. *Qualche osservazione sugli istituti telematici introdotti nel corso dell'emergenza.*

In seguito allo scoppio della pandemia, la Corte si è dotata, al pari di quanto fatto anche dagli altri processi, di strumenti telematici finalizzati a limitare il più possibile i danni che la crisi sanitaria già stava portando con sé e impedire quel blocco generalizzato della giustizia tanto temuto da più parti.

Il canale telematico si è così rivelato un mezzo capace di realizzare in tutti i contesti processuali ciò che nel periodo del *lockdown* appariva impensabile: l'incontro, seppur virtuale, tra difensori, parti e giudici; una via d'uscita per il sistema giustizia, capace di impedire che i processi si bloccassero o rimanessero ancorati a rigide regole pensate per una situazione di normalità totalmente estranea alla realtà della pandemia e che dunque richiedevano di essere, perlomeno temporaneamente, innovate.

Come anticipato, il primo istituto telematico introdotto consisteva nella possibilità di depositare gli atti e i documenti anche tramite indirizzo PEC della Cancelleria della Corte, con la già citata esclusione degli atti di promovimento dei giudizi; una scelta rivoluzionaria questa, peraltro già sperimentata in altre procedure del panorama processuale italiano, che tuttavia non aveva trovato conferma nella fase post-emergenza quando la Corte, dovendo decidere come modificare le proprie regole di deposito degli atti, aveva optato, come si vedrà meglio più avanti, per una piattaforma che consentisse direttamente un *upload* dei documenti.

Successivamente era stata istituita la camera di consiglio da remoto, una misura idonea a bilanciare i diversi interessi in gioco, sia quelli processuali sia quelli volti a limitare il contagio, sfruttando tutti gli strumenti capaci di garantire il principio di collegialità, di segretezza e di riservatezza²². Tale novità, sebbene accolta con favore durante l'emergenza vista l'impossibilità di procedere altrimenti, aveva sin da subito allarmato chi temeva che sarebbe stata mantenuta anche in futuro e chi già sosteneva che nella fase post-emergenza gli svantaggi avrebbero superato i vantaggi per il timore che l'assenza di contatto diretto tra i giudici alla lunga avrebbe potuto inibire il dialogo e la discussione sulle questioni da decidere. La percezione più diffusa andava nella direzione di ritenere che dopo la pandemia le camere di consiglio da remoto sarebbero state destinate a un abbandono pressoché definitivo e ammesse, al massimo, come eccezione in tutte quelle situazioni in cui l'alternativa sarebbe stata il rinvio; in sostanza, venivano già considerate uno strumento da utilizzare al più in via sussidiaria ma certamente non sostitutiva rispetto alle normali regole. Effettivamente, con la fine dell'emergenza la Corte ha optato per il ritorno alle camere di consiglio in presenza, tradizionalmente

²⁰ Lo sforzo di ammettere eccezionalmente il ricorso all'udienza pubblica in presenza era animato dalla volontà comune di non bloccare i lavori della Corte e di preservarne quella funzionalità che, proprio in un periodo così delicato, poteva servire più che mai; invero, l'incertezza del momento non consentiva di escludere a priori la necessità di trattare tramite udienza pubblica e con le regole "tradizionali" eventuali casi di rilevanza nazionale dovuto all'emergenza e che certamente avrebbero richiesto una rapida risoluzione.

²¹ Con [decreto del Presidente Morelli del 30 ottobre 2020](#) si ampliava tale opportunità ammettendo che gli avvocati potessero partecipare da remoto all'udienza pubblica anche a prescindere da motivi di salute o sanitari dovuti al Covid-19.

²² M. TROISI, *Il processo innanzi alla Corte costituzionale in tempo di emergenza epidemiologica: specificità e omologazione delle modalità telematiche*, cit., 351.

considerate un contesto poco sacrificabile e ritenute meritevoli di tutte le migliori garanzie del caso, anche in ragione del forte valore simbolico che queste portano con sé, essendo quel momento in cui i giudici si riuniscono per affrontare questioni di rilievo nazionale.

Infine, con l'emergenza era stata introdotta l'udienza da remoto, prevista per la prima volta dal [decreto presidenziale del 20 aprile 2020](#)²³; un'assoluta novità che aveva generato speranza in coloro che da tempo auspicavano la creazione di una disciplina per un processo telematico anche di fronte alla Corte costituzionale, in linea con le forme di partecipazione da remoto esistenti già nelle altre giurisdizioni. Al diffuso entusiasmo per tale innovazione aveva fatto seguito la delusione per l'assenza di previsioni che consentissero al pubblico di partecipare da remoto e che costringeva la Corte a utilizzare uno strumento non proprio, ossia quello della pubblicità mediata che garantiva la pubblicità del contenuto delle udienze tramite la verbalizzazione fatta dal cancelliere e la pubblicazione delle registrazioni sul sito internet della Corte; sebbene spunti per consentire la partecipazione del pubblico alle udienze telematiche della Corte fossero in realtà rinvenibili nel panorama internazionale, come nel caso della Corte Suprema USA²⁴, solo in un secondo momento i giudici costituzionali avevano ammesso la diretta *streaming* per non sacrificare la possibilità del pubblico di assistere alle udienze.

Nemmeno le udienze da remoto sono state mantenute nelle nuove regole procedurali; tra le ragioni vi è certamente il fatto che l'emergenza, benché avesse dato prova delle potenzialità degli strumenti tecnologici e della loro capacità di rispondere alle esigenze di celerità e certezza richieste dal processo, aveva accresciuto la diffidenza di chi era solito operare affidandosi alla carta e all'analisi dei comportamenti e delle emozioni delle parti che soltanto la presenza fisica in aula consente di approfondire. Con la fine dell'emergenza, la partecipazione personale alle udienze, considerata essenziale all'esercizio del diritto di difesa, non ha ceduto il passo neppure alla previsione di apposite eccezioni che avrebbero potuto ammettere la partecipazione da remoto delle parti in caso di impedimento o come alternativa al rinvio.

7. La disciplina del processo costituzionale telematico

Già dalla citata pronuncia n. 243/ 2020 della Corte costituzionale si intuiva che in un contesto di ritrovata normalità si sarebbe seriamente affrontata la questione del “processo costituzionale telematico”²⁵, essendo ormai evidente come l'emergenza pandemica avesse nuovamente posto tra le priorità del dibattito tale questione e ne avesse accelerato la riflessione generale che, date le vicissitudini più recenti, non poteva più essere rimandata. D'altra parte, la propensione all'utilizzo degli strumenti informatici da parte della Corte era emersa anche dalle parole del Presidente Giancarlo Coraggio che, parlando del periodo emergenziale, aveva sottolineato come “l'ampio ed efficace utilizzo dei sistemi informatici ha consentito la ininterrotta prosecuzione delle udienze e delle camere di consiglio, con la partecipazione da remoto sia dei giudici che delle parti. Un salto di qualità imposto dall'emergenza che ci ha sollecitato a portare avanti con determinazione l'introduzione del processo telematico, nonché a utilizzare in larga misura strumenti di comunicazione vecchi e nuovi” e che

²³ Il collegamento da remoto per quanto riguarda il processo civile era già stato ammesso dal legislatore con l'art. 2, comma 2 lettera f), del d.l. 11/2020, poi successivamente riconfermato con l'art. 83, comma 7, lettera f), del d.l. 18/2020; nel processo penale la stessa misura era stata inserita a partire dall'art. 12 *bis* dell'art. 83 del d.l. 18/2020, introdotto con legge di conversione n. 27 del 2020 del d.l. 18/2020; all'interno del processo amministrativo, invece, in un primo momento il collegamento da remoto era stato inserito con l'art. 3 comma 4 del d.l. 11/2020, poi eliminato dall'art. 84 del d.l. 18/2020 e infine reintrodotta grazie all'art. 4 del d.l. 28/2020; nel processo costituzionale, come già detto, l'uso del videocollegamento veniva autorizzato dalla Presidente della Corte con [decreto del 20 aprile 2020](#), adottato su conforme deliberazione del collegio.

²⁴ La quale aveva consentito la presenza del pubblico alle udienze tramite una diretta *streaming* a cui poteva accedere un gran numero di persone, si veda P. MAGARO', [La Corte Suprema degli Stati Uniti d'America all'epoca del Covid-19 \(uno sguardo d'insieme\)](#), in questa [Rivista 2020/I](#), 253.

²⁵ F. DAL CANTO, *Il sistema giustizia alla prova dell'emergenza pandemica, tra forme e sostanza*, cit., 129 ss.

“grazie alla piena operatività della Corte, non solo il numero di decisioni è stato sostanzialmente analogo a quello dell’anno precedente ... ma si sono anche ridotti tempi di conclusione dei giudizi”²⁶.

7.1 I precedenti.

La predetta riflessione andava, del resto, a collocarsi in un processo di modernizzazione già avviato attraverso la “strada tecnologica”, intrapresa dalla Corte allo scopo di creare strumenti utili a veicolare i propri messaggi al maggior numero di persone possibile, a ridurre la distanza nel suo rapporto con i cittadini e all’apertura del giudizio costituzionale alla società civile. Un esempio concreto di tale volontà era stata la creazione, a partire dal 2 giugno 2020, della “Libreria dei Podcast della Corte costituzionale”, di una App propria della Corte e della gestione da parte dell’Ufficio stampa delle pagine social.

Tali strumenti, seppur apparentemente lontani rispetto al tema di cui stiamo trattando, appaiono oggi più che mai capaci di mostrare ancora una volta il favore che la Corte già da qualche tempo riservasse alla tecnologia e di come, sebbene la sua introduzione all’interno del processo costituzionale non fosse semplice come creare un Podcast o un comunicato stampa, la telematizzazione del processo fosse ormai sempre più vicina.

7.2 La piattaforma e-Cost

Per la seconda volta nella sua storia la Corte costituzionale, con [delibera del 22 luglio 2021](#), ha realizzato quello che ha definito “un passaggio storico”, sostituendo le precedenti Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, frutto della modifica avvenuta nel 2008²⁷, con un nuovo testo che prevede lo svolgimento dei giudizi di fronte alla Corte con modalità telematiche e il conseguente abbandono del sistema cartaceo in favore di quello del deposito telematico degli atti; successivamente, con [decreto del Presidente del 28 ottobre 2021 e con il relativo allegato A](#) sono state disciplinate le regole tecniche per l’attuazione del suddetto processo costituzionale telematico.

Fino all’introduzione delle nuove Norme integrative, pubblicate in *Gazzetta Ufficiale* il 3 novembre 2021 ed entrate in vigore il 3 dicembre successivo, il processo costituzionale veniva generalmente inquadrato all’interno della categoria dei “processi analogici”; soltanto oggi, grazie alla rivoluzione digitale che sta muovendo i primi passi in questi mesi, è possibile collocarlo a tutti gli effetti nell’alveo dei processi telematici.

La novità del “nuovo” processo costituzionale consiste in un portale denominato *e-Cost*, a cui si accede tramite le credenziali di accesso rilasciate al termine della “profilazione” o tramite SPID, che consente mediante un sistema di *upload* di caricare, depositare e scambiare atti e documenti digitali, a seconda della funzione processuale di ciascun utente; il deposito degli atti è perfezionato successivamente alle verifiche della cancelleria che in caso di anomalie effettua segnalazioni all’utente tramite la stessa piattaforma²⁸.

Ai fini del computo dei termini, la data di deposito corrisponde alla data di inserimento nel sistema, e non alla data di verifica da parte della cancelleria, e il termine è rispettato se l’atto è inserito nel sistema entro le ore 24 del giorno di scadenza; il risultato della verifica viene notificato all’utente tramite comunicazione via posta elettronica generata automaticamente dal sistema che dà comunicazione alle parti costituite dell’avvenuto perfezionamento del deposito degli atti, rendendoli

²⁶ V. la [Relazione annuale del 13 maggio 2021 sull’attività della Corte costituzionale 2020](#), 4 ss.

²⁷ Si veda E. LAMARQUE, *Le nuove norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, in *Dir. soc.*, 1/2009, 113 ss.; U. ADAMO, *Le nuove “norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale”: la via principale*, in *Rivista AIC*, 4/2011.

²⁸ Per cui v. utilmente la *Guida all’utilizzo del Sistema Informatico per il Processo Telematico (e-Cost.) della Corte costituzionale vers. 1.0*, in P. Costanzo (cur.), *Codice di giustizia costituzionale*, 13a ed., Torino, 2022, 438 ss.

disponibili per tutti a decorrere da tale momento. Inoltre, la nuova piattaforma rileva se l'inserimento dell'atto è da considerarsi fuori termine; in tal caso l'utente ha come unica via la possibilità di trasmettere comunque l'atto alla cancelleria e attendere la valutazione finale della Corte circa l'ammissibilità dello stesso. Infine, per quanto riguarda la cancelleria si prevede che questa trasmetta le proprie informazioni inviando PEC ai difensori agli indirizzi indicati negli atti di costituzione e intervento, nonché nelle memorie o negli altri atti.

Analizzate brevemente le principali regole tecniche, si osserva da ultimo come la Corte, che ha optato per un sistema simile a quello già previsto in ambito europeo denominato “*e-Curia*”²⁹, sia arrivata per ultima a introdurre tali modalità telematiche per il deposito degli atti; infatti, nel momento in cui acconsentiva alle prime aperture in tal senso, entrava inevitabilmente a far parte di quel percorso di telematizzazione dei processi già avviata da più parti: la giustizia civile dal 30 giugno 2014 aveva reso obbligatorio il deposito telematico degli atti processuali e lo stesso aveva fatto la giustizia amministrativa a partire dal 1° gennaio 2017; il processo penale, a partire dalla fine del 2020, si era dotato di un portale per il deposito telematico degli atti e dal 31 marzo 2021 era stata prevista, in via facoltativa, la possibilità di depositare telematicamente gli atti e i documenti dei procedimenti civili presso la Suprema Corte.

8. Osservazioni finali.

Volendo conclusivamente effettuare alcune considerazioni circa i vantaggi e gli svantaggi della riforma telematica appena descritta, non si possono ignorare i molteplici rischi connessi all'uso dell'informatica, primo tra tutti quello di violazione della *privacy*. A tal proposito, il Garante della *privacy*, in una nota del 17 aprile 2020, ha segnalato al Ministro della Giustizia che la piattaforma *Teams* usata da molti nel periodo pandemico, compreso il settore giustizia, sebbene valutata quale mezzo idoneo dal Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati, appartiene a un'impresa “stabilita negli Usa e, come tale, soggetta tra l'altro all'applicazione delle norme del *Cloud Act*, che com'è noto attribuisce alle autorità statunitensi di contrasto un ampio potere acquisitivo di dati e informazioni”³⁰.

Altro rischio da non sottovalutare è quello che attiene alla manipolazione delle persone che partecipano ai processi a distanza: il timore più diffuso è che non si riesca davvero a garantire la piena libertà di partecipazione all'udienza; peraltro, tali rischi appaiono di non poco conto se si considera l'estrema delicatezza che determinati processi assumono. Al contempo, vi è da considerare che, come è stato detto, la tecnologia “consente di aumentare la competitività del sistema economico e sociale” ed è “fattore di democraticità perché riduce i costi e, quindi, facilita l'accesso alla giustizia”³¹; per tali ragioni e alla luce di tutte le considerazioni fin qui esposte, si ritiene che tra i meriti del sistema telematico sia sicuramente da annoverare una maggiore efficienza nelle procedure, una velocizzazione dei tempi e una diminuzione generale dei costi, sia per le parti sia per i tribunali. Le novità introdotte, inoltre, se rappresentano senza dubbio un importante passo nella direzione di una

²⁹ Consiste in un'applicazione della Corte di giustizia dell'Unione Europea che consente ai rappresentanti delle parti nelle cause promosse dinanzi alla Corte di giustizia e al Tribunale, così come ai giudici nazionali nell'ambito di una domanda di pronuncia pregiudiziale presentata alla Corte di giustizia, di scambiare gli atti di procedura con la cancelleria in via esclusivamente elettronica; il sistema consente un *upload* certificato dei documenti dopo aver richiesto, ai fini dell'identificazione degli utenti e della certezza riguardo alla data di trasmissione degli atti, il nome utente e la password personale agli ammessi al sistema; si veda R. GARGIULO, *Il processo costituzionale telematico: prospettive*, cit., 280 ss.

³⁰ Sul tema, si veda M. ORLANDO, in *La giustizia da remoto: adelante ... con juicio. Seconda parte*, realizzata da F. De Stefano, in *Giustizia Insieme*, 2 maggio 2020, 10 ss., secondo cui anche se il nostro sistema giustizia si affidasse a una piattaforma propria, questa si dovrebbe comunque avvalere di un'impresa privata per crearla e mantenerla, senza fossero risolti i problemi di *privacy* posti dall'utilizzo di *Teams*, che continuerebbero a sussistere in quanto l'impresa privata verrebbe inevitabilmente in possesso di dati sensibili. Alla luce di ciò, una soluzione potrebbe essere quella di usare sempre e in tutti i casi il servizio di videoconferenza disciplinato all'art. 146-*bis* disp. att. c.p.p. che già stato valutato idoneo ed efficace in casi delicati come quelli di associazione mafiosa.

³¹ M. ORLANDO, in *La giustizia da remoto*, cit., 8.

rivoluzione tecnologica del processo, portano inevitabilmente a considerare che si possa fare ancora molto in tema di interoperabilità, intesa quale capacità di due o più sistemi di connettersi tra loro e di dialogare automaticamente, scambiando informazioni e condividendo risorse, e che l'art. 1, comma 1, lett. dd), del d.lgs. n. 82/2005 definisce come la "caratteristica di un sistema informativo, le cui interfacce sono pubbliche e aperte, di interagire in maniera automatica con altri sistemi informativi per lo scambio di informazioni e l'erogazione di servizi".

Nella costruzione di un processo costituzionale telematico tale aspetto di interoperabilità, la cui massima espressione consiste nella possibilità di accedere alle banche dati altrui in via automatica³², non dovrebbe certamente mancare, vista la vocazione della Corte al dialogo con un vasto numero di interlocutori che, a maggior ragione, dovrebbe essere favorito nel modo più agevole possibile.

Tuttavia, il raggiungimento di tale obiettivo non appare di immediata realizzazione dal momento che gli interlocutori "giurisdizionali" della Corte non risultano affatto omologati sotto l'aspetto procedurale ma, al contrario, piuttosto variegati: il processo di fronte al giudice di pace non contiene ancora alcuna menzione in riferimento a strumenti informatizzati, il processo penale, nonostante abbia mosso i primi passi in tale direzione, risulta ancora alquanto indietro, mentre sia il processo amministrativo, che civile che tributario hanno già fatto, e continuano a fare, passi importanti nella direzione della telematizzazione.

Quello che si attende è una riforma ancora più incisiva, capace di collegare i sistemi informatici di tutta la giustizia e che consentirebbe ai giudici costituzionali di accedere direttamente al fascicolo informatico del procedimento relativo alla questione di legittimità costituzionale e poter verificare contestualmente sia la qualità di avvocato cassazionista del difensore della parte, tramite una banca dati aggiornata, sia il relativo indirizzo di posta elettronica certificato³³; il tutto, se ben formulato, porterebbe ad ulteriori vantaggi in termini di velocità ed efficienza, ma per funzionare davvero necessiterebbe altrettanta informatizzazione, il più omogenea possibile, da parte degli altri processi e dei sistemi con cui la Corte si interfaccia.

L'aver incardinato il proprio processo all'interno di una procedura telematica, con contestuale e totale abbandono del modello cartaceo, rappresenta effettivamente una "rivoluzione" per la Corte costituzionale poiché gli effetti favorevoli che deriveranno da tale riforma digitale avranno senza dubbio un impatto su tutto l'ordinamento nel suo insieme e consentiranno alla Corte di mostrarsi al passo con i tempi, oltre che significativamente più efficiente nella gestione delle questioni da trattare; tuttavia, non sarebbe corretto considerare tale innovazione come un punto di arrivo: la celerità con cui la tecnologia avanza giorno dopo giorno porterà senza dubbio la Corte a porsi ancora il problema del se e fino a che punto i mezzi tecnologici dovranno essere considerati indispensabili per lo svolgimento del processo costituzionale.

Difficile prevedere quali decisioni verranno prese in merito vista la velocità con cui possono cambiare sia i presupposti che le circostanze; certamente, come ha affermato il Presidente del Consiglio di Stato nella sua Relazione annuale per il 2020, "la pandemia ha catapultato anche i giudici nell'era della tecnologia e dobbiamo saperci stare: il processo telematico si è dimostrato un potente e flessibile strumento gestionale, funzionale sia alle esigenze di lavoro a distanza, sia al miglior andamento delle udienze. Esso merita un maggiore investimento in termini di attenzione e di risorse in modo da sfruttarne appieno le potenzialità, al contempo cogliendo le opportunità che la repentina evoluzione tecnologica offre anche sul versante della cd. intelligenza artificiale e della ricerca statistica, ambiti nei quali la giustizia amministrativa può assumere un ruolo pilota". La rivoluzione digitale che sta muovendo i primi passi proprio in questi mesi si posiziona solo all'inizio di quel percorso che porterà l'intero ordinamento a riflettere, ancora una volta, sull'efficienza dei propri strumenti, con la possibilità di ripensarli alla luce di consapevolezze nuove e capaci di dimostrare quanto la tecnologia non possa che essere un supporto e un valore aggiunto alla tradizione.

³²V. C.M. ARPAIA, P. FERRO, W. GIUZIO, G. IVALDI, D. MONACELLI, *L'E-Government in Italia: situazione attuale, problemi e prospettive*, Banca d'Italia, Roma, 2016, 27.

³³R. GARGIULO, *Il processo costituzionale telematico: prospettive*, cit., 283.

Armando Lamberti
**Libertà di informazione e democrazia ai tempi della società digitale:
problemi e prospettive***

ABSTRACT: *The Internet, with its promises of unprecedented democratic openness to a public debate that is finally equal, thanks to the possibility for each citizen-user to be able to share their ideas with a potentially planetary community without having to have enormous economic capacities, unfortunately seems to have betrayed the expectations. Search engines and social networks with global reach have ended up holding a quasi-monopolistic position in their respective markets and have significantly changed the context in which fundamental activities for our democracies take place, such as those related to the expression of thought of individuals and freedom. of information.*

The search for remedies, but for the moment still mild, is underway: it is in fact necessary to realize that we are in the presence of an epochal challenge for the law, and in particular for constitutional law, which must be faced and overcome, in the name of a vision which reaffirms the centrality of the human person in the face of the logic of profit of the new protagonists of technological capitalism.

SOMMARIO: 1. Internet come sfida per la democrazia costituzionale tra nuovi diritti e poteri privati. – 1.1 (*segue*) Il diritto di accesso ad Internet e il problema del digital divide. – 1.2 (*segue*) Le “ombre” del capitalismo della sorveglianza e la pervasività delle *fake news* tra pandemia e guerra. – 1.3 (*segue*) L’illusione della *e-democracy*. – 2. Poteri delle piattaforme *online* e diritto costituzionale: problemi e prospettive. – 3. Oltre l’auto-regolamentazione: vecchi e nuovi tentativi di regolamentazione in un sistema multilivello. – 4. Le proposte di DSA e DMA. – 5. Conclusioni.

1. *Internet come sfida per la democrazia costituzionale tra nuovi diritti e poteri privati*

Il nuovo ambiente digitale, se rappresenta un’indiscutibile occasione di potenziamento delle libertà dei singoli, prima fra tutte quella di espressione, pone altresì nuove sfide per la tutela dei diritti fondamentali dei cittadini e per la stessa tenuta dei nostri sistemi democratici¹.

Al riguardo, basterebbe richiamare l’allarme lanciato dal Consiglio d’Europa in base al quale «il livello minuto, subconscio e personalizzato di persuasione algoritmica può avere effetti significativi sull’autonomia cognitiva degli individui e sul loro diritto di formarsi opinioni e prendere decisioni indipendenti» e può condurre alla «corrosione delle fondamenta del Consiglio d’Europa. I cui pilastri centrali rappresentati dai diritti umani, dalla democrazia e dallo Stato di diritto sono basati sul fondamentale convincimento dell’uguaglianza e della dignità di tutti gli esseri umani come agenti morali indipendenti»².

Del resto, già Aristotele sottolineava come la condizione democratica potesse «prosperare unicamente in un contesto sociale ispirato alla libertà»³ ed è opinione generalmente condivisa che la



¹ Sull’approccio della dottrina italiana alle questioni aperte dalla nuova società digitale, cfr. M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali e nuove tecnologie: una mappa del dibattito italiano*, in [Revista estudios institucionais. Journal of institutional studies](#), 2/2020, 395-430.

² V. la [Declaration by the Committee of Ministers on the manipulative capabilities of algorithmic processes](#), al punto 9; per cui: «*Fine grained, sub-conscious and personalized levels of algorithmic persuasion may have significant effects on the cognitive autonomy of individuals and their right to form opinions and take independent decisions. These effects remain underexplored but cannot be underestimated. Not only may they weaken the exercise and enjoyment of individual human rights, but they may lead to the corrosion of the very foundation of Council of Europe. Its central pillars of human rights, democracy and the rule of law are grounded on the fundamental belief in the equality and dignity of all humans as independent moral agents.*».

³ Così P.E. ROZO SORDINI, *La libertà di espressione nell’era digitale: disciplina internazionale e problematiche*, [working paper ISPI n. 52/2013](#), 2, a proposito di ARISTOTELE, *Politica*.

tenuta democratica di un sistema dipenda dall'effettivo livello di riconoscimento, garanzia e fruizione dei diritti riconosciuti alla persona umana.

Tra questi diritti, la libertà riconosciuta a tutti di manifestare il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione viene tradizionalmente qualificata come la “pietra angolare” del sistema democratico, come ebbe a dire, d'altronde, la stessa Corte costituzionale nella storica sentenza n. 84 del 1969⁴.

La libertà di manifestazione del pensiero, allora, costituisce “una di quelle condizioni che meglio caratterizzano il regime vigente nello Stato, condizione com'è del modo di essere e dello sviluppo della vita del Paese in ogni suo aspetto culturale, politico e sociale” ([Corte cost., sent. n. 9/1965](#)), in quanto «diritto coesistente al regime di libertà garantito dalla Costituzione» ([Corte cost., sent. n. 11/1968](#)).

Tuttavia, l'esercizio di tale libertà richiede la sussistenza di pre-condizioni essenziali che possono derivare unicamente dal riconoscimento dell'informazione, la cui «distribuzione si colloca all'interno del concetto di “Trasparenza della Gestione Pubblica”»⁵ che, per la sua realizzazione, richiede non solo la messa a disposizione delle informazioni a vantaggio dei cittadini, ma anche la concreta predisposizione di strumenti atti a garantire l'effettiva circolazione e il libero accesso da parte degli utenti al vasto sistema informativo⁶.

Lo sviluppo del costituzionalismo moderno dallo Stato liberale allo Stato di democrazia pluralista del Secondo Dopoguerra è dunque segnato dal graduale passaggio dal riconoscimento in termini “negativi” della libertà di espressione (si pensi all'articolo 11 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino, al Primo Emendamento della Costituzione Americana ed all'articolo 28 dello Statuto Albertino) – che affonda le proprie radici nel pensiero illuminista settecentesco e nel Seicento inglese, sin dall'Areopagitica di John Milton (1644) – alle formulazioni “positive” delle norme costituzionali del Secondo Dopoguerra, sullo sfondo dell'idea – richiamando le note suggestioni bobbiane – di una democrazia compiuta intesa come “governo del potere pubblico in pubblico”, nonché alla luce del principio di eguaglianza sostanziale (che, com'è noto, nel nostro ordinamento trova il suo pieno riconoscimento nel secondo comma dell'art. 3 della nostra Costituzione).

Per di più, mentre l'articolo 28 dello Statuto Albertino enunciava il riconoscimento e la tutela della libertà di stampa, riferendosi – dunque – ad un mezzo specifico di manifestazione del pensiero, l'articolo 21 della vigente Costituzione spicca per la sua formulazione “aperta”, estendendo la tutela ad “ogni altro mezzo di diffusione”.

Una “clausola aperta”, quindi, che rappresenta un “pregio indiscutibile”⁷ della norma costituzionale in oggetto, la cui flessibilità ha consentito alla Corte costituzionale di individuare via via nuove fattispecie di tutela.

Corollario della libertà di manifestazione del pensiero è la libertà di informazione (come la Consulta ha avuto modo di enunciare più volte, già a partire dalla [sent. n. 105/1972](#)), rispetto alla quale, pertanto, si può a ragione asserire che costituisca uno dei principali cardini per la tenuta democratica di un Paese, o, se si preferisce, la condizione essenziale per l'attuazione dell'essenza propria dello Stato democratico.

⁴ Su questi temi, v., *amplius*, volendo, A. LAMBERTI, *Libertà di informazione e democrazia. Approccio multilevel e questioni attuali*, in A. Di Stasi, L. S. Rossi (curr.), *Lo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia a vent'anni dal Consiglio europeo di Tampere*, Napoli, 2020, 139-188; ID. *Libertà di informazione e democrazia. Profili di tutela multilivello*, Salerno, 2016; ID., *Informazione, democrazia e rappresentanza nell'era di Internet*, in Id. (a cura di), *“Democrazia e diritti fondamentali”*. Atti del Convegno Internazionale di Studi, Salerno-Cava de' Tirreni, 5-7 dicembre 2019, Editoriale Scientifica, Napoli (in corso di pubblicazione).

⁵ Così P.E. ROZO SORDINI, *La libertà di espressione nell'era digitale: disciplina internazionale e problematiche*, cit., 2.

⁶ *Op. et loc. ult. cit.*

⁷ Così E. CHELLI, *La libertà di informazione e pluralismo informativo negli indirizzi della giurisprudenza costituzionale*, Roma, 2007, 7.

Come ha riconosciuto l'ormai consolidata giurisprudenza costituzionale in materia, non si può non cogliere la «coessenzialità (...) tra la libertà di espressione usata a fini informativi e la forma di Stato democratico»⁸.

Considerazioni, queste, che assumono oggi un'ulteriore importanza, proprio alla luce del fatto che la cosiddetta “società dell'informazione” si trova ormai di fronte all'utilizzo di uno strumento – Internet – che, nella sua vastità, apertura, decentralizzazione e diffusione, difetta – allo stato – di una compiuta e lineare regolamentazione.

Ora, proprio per garantire quella “coessenzialità” di cui supra, potrebbe non risultare più bastevole la clausola aperta dell'articolo 21 della Costituzione.

Il tumultuoso sviluppo tecnologico, infatti, caratterizzato dall'emergere dell'economia digitale e, in particolare, dalla straordinarietà dello strumento di Internet, motore propulsivo di notizie e idee irradiatesi a livello globale, propone ingenti sfide per l'odierno atteggiarsi della libertà di informazione. E ciò è tanto più evidente quanto più si consideri la «naturale vocazione all'extraterritorialità»⁹ di questo strumento, «catalizzatore essenziale della globalizzazione contemporanea»¹⁰ in quanto «travalica i confini degli Stati nazionali, supera le barriere doganali, elimina le differenze culturali tra i popoli»¹¹.

Senza contare, poi, il mutamento di identità della stessa società dell'informazione, che ha conosciuto un'esplosione del numero dei soggetti attivi in conseguenza delle applicazioni *web* più recenti, le quali consentono agli utenti, «autonomamente e senza costi, di ricevere e diffondere informazioni in tempo reale in ogni parte del mondo»¹².

Anche per questo, ormai si avverte da più parti la necessità di una positivizzazione costituzionale del diritto di accesso alla rete¹³, identificabile con «l'adattamento alle attuali tecnologie del tradizionale diritto ad esprimere liberamente il proprio pensiero e quindi comporta anche l'individuazione regolamentata dei possibili limiti al suo esercizio»¹⁴.

1.1 (segue) *Il diritto di accesso ad Internet e il problema del digital divide*

Il diritto di accesso alla rete ha trovato una sua formulazione ed un suo riconoscimento positivo in alcuni ordinamenti stranieri: si pensi, a titolo esemplificativo, alla riforma costituzionale greca del 2001, a seguito della quale l'articolo 5-*bis*, comma 2, Cost. ha visto l'affermarsi del diritto di ognuno alla partecipazione alla Società dell'informazione, o alla vicenda ecuadoregna, che ha conosciuto la configurazione di un vero e proprio diritto soggettivo all'accesso ad Internet con la riforma del 2008¹⁵. Senza dimenticare, ancora, la revisione della Costituzione messicana, il cui articolo 6 “è stato integrato da nuovi commi che, postulando il diritto di tutti ad accedere liberamente alle informazioni attraverso qualsiasi mezzo, impongono allo Stato di garantire il diritto di accesso alle tecnologie di informazione e comunicazione, incluso Internet in banda larga”¹⁶.

⁸ Così E. CHELI, *La libertà di informazione*, cit., 4.

⁹ Così T. E. FROSINI, *Libertà, Egalità, Internet*, Seconda edizione ampliata, Napoli, 2019, 52.

¹⁰ Con queste parole T.W. GOLDSMITH, *Who controls the Internet? Illusions of a Borderless World*, New York, 2006, 179.

¹¹ Così ancora T.E. FROSINI, *Libertà, Egalità, Internet*, cit., 52.

¹² Così F. DONATI, *Il principio del pluralismo delle fonti informative al tempo di Internet*, in *Diritto e Società*, 2013, n. 4, 663.

¹³ Sul tema, v. A. LAMBERTI, *Libertà di informazione e democrazia. Approccio multilevel e questioni attuali*, cit., in particolare parr. 3-4.

¹⁴ In questi termini G. DE VERGOTTINI, *La libertà di pensiero è sempre attuale?* in *Percorsi costituzionali*, 2015, 11.

¹⁵ G. DE VERGOTTINI, *La libertà di pensiero*, cit., 12-13.

¹⁶ M.R. ALLEGRI, *Riflessioni e ipotesi di costituzionalizzazione del diritto di accesso a Internet*, in *Rivista AIC*, 1/2016, nota 76, 17

La natura di tale diritto è tuttora oggetto di dibattito: non trascurabile, a tal proposito, appare la possibilità di configurare il *right to Internet access* come un diritto sociale, una “pretesa soggettiva a prestazioni pubbliche”¹⁷, con il naturale corollario di un impegno da parte dello Stato ad offrire delle prestazioni tese a garantirne la pienezza e l’effettività.

Seguendo la lezione di Stefano Rodotà, allora, possiamo intendere questo diritto non soltanto come “diritto ad essere tecnicamente connessi alla rete, bensì come espressione di un diverso modo d’essere della persona nel mondo”¹⁸

Perciò appare apprezzabile il testo del disegno di legge costituzionale n. 2485 presentato nell’ormai lontano 2010, proponente la formulazione di un articolo 21-bis Cost. in questi termini: “Tutti hanno eguale diritto di accedere alla rete Internet, in condizioni di parità, con modalità tecnologicamente adeguate e che rimuovano ogni ostacolo di ordine economico e sociale”.

Ha fatto seguito, invero, anche la presentazione, il 17 febbraio 2014 del disegno di legge costituzionale n. 1317, che prevedeva di inserire nell’art. 21 Cost. un secondo comma così formulato: «Tutti hanno il diritto di accedere liberamente alla rete internet. La Repubblica rimuove gli ostacoli di ordine economico e sociale al fine di rendere effettivo questo diritto. La legge promuove e favorisce le condizioni per lo sviluppo della tecnologia informatica».

Riprendere questo percorso di riforma è quanto mai necessario, tenendo presente che, data la sfida del digital divide – messa in luce, peraltro, proprio dall’emergenza pandemica – e la natura complessa di Internet (che non è soltanto un mezzo per manifestare il proprio pensiero), è più opportuno qualificare il diritto in esame anche come un diritto sociale¹⁹, sulla scia dei più recenti ddl. cost. Sen. n. 1561 del 10 luglio 2014²⁰ e ddl. cost. Cam. n. 2816 del 14 gennaio 2015²¹ sull’introduzione in Costituzione dell’art. 34-*bis* e delle considerazioni di attenta dottrina²².

¹⁷ Così T. E. FROSINI, *Apocalittici o integrati? La dimensione costituzionale della società digitale*, Modena, 2021, 27 e *Libertè, Egalità, Internet*, cit., 60 ss. In questi termini si esprimono anche gli estensori dei disegni di legge costituzionali proponenti la formulazione dell’art. 34 *bis* Cost. sul tema del diritto di accesso alla rete (ddl. cost. Sen. n. 1561 del 10 luglio 2014 e ddl. cost. Cam. n. 2816 del 14 gennaio 2015).

¹⁸ Così S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, 384. Lo stesso illustre Autore ha sottolineato che “qualificare l’accesso a Internet come diritto fondamentale è un riflesso della funzione assegnata a tale diritto come condizione necessaria per l’effettività di altri diritti fondamentali – in particolare per il diritto alla libera costruzione della personalità e per la libertà di espressione” (S. RODOTÀ, *Il terribile diritto, Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Bologna, 2013, 467-468). Sui temi delle nuove tecnologie, v. S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, seconda edizione a cura di G. Alpa – R. Marrella – G. Marini – G. Resta, Bologna, 2021.

¹⁹ In questo senso, per tutti e da ultimo, v. M.R. ALLEGRI, *Il diritto di accesso a Internet: profili costituzionali*, in [MediaLaws](#), 11 aprile 2021.

²⁰ Disegno di legge costituzionale n. 1561 del 10 luglio 2014, art. 1: “Dopo l’articolo 34 della Costituzione è inserito il seguente: «Art. 34-*bis*. – Tutti hanno eguale diritto di accedere alla rete *internet*, in modo neutrale, in condizione di parità e con modalità tecnologicamente adeguate. La Repubblica promuove le condizioni che rendono effettivo l’accesso alla rete internet come luogo ove si svolge la personalità umana, si esercitano i diritti e si adempiono i doveri di solidarietà politica, economica e sociale».

²¹ Il testo, composto, anche in questo caso, da un solo articolo, è identico a quello del disegno di legge costituzionale n. 1561 del 10 luglio 2014.

²² Sul punto si rimanda a M.R. ALLEGRI, *Riflessioni e ipotesi di costituzionalizzazione del diritto di accesso a Internet*, cit., 8, secondo cui l’accostamento concettuale fra il diritto di accesso a Internet e l’art. 21 Cost., che nel suo primo comma richiama la generalità dei mezzi di diffusione del pensiero, evidentemente presuppone una concezione di Internet come mezzo di comunicazione. Concezione che, però, appare all’A. in questione riduttiva, considerando che il progresso tecnologico ha sviluppato a tal punto le potenzialità esplicabili attraverso le reti digitali, che esse non possono più essere considerate mezzo/strumento di diffusione di contenuti, ma mondo/ecosistema/ambiente in cui l’individuo svolge la propria personalità, in un multiforme contesto relazionale e interattivo. Per questo, soprattutto dopo l’avvento del *web 2.0*, l’ancoraggio di Internet alla libertà di espressione è apparso sempre più inadeguato a coprire il multiforme novero delle attività che si possono svolgere *online*. Inoltre, al di là di queste caratteristiche proprie di Internet, la sua equiparazione a un mezzo di comunicazione si scontra comunque con quanto ribadito più volte dalla Corte costituzionale, a partire dalla storica [sentenza n. 59 del 1960](#) relativa al sistema radiotelevisivo: al principio di libera manifestazione del pensiero non corrisponde il diritto di libera utilizzazione dei mezzi di comunicazione. Se dunque Internet fosse un mezzo, non si capirebbe perché, a differenza di tutti gli altri mezzi di comunicazione, proprio per Internet dovrebbe potersi

Le due strade di rivisitazione costituzionale non sono necessariamente alternative, ma possono essere tra loro fruttuosamente integrate: il diritto di accesso a Internet, infatti, si presenta con caratteri diversi, tanto da essere stato efficacemente definito “Giano bifronte”²³, che a seconda di come lo si guardi mostra ora il volto della libertà individuale ora quello del diritto sociale.

Sul piano della legislazione ordinaria, poi, sarebbe auspicabile un intervento deciso sui temi dell’educazione digitale: il collegamento tra diritto di accesso ad Internet e diritto all’istruzione, infatti, è particolarmente stretto, nell’ottica del superamento di quei tanti “ostacoli di ordine economico e sociale” in cui si concretizza il digital divide²⁴. Si tratta di un’esigenza che – su sollecitazione della normativa dell’Unione Europea – trova significativo riscontro nelle previsioni di recente introdotte nel Testo unico dei servizi di media audiovisivi²⁵, che richiedono al Ministero dello sviluppo economico di promuovere, d’intesa con l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e sentito il Ministero della cultura, lo sviluppo dell’alfabetizzazione mediatica da parte dei fornitori di servizi di media audiovisivi e delle piattaforme per la condivisione di video²⁶.

Tornando allora al tema dell’accesso ad Internet, non v’è dubbio che, soprattutto laddove si configuri a livello costituzionale l’accesso alla rete ed ai mezzi informatici come diritto sociale, strumentale all’esercizio di altri diritti fondamentali, vada incoraggiata ogni iniziativa legislativa ordinaria che sia diretta a garantire su tutto il territorio nazionale, attraverso misure generali ed omogenee, un livello minimo di accesso alla utilizzazione della rete in termini di strumenti, risorse ed infrastrutture, in quanto misura diretta ad assicurare un livello essenziale di diritti sociali.

Ne è ben conscia, d’altronde, la stessa Corte costituzionale, che – nella [sentenza n. 307 del 2004](#) – ha riconosciuto il diritto all’istruzione digitale e allo sviluppo culturale informatico in quanto “corrispondente a finalità di interesse generale, quale è lo sviluppo della cultura, nella specie attraverso l’uso dello strumento informatico, il cui perseguimento fa capo alla Repubblica in tutte le sue articolazioni (art. 9 Cost.)”. Nel caso di specie, la Corte aveva difatti ritenuto perfettamente conforme a Costituzione “la mera previsione di contributi finanziari, da parte dello Stato, erogati con carattere di automaticità in favore di soggetti individuati in base all’età o al reddito e finalizzati all’acquisto di personal computer abilitati alla connessione Internet, in un’ottica evidentemente volta a favorire la diffusione, tra i giovani e nelle famiglie, della cultura informatica”.

Un chiaro riconoscimento, dunque, della natura sociale del diritto di accesso ad Internet, strettamente connesso al diritto all’istruzione, in un’ottica di evidente favor nei confronti dei soggetti deboli. E’ pertanto da accogliere con favore la circostanza che la Commissione della Camera dei deputati per i diritti e i doveri relativi ad Internet abbia – nella Dichiarazione dei diritti in Internet del luglio 2015 – affermato che spetta innanzitutto al legislatore, possibilmente sulla base di un’auspicata costituzionalizzazione, prevedere “*i necessari interventi per il superamento di ogni forma di divario digitale tra cui quelli determinati dal genere, dalle condizioni economiche oltre che da situazioni di vulnerabilità personale e disabilità*”²⁷.

configurare un diritto alla sua libera utilizzazione. La conclusione di M.R. ALLEGRI è che l’art. 21 Cost. non sembra essere la sede più idonea per la previsione del diritto di accesso a Internet. Si veda anche A. PAPA, *Espressione e diffusione del pensiero in Internet. Tutela dei diritti e progresso tecnologico*, Torino, 2009.

²³ M.R. ALLEGRI, *Riflessioni e ipotesi di costituzionalizzazione del diritto di accesso a Internet*, cit., 8,.

²⁴ Sul tema, cfr. G. Anzera, F. Comunello (a cura di), *Mondi digitali. Riflessioni e analisi sul Digital Divide*, Milano, 2005; P. NORRIS, *Digital Divide. Civic engagement, information poverty, and the Internet Worldwide*, Cambridge, 2001; S. BENTIVEGNA, *Disuguaglianze digitali. Le nuove forme di esclusione nella società d’informazione*, Roma-Bari, 2009.

²⁵ D.lgs. 25 dicembre 2021, n. 208, recante “Attuazione della direttiva (UE) 2018/1808 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 novembre 2018, recante modifica della direttiva 2010/13/UE, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri, concernente il testo unico per la fornitura di servizi di media audiovisivi in considerazione dell’evoluzione delle realtà del mercato”.

²⁶ V. art. 4, commi 3 e 4, D.lgs. n. 208/2021, cit.

²⁷ *In questa direzione sembra andare, d’altronde, la legge regionale umbra 31/2013, la quale riconosce il diritto di tutti i cittadini ad accedere alla rete Internet, intesa come “strumento di promozione sociale ed economico”, promuovendo tutte le infrastrutture necessarie ad assicurare l’effettività di tale diritto.*

Da questo punto di vista, non v'è – quindi – alcun dubbio che, soprattutto laddove si configuri a livello costituzionale l'accesso alla rete ed ai mezzi informatici come diritto sociale, strumentale all'esercizio di altri diritti fondamentali, vada incoraggiata ogni iniziativa legislativa ordinaria che sia diretta a garantire su tutto il territorio nazionale, attraverso misure generali ed omogenee, un livello minimo di accesso alla utilizzazione della rete in termini di strumenti, risorse ed infrastrutture, in quanto misura diretta ad assicurare un livello essenziale di diritti sociali.

L'importanza della correlazione tra diritto di accesso ad Internet e tutela dei soggetti deboli – che ci induce a propendere verso una qualificazione del primo in termini di diritto sociale – emerge proprio sul piano della legislazione ordinaria.

In particolare, è meritevole di menzione la legge n. 4 del 2004 (c.d. “legge Stanca”), “relativa alle disposizioni per favorire l'accesso dei soggetti disabili agli strumenti informatici, la quale riconosce e tutela il diritto di ogni persona ad accedere a tutte le fonti di informazione e ai relativi servizi, compresi quelli che si articolano attraverso gli strumenti informatici e telematici”²⁸, il cui articolo 1 richiama direttamente il principio di eguaglianza sostanziale scolpito nell'articolo 3, secondo comma, della Carta costituzionale.

Orbene, proprio su questo tema, è da segnalare una positiva novità frutto della legislazione emergenziale.

L'articolo 29 del decreto legge c.d. “Semplificazioni” (d.l. 76/2020, conv., con modif., nella l. 120/2020) ha difatti previsto l'estensione degli obblighi di accessibilità, già riconosciuti dalla legge Stanca, anche nei confronti dei soggetti privati, *rectius* “alle strutture ed ai servizi aperti o forniti al pubblico attraverso i nuovi sistemi e le tecnologie di informazione e comunicazione in rete”.

Dunque, accanto ai soggetti già onerati dalla legge 4/2004 (vale a dire le pubbliche amministrazioni, gli enti pubblici economici, le aziende private concessionarie di servizi pubblici, le aziende municipalizzate regionali, gli enti di assistenza e di riabilitazione pubblici, le aziende di trasporto e di telecomunicazione a prevalente partecipazione di capitale pubblico, le aziende appaltatrici di servizi informatici agli organismi di diritto pubblico e tutti i soggetti che usufruiscono di contributi pubblici o agevolazioni per l'erogazione dei propri servizi tramite sistemi informativi o internet), con il recente intervento del legislatore gli obblighi di accessibilità gravano anche sui soggetti privati che offrono servizi al pubblico mediante siti Internet o app, purché abbiano registrato un fatturato medio, nel corso degli ultimi tre anni, superiore a cinquecento milioni di euro²⁹.

Va segnalata, peraltro, la previsione della comminazione di una sanzione pecuniaria da parte dell'Agenzia per l'Italia Digitale (ammontante fino al 5 per cento del fatturato) nei confronti degli enti che non rispettino gli obblighi di legge. Resta in ogni caso ferma la possibilità per il soggetto debole discriminato di avvalersi dei rimedi giurisdizionali di cui alla legge 67/2006, che – in tal modo – conferma la sua importantissima valenza di carattere generale.

Questa novità legislativa appare tanto più interessante quanto più si consideri la sua piena conformità alla recente normativa internazionale e sovranazionale.

Basti qui ricordare che l'articolo 9 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, concernente i diritti di accessibilità, conosce un ambito applicativo particolarmente vasto, estendendosi anche “all'informazione e alla comunicazione, compresi i sistemi e le tecnologie di informazione e comunicazione”.

Non si trascurino, poi, gli interventi in ambito europeo: dalla direttiva 2102 del 2016, in materia di accessibilità di siti Internet ed applicazioni mobili di enti pubblici, alla più recente direttiva 882

²⁸ Così T. E. FROSINI, *Il diritto costituzionale di accesso ad Internet*, in M. Pietrangelo (a cura di), *Il diritto di accesso ad Internet*, Napoli, 2011, 34. Sul tema, v. F. G. PIZZETTI, *Accesso ad Internet e persone con disabilità: profili di eguaglianza digitale*, in AA.VV., *Da Internet ai Social Network. Il diritto di ricevere e comunicare informazioni e idee*, Rimini, 2013.

²⁹ Eventuali contratti conclusi dai suddetti soggetti per la realizzazione o la modifica di siti *web* o applicazioni mobili non aventi i requisiti minimi di accessibilità sono considerati nulli.

del 2019, che impone precisi requisiti di accessibilità che prodotti e servizi forniti al consumatore dovranno possedere a partire dal 28 giugno 2025.

La modifica legislativa della legge Stanca ad opera del decreto c.d. “Semplificazioni” appare, pertanto, particolarmente significativa – alla luce degli imperativi costituzionali di eguaglianza sostanziale, nonché dei diritti riconosciuti in sede internazionale e dei provvedimenti normativi in ambito europeo a difesa dei consumatori – proprio nella prospettiva della tutela dei soggetti deboli, i quali debbono costituire un autentico punto di riferimento costante per un legislatore che non sempre appare attento e sensibile all’attuazione piena del disposto costituzionale.

Ed è sempre nel periodo di emergenza pandemica che il legislatore ha avvertito la necessità, nella prospettiva di assicurare l’eguaglianza sostanziale di cui all’art. 3, comma 2, Cost., e di consentire il pieno esercizio di diritti cui si è reso strumentale l’accesso ad Internet (su tutti, il diritto all’istruzione, nel periodo della didattica a distanza), di prevedere – nel decreto-legge “Cura Italia” n. 18/2020 – l’acquisto di dispositivi informatici in favore di categorie di studenti meno abbienti, unitamente ad un generale potenziamento delle infrastrutture digitali.

È significativo, inoltre, che la consapevolezza della valenza costituzionale del diritto di accesso ad Internet sia sempre più avvertita anche dagli stessi giudici di merito (e che, anzi, questa consapevolezza sia emersa già in tempi, per così dire, non sospetti).

Si può ricordare, a tal proposito, la sentenza del giudice di pace di Trieste n. 587/2012, che – in merito al caso di una famiglia rimasta per ben quattro mesi priva di un collegamento Adsl – si è persuaso a qualificare Internet alla stregua di un bene fondamentale della vita (segnatamente, della vita quotidiana), con la conseguente configurabilità di un danno non soltanto di natura patrimoniale ma, altresì, di natura non patrimoniale – nella specie un danno morale ed esistenziale – derivante da una situazione tale da avere inciso “direttamente nella sfera emotiva e relazionale” degli individui coinvolti.

Questi passi in avanti, pur meritevoli, che hanno visto come protagonista il nostro legislatore, restano tuttavia ancora non pienamente sufficienti: come è stato opportunamente avvertito in tempi recenti, occorre un impegno a tutto campo da parte delle istituzioni che, a partire dalla bussola del principio di eguaglianza sostanziale, muova dal riconoscimento formale del diritto di accesso ad Internet o, se si vuole, di un “diritto sociale alle tecnologie”, nella direzione di una regolamentazione completa, all’avanguardia, che assicuri la dignità e l’eguaglianza dei cittadini nell’uso delle piattaforme digitali, vere e proprie tecnologie sociali che consentono, attraverso l’inter-connessione, il mantenimento delle relazioni interpersonali.

La pandemia, infatti, ha mostrato la complessità dei problemi afferenti al divario tecnologico, evidenziando la pluralità di declinazioni in cui esso si articola e si manifesta.

Emerge, infatti, anzitutto, il problema del *physical access* alle tecnologie (il primo, storicamente, ad essere stato al centro delle attenzioni degli studiosi, sin da quando i giornalisti del *Los Angeles Times* coniarono nel 1995 l’espressione *digital divide*), cui è andato aggiungendosi, più di recente, quello della capacità di utilizzazione di Internet e della già richiamata alfabetizzazione digitale (o, se si preferisce, *skills and usage*) – che, come si è visto, è stato preso in considerazione dal recentissimo Testo unico dei servizi di media audiovisivi e, ancor prima ed in termini generali, dalla stessa Corte costituzionale italiana nella citata [sentenza n. 307 del 2004](#), allorché si è configurato un “diritto all’istruzione digitale”, ancorabile alla lettura del combinato disposto degli artt. 2, 9, 21 e 34 – , fino ad arrivare, poi, alla questione – sempre più oggetto delle analisi di studiosi di varie discipline – degli “esiti” (*outcomes*), ovverosia delle situazioni di diseguaglianza non solo nell’accesso ma anche nell’impiego delle tecnologie. Questione, questa, oggi sempre più connessa alle situazioni di “divario digitale di genere”, di “divario geografico” (evidente, in Italia, nella differenziazione centro-periferia prima ancora che in quella Nord-Sud nell’accesso ad Internet), di “divario partecipativo” e di “divario

socio-culturale”³⁰ (come evidenziato dai parametri utilizzati dalla Commissione Europea nella predisposizione dell’indice di digitalizzazione dell’economia e della società).

Occorrerebbe, pertanto, assicurare il passaggio “dal diritto sociale alle tecnologie” ad un quadro normativo puntuale e innovativo, cioè ad un “diritto delle tecnologie sociali”³¹, assicurando la dignità degli utenti contro il rischio che, specie nei periodi di emergenza, prevalgano gli interessi economici dei grandi colossi tecnologici, attori selvaggi e anti-sovrani³² del nuovo “capitalismo della sorveglianza”³³. O, se si vuole, coniugare la “libertà *in* rete” con la “libertà *dalla* rete”³⁴.

Ecco, allora, che la nostra analisi non può non tenere conto di un altro “versante” della problematica, che pone un’autentica sfida per il diritto costituzionale: quella di poteri privati, dalle dimensioni inedite in tutta la storia umana, che si celano dietro i nostri schermi, dietro la vana e illusoria apparenza di una “rete” aperta e libera. Poteri sempre più in grado di condizionare le nostre vite e, conseguentemente, le nostre comunità, incidendo sul regolare svolgimento della democrazia rappresentativa classicamente intesa.

1.2 (segue) *Le “ombre” del capitalismo della sorveglianza. La pervasività delle fake news tra pandemia e guerra.*

Attualmente, grazie all’acquisizione del “consenso” di noi cittadini-utenti, le piattaforme digitali³⁵ hanno la possibilità di apprendere la nostra corrispondenza, di ascoltare quanto diciamo (attraverso i cellulari o gli assistenti virtuali, come Siri di Apple o Alexa di Amazon, da noi stessi introdotti nelle nostre abitazioni), di sapere quello che stiamo leggendo sul giornale, il tempo che dedichiamo a ciascuna notizia, così come il tipo di notizie o di articoli che ci interessano o non ci piacciono e la reazione che ci provoca la loro lettura.

Come dimostrato con ampiezza di argomentazioni e riscontri³⁶, l’obiettivo delle piattaforme digitali che utilizzano i c.d. *Big Data*³⁷ è quello di acquisire il maggior numero e varietà possibile di dati in merito ai nostri comportamenti per utilizzarli al fine di prevedere e, infine, determinare i nostri comportamenti futuri e le nostre scelte. Attraverso l’elaborazione di tali dati per il tramite di macchine dotate della c.d. intelligenza artificiale, le piattaforme sono in grado non soltanto di definire quali sono i nostri gusti e di offrirci gli articoli commerciali che ci piacerebbe propriamente comprare, attraverso una pubblicità personalizzata (c.d. *microtargeting*), ma anche di inviarci propaganda politica tesa ad orientare il nostro voto alle elezioni o a disincentivare la nostra partecipazione al processo elettorale.

³⁰ Su questi temi, v. S. VANTIN, *Digital divide. Discriminazioni e vulnerabilità nell’epoca della rete globale*, in T. Casadei – S. Pietropaoli (a cura di), *Diritto e tecnologie informatiche*, Milano, 2021, 233 ss.

³¹ Così A. SIMONCINI, *Il diritto alla tecnologia e le nuove diseguaglianze*, in F. S. Marini, G. Scaccia (a cura di), *Emergenza Covid-19 e ordinamento costituzionale*, Torino, 2020, 203-204.

³² L’espressione è presa in prestito dal celebre saggio di M. LUCIANI, *L’antisovrano e la crisi delle Costituzioni*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1/1996.

³³ S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza*, Roma, 2019.

³⁴ Il riferimento è al titolo del lavoro di G. DE MINICO, *Libertà in Rete. Libertà dalla Rete*, Torino, 2020.

³⁵ Sul cui pervasivo potere, v., da ultimo, L. BALESTRIERI, *Le piattaforme mondo. L’egemonia dei nuovi signori dei media*, Roma, 2021, *passim*; V. BARASSI, *I figli dell’algoritmo. Sorvegliati, tracciati, profilati dalla nascita*, Roma, 2021; D. TALIA, *L’impero dell’algoritmo. L’intelligenza delle macchine e la forma del futuro*, Soveria Mannelli, 2021.

³⁶ V. per tutti S. ZUBOFF, *Il Capitalismo della sorveglianza*, cit.

³⁷ Pur non essendovi concordia sulla definizione di *Big Data*, si tratta di dati che per il loro enorme volume, velocità di produzione e raccolta ed ampiezza e varietà che consentono, attraverso forme completamente nuove di elaborazione e di ottimizzazione dei processi, di prendere e prevedere decisioni nonché di analizzare le preferenze più profonde degli individui: v. AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI, *Big Data - Interim Report* nell’ambito dell’indagine conoscitiva di cui alla delibera n. 217/17/CONS, al [sito](#) dell’AGCOM; per approfondimenti, M. DELMASTRO – A. NICITA, *Big Data*, Bologna, Il Mulino, 2019.

Un impatto non meno rilevante ha sul sistema democratico il ruolo svolto dai c.d. *gatekeepers*³⁸ nel campo del pluralismo e della libertà di informazione, sia nell'attività di "raccomandazione"³⁹ che in quella di "moderazione"⁴⁰ dei contenuti svolte dalle piattaforme *online*.

Non bisogna dimenticare, infatti, che *fake news*, pubblicità aggressive e onnipresenti, discorsi d'odio, rappresentano tante facce diverse di un'unica grande problematica che involge Internet, ossia la sua potenziale trasformazione in un'immensa fabbrica del consenso, dove l'informazione rileva non per quello che è, ma è piegata a finalità economiche o politiche estranee alla concezione tradizionale di agorà democratica, in condizioni solo illusoriamente paritarie in cui tiranneggiano «aristocrazie del *web*»⁴¹ e «poteri selvaggi»⁴².

Benché, infatti, talora si sia portati comunemente a credere che Internet sia il non-luogo della disintermediazione, con l'utente-cittadino solo di fronte alle informazioni che fluiscono nel *web*, in realtà, a ben vedere, «l'enorme disponibilità di informazioni in rete sarebbe poco più che una vana promessa, come a dire, un'informazione impossibile, se non ci fosse l'intermediazione dei portali che raccolgono, filtrano, ordinano e rendono in pochi secondi disponibile l'informazione su una certa materia»⁴³.

È questo, insomma, il problema degli intermediari, dei *gatekeepers* che detengono le chiavi delle informazioni nell'immenso e sterminato universo della rete⁴⁴.

Non a caso, si era guardato con interesse al progetto *Quaero*, avviato in passato dal presidente francese Chirac con l'obiettivo di «costituire un grande portale pubblico»⁴⁵ europeo che si affiancasse ai grandi portali privati. In ogni caso, è proprio rispetto a questi ultimi che si pone un gigantesco

³⁸ In base all'art. 3 della Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (legge sui mercati digitali; c.d. *Digital Markets Act*, in breve DMA) della Commissione europea del 15 dicembre 2020 COM(2020) 842 *final*, per *gatekeepers* si intendono le piattaforme che: 1) hanno un impatto significativo sul mercato interno; 2) gestiscono un servizio di piattaforma di base che costituisce un punto di accesso (*gateway*) importante affinché gli utenti commerciali raggiungano gli utenti finali; 3) detiene una posizione consolidata e duratura nell'ambito delle proprie attività o è prevedibile che acquisisca siffatta posizione nel prossimo futuro.

³⁹ In base all'art. 2 della Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a un mercato unico dei servizi digitali (legge sui servizi digitali) e che modifica la direttiva 2000/31/CE (c.d. *Digital Services Act*, in breve DSA) della Commissione europea del 15 dicembre 2020 COM(2020) 845 *final*, per "sistema di raccomandazione" si intende un sistema interamente o parzialmente automatizzato che una piattaforma online utilizza per suggerire ai destinatari del servizio informazioni specifiche tramite la propria interfaccia online, anche in base ad una ricerca avviata dal destinatario o determinando in altro modo l'ordine relativo o l'importanza delle informazioni visualizzate.

⁴⁰ In base al citato art. 3 del DSA, per "moderazione dei contenuti" si intendono le attività svolte dai prestatori di servizi intermediari al fine di individuare, identificare e contrastare contenuti illegali e informazioni incompatibili con le loro condizioni generali, forniti dai destinatari del servizio, comprese le misure adottate che incidono sulla disponibilità, sulla visibilità e sull'accessibilità di tali contenuti illegali o di dette informazioni, quali la loro retrocessione o rimozione o la disabilitazione dell'accesso agli stessi, o sulla capacità dei destinatari di fornire tali informazioni, quali la cessazione o la sospensione dell'account di un destinatario del servizio.

⁴¹ Si rimanda a F. GALLO, *Democrazia 2.0. La Costituzione, i cittadini e le nuove forme di partecipazione*, in *Gnosis – Rivista italiana di Intelligence*, 2014, 65

⁴² L'espressione rinvia al titolo di un'insigne opera di Luigi Ferrajoli. Per approfondimenti, L. FERRAJOLI, *Poteri selvaggi*, Roma-Bari, 2011. I poteri selvaggi del *web*, a ben vedere, sono oggi espressione del c.d. capitalismo della sorveglianza (cfr. S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza*, cit.): «è diventato davvero difficile sfuggire a un mercato dotato di tentacoli che si estendono dovunque: l'indottrinamento degli innocenti giocatori di Pokemon Go; l'atto di mangiare, bere e fare acquisti in ristoranti, bar, fast food e negozi che pagano per avere una parte nel mercato dei comportamenti futuri; la spietata espropriazione del surplus dai profili Facebook per delineare i profili individuali (...); fino alle elezioni della settimana prossima. Come il capitalismo industriale era spinto dalla continua crescita dei mezzi di produzione, così il capitalismo della sorveglianza e i suoi operatori di mercato sono costretti ad accrescere continuamente i mezzi per la modifica dei comportamenti e il potere strumentalizzante».

⁴³ Con queste parole si esprime autorevolmente S. RODOTÀ, *Il diritto all'informazione*, in *IKON – Forme e processi del comunicare*, n. 2 – 2006, 22.

⁴⁴ Su questo tema si rinvia all'autorevole contributo di G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, in *MediaLaws*, 2018, n. 1.

⁴⁵ Si veda S. RODOTÀ, *Il diritto all'informazione*, cit., 21.

problema di regolazione, stante la possibilità dei motori di ricerca di controllare, selezionare e diffondere le informazioni sul *web*.

Ancora, attraverso il ricorso a determinate tipologie di algoritmi (si pensi a quelli che determinano la visibilità di ogni contenuto all'interno di un *social network* e la personalizzazione della pagina "notizie" – come, ad esempio, le c.d. *news feed* di Facebook - di ogni utente iscritto alla piattaforma, sulla base di determinate caratteristiche dei messaggi e dell'utente/pagina che li pubblica; agli algoritmi di raccomandazione, che consentono di selezionare e suggerire determinati contenuti ai propri utenti in maniera personalizzata; a quelli di controllo e rimozione di contenuti, che intervengono in modalità automatica effettuando una classificazione dei *post* in base alla materia trattata ed al loro orientamento; agli algoritmi di c.d. di classificazione automatica, che consentono di far funzionare le piattaforme che forniscono servizi di aggregazione delle notizie, come Google News⁴⁶), le piattaforme *online* diventano decisive per la fruizione dell'informazione da parte dei cittadini.

Anche le c.d. *fake news*⁴⁷ sono state utilizzate, com'è noto, per alterare gli esiti delle elezioni politiche in vari paesi (si pensi al referendum sulla Brexit o alle elezioni presidenziali del 2016 negli USA). Peraltro, alcuni ricercatori⁴⁸ hanno proposto di distinguere nell'ambito del fenomeno delle *fake news*, tra la "disinformazione", che si caratterizzerebbe per il fatto che le notizie oltre ad essere false vengono create deliberatamente per danneggiare qualcuno; la "misinformazione", in cui le notizie, benché false, non sono state create con l'intenzione nuocere; la "mala-informazione" per il fatto che le notizie (di carattere pubblico, ma più spesso addirittura privato) sono vere e vengono rese pubbliche con l'intenzione di nuocere⁴⁹.

⁴⁶ AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI, *Rapporto sul consumo di informazione*, al [sito](#) dell'AGCOM, 2018.

⁴⁷ La letteratura scientifica e giuridica sulle *fake news* è ormai sterminata, tra gli altri possono citarsi O. POLLICINO, *Fake news, Internet and Metaphors (to be handled carefully)*; C. PINELLI, "Postverità", *verità e libertà di manifestazione del pensiero*; M. CUNIBERTI, *Il contrasto alla disinformazione in rete e (vecchie e nuove) velleità di controllo*; M. MONTI, *Fake news e social network: la verità ai tempi di Facebook*, tutti in [MediaLaws](#), 2017; G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, [ivi](#), n. 1/2018; E. LEHNER, *Fake news e democrazia*, [ivi](#), n. 1/2019.

Secondo il Rapporto del Tavolo tecnico per la garanzia del pluralismo e della correttezza dell'informazione sulle piattaforme digitali (Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni - Delibera n. 423/17/CONS, al [sito](#) dell'AGCOM), per *fake news* si intende un fenomeno eterogeneo, comprendente:

- «notizie provenienti da fonti che non hanno effettuato un'opportuna attività professionale di verifica delle fonti;
- notizie satiriche che, talvolta, lette fuori contesto, possono essere percepite dai cittadini come reali;
- notizie provenienti da fonti che alimentano teorie complottistiche o cospirazioniste;
- notizie provenienti da fonti specializzate in gossip o rumors e pseudoscienza, caratterizzate dal ricorso ad annunci (di eventi di attualità o scoperte scientifiche) non verificati;
- *hate news* provenienti da fonti che promuovono razzismo, misoginia, omofobia, e altre forme di discriminazione;
- notizie (del tutto o parzialmente) corrette che però utilizzano una titolazione sensazionalistica (a scopi di *clickbaiting* – cattura dei click);
- notizie provenienti da fonti che forniscono, in maniera tendenziosa, informazioni a supporto di specifici punti di vista e orientamenti politici;
- infine, contenuti che imitano le notizie nella forma ma non nel processo organizzativo e nello scopo».

Per un quadro definitorio del fenomeno della disinformazione, v. anche la Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni "Contrastare la disinformazione online: un approccio europeo", del 26 aprile 2018, COM(2018) 236 final: "per disinformazione si intende un'informazione rivelatasi falsa o fuorviante concepita, presentata e diffusa a scopo di lucro o per ingannare intenzionalmente il pubblico, e che può arrecare un pregiudizio pubblico. Il pregiudizio pubblico include minacce ai processi politici democratici e di elaborazione delle politiche e a beni pubblici quali la tutela della salute dei cittadini, dell'ambiente e della sicurezza dell'UE".

⁴⁸ C. WARDLE – H. DERAKHSHAN, *Information Disorder*, Council of Europe Report, 2017, 20 ss., che parlano di "information disorder" anziché di *fake news*.

⁴⁹ Al fine di esemplificare tale tassonomia, gli studiosi citati osservano come nelle elezioni presidenziali francesi del 2016 rappresenta un caso di disinformazione la diffusione su Internet di una falsa edizione del quotidiano belga *Le Soir* con la falsa notizia che Macron avrebbe ricevuto finanziamenti dall'Arabia Saudita (notizia falsa e diffusa per nuocere);

Appare chiaro, allora, nella dimensione del digitale, il saldarsi di tre fenomeni, strettamente connessi tra loro, come rilevato da Moses Naïm: le tre “p”: populismo, polarizzazione e post-verità. Fenomeno, questi, a cui si aggiunge una non meno pericolosa quarta “p”, quella della “promessa”, tipica del populismo e delle illusioni di disintermediazioni, che soffiano sul malcontento di masse che si percepiscono “tradite” dalle elites: “il populismo promette al popolo qualsiasi cosa, anche se già si sa che non si potrà mantenere, che sarà molto oneroso o che avrà conseguenze negative: ma comunque il populismo promette”⁵⁰.

Le facili promesse dell’illusione populista, allora, creano polarizzazione (aizzando il “popolo” contro le “elites”), offrendo letture emotive e istintive dei fatti storici, sino ad alterarli. È questo il cortocircuito della post-verità, in cui la distinzione tra il vero e il falso non soltanto è sfumata, se non stravolta, ma addirittura viene avvertita come non rilevante⁵¹.

Ad essere fonte di maggiore preoccupazione sono, evidentemente, soprattutto quelle notizie «completamente inventate, fabbricate e diffuse (...) allo scopo di ingannare il pubblico e manipolarne l’orientamento, attraverso il ricorso a stati emotivi, per motivi ideologici, politici o di vantaggio economico»⁵². Tramite i *social network*, in particolare, esse «riescono a circolare con una velocità e una capacità di diffusione enormemente superiore al passato»⁵³: i social, infatti, la cui caratteristica fondamentale è la decentralizzazione delle comunicazioni⁵⁴, rappresentano un alimento cruciale per la proliferazione e la diffusione di notizie false e tendenziose, soprattutto ove si consideri che «i sistemi di condivisione delle informazioni» e la diffusione stessa delle notizie determinano l’innalzamento del profitto «degli inserzionisti pubblicitari»⁵⁵ e degli stessi gestori dei social media. In altre parole, i *social network*, senza un’adeguata regolamentazione, rischiano di degenerare in «casse di risonanza in cui gli utenti-elettori della rete [...] tendono a corroborare e amplificare taluni convincimenti»⁵⁶ basati su notizie false, erronee, diffuse a macchia d’olio.

La situazione, poi, diviene tanto più grave quanto più si consideri come la maggior parte delle *fake news* provenga non già da profili di utenti reali, quanto piuttosto dai cosiddetti *bot*: «applicazioni software che creano automaticamente profili finti e contenuti sui *social network* e persino nelle chat»⁵⁷.

Sono quindi evidenti le interrelazioni che vengono a crearsi tra nuove tecnologie, diritti fondamentali e libertà di comunicazione, quest’ultima connotata, nel nuovo ambiente digitale, da una sempre più difficile distinzione tra la “comunicazione” di cui all’art. 15 Cost. e la “manifestazione

un caso di mis-informazione, la notizia diffusa e condivisa da molti utenti di social secondo cui nell’attacco agli *Champs Elisees* era stato ucciso un secondo poliziotto (notizia falsa ma diffusa senza l’intenzione di nuocere); un caso di mala-informazione, la diffusione di mail rubate a Macron il venerdì prima delle elezioni, in pieno periodo di silenzio elettorale, quando a Macron per questa ragione era impossibile replicare (informazioni vere ma rese pubbliche per arrecare il massimo danno a Macron).

⁵⁰ V. M. NAÏM, *Populism. Polarization. Post-truth: These are the drivers of today’s politics*, in *El Pais*, 20 febbraio 2020.

⁵¹ Cfr. A. NICITA, *Il mercato delle verità. Come la disinformazione minaccia la democrazia*, Bologna, 2021, 28 ss. Sul tema, v. anche J. ATTALI, *Disinformati. Giornalismo e libertà nell’epoca dei social*, Milano, 2022.

⁵² V. Rapporto del Tavolo tecnico per la garanzia del pluralismo e della correttezza dell’informazione sulle piattaforme digitali (Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni - Delibera n. 423/17/CONS al [sito](#) dell’AGCOM), 5.

⁵³ Così P. CARETTI, A. CARDONE, *Diritto dell’informazione e della comunicazione nell’era della convergenza. Stampa, radiotelevisione, telecomunicazioni, internet, teatro e cinema*, Bologna 2019, 256.

⁵⁴ Il termine “comunicazione” non è improprio. Anzi, come si vedrà più avanti, una delle sfide più importanti del *web* al diritto costituzionale deriva proprio dall’assottigliarsi del confine tra libertà di comunicazione e libertà di manifestazione del pensiero

⁵⁵ Così ancora P. CARETTI, A. CARDONE, *Diritto dell’informazione e della comunicazione nell’era della convergenza. Stampa, radiotelevisione, telecomunicazioni, internet, teatro e cinema*, cit., 256.

⁵⁶ In questi termini F. SORO, *Regolazione e governance del mondo digitale. Profili del diritto della rete in USA, UE e Italia*, Torino, 2019, 31.

⁵⁷ Si rinvia ad A. MAZZIOTTI, *Fake news, fake people e società della (dis)informazione: riflessioni su democrazia, informazione e libertà fondamentali al tempo dei social network*, in *Diritti dell’uomo*, I – 2017, 59.

del pensiero” *ex art. 21 Cost.*⁵⁸, al punto che si è parlato di un mutamento esistenziale della nozione di libertà di informazione, la quale – proprio in seguito allo straordinario «ampliamento delle potenzialità comunicative» – «perde (...) i tratti di un diritto professionale, per assumere quelli di un diritto per l'appunto “reticolare”, esercitabile tanto attraverso manifestazioni del pensiero quanto mediante comunicazioni intersoggettive»⁵⁹.

Il problema delle *fake news* si è reso ancor più evidente, nella sua drammaticità, nel periodo dell'emergenza pandemica da Covid-19, ponendo non pochi problemi sia dal punto di vista politico e sociale – con riguardo tanto all'efficace limitazione del contagio quanto alla vaccinazione di massa – sia dal punto di vista giuridico, offrendo all'interprete altrettante questioni circa il bilanciamento tra la libertà di manifestazione del pensiero e la tutela della salute, nella sua duplice dimensione individuale e collettiva.

La libertà di informazione ha rivelato ancora una volta, nel tempo della pandemia, la sua triplice accezione attiva, passiva e dinamica, ed il suo strettissimo legame con gli altri diritti fondamentali, in primo luogo il diritto alla salute. Al punto che si può affermare, non a torto, che si è potuta apprezzare la strumentalità della libertà di informazione – intesa sia come libertà di informare, sia come diritto di essere informati, sia come diritto di ricercare le informazioni – rispetto all'esercizio del diritto alla salute, o – per meglio dire – la coesistenzialità di tali diritti fondamentali, posti in un rapporto di reciproca alimentazione tale per cui l'uno si è reso presupposto dell'altro⁶⁰. Ciò è valso tanto per l'acquisizione delle ulteriori necessarie conoscenze delle tecniche di limitazione del contagio (al di là di quelle che ciascun consociato è già chiamato ad eseguire in virtù degli obblighi di legge), quanto per i trattamenti sanitari, a maggior ragione in presenza di obblighi vaccinali (con ciò saldandosi il discorso con quello del “consenso informato”). In questa prospettiva, allora, è evidente che la diffusione delle informazioni non soltanto assolve ad un'essenziale funzione democratica, ma altresì rappresenta il presupposto per il compimento di scelte consapevoli e, soprattutto, per l'esercizio di altri diritti fondamentali.

Al contempo, nondimeno, la diffusione massiva di informazioni, talora di dubbia provenienza e attendibilità, in particolare nel circuito globale del *web* – al punto che si è più volte parlato di “infodemia”, utilizzando la nota espressione, già coniata nel 2003 da David J. Rothkops in un articolo sul Washington Post e sovente ripresa in numerosi studi e rapporti ufficiali dell'Organizzazione Mondiale della Sanità – ha posto il problema dell'impatto delle *fake news* sulla tutela della salute pubblica.

La difficoltà – e, soprattutto, l'estrema delicatezza – della questione, nella sua dimensione ancipite, è sottolineata dai non pochi richiami che il Consiglio d'Europa ha indirizzato nei confronti degli Stati Partì nel corso degli ultimi due anni.

Nella dichiarazione *Freedom of expression and information in times of crisis*, il Consiglio ha ribadito la necessità di rispettare i principi di cui all'art. 10 CEDU⁶¹, invitando gli Stati a conformarsi a criteri di proporzionalità nell'eventuale adozione di misure restrittive della libertà di “comunicare informazioni e idee” e, soprattutto, ad evitare l'introduzione di deroghe alle garanzie dell'art. 15 CEDU che risultino vaghe e generiche, non prevedibili e suscettibili di determinare una *over-criminalisation*. Viene suggerita, inoltre, una continua e proficua cooperazione tra le autorità pubbliche, i media e le piattaforme *online* ai fini della prevenzione della manipolazione dell'opinione

⁵⁸ In questo senso si v. per tutti E. CHELI, *Conclusioni*, in *Comunicazioni: verso il diritto della convergenza?* a cura di G. Morbidelli - F. Donati, Torino, 2003, e ID., *Verso la comunicazione convergente*, in *L'evoluzione del sistema delle comunicazioni tra diritto interno e diritto comunitario*, a cura di G. Morbidelli - F. Donati, Torino, 2005.

⁵⁹ In questi termini si esprime M. BETZU, *Comunicazione, manifestazione del pensiero e tecnologie polifunzionali*, in *Quaderni costituzionali*, 2006, 519.

⁶⁰ Cfr. F. LAJOLO DI COSSANO, *Il diritto di informazione ai tempi del Coronavirus: un diritto fondamentale*, in Dirittifondamentali.it, 10 aprile 2020.

⁶¹ Cfr., volendo, A. LAMBERTI, *La libertà di comunicare informazioni e idee (art. 10)*, in A. Di Stasi (a cura di), *Cedu e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, Padova, 2016, 919-954.

pubblica, ma sempre nel rispetto delle necessarie garanzie di libertà di manifestazione del pensiero, in particolare della libertà dei giornalisti e dei *whistleblowers*, e del connesso diritto di critica nei confronti delle stesse politiche sanitarie interne ed internazionali (al punto che viene richiamato l'eroico esempio del medico cinese Li Wenliang).

Analogamente, nell'aprile 2020, il Consiglio d'Europa, nel documento *Press freedom should not be undermined by measures to counter disinformation about Covid-19*, ammonisce circa l'eventualità di misure, da parte degli Stati membri, che rappresentino restrizioni sproporzionate alla libertà di stampa, censurando le scelte compiute da Ungheria e Russia (in cui la diffusione di "false informazioni" è stata punita con la reclusione fino a cinque anni), dalla Romania (in cui un decreto ha autorizzato le autorità amministrative a rimuovere contenuti e bloccare siti *web* che diffondono false informazioni), dalla Bosnia-Erzegovina e altri Paesi. Sono state intensificate, poi, le attività di denuncia della Piattaforma per la promozione della protezione del giornalismo e della sicurezza dei giornalisti, anch'essa sotto l'egida del Consiglio d'Europa.

Sostanzialmente nella direzione tracciata dal Consiglio d'Europa si è mantenuta l'Italia, le cui autorità hanno cercato di promuovere attività di contrasto alla proliferazione delle *fake news* in maniera rispettosa dei diritti e delle libertà costituzionalmente e convenzionalmente riconosciute.

Già il 18 marzo 2020, l'AGCOM adottava una delibera di indirizzo, con la quale i fornitori di servizi di media audiovisivi e radiofonici venivano invitati "ad assicurare una adeguata e completa copertura informativa sul tema del 'coronavirus covid-19', effettuando ogni sforzo per garantire la testimonianza di autorevoli esperti del mondo della scienza e della medicina allo scopo di fornire ai cittadini utenti informazioni verificate e fondate». In una prospettiva di cooperazione con i soggetti privati, si invitavano parimenti i fornitori di piattaforme di condivisione di video ad adottare misure volte a contrastare la diffusione di informazioni – concernenti il Coronavirus e le modalità, le tempistiche e gli effetti del contagio – non corrette o comunque provenienti da fonti non scientificamente accreditate⁶².

Ed è proprio davanti all'AGCOM che si è posta la questione più controversa concernente il bilanciamento tra libertà di informazione e tutela della salute. Ci si riferisce al caso Panzironi, originatosi a seguito di due delibere dell'AGCOM (nn. 152 e 153 del 7 aprile 2020), rese nei confronti dei canali televisivi 61 DTT e 880 del satellitare ad esito di un procedimento sanzionatorio (culminato con la comminazione della sospensione delle trasmissioni per un periodo di 6 mesi, ai sensi dell'art. 51, comma 9, del TUSMAR), con cui l'Autorità ha accertato la violazione, ad opera delle due emittenti televisive, degli artt. 3 e 36-*bis* del TUSMAR, dovuta alla messa in onda del programma Life 120 di Adriano Panzironi (presunto "guru", quantunque privo di titoli accademici e professionali), con la conseguente diffusione di "contenuti, commerciali e non, potenzialmente suscettibili di porre in pericolo la salute degli utenti in quanto induttivi di una sottovalutazione dei rischi potenziali del virus Covid-19 e dell'erroneo convincimento che lo stesso possa essere trattato con misure non terapeutiche ma alimentari o di mera integrazione, e conseguentemente idonei a ridurre il senso di vigilanza e di responsabilità verso i rischi sanitari e quindi tali da risultare pregiudizievoli per la salute dei consumatori/utenti". Le argomentazioni che hanno indotto l'AGCOM ad applicare una sanzione così grave si rinvengono sia nella contestazione del valore scientifico dei contenuti (tanto dal punto di vista soggettivo, attesa la mancanza di titoli professionali di Panzironi, sia dal punto di vista oggettivo, per la ritenuta approssimazione delle "teorie" esposte) sia nella mera strumentalità delle trasmissioni rispetto a finalità pubblicitarie e commerciali sia nella necessità di tutelare la salute pubblica nel contesto dell'emergenza sanitaria.

Le delibere dell'AGCOM sono state prontamente impugnate davanti al TAR Lazio che, con le due ordinanze nn. 3678 e 3680 del 2020, ha sospeso in via cautelare l'efficacia dei provvedimenti amministrativi *de quibus*, sulla base di un percorso motivazionale che, quantunque necessariamente

⁶² Sul tema, v. C. MAGNANI, *Emergenza sanitaria e libertà di informazione: cenni sul contrasto alla disinformazione nei giorni del coronavirus*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 2/2020, 237 ss.

succinto, rivela la necessità di un bilanciamento improntato a principi di ragionevolezza e proporzionalità nell'azione discrezionale dell'autorità, che non protenda verso gli estremi di un paternalismo illiberale.

Il Tar Lazio, infatti, ha opportunamente evidenziato che “gli effetti del provvedimento sanzionatorio, oltre a determinare in capo alla ricorrente un evidente pregiudizio di natura non solo economica, consistendo (...) nella completa paralisi dell'attività di media audiovisiva dalla stessa svolta”, non risultano “proporzionati rispetto al fine perseguito, proprio alla luce della disposta rimozione dei contenuti oggetto di contestazione” da parte delle emittenti in un momento successivo; resta ferma, nondimeno, l'inibizione della “diffusione di specifici contenuti attinenti alla emergenza epidemica in corso, che possano ingenerare disinformazione nel pubblico e ispirare comportamenti non raccomandati dalle competenti autorità sanitarie”. In altri termini, ad essere sproporzionata è la sanzione della sospensione semestrale delle trasmissioni delle emittenti, che così colpisce l'intera gamma dei contenuti diffusi – non soltanto quelli del “Life 120” di Panzironi, che coprono solo una parte della programmazione –, rimanendo purtuttavia intatto l'obbligo, in capo alle emittenti, di non divulgare contenuti concernenti la pandemia suscettibili di produrre disinformazione, anzi misinformazione.

Se, allora, i principi di ragionevolezza e proporzionalità sono la bussola della questione, non può non suscitare perplessità l'istituzione, avvenuta il 4 aprile 2020⁶³, di una *Task force* governativa (l'“Unità di monitoraggio per il contrasto della diffusione di *fake news* relative al Covid-19 sul *web* e sui *social network*”) composta da 11 membri esperti, con i compiti – tra gli altri – di effettuare una ricognizione e classificazione di contenuti falsi, non dimostrati o fuorvianti, specie con riguardo a quelli attinenti alle misure di limitazione dei contagi, la promozione di campagne di buona informazione e di partnership con i diversi soggetti del *web* specializzati in fact-checking, con piattaforme e motori di ricerca⁶⁴.

Una scelta, questa, che non convince per una pluralità di ragioni: innanzitutto, la proliferazione delle task force nel periodo dell'emergenza ha determinato la creazione di un circuito indiretto di rappresentanza degli interessi (e qui inevitabile discende la domanda: quali interessi e in nome di quali criteri?) in seno alle istituzioni governative, acuendo l'indebolimento della posizione del Parlamento e, peraltro, operando al di fuori dei canali istituzionali che pure alla rappresentanza degli interessi sono deputati (dopotutto il CNEL è ancora funzionante...); in secondo luogo, suscita perplessità l'istituzione di una nuova unità di monitoraggio a fronte delle continue attività dell'AGCOM, anche attraverso un apposito tavolo tematico per la disinformazione, secondo modalità “rodiate” di collaborazione con i soggetti privati (grazie a protocolli di intesa periodicamente sottoscritti con le piattaforme operanti nel *web*); ancora, appare inficiata da un'opzione ideologica paternalistica l'attribuzione di funzioni volte all'introduzione di tecniche di promozione sul *web* delle informazioni provenienti dalle fonti istituzionali, individuando, senza adeguata giustificazione, un canale informativo privilegiato; infine, la limitazione del campo di attività della Task force alle sole *fake news* diffuse sul *web* appare viziata da un pregiudizio, che chiaramente oblia il fatto che non sono mancati fenomeni di disinformazione anche sui media tradizionali (a partire dalle televisioni)⁶⁵.

Il problema delle *fake news* è ulteriormente tornato alla ribalta a seguito dello scoppio del conflitto russo-ucraino nel febbraio 2022, al punto tale che la propaganda *online* e le campagne di disinformazione sono state considerate un vero e proprio fronte bellico virtuale (la c.d. *info-war*) che si affianca alla guerra sul campo.

L'azienda NewsGuard, per esempio, nell'avviare un'opera di monitoraggio del flusso di notizie che circolano sul *web* in queste settimane, ha segnalato la presenza di 116 siti *web* ritenuti responsabili

⁶³ V. il [decreto](#) del Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio dei Ministri con delega in materia di informazione e di editoria del 4 aprile 2020.

⁶⁴ V. ancora C. MAGNANI, op. cit., 246.

⁶⁵ Cfr. anche B. PONTI, *Le asimmetrie dell'Unità di monitoraggio per il contrasto alle fake news sul Covid-19*, in [laCostituzione.info](#), 7 aprile 2020.

di un'attività di disinformazione filo-russa (da fonti ufficiali di media statali russi a siti anonimi, passando per pagine di fondazioni o altri enti dei quali sono dubbi i canali di finanziamento), che avrebbero propagandato tesi, come quelle sul genocidio ai danni dei russi nel Donbass o sulla necessità della de-nazificazione delle istituzioni ucraine, in linea con la narrazione russa e pressoché unanimemente smentite. Lo stesso centro di *fact checking* indipendente ha osservato che la stragrande maggioranza di tali siti rientra in una vera e propria “macchina della propaganda” attiva sin dal 2018 (se non prima). Anche da parte ucraina non sono mancate operazioni di disinformazione propagandistica, sia pur in misura decisamente minore (e in chiara risposta alle velleità neo-imperiali della potenza vicina), come ad esempio quelle sulla presenza del “Ghost di Kiev”, un aereo “fantasma” che avrebbe abbattuto sei velivoli russi sui cieli ucraini. La manipolazione di immagini e video sulle operazioni militari in corso è stata più volte confermata anche dagli apparati di sicurezza italiani, come rivelato da fonti anonime all'agenzia AdnKronos⁶⁶. Anche l'Osservatorio europeo sulla disinformazione in rete ha evidenziato la moltitudine di false notizie messe in circolazione sui circuiti *web* soprattutto da parte russa, dal falso video pubblicato dall'account “Made in Russia” attestante l'arrivo indisturbato di paracadutisti russi a Kharkiv (città ancora sotto controllo ucraino) alle fotografie raffiguranti bandiere russe già issate su numerosi edifici amministrativi di Kiev, passando per il tweet che dimostrerebbe il sostegno militare diretto del regime dittatoriale della Corea del Nord all'invasione russa.

Sul versante dell'Unione Europea, non può poi essere dimenticato il divieto disposto dal Consiglio di diffondere o agevolare la diffusione dei contenuti audiovisivi dei fornitori di media legati al governo russo, anche se diffusi via cavo, satellite, IP-TV, via piattaforma o applicazione di condivisione di video su Internet⁶⁷, divieto confermato in sede cautelare dal Tribunale UE di primo grado⁶⁸, proprio in considerazione dell'attività di disinformazione sistematicamente svolta dai media controllati dal governo russo.

Ma, se è vero che le campagne di disinformazione sono connaturate ad ogni conflitto militare, sono due aspetti in particolare che appaiono costituire la peculiarità di questa vicenda sul piano della libertà di informazione.

In primo luogo, ci si riferisce alla “stretta” operata dal legislatore russo sulla libertà di espressione, a seguito della votazione della Duma con cui è stata punita sino a 15 anni di reclusione la diffusione di “false informazioni” (rispetto alla narrazione ufficiale del Cremlino) sull' “operazione militare speciale” in corso in Ucraina⁶⁹.

Una legge liberticida, questa, che segna l'acuirsi di una tendenza autocratica alla limitazione delle libertà fondamentali (ed in particolare della libertà di espressione) già da tempo manifesta nel Paese, in chiaro dispregio dei vincoli internazionali cui pure la Russia è soggetta (a partire dalla CEDU, e dal suo art. 10). Numerosi media occidentali (dalla BBC alla RAI) hanno, conseguentemente, ritirato i loro inviati e corrispondenti dalla Russia per evitare che i giornalisti potessero subire ritorsioni giudiziarie nel Paese. A ciò si accompagna l'attività censoria del Roskomnazor, l'agenzia per le comunicazioni russa, che ha bloccato l'accesso a vari canali media indipendenti e, soprattutto, a piattaforme social come Facebook e Twitter.

In seconda battuta, un aspetto che merita di essere considerato è quello relativo al ruolo delle piattaforme nella rimozione di contenuti ritenuti falsi o propagandistici, afferenti a profili filorussi.

⁶⁶ *Guerra Ucraina-Russia, 'piovono' fake news: ecco le prove*, AdnKronos, 5 marzo 2022.

⁶⁷ Regolamento (UE) 2022/350 del Consiglio del 1° marzo 2022, che modifica il regolamento (UE) n. 833/2014 concernente misure restrittive in considerazione delle azioni della Russia che destabilizzano la situazione in Ucraina; v. anche la Decisione (PESC) 2022/351 del Consiglio del 1° marzo 2022, che modifica la decisione 2014/512/PESC concernente misure restrittive in considerazione delle azioni della Russia che destabilizzano la situazione in Ucraina.

⁶⁸ Ordinanza del Presidente del Tribunale UE del 30 marzo 2022 nella causa T-125/22 R, intentata da Russia Today France contro il Consiglio.

⁶⁹ [Legge Federale n. 32-FZ del 4 marzo 2022, Sugli emendamenti al codice penale della Federazione Russa e agli articoli 31 e 151 del codice di procedura penale della Federazione Russa.](#)

Il gruppo Meta (Facebook/Instagram), per esempio, ha istituito un comitato operativo (*Special Operations Center*), composto da esperti indipendenti, inclusi madre-lingua russi e ucraini, per monitorare la qualità dei contenuti diffusi e per verificarne l'attendibilità, onde procedere a tutte le attività necessarie di contrasto, sino alla rimozione degli stessi e alla sospensione degli account. Twitter, invece, sta applicando le sue norme interne "sui contenuti multimediali artificiosi e manipolati" per la limitazione e la rimozione di quelli "che promuovono violenza o disinformazione dannosa", ma non sono mancati errori da parte degli algoritmi utilizzati, come segnalato dall'analista Nick Waters del centro giornalistico di inchiesta *Bellingcat* e dalla parlamentare francese Françoise Ballet-Blu. Analogamente, Alphabet (la holding che controlla Google e Youtube) ha impedito la monetizzazione dei contenuti (cioè la ricezione di corrispettivi dalle inserzioni pubblicitarie) da parte del canale di Stato Russia Today e ha de-indicizzato i video dello stesso canale, fino a sospendere – come annunciato il primo marzo scorso – i canali YT Russia Today e Sputnik entro i confini europei.

Intento nobile, si direbbe. Ma le perplessità senz'altro non mancano⁷⁰, atteso che le piattaforme non sono agenti "neutrali" e indipendenti, ma sono perfettamente inserite all'interno di un contesto di *info-war*, rispondendo ad interessi geo-politici e geo-economici ben precisi (insomma, la domanda è lecita: è amore per la verità, quello da esse manifestato, o piuttosto sensibilità alle sirene del *deep State* d'Oltreoceano in funzione antirussa?). In altri termini, non possiamo omettere di considerare come, pure in questo frangente, si assista – anche ammettendo di essere, come oggi si usa dire, "dalla parte giusta della Storia" – ad una perigliosa privatizzazione della censura, suscettibile di costituire un (ulteriore) precedente (oggi i canali ufficiali russi, domani chissà...).

Se, allora, questo conflitto, tragico e abietto, è anche una guerra dell'autocrazia contro la liberal-democrazia occidentale (e le sue garanzie), a maggior ragione siamo chiamati a dimostrare, come cittadini europei prima ancora che come giuristi e studiosi, che le libertà e i diritti vanno "presi sul serio" non soltanto nei confronti delle istituzioni pubbliche, ma anche nei confronti dei "poteri privati" e delle loro logiche (ora economico-commerciali, ora geo-economiche e geo-politiche), affinché la lotta (necessaria) alle *fake news* non degeneri in una sottile, ambigua, pericolosa repressione del dissenso.

Ma in proposito avremo modo di tornare a breve.

1.3 (segue) *L'illusione della e-democracy*

Alla luce di queste problematiche, e tenuto conto della pervasività dei poteri privati (le piattaforme digitali), possiamo accennare anche al dibattito emerso in ordine al tema della c.d. *e-democracy*⁷¹ e ad un possibile superamento della logica rappresentativa in favore di esperimenti di democrazia diretta elettronica. Non si possono, infatti, non cogliere criticità particolarmente rilevanti, manifestando così non poche perplessità rispetto a chi tenti di ridisegnare il costituzionalismo moderno nell'ottica di una democrazia 2.0.

Occorre tenere a mente i rischi di aggravamento di quella che Bernard Manin definisce la "democrazia del pubblico"⁷², nella direzione di un uso massiccio della rete a scopi meramente propagandistici e funzionali alle esigenze di vecchi e nuovi movimenti dalle venature populiste, appiattiti nell'estrema personalizzazione dei rispettivi leader-demagoghi. Inoltre, non vanno

⁷⁰ Cfr. E. BELISARIO, *Social War, i pericoli delle grandi piattaforme social contro la Russia*, in *Domani*, 6 marzo 2022.

⁷¹ Cfr., se si vuole, A. LAMBERTI, *Libertà di informazione e democrazia. Approccio multilevel e questioni attuali*, cit., in particolare, 172 ss.

⁷² B. MANIN, *Principi del governo rappresentativo*, Bologna, 2010. Sullo stesso tema si rinvia di nuovo a F. GALLO, *Democrazia 2.0. La Costituzione, i cittadini e le nuove forme di partecipazione*, cit., 62.

trascurati i pericoli della disintermediazione⁷³, che sfavorisce la discussione pubblica rinchiudendo gli utenti in una *filter bubble*⁷⁴ senza dialettica e senza possibilità di orizzonti diversi. Ma, oltre alle problematiche relative allo “strumento” della rete, non bisogna trascurare le sfide che la democrazia diretta digitale potrebbe offrire al “metodo” democratico: il rischio di “far votare tutti su tutto”, ma di “votare soltanto”, senza “conoscere, discutere, progettare, controllare”, tutte «funzioni, queste, che verrebbero concentrate nelle mani di gruppi ristretti»⁷⁵.

E allora, di fronte a questo scenario, appaiono profetiche le considerazioni svolte da Carl Schmitt nella “Dottrina della Costituzione”: «Potrebbe immaginarsi che un giorno per mezzo di ingegnose invenzioni ogni singolo uomo, senza lasciare la sua abitazione, con un apparecchio possa continuamente esprimere le sue opinioni sulle questioni politiche e che tutte queste opinioni vengano automaticamente registrate da una centrale, dove occorre solo darne lettura. Ciò non sarebbe affatto una democrazia particolarmente intensa, ma una prova del fatto che Stato e pubblicità sarebbero totalmente privatizzati. Non vi sarebbe nessuna pubblica opinione, giacché l’opinione così concorde di milioni di privati non dà nessuna pubblica opinione, il risultato è solo una somma di opinioni private. In questo modo non sorge nessuna volontà generale (...), ma solo la somma di tutte le volontà individuali (...)»⁷⁶.

La democrazia, insomma, non è la conta dei voti, non può ridursi alla mera sommatoria aritmetica delle preferenze dei singoli (ed è questa una grande illusione figlia dell’altrettanto perigliosa illusione neoliberista della “sovranità” dell’individuo-consumatore), non è – chiosa Pallante⁷⁷ – la «figlia stupida della matematica», ma esige dinamica, dialettica, crescita e scambio, conflitto e mediazione.

Ecco, dunque, che “se può convenirsi che i nostri Costituenti non abbiano escluso allargamenti progressivi dei canali della partecipazione politica anche oltre il modello dei partiti, è la (possibilità di) traduzione istituzionale delle istanze diffuse nel corpo sovrano, postulata dall’art. 49 Cost. (almeno per il modello democratico che lo sostiene) che resta pur sempre necessaria. Ciò che, a meno

⁷³ Sui pericoli della disintermediazione, vedasi F. GALLO, *Il futuro non è un vicolo cieco. Lo Stato tra globalizzazione, decentramento ed economia digitale*, cit., 132, che – a proposito dei *social network* – afferma: «La creazione sul *web* di gruppi in base a legami di affinità tra amici e di ostilità contro comuni nemici, avviene, infatti, fuori dal tradizionale circuito politico, produce appunto disintermediazione e riduce la possibilità di incontro tra opposti schieramenti e, quindi, allarga la frattura fra le comunità».

⁷⁴ L’espressione è stata coniata da ELI PARISIÈR, autore del volume *The Filter Bubble: What the Internet Is Hiding from You* (per l’ed. it., vedasi *Il filtro. Quello che internet ci nasconde*, Milano, 2012). Con *filter bubble* si intende il fenomeno di personalizzazione delle ricerche dei siti *web*, con il risultato della “chiusura” e dell’isolamento dell’utente in una bolla di informazioni non conflittuali, senza possibilità di confronto dialettico e di ampliamento degli orizzonti culturali. Sul legame tra *filter bubble*, comunità chiuse e *fake news*, si segnalano le seguenti osservazioni, tratte dalla Relazione Annuale 2019 dell’AGCOM, relative ad un’indagine di studi, culminata in un rapporto, condotta nel novembre 2018: «Muovendo all’analisi dei fenomeni di c.d. “viralizzazione” del contenuto *fake*, il rapporto ne chiarisce il legame con le modalità di consumo informativo sulle piattaforme online. Specie per le tematiche individuate come oggetto di disinformazione, la viralizzazione avviene per lo più all’interno di comunità chiuse e distinte, in cui gli utenti tendono a selezionare le informazioni che sono coerenti con il proprio sistema di credenze, ignorando quelle discordanti» (per ulteriori approfondimenti, si rimanda a “News vs. Fake nel sistema dell’informazione”, Interim Report, Indagine Conoscitiva, Del. 309/16/CONS).

⁷⁵ Così S. RODOTÀ, *Tecnopolitica: la democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Roma-Bari, 1997, 166. V. anche P. BILANCIA, *Crisi nella democrazia rappresentativa e apertura a nuove istanze di partecipazione democratica*, in federalismi.it, numero speciale n. 1/2017, 14-15: “Per assumere una posizione è fondamentale partecipare al dibattito, esprimere le proprie idee, criticare le altrui posizioni, proporre emendamenti: un processo “deliberativo”, infatti, necessita di un incontro tra argomentazioni che giustifichino una decisione finale. Per valutare le ragioni della accettazione e del rifiuto della proposta in condizioni di parità (isegoria) e pervenire ad una deliberazione, è necessario seguire un percorso logico che porti alla condivisione o meno di un obiettivo. Ciò presuppone una fase di ascolto, di valutazione e di critica: i presupposti per tale procedimento devono per tanto essere la massima inclusività e la parità delle parti in dibattito. Un percorso orizzontale, come quello che si svolge in qualsiasi agorà, e non invece guidato da vertici.”

⁷⁶ C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, Milano, 1984, trad.it. a cura di A. Caracciolo, 321-322.

⁷⁷ Per ulteriori approfondimenti, v. F. PALLANTE, *Contro la democrazia diretta*, Torino, 2020.

di (non autorizzate) interpretazioni verticistiche del comune sentire, fa difetto alle tecnologie di Rete”⁷⁸.

Pertanto, la chimerica democrazia digitale altro non rappresenta che un rischio di svuotamento di senso della democrazia stessa, basata sull’idea del *government by discussion* e sull’etica del discorso habermasiana, e che si nutre dell’apporto fondamentale di quelle formazioni sociali in cui liberamente si svolge la personalità umana.

Una democrazia elettronica, quindi, stando così le cose (considerati, cioè, i pericoli attuali del *web*, che al momento vedono ancora poche risposte sul piano giuridico), potrebbe indirizzarsi verso un “modello distopico”, il cui fulcro sarebbe da rinvenirsi in un’«agorà digitale imperscrutabile [...] utilizzata dai poteri reali, pubblici e privati, per il perseguimento di fini sostanzialmente illegittimi ma non comprensibili dal demos, che può essere così sorvegliato e manipolato»⁷⁹.

Un non-luogo virtuale caratterizzato da un “consenso apparentemente libero, ma in realtà astutamente pre-indirizzato, manipolato o senz’altro falsificato, di una porzione del popolo sovrano presentata come più meritevole e rappresentativa”⁸⁰.

Un plebiscitarismo elettronico⁸¹, a ben vedere, più che una democrazia, il che sarebbe – allora – null’altro che il frutto di un già imperversante populismo digitale⁸².

Ecco, quindi, che la vera sfida per il diritto costituzionale non è tanto quella di un’illusoria democrazia digitale – allo stato irrealizzabile per le condizioni di divario tecnologico tuttora esistenti⁸³ e per lo strapotere delle piattaforme digitali, oltre che in sé distopica, nella misura in cui consegnerebbe la logica del *government by discussion* a quella della delega *de facto* attraverso un click disindividualizzante (e disumanizzante), in cui conta solo il voto dei singoli, ridotti ad espressioni di un’informe massa virtuale, in una mera operazione aritmetica di addizione – quanto piuttosto quella di riflettere sulla democrazia “al tempo del digitale”⁸⁴, individuando le questioni problematiche offerte dallo sviluppo tecnologico e le potenziali soluzioni per limitare i poteri delle grandi *corporations* multinazionali (i c.d. giganti del *web*) e, conseguentemente, garantire i diritti degli utenti quali soggetti deboli⁸⁵.

⁷⁸ Così P. COSTANZO, *La democrazia digitale (precauzioni per l’uso)*, in *Diritto pubblico*, 1/2019, 88.

⁷⁹ Si rimanda a G. FIORIGLIO, *Democrazia elettronica. Presupposti e strumenti*, Padova, 2017, 385. In particolare, l’autore individua tre possibili modelli di democrazia elettronica: «uno ideale (o utopistico), in prospettiva evolutiva ed integrata, che richiede ulteriori avanzamenti tecnologici; uno distopico, in prospettiva involutiva ed apocalittica, per mettere in luce le eventuali conseguenze negative di un progresso tecnologico non costituzionalmente orientato e ciò nonostante integrato nella democrazia; uno realistico, realizzabile sin d’ora utilizzando le tecnologie dell’informazione e della comunicazione disponibili» (373). Abbiamo fatto riferimento, nel testo, al modello distopico (il secondo, nella tassonomia dell’A.) per mettere in guardia da facili (e ingenui) prospettive ottimistiche.

⁸⁰ G. GOMETZ, *E-democracy. Forme e problemi della democrazia elettronica*, in T. Casadei – S. Pietropaoli (a cura di), *Diritto e tecnologie informatiche*, cit., 67-68.

⁸¹ L’espressione è usata da G. FIORIGLIO, *Democrazia elettronica. Presupposti e strumenti*, cit., 388.

⁸² Sul populismo digitale, v. M. BARBERIS, *Come Internet sta uccidendo la democrazia*, Milano, 2019, 38, il quale si sofferma sul superamento delle mediazioni politiche tradizionali risultante dalla diffusione della rete, con la connessa “illusione di poter influire sulla politica” da parte di ognuno con un click, foriera di un “cortocircuito tra istituzioni e media”. Su questi temi, v., da ultimo, anche A. CIANCIO, *Le sfide della rappresentanza politica nell’epoca di Internet. Brevi note a mo’ di introduzione*, in federalismi.it, n. 15/2021, 43 ss. Sulla crisi della rappresentanza, v. P. BILANCIA (a cura di), *Crisi della rappresentanza politica nella democrazia contemporanea*, Torino, 2018 e, in particolare, nel citato volume collettaneo, il contributo di P. BILANCIA, *Crisi nella democrazia rappresentativa e apertura a nuove istanze di partecipazione democratica*.

⁸³ Ed è proprio il divario tecnologico a determinare che “soggetti deboli ed emarginati (...), invero proprio quelli che maggiormente necessitano di tutela per esercitare i loro diritti, non vengono presi in considerazione dalla e-democracy”. Così P. BILANCIA, *Crisi nella democrazia rappresentativa e apertura a nuove istanze di partecipazione democratica*, cit., 14.

⁸⁴ V. P. COSTANZO, *La democrazia digitale (precauzioni per l’uso)*, cit., 85 ss.

⁸⁵ V., *inter alios*, P. BILANCIA, *La complessa tutela dei diritti nella rete*, in A. Papa (a cura di), *Comunicazione e nuove tecnologie. New media e tutela dei diritti*, Roma, 2011.

2. Poteri delle piattaforme online e diritto costituzionale: problemi e prospettive

Soffermando allora la nostra analisi sui poteri delle piattaforme, una ulteriore precisazione appare necessaria: in molti casi, le piattaforme *online* acquisiscono dai cittadini-utenti il diritto di tenere condotte limitative (se non *tout court* espropriative) dei loro diritti costituzionali attraverso l'accettazione, da parte dei cittadini-utenti, di condizioni generali di contratto contenute in documenti variamente denominati: "condizioni d'uso", "standard", ecc.

Ci si trova pertanto di fronte a diritti fondamentali di privati (i cittadini-utenti) limitati da altri privati (le piattaforme *online*) non posti peraltro su un piano di parità, in considerazione della forza economica e contrattuale detenuta dalle organizzazioni che gestiscono le piattaforme.

Viene, in altri termini, evocata la tematica dei c.d. "poteri privati"⁸⁶, cioè dei soggetti che, agendo nelle forme del diritto privato, siano in grado, per la loro forza economica e/o sociale, di incidere sull'esercizio delle libertà fondamentali dei singoli (al punto che, si è detto provocatoriamente, l'unica libertà degli individui finisce col divenire una "libertà fragile"⁸⁷ o, addirittura, la "libertà di essere controllati"⁸⁸).

Insomma, appaiono ben lontani i tempi in cui, forse con ottimismo eccessivamente ingenuo, si coltivava il sogno, o meglio l'utopia libertaria, di una rete indipendente da ogni potere, nuovo regno della libertà: dalla provocatoria *Dichiarazione di indipendenza del cyberspazio* di Barlow del 1996, vero e proprio inno alla libertà e ad Internet come nuova dimora della Mente lontana dalle ingerenze dei "Governi del Mondo Industriale, stanchi giganti di carne e di acciaio", si è ormai pervenuti ad una situazione in cui tiranneggiano poteri privati ed in cui la libertà dell'utente – sempre più "libertà vigilata"⁸⁹ – è sempre più messa alla prova.

Com'è noto, all'esigenza di garantire i singoli nei confronti dei poteri privati si è inteso rispondere, dalla prospettiva del diritto pubblico, attraverso l'elaborazione della c.d. *Drittwirkung* dei diritti costituzionali, ossia l'efficacia di questi diritti anche nei rapporti tra privati, e, dalla prospettiva del diritto privato, attraverso la c.d. "costituzionalizzazione" dei limiti all'autonomia privata, quali il buon costume e l'ordine pubblico (artt. 1322 e 1418 cod. civ.) nonché mediante l'applicazione "evolutiva" delle clausole generali della correttezza e della buona fede (artt. 1175 e 1375 cod. civ.)⁹⁰.

Ritornando pertanto alle esemplificazioni precedenti, in merito ai rischi derivanti nel nuovo ambiente digitale ai diritti fondamentali dei cittadini-utenti, occorre chiedersi se e, eventualmente, a

⁸⁶ Su cui si v., in generale, G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 1970; C. M. BIANCA, *Le autorità private*, Jovene, Napoli, 1977; nonché più di recente M. ESPOSITO, *Profili costituzionali dell'autonomia privata*, Padova, CEDAM, 2003. Per una riproposizione della categoria proprio con riferimento alle piattaforme online, si v. tra gli altri M. BASSINI, *Internet e libertà di espressione – Prospettive costituzionali e sovranazionali*, Canterano, 2019, 107 ss. e O. GRANDINETTI, *Facebook vs. CasaPound e Forza Nuova, ovvero la disattivazione di pagine social e le insidie della tutela multilivello dei diritti fondamentali*, in *MediaLaws*, 2021, 173 ss. V. anche A. PAPA, *Espressione e diffusione del pensiero in Internet. Tutela dei diritti e progresso tecnologico*, Torino, 2009, specie 241 ss.

⁸⁷ S. SICA – G. GIANNONE CODIGLIONE, *La libertà fragile. Pubblico e privato al tempo della rete*, 2014.

⁸⁸ Così F. RIMOLI, *Democrazia, populismo digitale e "neointermediazione politica": i rischi del cittadino telematico*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, I, *Costituzionalismo, reti e intelligenza artificiale*, Genova, Consulta OnLine, 2020, 31.

⁸⁹ Così D. KAYE, *Libertà vigilata. La lotta per il controllo di Internet*, trad. it., Roma, 2021.

⁹⁰ Tra i più autorevoli sostenitori di questa posizione, si v. S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bologna, 1990; ID., *Il diritto di avere diritti*, Roma – Bari, 2012; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale: per un sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006; G. ALPA, *Giuristi e interpretazioni. Il ruolo del diritto nella società postmoderna*, Genova, 2017. In giurisprudenza, per tutti, v. Cass. civ. Sez. III, 19 settembre 2009, n. 20106, in *I Contratti*, 2010, 5 ss., con nota di G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*. Sulla scia di quest'ultima pronuncia il Tribunale di Roma, con ordinanza del 29 aprile 2020, ha per esempio confermato l'accoglimento del ricorso cautelare proposto da CasaPound avverso la disattivazione della sua pagina Facebook per la violazione degli Standard della Community della stessa piattaforma; per un commento, v. O. GRANDINETTI, *Facebook vs. CasaPound*, cit.

quali condizioni le compressioni di questi diritti possano trovare giustificazione costituzionale o, invece, un insormontabile ostacolo alla loro imposizione.

Prendendo anzitutto in considerazione la scansione delle comunicazioni mail da parte delle organizzazioni che offrono il servizio di posta elettronica su base apparentemente gratuita (ma che in realtà viene abbondantemente ripagato dall'utente proprio attraverso la fornitura di dati al momento della registrazione nonché, ancor di più, al momento della concessione della possibilità di scansionare la corrispondenza tenuta dallo stesso con i propri contatti) viene in rilievo l'art. 15 Cost., in base al quale la libertà e la *segretezza* della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione sono *inviolabili*.

Quand'anche non volesse aderirsi a quella autorevole (ma minoritaria) posizione dottrinale, secondo la quale libertà e segretezza rappresenterebbero un'endiadi e definirebbero come un'*unica* situazione giuridica la libertà di comunicare riservatamente⁹¹ con la conseguenza che la segretezza sarebbe pertanto sempre irrinunciabile⁹², dovrebbe comunque considerarsi che l'art. 15 Cost. tutela tanto il mittente quanto il destinatario⁹³. Sicché, persino qualora potesse ritenersi valido il consenso del mittente titolare dell'account di posta elettronica alla scansione della propria corrispondenza, detto consenso non sarebbe comunque sufficiente⁹⁴.

Sembra porsi in contrasto con la nostra Costituzione anche l'invio di comunicazioni mirate, volte a condizionare le scelte ed il comportamento del cittadino-utente, il più delle volte destinate ad agire sul subconscio dell'inconsapevole destinatario. La libertà della persona di autodeterminarsi, che la si voglia far discendere direttamente dall'art. 13 Cost., anche in combinato disposto con gli artt. 2 e 3 Cost.⁹⁵, ovvero dall'art. 23 Cost.⁹⁶, è comunque un diritto costituzionale inviolabile, "azionabile non solo contro i poteri pubblici ma anche contro i privati"⁹⁷.

Del resto, sembra rispondere proprio all'esigenza di rispettare la libertà di autodeterminazione dell'individuo il divieto di pubblicità televisiva subliminale contenuto da tempo nelle direttive e nella normativa italiana di recepimento⁹⁸.

⁹¹ Com'è noto, è la tesi sostenuta da A. PACE, *Articolo 15*, in *Commentario della Costituzione a cura di G. Branca*, Bologna – Roma, Zanichelli – Il Foro italiano, 1977; P. COSTANZO, *Internet (diritto pubblico)*, in *Digesto disc. pubbl. Aggiornamento*, Torino, UTET, 2000; M. MANETTI, *La libertà di manifestazione del pensiero*, in *Diritti costituzionali, a cura di R. Nania e P. Ridola*, Torino, Giappichelli, 2006; M. BETZU, *Regolare Internet. La libertà di informazione e di comunicazione nell'era digitale*, Torino, Giappichelli, 2012.

Contra, però, tra gli altri, V. ITALIA, *Libertà e segretezza della corrispondenza e delle comunicazioni*, Milano, Giuffrè, 1990; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984; P. CARETTI, *Corrispondenza (libertà di)*, in *Digesto disc. pubbl.*, Torino, UTET, 1989; G.M. SALERNO, *La protezione della riservatezza e l'invio della corrispondenza*, in *Diritti costituzionali*, a cura di R. Nania e P. Ridola, cit. Aderisce a questa tesi anche la Corte costituzionale, si v. la sentenza 26 febbraio 1993, n. 81, in *Giur. cost.*, 1993, 731 ss., con nota di A. PACE, *Nuove frontiere della libertà di comunicare riservatamente (o, piuttosto, del diritto alla riservatezza?)* e la sentenza 27 ottobre 1988, n. 1030, ivi, 1988, 4982 ss., con nota di R. NIRO, *I ponti radio: mezzi di "comunicazione" o mezzi di "trasporto" di programmi destinati alla radiodiffusione?*

⁹² M. BETZU, *Regolare Internet*, cit., 100, 102 nota 22 e 125 ss.

⁹³ Principio pacifico in dottrina, v. per tutti A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, CEDAM, 1992, 252 ss. e, più di recente, R. ZACCARIA, A. VALASTRO, E. ALBANESI, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Milano, Wolters Kluwer – CEDAM, 2021, 71.

⁹⁴ A. PACE, *op. e loc. cit.*; ma si cfr. anche l'art. 93 della legge 22 aprile 1941, n. 633 (Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio), in base al quale "Le corrispondenze epistolari, gli epistolari, le memorie familiari e personali e gli altri scritti della medesima natura, allorché abbiano carattere confidenziale o si riferiscano alla intimità della vita privata, non possono essere pubblicati, riprodotti od in qualunque modo portati alla conoscenza del pubblico senza il consenso dell'autore, e, trattandosi di corrispondenze epistolari e di epistolari, anche del destinatario".

⁹⁵ Secondo P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit.; e pur con alcune diverse sfumature, G. GUARINO, *Lezioni di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1969. Per la giurisprudenza ordinaria, si v., ad es., C. cass. pen., sez. IV, 11 luglio 2001, ric. Firenzani.

⁹⁶ Secondo A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, p.s., Milano, Giuffrè, 1992, 174 ss.

⁹⁷ A. PACE, *op. ult. cit.*, 177.

⁹⁸ A partire dall'art. 3-sexies della c.d. Direttiva TV senza frontiere 552/89/CEE, recepita nell'art. 15, comma 9, della legge 6 agosto 1990, n. 223, per finire con l'art. 9 paragrafo 1, lett. b), della direttiva sui servizi di media audiovisivi,

In considerazione delle ben maggiori diffusione e pervasività di questi messaggi “personalizzati” e di questa pubblicità targettizzata (rispetto alla forza suggestiva della pubblicità televisiva subliminale) sembra allora emergere in tutta la sua evidenza la contrarietà a Costituzione dell’invio, agli utenti delle piattaforme digitali, di pubblicità “personalizzata” e di messaggi subliminali del tipo sopra descritto, realizzati, ad insaputa degli interessati, alla luce di una profilazione degli utenti estesa, ad insaputa degli interessati, ai profili più intimi della persona.

Anche la problematica delle *fake news* sembra poter ricevere qualche ulteriore messa a fuoco alla luce del diritto costituzionale. A fronte delle ricorrenti perplessità riguardo ad un intervento dello Stato - in via diretta o attraverso la creazione di corrispondenti obblighi in capo ai gestori delle piattaforme *online* - volto a distinguere tra notizie vere e false e, in ultima analisi, tra notizie suscettibili (o no) di tutela ai sensi dell’art. 21 Cost., appare opportuno richiamare la lezione di Carlo Esposito⁹⁹, più di recente ripresa e sviluppata da Alessandro Pace¹⁰⁰, comunque in epoche in cui l’espressione *fake news* non era neppure conosciuta.

Ci si riferisce alla ben nota tesi secondo la quale la tutela di cui all’art. 21 Cost. non può esser accordata a manifestazioni “subiettivamente false”, notizie cioè della cui falsità l’autore sia intimamente consapevole, con la conseguenza di poter escludere che si tratti di un pensiero che sia “proprio”, come testualmente richiesto dalla nostra Costituzione (là dove è appena il caso di sottolineare che, com’è ormai pressoché pacifico, la tutela di cui all’art. 21 si estende anche al resoconto di fatti).

In applicazione di tali principi, non parrebbe perciò discutibile la legittimità della reazione dei poteri pubblici *quantomeno* avverso i fenomeni di “disinformazione”, posto che essa si connota per il fatto di avere ad oggetto notizie che, oltre ad essere false, vengono create deliberatamente dal fornitore di contenuti, per giunta al fine di danneggiare terzi¹⁰¹.

Alla luce della giurisprudenza costituzionale degli ultimi cinquant’anni in tema di pluralismo informativo, sembra potersi trarre qualche utile spunto di riflessione anche per quel che riguarda la compatibilità con tale valore costituzionale dell’utilizzo di algoritmi che, selezionando i contenuti proposti all’utente di un *social network* o di un motore di ricerca solo tra quelli corrispondenti alle convinzioni *lato sensu* politiche dello stesso utente (individuate attraverso la profilazione dello stesso ad opera della piattaforma), sono responsabili delle c.d. camere d’eco (*echo chamber*), cioè della creazione di comunità costituite soltanto da soggetti portatori delle stesse convinzioni, conducendo così a quella reciproca conferma dei propri convincimenti che dà luogo al c.d. *confirmation bias* (pregiudizio di conferma), con conseguente polarizzazione dei gruppi sociali, che vengono a trovarsi gli uni contro gli altri armati¹⁰².

In un contesto di tal fatta, cioè, l’utente è inevitabilmente portato “a confrontarsi con contenuti che in qualche modo già rispecchiano le proprie convinzioni e la propria visione del mondo, a scapito di quelli che possono metterle in discussione: da qui, un inevitabile effetto di polarizzazione e estremizzazione, per cui, confrontandosi con soggetti che per lo più condividono le medesime idee, l’individuo tende a rafforzarsi nelle proprie convinzioni e a evitare il confronto con opinioni e visioni del mondo differenti. (...) L’utente dell’informazione viene così a comportarsi secondo la logica del consumatore, che sceglie sul mercato il bene che maggiormente corrisponde alle proprie esigenze,

2010/13/UE, recepita nell’art. 36-*bis*, comma 1, lett. b), del decreto legislativo 31 luglio 2005, n. 177, recante il Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici; in tal senso, anche da O. GRANDINETTI, *La par condicio al tempo dei social, tra problemi “vecchi” e “nuovi” ma, per ora, tutti attuali*, in [MediaLaws](#), 2019, 127, nota 102, il quale ricorda la forza suggestiva di tali tecniche e l’impossibilità per il cittadino-utente di esserne consapevole.

⁹⁹ C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell’ordinamento italiano*, Milano, 1958, 36.

¹⁰⁰ A. PACE, *Articolo 21*, in *Commentario della Costituzione a cura di G. Branca*, Bologna – Roma, Zanichelli – Il Foro italiano, 2006, 88 ss.

¹⁰¹ Lo ricorda anche M. BASSINI, *op. cit.*, 298, nota 120.

¹⁰² Si pensi, da ultimo, alla contrapposizione tra i *no green pass* e, sul fronte opposto, i sostenitori del certificato vaccinale o dell’obbligo vaccinale. Su questi temi, in generale, si v. per tutti C. R. SUNSTEIN, *#Republic. La democrazia nell’epoca dei social media*, Il Mulino, Bologna, 2017.

vere o presunte, piuttosto che come un cittadino, che per assumere decisioni consapevoli dovrebbe prendere in considerazione tutte le possibili alternative e tutti i pro e i contro della scelta che gli si prospetta”¹⁰³.

A fronte di questa ormai dimostrata dinamica sociale, appaiono condivisibili quelle tesi, che si affacciano sempre più di frequente, in base alle quali gli algoritmi sopra descritti sarebbero ontologicamente incompatibili con la tutela del pluralismo informativo¹⁰⁴.

3. Oltre l'auto-regolamentazione: vecchi e nuovi tentativi di regolamentazione in un sistema multilivello

È stato ormai superato, sia oltreoceano che in Italia, l'equivoco secondo cui Internet, rappresentando un “non luogo” nonché un fenomeno intrinsecamente sovranazionale, *rectius* transnazionale, non sarebbe suscettibile di regolamentazione da parte degli Stati 105 : l'autoregolazione, infatti, si è rivelata assolutamente insufficiente, essendo decisamente illusorio pensare che siano proprio quei poteri selvaggi di cui *supra* a regolare spontaneamente la propria azione su scala globale.

Non sbaglia, allora, autorevole dottrina¹⁰⁶ nel rivolgere critiche al pensiero di Gunther Teubner¹⁰⁷, secondo il quale la regolamentazione della rete dovrebbe essere «solo il frutto della stessa società civile e delle dinamiche sociali ed economiche da essa prodotte», con la conseguenza, però, di superare in tal modo, «la logica politica degli Stati per imporre nella sostanza il dominio dei regimi privati globali, vale a dire di quel diritto prodotto esclusivamente dagli stessi portatori degli interessi settoriali del mercato»¹⁰⁸. La tesi di Teubner, infatti, come notava anche Rodotà, conduce ad una sorta di «medioevalismo istituzionale»¹⁰⁹ che «rivela l'incapacità di elaborare categorie interpretative atte a far fronte ai problemi del presente»¹¹⁰.

¹⁰³ V., commentando Sunstein, G. E. VIGEVANI, *I media di servizio pubblico nell'età della rete. Verso un nuovo fondamento costituzionale, tra autonomia e pluralismo*, Torino, 2018, 22-23. Sunstein individua allora le tre ragioni della polarizzazione, legate “in primo luogo alla presenza di argomenti persuasivi e convincenti, in base alle limitate informazioni in proprio possesso, che rafforzano ed estremizzano le opinioni di partenza. Rilevano poi considerazioni reputazionali, che spingono cioè a conformarsi al gruppo d'appartenenza per mantenere una buona reputazione al suo interno. Infine, la polarizzazione è causata dall'assenza, in particolare quando si inizia a informarsi su un determinato argomento, di sufficiente fiducia nelle proprie opinioni, per carenza di informazioni sufficienti: ciò spinge l'individuo ad assumere posizioni intermedie, ma il sostegno del gruppo porterà ad estremizzare e radicalizzare le opinioni di partenza”. Così R. MONTALDO, *Le dinamiche della rappresentanza tra nuove tecnologie, populismo, e riforme costituzionali*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2019, 790-791, nota 2. Ecco, allora, che “in luogo dell'auspicato, magari aspro ma costruttivo, confronto tra gli Internauti, la Rete dà luogo sovente a contrapposizioni reciprocamente irriducibili e favorisce l'ostentazione di intenti di segno radicale od estremistico, dove l'ingiuria prende volentieri il posto dell'argomentazione”: così P. COSTANZO, *La democrazia digitale (precauzioni per l'uso)*, cit., 76.

¹⁰⁴ In tal senso, tra gli altri, O. GRANDINETTI, *La par condicio al tempo dei social* cit., 128-29, parla di algoritmi “strutturalmente lesivi del pluralismo”; M. DELMASTRO – A. NICITA, *Big Data*, cit., 116, evidenziano come “Efficienza economica [degli algoritmi] e pluralismo sembrano allora antitetici per il lavoro delle piattaforme di *matchmaker*: una punta a soddisfare al massimo le nostre preferenze, l'altro punta a fornirci una rappresentazione del mondo plurale e quindi (anche) diversa dalla nostra”.

¹⁰⁵ Si v. M. BETZU, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2/2021, 166 ss., e M. BASSINI, *Libertà di espressione e social network, tra nuovi “spazi pubblici” e “poteri privati”. Spunti di comparazione*, in *MediaLaws*, 2/2021, 67 ss., ed ivi ampie citazioni anche dello sviluppo del dibattito nella dottrina americana.

¹⁰⁶ Tra gli altri, F. GALLO, *Democrazia 2.0. La Costituzione, i cittadini e le nuove forme di partecipazione*, cit.

¹⁰⁷ G. TEUBNER, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, Roma, 2005.

¹⁰⁸ Così F. GALLO, *Democrazia 2.0. La Costituzione, i cittadini e le nuove forme di partecipazione*, cit., 66.

¹⁰⁹ In questi termini S. RODOTÀ, *Una costituzione per Internet*, in *Politica del diritto*, 2010.

¹¹⁰ Così F. GALLO, *Il futuro non è un vicolo cieco. Lo Stato tra globalizzazione, decentramento ed economia digitale*, Palermo, 2019, 135.

Parlare di fantomatiche “costituzioni civili” trans-nazionali, insomma, significherebbe arrendersi ai giganti del *web*, in nome di teorie descrittive dimentiche della vocazione prescrittiva del costituzionalismo¹¹¹, elevando così i poteri privati dell’universo digitale “al rango di soggetti costituzionali” e “veri sovrani”, “legislatori, esecutivi e giudici del cyberspazio, senza alcuna separazione dei poteri” in un periglioso “Medioevo digitale”¹¹².

I tempi, al contrario, richiedono un “intervento normativo utile a garantire anche in Rete il pluralismo interno (ad esempio prevedendo l’obbligatorietà di pubblicare tutti i commenti ricevuti in quei blog e forum che presentino una periodicità costante), l’obbligo di pubblicazione delle fonti di finanziamento, anche pubblicitarie, l’ampliamento delle tipologie di siti ai quali si applica l’istituto della rettifica nella forma ora operante per i giornali on line, ossia come obbligo di aggiornamento della notizia anche se archiviata, al fine di ridurre gli spazi delle fake news deliberate. Né appare ragionevole, come sta avvenendo ora, che ad intervenire su questi aspetti siano i gestori delle piattaforme, in base alla propria personale visione delle libertà in Rete”¹¹³.

Intrapresa la strada della regolamentazione, non c’è dubbio che, tra i grandi sistemi giuridici “continentali” delle democrazie occidentali, è stato il diritto dell’Unione europea a segnalarsi per le iniziative di maggior respiro. Di qui, allora, l’emersione di un sistema di regolamentazione multilivello nel contesto europeo, che si accompagna alla tutela, offerta sul piano giurisdizionale, dalle Corti secondo i ben noti meccanismi di “dialogo”, nella prospettiva di una massimizzazione della protezione dei diritti fondamentali¹¹⁴.

Tra le più significative novità possono qui richiamarsi il Codice di condotta UE contro le *fake news*, il Regolamento generale per la protezione dei dati personali (il GDPR¹¹⁵) e le già citate proposte di Regolamento della fine del 2020 sui servizi e sui mercati digitali (DSA e DMA).

Per quanto attiene alla problematica della *fake news*, l’Unione europea ha promosso l’adozione di un Codice di condotta¹¹⁶, cui hanno aderito nel tempo alcune delle più importanti piattaforme *online*. Questo approccio è frutto di una opzione verso la “co-regolamentazione”, vale a dire secondo una prospettiva di compromesso tra le parti coinvolte che – secondo la definizione offerta dal Comitato economico e sociale europeo in un parere del 2015 – “è promossa, orientata, guidata o controllata da una terza parte (sia essa un organismo ufficiale o un’autorità di regolamentazione indipendente) di norma dotata di poteri di esame, di controllo e, in alcuni casi, sanzionatorio”.

Il Codice di condotta europeo era stato anticipato, inoltre, da una risoluzione del Parlamento del 2017, dall’inserimento (alla fine dello stesso anno) tra gli obiettivi prioritari del programma quadro

¹¹¹ Su cui, ampiamente, v. G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?* Roma-Bari, 2013; di recente, v. ID., *Diritto o barbarie. Il costituzionalismo moderno al bivio*, Roma-Bari, 2020.

¹¹² Così M. BETZU, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, cit., 178-179.

¹¹³ Così A. PAPA, “*Democrazia della comunicazione*” e formazione dell’opinione pubblica, in federalismi.it, numero speciale 1/2017, 2 ottobre 2017, 22.

¹¹⁴ Sul tema, in connessione con le problematiche del c.d. costituzionalismo multilivello, v. P. BILANCIA - F. G. PIZZETTI, *Aspetti e problemi del costituzionalismo multilivello*, Milano, 2004; P. BILANCIA, *The Dynamics of European Integration and the Impact on the national Constitutional Law*, Milano, 2012.

Le dottrine del costituzionalismo multilivello e del relativo concetto di *Europäischer Verfassungsverbund* si inquadrano nelle diverse letture della *post-national constellation* di Jürgen Habermas (cfr. *Die postnationale Konstellation und die Zukunft der Demokratie*, in ID., *Die postnationale Konstellation. Politische Essays*, Frankfurt/Main 1998, 91 ss.), e fanno riferimento inevitabilmente alla riflessione teorica di Ingolf Pernice (cfr. *Multilevel constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European constitutionmaking revisited*, in *Common Market Law Review* 1999, 703 ss.; ID., *Multilevel constitutionalism in the European Union*, in *European Law Review* 2002, 511 ss.; I. PERNICE - F. MAYER, *La Costituzione integrata dell’Europa*, in AA. VV., *Diritti e Costituzione nell’Unione Europea*, a cura di G. Zagrebelsky, Roma-Bari 2003, 43 ss.; I. PERNICE, *The Treaty of Lisbon: multilevel constitutionalism in action*, in *Columbia Journal of European Law* 2009, 349 ss.).

¹¹⁵ Regolamento (UE) 27 aprile 2016, n. 679, in *Gazz. uff. UE*, n. L 119 del 4 maggio 2016 e successive rettifiche. Per un commento completo sul GDPR v. AA. VV., *I dati personali nel diritto europeo*, a cura di V. Cuffaro - R. D’Orazio, V. Ricciuto, Torino, 2019.

¹¹⁶ L’EU *Code of Practice on Disinformation*, 26 settembre 2018, su cui v. M. MONTI, *Il Code of Practice on Disinformation dell’UE: tentativi in fieri di contrasto alle fake news*, in MediaLaws, 2019, 320 ss.

della Commissione della lotta alla disinformazione *online* e dalla convocazione di un gruppo di esperti e di rappresentanti della società civile, il cui rapporto – che è stato alla base del codice di buone pratiche – è stato presentato nel marzo 2018¹¹⁷.

Analogo codice di condotta è stato promosso dall'Unione Europea per il contrasto ai fenomeni di *hate speech* sulla rete (c.d. Codice di condotta per lottare contro le forme illegali di incitamento all'odio *online*), che consente agli utenti di segnalare alle piattaforme i contenuti suscettibili di essere considerati forme di incitamento all'odio – alla luce dei principi della legislazione comunitaria e degli stessi standard delle piattaforme – affinché gli stessi vengano rimossi nelle ventiquattro ore successive. In tal modo, dunque, sono gli stessi *social networks* che sviluppano in autonomia “le operazioni di bilanciamento fra condotte espressive e *hate speech* censurabili”¹¹⁸, così assumendo un vero e proprio potere “censorio”.

Le perplessità aumentano, poi, a maggior ragione, se consideriamo che, a livello interno, la stessa legge italiana sul cyberbullismo (legge 71/2017) – e non, dunque, un atto europeo di *soft law*! – delega alle piattaforme l'accertamento delle condotte inquadrate dalla legge come “cyberbullismo”, ad esito di una procedura di *notice-and-takedown*¹¹⁹.

Al riguardo, alle riserve di principio che si possono nutrire sull'autoregolamentazione ogni qualvolta le regole da introdurre vadano a toccare il *core business* dei soggetti a cui viene chiesto di autoregolarsi¹²⁰, si può aggiungere l'ulteriore rafforzamento del ruolo delle piattaforme sulla libertà di espressione, con il conseguente rischio della c.d. “censura collaterale” da parte di soggetti privati¹²¹, che va inevitabilmente ad incidere anche sulla libertà di informazione.

Sono proprio i rischi di privatizzazione della censura – tali da avere indotto autori d'Oltreoceano a parlare, provocatoriamente, di poteri delle piattaforme ancora più stringenti e penetranti di quelli esercitati dalla stessa Corte Suprema¹²² –, come mostrano recenti esempi (dalla sospensione dei profili Twitter e Facebook di Donald Trump¹²³, allora ancora presidente degli Stati Uniti, a seguito dei fatti – invero vergognosi – di Capitol Hill, alla disabilitazione del profilo Facebook del movimento di estrema destra Casa-Pound per violazione degli standard interni della community – poi al centro di un contenzioso che ha portato il Tribunale di Roma prima, la Corte d'Appello poi, a pronunciarsi

¹¹⁷ Su cui, v. S. SASSI, *Disinformazione contro Costituzionalismo*, Napoli, 2021, 47 ss.

¹¹⁸ Così M. MONTI, [Privatizzazione della censura e Internet platforms: la libertà di espressione e i nuovi censori dell'agorà digitale](#), in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 1/2019, 40.

¹¹⁹ M. MONTI, [Privatizzazione della censura](#), cit., 40-41.

¹²⁰ Su cui, per gli Stati Uniti, si. v., con specifico riferimento alle piattaforme online, S. ZUBOFF, *op. cit.*, 119 ss., e per il nostro Paese M. BETZU, *op. cit.*, che richiama anche l'autorevole posizione di R. BIN, *Soft law, no law*, in *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, a cura di A. SOMMA, Torino, 2019. V., ancora, M. MONTI, [Privatizzazione della censura e Internet platforms: la libertà di espressione e i nuovi censori dell'agorà digitale](#), cit., 41: “(...) affidare questo ruolo di valutazione di merito a soggetti privati, che si considerano – preme ricordarlo – ancora semplici agenti economici, può condurre gli stessi a modulare le proprie risposte in conformità alle pulsioni economiche ritenute più efficienti, senza la garanzia che questo sia eziologicamente corrispondente al corretto bilanciamento fra diritti e interessi sottostanti. La *policy* interna sulla rimozione di un contenuto, in assenza di controlli pubblici, potrebbe essere quella dell'accoglimento di quasi tutte le richieste al fine di evitare successive contestazioni: si impoverirebbe così notevolmente il discorso pubblico, privandolo di opinioni, critiche e informazioni. In secondo luogo, l'affidare alle *Internet platforms* questo compito condurrebbe a limitare gli spazi di dibattito in quegli ambienti quali Facebook, Google, etc. che sempre di più stanno emergendo come arene pubbliche in cui circola la comunicazione politica, l'informazione, il diritto di critica e le più disparate interazioni personali”.

¹²¹ Sul tema, v., tra gli altri, M. MONTI, [Privatizzazione della censura](#), cit., *passim*; M. BASSINI, *Libertà di espressione e social network, tra nuovi “spazi pubblici” e “poteri privati”*. *Spunti di comparazione*, cit., *passim*.

¹²² V. J. ROSEN, *The Deciders: the Future of Privacy and Free Speech in the Age of Facebook and Google*, in *Fordham Law Review*, 80, 2012, 1529 (“*far more power over speech than the Supreme Court!*”).

¹²³ P. COSTANZO, *Social Democracy?* in G. GONZALES MANTILLA (cur.), *Cultura constitucional y derecho viviente. Escritos en honor al profesor Roberto Romboli*, Lima, Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú, 2021, t. II, 1135.

a favore del movimento politico¹²⁴) a costituire, dunque, un ulteriore argomento a favore di una regolamentazione pubblica.

La responsabilità, attribuita ai fornitori di servizi Internet, per i contenuti illeciti eventualmente presenti nei siti oggetto di gestione in qualità di *content* o di *hosting provider* esonera in qualche modo gli Stati da un difficilissimo compito di controllo diretto, ma finisce con l'attribuire a questi

¹²⁴ La citata controversia è particolarmente interessante sotto vari profili. Il Tribunale di Roma ha accolto il ricorso (v. ord. 12 dicembre 2019, n. 4) alla luce del “rilievo preminente assunto dal servizio di Facebook con riferimento all’attuazione di principi cardine essenziali dell’ordinamento come quello del pluralismo dei partiti politici (art. 49 Cost.), al punto che il soggetto che non è presente su Facebook è di fatto escluso (o fortemente limitato) dal dibattito politico italiano”; il rapporto sussistente tra l’utente ed il social network non è un “rapporto tra due soggetti privati qualsiasi in quanto una delle parti, appunto Facebook, ricopre una speciale posizione”, di talché “il social network nella contrattazione con gli utenti deve strettamente attenersi al rispetto dei principi costituzionali e ordinamentali finché non si dimostri (con accertamento da compiere attraverso una fase a cognizione piena) la loro violazione da parte dell’utente” (violazione non sufficientemente provata, nel caso di specie, come rileva poi in modo ancor più puntuale la corte in sede di reclamo). La diffidenza del giudice nei confronti della *self-regulation* appare evidente specie in alcuni passaggi della successiva pronuncia in sede di reclamo (ord. 29 aprile 2020), laddove si afferma la possibilità per il gestore di social network di prevedere cause di risoluzione dei contratti di utenza concernenti qualità intrinseche dell’utente medesimo, solo qualora “le associazioni escluse dal servizio e le condotte vietate siano interpretate conformemente alle leggi dello Stato e nel rispetto, o in attuazione, dei principi costituzionali o di fonti sovranazionali che definiscono i limiti della libertà di associazione e della libertà di manifestazione del pensiero”. Cfr. P. VILLASCHI, *La (non) regolamentazione dei social network e del web*, in M. D’Amico – C. Siccardi (a cura di), *La Costituzione non odia. Conoscere, prevenire e contrastare l’hate speech on line*, Torino, 2021, specie pp. 117 ss., e O. GRANDINETTI, *Facebook vs. CasaPound e Forza Nuova, ovvero la disattivazione di pagine social e le insidie della tutela multilivello dei diritti fondamentali*, cit.

Di diverso orientamento è, invece, un’ordinanza del Tribunale di Siena del 19 gennaio 2020, “pronunciata a seguito del ricorso di un militante di Casa Pound che si è visto disattivare l’account a seguito della pubblicazione di due messaggi ‘odiosi’ (il secondo, rivolto a una persona determinata, di evidente contenuto diffamatorio). Ad avviso di tale giudice, Facebook non «può essere seriamente paragonata a un soggetto pubblico», offrendo un servizio che, «pur di indubbia rilevanza sociale e socialmente diffuso», ha natura «prettamente privatistic[a]». La violazione delle condizioni d’uso e, in particolare, dello Standard n. 13, consente al social network di rimuovere l’account dell’utente, non essendo tenuto «a dare preavviso prima di intraprendere azioni per rimuovere contenuti o pagine che violano gli Standard della Comunità», così esercitando, «nell’ambito di un accordo di diritto privato», una facoltà che rientra nel proprio diritto di recesso. Tale pronuncia depoliticizza la relazione tra Facebook e i suoi utenti, ricollocandola nella sfera privatistica del rapporto contrattuale: la rimozione dei profili è attività legittima ma facoltativa, nella disponibilità del soggetto che gestisce la piattaforma” (così C. CARUSO, *I custodi di silicio: protezione della democrazia e libertà di espressione nell’era dei social network*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, I, [Costituzionalismo, reti e intelligenza artificiale](#), Genova, Consulta OnLine, 2020, 163).

In una nuova pronuncia resa dal Tribunale di Roma, che ha respinto un ricorso promosso da Forza nuova avverso la piattaforma Facebook per la disabilitazione del profilo, “il rapporto viene invece nuovamente politicizzato, in senso però radicalmente opposto rispetto alla controversia instaurata (...) davanti al medesimo Tribunale da Casa Pound. Il social network non può discrezionalmente scegliere se intervenire bensì *deve* rimuovere le pagine che diffondono messaggi contrari alle *policies* di utilizzo del mezzo, in esecuzione di un dovere giuridico, di indole pubblicista, ricavabile da una congerie di norme di derivazione (anzitutto) internazionale e sovranazionale”. Il tribunale è perciò indotto “ad escludere dall’oggetto tutelato dall’art. 21 Cost. i «discorsi ostili e discriminatori»; tale disposizione costituzionale andrebbe temperata con il necessario «rispetto degli obblighi internazionali, di cui all’art. 117 Cost.», i quali arricchirebbero il novero dei limiti alla libertà di manifestazione del pensiero, tra cui spiccano «il rispetto della dignità umana ed il divieto di ogni discriminazione, a garanzia dei diritti inviolabili spettanti ad ogni persona». Nella fattispecie, i messaggi veicolati dai profili ricondotti a Forza Nuova esprimono un contenuto di “dubbia compatibilità costituzionale”. Conseguentemente, “Facebook non avrebbe solo la facoltà di rimuovere contenuti estremi, contrari alla normativa citata, in virtù delle condizioni contrattuali unilateralmente imposte agli utenti per potere usufruire del servizio, ma sarebbe gravato da un vero e proprio dovere giuridico di rimozione, in virtù degli «obblighi imposti dal diritto sovranazionale» e, soprattutto, dall’apposito Codice di condotta concordato con la Commissione europea” (così, di nuovo, C. CARUSO, *I custodi di silicio: protezione della democrazia e libertà di espressione nell’era dei social network*, cit., 164). Un approccio, quello seguito dal Tribunale di Roma in quest’ultima pronuncia, che non convince affatto: per le riserve in ordine ai limiti (e ai pericoli) della censura privata, v. *infra*.

soggetti privati dei poteri di selezione dei contenuti suscettibili di incidere in maniera particolarmente profonda e stringente sulla libertà di manifestazione del pensiero degli utenti¹²⁵.

Non soltanto, infatti, non sempre tali soggetti sono in grado effettivamente di esercitare un siffatto controllo, così capillare e diffuso, con il conseguente rischio di aprire la strada ad una selezione arbitraria dei contenuti affidata unicamente agli algoritmi, ma, in particolare, manca “nell’azione dei *provider* ogni garanzia di proporzionalità tra ‘azione’ e ‘reazione’”¹²⁶. Di qui le perplessità, pienamente giustificabili, da più parti manifestate intorno alle possibilità di censura per procura (*proxy censorship*).

Perplessità, queste, che debbono ribadirsi anche con riguardo ai recenti sviluppi della prassi interna ai *social network*.

Il riferimento è, anzitutto, alla recentissima istituzione, da parte di *Facebook*, di un Comitato per il controllo (*Independent Oversight Board*), un organismo collegiale indipendente – al punto che le sue attività sono finanziate da un trust costituito *ad hoc* – composto da quaranta membri (tra illustri esperti, attivisti ed ex leader politici), preposto alla verifica della correttezza delle operazioni di rimozione dei contenuti e disabilitazione degli account operate dalla piattaforma in reazione a lamentate violazioni degli standard interni della *community*¹²⁷.

A tal uopo, il neoinstituito comitato (che ha emesso le prime decisioni il 28 gennaio scorso) applica un corpus di regole procedurali e di condotta stabilite in un apposito statuto (i cc.dd. *Oversight Board Bylaws*) e, dal punto di vista sostanziale, un insieme di principi giuridici internazionali – ignorando, perciò, le leggi e le Costituzioni dei Paesi in cui è avvenuta l’asserita violazione – desumibili dalle principali convenzioni internazionali a tutela dei diritti umani e dalle raccomandazioni del Consiglio ONU per i diritti umani e del Relatore speciale per la promozione e tutela della libertà di opinione e di espressione, unitamente ai “valori stabiliti da Facebook” (questi ultimi formulati sovente, forse non a caso, in maniera alquanto vaga e sfuggente¹²⁸), talora ponendoli sullo stesso piano (quasi che gli standard della *community* fossero equipollenti rispetto ai principi giuridici risultanti dalle Convenzioni internazionali in materia, come sembrerebbe emergere nella decisione del Comitato sul noto caso Trump, a seguito della sospensione dell’account dell’allora presidente)¹²⁹.

Emerge, allora, anche da questa vicenda, la progressiva istituzionalizzazione delle piattaforme, al punto che i cc.dd. *Over the top* finiscono con l’arrogarsi delle prerogative tipicamente pubblicistiche, rivendicando la propria autonoma posizione di soggetti protagonisti della società digitale trans-nazionale.

¹²⁵ Sul tema, v. A. PAPA, *Espressione e diffusione del pensiero in Internet. Tutela dei diritti e progresso tecnologico*, cit., 270 ss.

¹²⁶ A. PAPA, *Espressione e diffusione del pensiero in Internet*, cit., 271.

¹²⁷ Gli standard interni della Community, resi noti soltanto nel 2018, rappresentano una lista di regole stabilite dalla piattaforma *social* per definire cosa sia possibile o meno fare all’interno del suo spazio comunicativo virtuale. Tali regole sono assistite da linee guida attuative. Alla luce dei valori interni alla Community (autenticità, sicurezza, privacy, dignità), gli standard individuano tipologie differenti di post e di “contenuti discutibili” raggruppati in sei ambiti (Violenza e comportamenti criminali, Sicurezza, Contenuti deprecabili, Integrità e autenticità, Rispetto della proprietà intellettuale, Richieste e decisioni relative ai contenuti). Anche Twitter, in particolare per contrastare il fenomeno della disinformazione, si è dotata di un apparato “normativo” interno (le c.d. Regole Tecniche), basato su principi di sicurezza, privacy e autenticità (quest’ultimo in connessione col rispetto dell’ “integrità civica”, onde scongiurare “la pubblicazione o la condivisione di contenuti che possano inibire la partecipazione o fuorviare le persone in merito a quando, dove o come partecipare a un processo civico”) la cui violazione può comportare misure sanzionatorie proporzionate, dalla cancellazione del *tweet* alla modificazione del profilo sino al blocco (temporaneo o permanente) dell’*account*. Per approfondimenti, v. S. SASSI, *Disinformazione contro Costituzionalismo*, cit., 38 ss.

¹²⁸ Sul punto, v. M. BETZU, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, cit., 175-176.

¹²⁹ V., ancora, M. BETZU, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, cit., 176-177, il quale paventa l’ “evaporazione dei diritti costituzionali statali” e il “superamento dei delicati bilanciamenti consegnati alle Costituzioni democratiche figlie del costituzionalismo”, al punto che le Costituzioni finirebbero con l’essere “rimpiazzate da un’autorità privata che ai autolegittima”. Il Comitato, in tal modo, più che una “Corte Suprema” su Facebook, sarebbe una “Corte di Facebook”, una “Corte ottriata” espressione di una pericolosa privatizzazione della giustizia trans-nazionale.

L'autoregolamentazione, come evidenzia, da ultimo, questa vicenda – l'istituzione di un Comitato per il controllo da parte di Facebook è senza meno un notevole avanzamento – è certamente (in parte) auspicabile, ma è inevitabilmente insufficiente, attesa la mancanza di obblighi giuridici in senso stretto (e di correlate sanzioni) e considerati i rischi di “auto-legittimazione” delle proprie condotte che l'auto-limitazione stessa delle piattaforme potrebbe sottendere.

Ecco, dunque, che le tante, cruciali, domande che i temi *de quibus* propongono non possono essere “ancora una volta lasciate interamente nelle mani” di attori che, formalmente, continuano “ad avere natura di soggett(i) privat(i)”¹³⁰.

Come da tempo ha messo in luce autorevole dottrina anglosassone, infatti, i poteri economico-digitali, veri signori della rete, “*may claim that their objectives are in line with the public interest, but whether or not this is so will depend on the frameworks in which they operate*”¹³¹.

Ad ogni modo, per la modestia dei risultati ottenuti da queste forme di autoregolamentazione, la stessa Unione Europea sembra ora voler passare ad etero-regolamentazioni ben più stringenti con il DSA ed il DMA, peraltro di portata ben più generale.

La materia della *privacy*¹³², in primo luogo, ha senza dubbio rappresentato da tempo un terreno d'elezione per l'intervento del legislatore comunitario, preoccupato di fronte alla crescente detenzione da parte dei colossi del *web* di masse ingenti, incommensurabili, di dati personali, tale da potersi prestare ad abusi lesivi della dignità umana.

Com'è noto, alla luce dell'evoluzione delle tecnologie, il *right to be let alone* ha lasciato spazio ad una nuova concezione della *privacy* come diritto alla protezione dei dati personali (dati che, per “natura”, sono destinati alla circolazione), con la conseguenza per cui le logiche di tutela non devono essere (e non sono) più ispirate ad una visione proprietaria dei dati, ma ad una concezione rinnovata della persona e delle situazioni giuridiche soggettive.

Dalla logica proprietaria a quella personalista, insomma, con la consapevolezza che la stessa *privacy* non ha una valenza assoluta, ma deve essere sapientemente coniugata e bilanciata con la

¹³⁰ V. L'Oversight Board di Facebook: il controllo dei contenuti tra procedure private e norme pubbliche, intervento del Vicepresidente GINEVRA CERRINA FERONI, al [sito](#) dell'AGCOM

¹³¹ Così J. KAY – J. VICKERS, *Regulatory reform: an appraisal*, in G. Majone (a cura di), *Deregulation or re-regulation? Regulatory reform in Europe and the United States*, London – New York, 1990, 239 ss.

¹³² Sul tema, v., a titolo meramente esemplificativo, C. COLAPIETRO, *Il diritto alla protezione dei dati personali in un sistema delle fonti multilivello. Il Regolamento UE 2016/679 parametro di legittimità della complessiva normativa italiana sulla privacy*, Napoli, 2018; V. Cuffario, R. D'Orazio, V. Ricciuto (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2018; F. Pizzetti (a cura di), *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino, 2018; ID., *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Dalla Direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, I, Torino, 2016; ID., *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Il Regolamento europeo 2016/679*, II, Torino, 2016; M. R. ALLEGRI, *Ubi Social, Ibi Ius. Fondamenti costituzionali dei social network e profili giuridici della responsabilità dei provider*, Milano, 2018, specie 75 ss.; G. M. Riccio, G. Scorza, E. Belisario (a cura di), *GDPR e Normativa Privacy. Commentario*, Milano, 2018; M. BASSINI, *La svolta della privacy europea: il nuovo pacchetto sulla tutela dei dati personali*, in *Quaderni costituzionali*, 2016; L. Califano, C. Colapietro (a cura di), *Innovazione tecnologica e valore della persona. Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679*, Napoli, 2017; L. CALIFANO, *Privacy: affermazione e pratica di un diritto fondamentale*, Napoli, 2016; S. Sica, V. D'Antonio, G. M. Riccio (a cura di), *La nuova disciplina europea della privacy*, Padova, 2016; P. PASSAGLIA, [Privacy e nuove tecnologie, un rapporto difficile. Il caso emblematico dei social media, tra regole generali e ricerca di una specificità](#), in questa [Rivista](#), 2016/III, 332; L. Bolognini, E. Pellino, C. Bistolfi (a cura di), *Il Regolamento privacy europeo. Commentario alla nuova disciplina sulla protezione dei dati personali*, Milano, 2016; F. BALDUCCI ROMANO, *La protezione dei dati personali nell'Unione europea tra libertà di circolazione e diritti fondamentali dell'uomo*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, VI, 2015; V. Silveti (a cura di), *I provvedimenti in materia di data protection dei garanti europei. Dalle sanzioni alle soluzioni*, Milano, 2021; in prospettiva comparatistica, v., tra gli altri, G. GIANNONE CODIGLIONE, *Internet e tutele di diritto civile. Dati – persona – marcato: un'analisi comparata*, Torino, 2020, 73 ss. e 259 ss. Da ultimo, v., in generale, L. DENARDIS, *Internet in ogni cosa. Libertà, sicurezza e privacy nell'era degli oggetti iperconnessi*, Roma, 2021.

libertà di espressione in tutte le sue declinazioni (o, se si vuole, con il diritto di “cercare, ricevere e diffondere informazioni e idee”¹³³).

Di fronte ad una situazione di ormai evidente “pubblicizzazione degli spazi privati”¹³⁴, che in taluni rievoca finanche il *Panopticon* benthamiano oggetto delle riflessioni foucaultiane¹³⁵, il tema della protezione dei dati personali, al centro di così complessi bilanciamenti e strettamente connesso – come si è visto – alle problematiche relative alla tutela dei diritti fondamentali ed al funzionamento della democrazia, è stato anch’esso oggetto di intervento da parte dell’Unione con il citato GDPR. Ma, per i profili che qui vengono in rilievo, la sensazione è che detto regolamento, elaborato prima del 2016 (anno di sua approvazione), rischi di risultare già superato dalle più recenti acquisizioni in ordine al modo di operare delle maggiori piattaforme *online*.

Lo stesso concetto di “dato personale” (inteso come qualsiasi informazione riguardante una persona *identificata o identificabile*¹³⁶), su cui è costruita la disciplina contenuta nel Regolamento, rischia di rivelarsi obsoleto, nel mondo dei Big Data, la cui caratteristica è proprio quella di essere costituiti da *data set* “non personali”, ma che si riferiscono a gruppi omogenei di persone, la cui identificazione non è necessariamente indispensabile per il loro utilizzo a fini di profilazione dei cittadini-utenti¹³⁷.

Non a caso si propone di distinguere i dati non tanto dalla loro qualificazione come “personali” o “non personali” al momento della raccolta, bensì in base all’utilizzo che se fa¹³⁸.

Ma, in considerazione del fatto che l’utilizzo futuro dei dati è “ignoto” al momento della raccolta persino a chi li raccoglie ed è altresì “cangiante” in relazione agli utilizzi che se ne possono e/o se ne potranno fare¹³⁹, ed ancora che addirittura dati in origine anonimi o successivamente anonimizzati posso essere *ex post* de-anonimizzati anche attraverso l’utilizzo del semplice codice di avviamento postale di una determinata persona, è evidente come la disciplina del GDPR rischi di non poter incidere sugli aspetti più critici, per quel che qui rileva, del fenomeno della raccolta dei dati e della profilazione dei cittadini-utenti.

Anche in conseguenza delle circostanze sopra richiamate, nel nuovo mondo dei Big Data diventa altresì inadeguato a salvaguardare i diritti dei soggetti interessati il meccanismo del “consenso informato” (su cui è invece ancora costruito il GDPR), visto che il cittadino-utente, al momento della prestazione del consenso, non è assolutamente in grado di rendersi conto a che fini verranno utilizzati i dati che, singolarmente o collettivamente, lo riguardano¹⁴⁰.

Resta, comunque, di particolare rilievo l’insieme delle tutele apprestate dal GDPR, nonostante l’evidenziata necessità di interventi migliorativi, nella prospettiva di una piena garanzia del “corpo elettronico” della persona nel mondo digitale, come insegnato dalla migliore dottrina¹⁴¹ (al punto da configurare un *habeas data* – oggi positivizzato in alcuni testi costituzionali, specie latinoamericani¹⁴²

¹³³ Cfr. art. 19 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo del 1948.

¹³⁴ V. S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, cit., 111.

¹³⁵ Inevitabile appare il richiamo a M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, Torino, 1976.

¹³⁶ Cfr. l’art. 4 del GDPR.

¹³⁷ G.M. RUOTOLO, *I dati non personali: l’emersione dei big data nel diritto dell’Unione europea*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2018, 97 ss.

¹³⁸ S. CALZOLAIO, *Protezione dei dati personali*, in *Digesto disc. pubbl. – Aggiornamento*, Milano, 2017, 605 ss.

¹³⁹ Agli autori citati nelle precedenti note si aggiunga G. DE MINICO, *Big Data e la debole resistenza delle categorie giuridiche – Privacy e lex mercatoria*, in *Dir. pubblico*, 2019, 90 ss. (spec. 95).

¹⁴⁰ Sul punto, v. ancora G. DE MINICO, *op. e loc. cit.*

¹⁴¹ V. S. RODOTÀ, *L’uomo nuovo di Internet, lectio magistralis* tenuta a Bordeaux il 28 ottobre 2005. Sulla dicotomia libertà/controllo a partire dal pensiero di Rodotà, v. G. ZICCARDI, *Internet, controllo e libertà. Trasparenza, sorveglianza e segreto nell’era tecnologica*, Milano, 2015, 55 ss.

¹⁴² Cfr. art. 5, sez. LXXII, della Costituzione del Brasile; art. 15 della Costituzione della Colombia; art. 200, sez. 3, della Costituzione del Perù; art. 43 della Costituzione argentina; art. 135 della Costituzione del Paraguay. Sul tema, v., tra gli altri, S. PIETROPAOLI, *Habeas data. I diritti umani alla prova dei Big Data*, in S. Faro, T. E. Frosini, G. Peruginelli (a cura di), *Dati e algoritmi. Diritto e diritti nella società digitale*, Bologna, 2020, 97 ss. Cfr. anche M. R. ALLEGRI, *Ubi*

– come erede dell’*habeas corpus* e sua proiezione nell’universo della rete a tutela dei dati riferibili all’individuo).

Ecco, dunque, l’importanza di interventi normativi a tutela della dignità dell’utente, in una prospettiva che non guarda al consumatore “come prodotto” ed ai suoi dati “come moneta”¹⁴³.

È d’uopo evidenziare, poi, la portata storica dell’articolo 17, che configura come diritto soggettivo tipico il c.d. “diritto all’oblio”¹⁴⁴, nell’ottica della «piena effettività del diritto fondamentale sancito dall’articolo 8 della Carta dei diritti UE»¹⁴⁵.

Nel quadro di una ragguardevole evoluzione della sensibilità giuridica e politica sul tema – di cui è tappa fondamentale la nota sentenza della Corte di Giustizia dell’UE nel c.d. caso *Google Spain*¹⁴⁶ – a tenore del suddetto articolo, «l’interessato ha il diritto di ottenere dal titolare del trattamento la cancellazione dei dati personali che lo riguardano senza ingiustificato ritardo ed il titolare del trattamento ha, a sua volta, l’obbligo di cancellare senza ingiustificato ritardo i dati personali, se sussiste uno dei seguenti motivi: - a) i dati non sono più necessari rispetto alle finalità per le quali sono stati raccolti o altrimenti trattati; - b) l’interessato ritira il consenso su cui si basa il trattamento e non sussiste altro motivo legittimo per trattare i dati; - c) l’interessato si oppone al trattamento dei dati personali e non sussiste alcun motivo legittimo prevalente per procedere al trattamento; - d) i dati sono stati trattati illecitamente; - e) i dati devono essere cancellati per adempiere un obbligo legale previsto dal diritto dell’Unione Europea o degli Stati membri cui è soggetto il titolare del trattamento; - f) i dati sono stati raccolti relativamente all’offerta di servizi della società dell’informazione»¹⁴⁷.

Il riconoscimento del diritto all’oblio¹⁴⁸, invero, non risolve il problema dei “poteri privati”. Anzi, la stessa sentenza *Google Spain* del 2014 ha di fatto affidato alle piattaforme stesse la funzione di valutare l’interesse pubblico al mantenimento negli archivi della rete delle informazioni delle quali il soggetto coinvolto abbia richiesto la rimozione, al punto che si è opportunamente detto, alla luce dei poteri discrezionali di valutazione comparativa degli interessi coinvolti (utilizzando volutamente, con ciò, un’espressione tipicamente amministrativistica), che “*Google is operating much like a*

Social, Ibi Ius. Fondamenti costituzionali dei social network e profili giuridici della responsabilità dei provider, cit., 75-77.

¹⁴³ Così, a proposito del pensiero di Sunstein, G. ZICCARDI, *Internet, controllo e libertà. Trasparenza, sorveglianza e segreto nell’era tecnologica*, cit., 147.

¹⁴⁴ Interessanti le riflessioni del compianto STEFANO RODOTÀ, che individuava il contenuto del diritto all’oblio nell’interesse a “restituire a ciascuno la possibilità di reinventarsi, di costituire personalità e identità affrancandosi dalla tirannia di gabbie nelle quali una memoria onnipresente e totale vuole rinchiudere tutti” (S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, 406).

¹⁴⁵ Così R. SENIGAGLIA, *Reg. UE 2016/679 e diritto all’oblio nella comunicazione telematica. Identità, informazione e trasparenza nell’ordine della dignità personale*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2017, vol. 5, 1052.

¹⁴⁶ La Corte, «accogliendo la tesi per cui gli utenti della rete hanno il diritto di controllare i propri dati e chiedere ai motori di ricerca di rimuovere i risultati che li riguardano, ha riconosciuto la responsabilità del motore di ricerca (...) per il trattamento di indicizzazione dei dati personali in caso di violazione del ‘diritto all’oblio’ (...) e cioè del diritto all’autodeterminazione informativa del soggetto (persona fisica o persona giuridica) o, più nello specifico, del diritto alla conservazione della propria identità digitale, in relazione a contenuti di rete che lo riguardano. Per la Corte, infatti, è meritevole di tutela la pretesa di un soggetto a non vedere comparire tra gli elenchi dei risultati delle ricerche le pagine *web* che ospitano contenuti che lo riguardano qualora questi gli arrechino pregiudizio e sia trascorso un lasso di tempo, dalla pubblicazione della notizia, tale da non giustificare più la permanenza nel pubblico dominio di queste informazioni, e ciò anche nel caso in cui la pagina internet indicizzata contenete l’informazione non venga rimossa dal sito “sorgente” (il che significa che il contenuto in questione continuerà ad essere consultabile in rete e si creerà il solo ostacolo di renderlo più difficilmente raggiungibile per gli utenti)». Così M. COCUCIO, *Il diritto all’oblio fra tutela della riservatezza e diritto all’informazione*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2015, n. 2, 751.

¹⁴⁷ Così F. AGNINO, *Il diritto all’oblio e il diritto all’informazione: quali condizioni per il dialogo?* in *Danno e Responsabilità*, 2018, n. 1, 108-109.

¹⁴⁸ Su cui, di recente, v. M. A. LIVI, *Quale diritto all’oblio?* Napoli, 2020.

*government agency with numerous responsibilities, including quasi-lawmaking, quasi-adjucative, and quasi-enforcement powers*¹⁴⁹.

Sul tema del diritto all'oblio, inoltre, occorre segnalare, a fronte delle aperture provenienti dal diritto dell'Unione Europea, l'atteggiamento particolarmente prudente, per non dire conservativo, della Corte di Strasburgo, propensa a valorizzare maggiormente la libertà di comunicare informazioni e idee tutelata dall'articolo 10 della Cedu.

Ancora nel caso *Fuchsmann c. Germania* del 2017, per esempio, in merito ad una richiesta di rimozione di una notizia dagli archivi digitali di un giornale importante (nella specie, il *New York Times*) respinta dalle corti nazionali, la Corte conferma una "forte presunzione a favore dell'art. 10 Cedu, vincibile soltanto in presenza di adeguati argomenti"¹⁵⁰, tenuto conto del contributo della notizia al dibattito pubblico, dell'attendibilità delle fonti utilizzate, dell'ampiezza o limitatezza della diffusione, della continenza dell'articolo e dell'eventuale qualificazione del soggetto come figura pubblica.

Analogamente, nel caso *M.L. e W.W. c. Germania* del 2018, la Corte EDU, nel dichiarare l'assenza di una violazione dell'art. 8 della Convenzione nell'ipotesi della diffusione in rete dei nominativi degli autori di un delitto commesso quasi trent'anni prima, oggetto delle trascrizioni di alcune trasmissioni radiofoniche e di articoli giornalistici, si spinge a valorizzare la funzione democratica e di interesse pubblico degli archivi digitali (omaggiando, evidentemente, la nota concezione della stampa – applicandola così anche agli archivi *online* – come "cane da guardia"¹⁵¹ della democrazia da tempo patrocinata dalla Corte, sin da alcune storiche pronunzie degli anni Settanta e Ottanta¹⁵²).

Chiara (e comprensibile) è dunque la prudenza manifestata dalla Corte di Strasburgo ogniqualvolta il diritto all'oblio sia suscettibile di incidere – ove dalla mera deindicizzazione si passi alla cancellazione del dato – sulla libertà di espressione.

Tornando al GDPR, molto significative appaiono anche quelle norme che impongono obblighi generali di precauzione in capo ai titolari del trattamento dei dati.

In particolare, è previsto che «il titolare debba mettere in atto 'misure tecniche e organizzative adeguate per garantire, ed essere in grado di dimostrare, che il trattamento è effettuato conformemente' al regolamento (art. 24), nonché per garantire un livello di sicurezza adeguato al rischio di ledere i diritti e le libertà dei soggetti (art. 32)»¹⁵³.

Sulla base del principio di accountability, poi, «il titolare e il responsabile del trattamento sono chiamati ad una rigorosa attività di valutazione e monitoraggio del rischio, e di conseguenza, all'adozione delle più adeguate tecniche, tecnologie informatiche e misure organizzative volte a garantire la sicurezza dei dati»¹⁵⁴.

Resta attuale, in ogni caso, ai fini di un necessario (ulteriore) sviluppo della normativa in materia, la lezione di Stefano Rodotà¹⁵⁵: nella misura in cui l'esperienza (tanto quella storica quanto la cronaca attuale) ci mostra come la tecnologia muti di continuo, evolvendosi a ritmi sempre più rapidi, una disciplina particolarmente stringente e dettagliata potrebbe incorrere presto in una situazione di obsolescenza, di talché appare opportuno ribadire il *favor* per un modello di regolamentazione

¹⁴⁹ E. LEE, *Recognizing Rights in Real Time. The Role of Google in the EU Right to be Forgotten*, in [UC Davis School of Law – Law Review](#), vol. 49, 2016, 1025, ricordato da M. MONTI, [Privatizzazione della censura e Internet platforms: la libertà di espressione e i nuovi censori dell'agorà digitale](#), cit., 40.

¹⁵⁰ O. POLLICINO, M. BASSINI, *Libertà di espressione e diritti della personalità nell'era digitale. La tutela della privacy nella dimensione europea*, in G. E. VIGEVANI, O. POLLICINO, C. MELZI D'ERIL, M. CUNIBERTI, M. BASSINI, *Diritto dell'informazione e dei media*, Torino, 2019, 122.

¹⁵¹ Così M. DE SALVIA, *Compendium della CEDU*, Napoli 2000, 235.

¹⁵² Cfr., tra le altre, le sentenze relative ai casi *Sunday Times* (1979), *Lingens* (1986), *Castells* (1992).

¹⁵³ Così R. SENIGAGLIA, *Reg. UE 2016/679 e diritto all'oblio nella comunicazione telematica. Identità, informazione e trasparenza nell'ordine della dignità personale*, cit., 1056.

¹⁵⁴ R. SENIGAGLIA, *Reg. UE 2016/679*, cit., 1057.

¹⁵⁵ V., in particolare, S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, cit., 91-92.

flessibile, per principi e clausole generali, in grado di adattarsi con facilità alle rapidissime evoluzioni tecnologiche.

E', insomma, quanto già si auspicava nel sostenere la primazia di una disciplina legislativa di base per clausole generali e norme procedurali, via via affiancata da norme particolari, contenute in leggi specifiche, riferite a singole problematiche (e, queste sì, destinate ad essere modificate più frequentemente dal legislatore), unitamente a previsioni di legge concernenti l'istituzione di un'Authority indipendente (l'Autorità Garante per la protezione dei dati personali di cui l'Autore fu primo illustre presidente), le modalità di ricorso all'autorità giudiziaria (con l'auspicabile introduzione di un *Internet Bill of Rights*) e la previsione di controlli diffusi.

4. Le proposte di DSA e DMA

Particolarmente articolato e sistematico si presenta l'intervento normativo prefigurato nei due regolamenti DSA e DMA, la cui effettiva adozione, dopo il recente accordo tra i Ministri dei 27 Stati membri dell'UE in sede Coreper¹⁵⁶ e l'approvazione del Parlamento, si fa sempre più imminente.

L'ambizione dei due testi¹⁵⁷ è di riformare lo spazio digitale europeo, nel senso di assicurare ai cittadini-utenti europei una più efficace tutela sia come consumatori che come titolari di diritti fondamentali, riconosciuti anche dalla Carta dei diritti dell'Unione.

Sebbene il DMA sia più focalizzato sulla tutela dei consumatori e sulla concorrenza soprattutto delle piattaforme *online* di minori dimensioni, le due proposte di regolamento apprestano una serie di strumenti attraverso i quali contrastare il potere delle piattaforme *online* di maggiori dimensioni, prevedendo l'introduzione di obblighi a loro carico, di rimedi azionabili dagli utenti avverso le decisioni delle stesse piattaforme e di organismi deputati a garantire la corretta implementazione di tali garanzie¹⁵⁸.

In linea generale il DSA, pur lasciando intatte le esenzioni di responsabilità per i *provider* attualmente contenute nella direttiva del 2000 sul commercio elettronico¹⁵⁹, introduce una più stringente serie di obblighi che sono destinati ad incidere anche sulla libertà di manifestazione del pensiero e sulla libertà di informazione.

Per i profili che vengono in maggiore considerazione nel presente lavoro, va ricordato come i prestatori di servizi intermediari di Internet¹⁶⁰ devono inserire nelle condizioni generali informazioni

¹⁵⁶ Di cui dà notizia il [Corriere delle comunicazioni](#), nell'articolo del 17 novembre 2021, a firma di P. LICATA, *Mercato unico, dal Consiglio UE via libera alle proposte su Dma e Dsa*.

¹⁵⁷ Per primi commenti alle due proposte di regolamento si v. O. POLLICINO – G. DE GREGORIO, *L'alba di nuove responsabilità sulle piattaforme digitali: il Digital Services Act*, 15 dicembre 2020, in [Agenda Digitale eu](#), 15 dicembre 2020; A.M. GAMBINO, *Digital Services Act, ecco le priorità da affrontare per un nuovo codice digitale*, [ibidem](#); S. MARCHIAFAVA, *La disciplina europea del settore digitale in itinere: le proposte*, in *Le piattaforme digitali. Profili giuridici e tecnologici nel nuovo ecosistema*, a cura di A. CONTALDO, Pisa, 2021; F. PAOLUCCI, *Il Digital Services Act: verso una nuova governance di Internet?* in [Ius in itinere](#), 23 dicembre 2020; G. D'AGOSTINO, *Le piattaforme digitali come nuove forme di mercato. Alcune considerazioni in merito ai profili economico-giuridici alla luce del processo normativo in UE*, in L. Ammannati, A. Canepa, G.L. Greco, U. Minneci (a cura di), *Algoritmi, Big Data, piattaforme digitali. La regolazione dei mercati in trasformazione*, Torino, 2021, 81 ss.

¹⁵⁸ Sul punto, si v. O. GRANDINETTI, [Le piattaforme digitali come "poteri privati" e la censura online](#), in [Rivista italiana di informatica e diritto](#), fasc. n. 2 del 2022.

¹⁵⁹ Artt. 12-15 della direttiva 2000/31/CE, del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno, le cui previsioni vengono riproposte dagli artt. 3-5 e 7 del DSA.

¹⁶⁰ Ai sensi dell'art. 2 del DSA, per servizio intermediario si intende uno dei seguenti servizi: un servizio di semplice trasporto ("*mere conduit*"), consistente nel trasmettere, su una rete di comunicazione, informazioni fornite da un destinatario del servizio, o nel fornire accesso a una rete di comunicazione; un servizio di memorizzazione temporanea ("*caching*"), consistente nel trasmettere, su una rete di comunicazione, informazioni fornite dal destinatario del servizio, che comporta la memorizzazione automatica, intermedia e temporanea di tali informazioni al solo scopo di rendere più

su eventuali restrizioni all'uso dei propri servizi, in particolare per quanto riguarda "le politiche, le procedure, le misure e gli strumenti utilizzati ai fini della moderazione dei contenuti, compresi il processo decisionale algoritmico e la verifica umana"¹⁶¹.

Sempre per quanto attiene alla moderazione dei contenuti, gli stessi prestatori dovranno pubblicare una volta all'anno una relazione che, tra l'altro, devono riportare informazioni sulle attività di moderazione avviate dagli operatori (escluse le microimprese) di propria iniziativa¹⁶².

Inoltre, i prestatori di servizi di *hosting*, incluse le piattaforme *online*¹⁶³, dovranno organizzare un meccanismo di notifica e azione (*notice and action*) per quel che riguarda i "contenuti illegali" ed un sistema per assicurare la notifica di una risposta in merito alla decisione presa dalla piattaforma a seguito della segnalazione¹⁶⁴.

Questi stessi operatori, qualora decidano di rimuovere specifiche informazioni fornite da un destinatario del servizio o di disabilitare l'accesso alle stesse, devono informare il destinatario della decisione al più tardi al momento della rimozione o della disabilitazione, fornendo altresì una chiara e specifica motivazione¹⁶⁵, contenente almeno determinati elementi¹⁶⁶.

Essi devono altresì organizzare un sistema di reclami efficace, su cui le piattaforme non possono pronunciarsi avvalendosi esclusivamente di strumenti automatizzati¹⁶⁷.

Il soggetto reclamante, qualora non sia soddisfatto dell'esito, può inoltre richiedere che la questione sia definita da un organismo di risoluzione extragiudiziale delle controversie, fermo restando in ogni caso il suo diritto di rivolgersi all'autorità giurisdizionale competente in base al diritto dello Stato membro¹⁶⁸.

Le piattaforme *online* di dimensioni molto grandi¹⁶⁹ che si avvalgono di sistemi di raccomandazione devono poi inserire nelle loro condizioni generali informazioni relative ai principali parametri utilizzati nei loro sistemi di raccomandazione, nonché qualunque opzione messa a disposizione dei destinatari del servizio per consentire loro di modificare o influenzare tali parametri principali, compresa almeno un'opzione non basata sulla profilazione¹⁷⁰.

Per quanto attiene alla pubblicità *online* è anche previsto che le piattaforme di dimensioni molto grandi tengano e mettano a disposizione del pubblico un registro da cui sia possibile evincere: la persona fisica o giuridica per conto della quale viene visualizzata la pubblicità; il periodo durante il quale è stata visualizzata la pubblicità; un'indicazione volta a precisare se la pubblicità fosse destinata ad essere mostrata a uno o più gruppi specifici di destinatari del servizio e, in tal caso, i principali parametri utilizzati a tal fine; il numero totale di destinatari del servizio raggiunti e, ove opportuno, i dati aggregati relativi al gruppo o ai gruppi di destinatari ai quali la pubblicità era specificamente destinata.

efficiente il successivo inoltro delle informazioni ad altri destinatari su loro richiesta; un servizio di "*hosting*", consistente nel memorizzare informazioni fornite da un destinatario del servizio su richiesta di quest'ultimo.

¹⁶¹ Art. 12, paragrafo 1, DSA.

¹⁶² Art. 13, paragrafo 1, lett. c), DSA.

¹⁶³ Ai sensi dell'art. 2 del DSA, per piattaforma online si intende un prestatore di servizi di *hosting* che, su richiesta di un destinatario del servizio, memorizza e diffonde al pubblico informazioni, tranne qualora tale attività sia una funzione minore e puramente accessoria di un altro servizio e, per ragioni oggettive e tecniche, non possa essere utilizzata senza tale altro servizio e a condizione che l'integrazione di tale funzione nell'altro servizio non sia un mezzo per eludere l'applicabilità del regolamento.

¹⁶⁴ Art. 14 DSA.

¹⁶⁵ Art. 15, paragrafo 1, DSA.

¹⁶⁶ Citato art. 15, paragrafo 2.

¹⁶⁷ Art. 17, paragrafi 1 e 5, DSA.

¹⁶⁸ Art. 18, paragrafo 1, DSA.

¹⁶⁹ Ai sensi dell'art. 25, paragrafo 1, DSA, per piattaforme online di dimensioni molto grandi si intendono le piattaforme che prestano i loro servizi a un numero medio mensile di destinatari attivi del servizio nell'Unione pari o superiore a 45 milioni, calcolato conformemente alla metodologia stabilita negli atti delegati alla Commissione europea ai sensi del paragrafo 3 dello stesso articolo.

¹⁷⁰ Ai sensi dell'art. 4, punto 4), del GDPR.

Le piattaforme *online* di dimensioni molto grandi dovranno altresì effettuare annualmente una valutazione del rischio con specifico riferimento alla diffusione di contenuti illegali tramite i loro servizi, ad eventuali effetti negativi per l'esercizio dei diritti fondamentali (tra cui la libertà di espressione e di informazione); ed alla manipolazione intenzionale del servizio, anche mediante un uso non autentico o uno sfruttamento automatizzato del servizio, con ripercussioni negative, effettive o prevedibili, sulla tutela della salute pubblica, dei minori, del dibattito civico, o con effetti reali o prevedibili sui processi elettorali e sulla sicurezza pubblica¹⁷¹.

Al fine di verificare il rispetto di questi obblighi le piattaforme di dimensioni molto grandi dovranno sottoporsi, a loro spese, degli audit indipendenti svolti da soggetti terzi in possesso di determinati requisiti¹⁷².

A chiusura del complesso sistema vengono infine previsti poteri di controllo e garanzia, da affidare ad un'autorità nazionale di nuova istituzione o ad un'autorità già esistente¹⁷³ (e, nel caso dell'Italia, questi poteri è ragionevole vengano affidati all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, considerata la sua competenza in molti settori contigui a quello da regolamentare), e – novità assoluta – sanzionatori, che per l'aspetto pecuniario sono tarate su una percentuale non trascurabile del fatturato dei prestatori di servizi intermediari¹⁷⁴.

Le singole autorità nazionali verranno poi a costituire un Comitato europeo per i servizi digitali¹⁷⁵, sulla falsariga di quanto già previsto dal GDPR.

Da segnalare che, quantomeno per quel che riguarda le piattaforme *online* di dimensioni molto grandi, è previsto un ruolo diretto della Commissione europea, sia nell'adozione di decisioni di non conformità agli obblighi del futuro regolamento, sia nella irrogazione di sanzioni pecuniarie¹⁷⁶.

Alla luce della ricostruzione sopra svolta, può quindi dirsi che l'articolato e complesso sistema prefigurato nel DSA potrà, una volta approvato, portare un contributo alla tutela di quelle situazioni critiche sopra individuate, a tutela della libertà di informazione e del pluralismo.

5. Conclusioni.

A chiusura di questo *excursus* dei rischi ai quali è esposta la democrazia nel nuovo ambiente digitale, in cui agiscono soggetti dotati di poteri economici e *lato sensu* mediatici in passato neppure immaginabili (nonostante l'esperienza italiana in campo televisivo), si possono svolgere alcune considerazioni finali.

Internet, con le sue promesse di inedita apertura democratica di un dibattito pubblico finalmente paritario, grazie alla possibilità per ciascun cittadino-utente di poter condividere con una comunità potenzialmente planetaria le proprie idee senza dover disporre di ingenti capacità economiche, sembra aver tradito le aspettative.

L'ingresso sulla scena di motori di ricerca e di *social network* di portata globale, che finiscono col possedere una posizione pressoché monopolistica nei rispettivi mercati, ha significativamente modificato il contesto in cui si svolgono attività, come quelle legate alla manifestazione del pensiero dei singoli ed alla libertà di informare, cruciali per le nostre democrazie.

Le iniziative assunte a livello UE sembrano voler invertire la tendenza, assolutamente maggioritaria sino a pochi anni fa, del “non intervento” dello stato nella disciplina e regolamentazione di Internet e delle piattaforme in particolare, mettendo alle spalle le illusioni

¹⁷¹ Cfr. art. 26 DSA.

¹⁷² Cfr. art. 28 DSA.

¹⁷³ Art. 38 DSA.

¹⁷⁴ Art. 42 DSA.

¹⁷⁵ Artt. 47 ss. DSA.

¹⁷⁶ Artt. 50 ss. DSA.

sull'autoregolamentazione in nome di una visione prescrittiva del costituzionalismo, in una prospettiva sempre più *multilevel*, che imbrigli i nuovi poteri (privati) e garantisca i diritti degli utenti.

Benché non risolutive e senz'altro perfettibili, in particolare le recentissime proposte di regolamento esaminate segnano un cambio di passo, quantomeno sotto il profilo della trasparenza e della c. d. *accountability* delle piattaforme, che non può più aspettare, ove si voglia ancora conservare un minimo di genuinità ed eguaglianza nel confronto politico-elettorale e, più a monte, nella formazione di un'opinione pubblica consapevole (che, al contrario, oggi appare via via più "sfilacciata", frammentata sino alla dimensione virtuale del singolo "utente-atomo", chiuso nella sua *filter bubble* e ridotto a consumatore passivo).

Non possiamo nasconderci che si tratti di una sfida epocale per il diritto, ed in particolare per il diritto costituzionale.

Ma è la sfida del nostro presente e del nostro futuro, che deve essere affrontata e vinta, nel nome di una visione che ri-affermi la centralità della persona umana di fronte alla logica del profitto dei nuovi padroni del capitalismo tecnologico.

Contestualmente, la costruzione di una dimensione costituzionale di Internet, a partire dall'affermazione di un *Internet Bill of Rights*, consente di contrastare ogni potenziale forma di cyberpopulismo.

Di qui, invero, la necessità di un ruolo forte della politica, di "vigilanza critica"¹⁷⁷ e di prudente attivismo: se ancora troppo spesso, come si lamentava già tempo addietro, si assiste ad una "tecnologia che sorprende e a una politica che si lascia sedurre", fondamentale appare un mutamento di paradigma, che rivendichi la centralità della buona politica, in quello spazio "tra l'innovazione e la sua distorsione" in cui essa può agire per "garantire Internet come spazio neutrale e nella sua capacità 'generativa', nella sua attitudine a produrre innovazione"¹⁷⁸, vigilando sul rispetto della persona umana e del suo nucleo di diritti inviolabili.

Affinché la storia, come aveva avvertito Bobbio, "conduca al Regno dei diritti dell'uomo anziché al Regno del Grande Fratello"¹⁷⁹ orwelliano.

¹⁷⁷ S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, cit., 138.

¹⁷⁸ *Op. et loc. ult. cit.*

¹⁷⁹ N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 2014 (ult. ed.), 249, ricordato da A. CELOTTO, *L'età dei "non" diritti*, Roma-Cesena, 2021 (seconda ed.), 165.

Alessandro Rosario Rizza
Sul potere dimezzato del Gestore dei Servizi Energetici:
brevi riflessioni sui profili critici della legge di sanatoria*

ABSTRACT. *The paper examines the new GSE's power of verification, pursuant to the "new" art. 42, par. 3, of the legislative decree n. 28/2011, with various forays on the requirements of the "law exonerating" in the constitutional jurisprudence.*

SOMMARIO: 1. La novella dell'art. 42, comma 3, del decreto legislativo n. 28 del 2011: l'applicabilità dell'art. 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990 e la "decurtazione" degli incentivi in assenza di una grave violazione. – 2. Brevi cenni sull'interpretazione della novella nella giurisprudenza del Tar Lazio. – 3. Il nuovo art. 42, comma, 3 quale ipotesi di "sanatoria" a favore dell'operatore privato: il limite operativo dell'art. 21-*nonies*, comma 2-*bis*, della legge n. 241 del 1990 e la funzione della (nuova) "decurtazione". – 4. Due riflessioni meramente "processuali": la "necessità" ed "urgenza" del decreto legge n. 76 del 2020 e la coerenza "sistemica" dell'intervento normativo tra interesse pubblico e privato. – 4.1. *Segue.* La *ratio* della sanatoria quale parametro della sua legittimità costituzionale. – 4.2. *Segue.* Il rapporto tra "sanatoria" e la situazione giuridica pregressa. – 5. La legge in sanatoria come atto normativo espressivo di un nuovo interesse pubblico. – 6. Considerazioni conclusive sulla relazione tra la novellata disciplina ed i poteri pubblicistici del Gestore.

1. *La novella dell'art. 42, comma 3, del decreto legislativo n. 28 del 2011: l'applicabilità dell'art. 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990 e la "decurtazione" degli incentivi in assenza di una grave violazione.*

Con un recente intervento normativo – oggetto di recentissimo *revirement* giurisprudenziale da parte del Tar del Lazio¹, che ha assoggettato l'esercizio dell'attività di verifica del Gestore Servizi Energetici ai limiti d'esercizio del potere di annullamento d'ufficio degli atti amministrativi, contemplato dall'articolo 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990 – il legislatore è intervenuto novellando l'articolo 42, comma, 3 del decreto legislativo n. 28 del 2011, in forza dell'articolo 56 del decreto legge n. 76 del 2020.

Dopo l'intervento normativo, la nuova disposizione (che in precedenza stabiliva il potere pubblicistico del Gestore di recuperare, si potrebbe dire, "sempre e comunque" i contributi corrisposti ai privati, in violazione dei requisiti di accesso richiesti dalla normativa speciale di settore, e cioè dai c.d. "conti termici") presenta oggi una nuova struttura "bifasica": la prima parte della norma va ad assoggettare il provvedimento di decadenza, successivo alla erogazione di contributi non dovuti (nel caso in cui siano accertate gravi violazioni della normativa) al rispetto dei presupposti contemplati dall'articolo 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990², fattispecie che la giurisprudenza amministrativa aveva pacificamente escluso sulla constatazione che il Gestore esercitasse, con il provvedimento di decadenza, un potere "sostanzialmente" pubblicistico, non inquadrabile *ex se* nel novero dell'atto amministrativo, ciò in quanto, ha osservato la giurisprudenza amministrativa, "il potere esercitato dal Gestore Servizi Energetici non è riconducibile al paradigma normativo dell'articolo 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990, vertendosi in un settore speciale di attività amministrativa, preordinato



¹ Si tratta dell'orientamento a cui ha, di recente, acceduto [Tar Lazio, 8 novembre 2021, n. 11452](#).

² "Nel caso in cui le violazioni riscontrate nell'ambito dei controlli di cui ai commi 1 e 2 siano rilevanti ai fini dell'erogazione degli incentivi, il Gestore Servizi Energetici in presenza dei presupposti di cui all'articolo 21 *nonies* della legge 7 agosto 1990, n. 241 dispone il rigetto dell'istanza ovvero la decadenza degli incentivi, nonché il recupero delle somme già erogate, e trasmette all'Autorità l'esito degli accertamenti effettuati per l'applicazione delle sanzioni di cui all'articolo 2, comma 20, lettera c), della legge 14 novembre 1995, n. 481".

*al conferimento di incentivi pubblici, rispetto al quale la potestà di controllo che la legge attribuisce al Gestore Servizi Energetici è autonomamente regolata*³.

La seconda parte della disposizione in esame – derogando alla prima, che continua, sebbene con i limiti visti sopra, a prevedere la facoltà del Gestore di disporre la decadenza dal contributo – stabilisce che, laddove il contributo afferisca ad impianti di produzione energetica da fonti rinnovabili (e non siano presenti le gravi violazioni contenute nell’Allegato n. 1) il Gestore debba ricorrere alla decurtazione dell’incentivo in luogo della sua decadenza⁴.

La *ratio* della norma sembra ravvisabile nell’individuazione del meccanismo “*decurtazione*” quale contrappeso ai costi sostenuti dall’operatore privato per il c.d. “*efficientamento*” dell’impianto medesimo, come sembra emergere anche dalla relazione illustrativa⁵ della modifica introdotta dal legislatore.

2. Brevi cenni sull’interpretazione della novella nella giurisprudenza del Tar Lazio.

La prima parte della disposizione non sembrerebbe, sotto un profilo operativo, effettivamente innovare il quadro, né preclusiva dei poteri pubblicistici riconosciuti al Gestore, ciò in quanto – nell’attività di decadenza e conseguente recupero dell’incentivo indebitamente incamerato dall’operatore privato – sussisterebbero, si potrebbe dire *in re ipsa* (trattandosi comunque di fondi pubblici), “*le ragioni di interesse pubblico*”, cui fa riferimento l’art. 21-*nonies*, comma 1. quale condizione da valutarsi per disporre l’annullamento d’ufficio del provvedimento – restando invece impregiudicato (e questa parrebbe la vera novità dell’intervento normativo) il rispetto del termine di 12 mesi previsto per esercitare legittimamente l’autotutela.

A questa interpretazione ha acceduto quell’orientamento giurisprudenziale, sorto successivamente alla novella (che ha, come si dirà, natura retroattiva – sebbene ciò sia stato messo in dubbio da una parte della giurisprudenza⁶), per cui “*rispetto al potere del Gestore Servizi Energetici di accertamento e verifica di cui all’articolo 42 del decreto legislativo n. 28 del 2011 non ha pregio la lamentata comparazione dell’interesse pubblico con quello privato ai sensi dell’articolo 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990, trattandosi di misura distinta dal più ampio genus dell’autotutela e costituendo potere vincolato che dà luogo a decadenza dal beneficio, intesa quale vicenda pubblicistica estintiva*

³ Cfr. Tar Lazio, 1° febbraio 2019, n. 1289, in cui si continua ad osservare che “*ai fini dell’esercizio del potere di decadenza, i presupposti sostanziali (interesse pubblico attuale e valutazione dell’affidamento) e temporali (termine ragionevole, comunque, non superiore a 18 mesi) alla cui sussistenza il citato articolo 21 *nonies* ancora la legittimità del potere di autotutela. In sintesi, il Gestore Servizi Energetici è titolare di un potere immanente di verifica della spettanza di tali benefici; potere la cui sussistenza è pienamente giustificata dalla mera pendenza del rapporto di incentivazione e che può essere esercitato per tutta la durata dello stesso*”.

⁴ “*In deroga al periodo precedente, al fine di salvaguardare la produzione di energia da fonti rinnovabili, l’energia termica e il risparmio energetico, conseguente agli interventi di efficientamento degli impianti che al momento dell’accertamento della violazione percepiscono incentivi, il Gestore Servizi Energetici dispone la decurtazione dell’incentivo in misura ricompresa fra il 10 e il 50 per cento in ragione dell’entità della violazione. Nel caso in cui le violazioni siano spontaneamente denunciate dal soggetto responsabile al di fuori di un procedimento di verifica e controllo le decurtazioni sono ulteriormente ridotte della metà*”.

⁵ Secondo la relazione illustrativa, che ha accompagnato la discussione dell’art. 56, commi 7 e 8, lo scopo della modifica, “*nell’attesa di una riforma organica della disciplina dei controlli degli impianti alimentati da energie rinnovabili*”, è quello di stabilire “*condizioni di certezza e stabilità per gli investimenti a lungo termine*” nel settore delle energie rinnovabili, ed imporre che il controllo sia esercitato dal Gestore con una “*adeguata ponderazione degli investimenti effettuati*”, e, di conseguenza, favorire la riduzione del contenzioso amministrativo.

⁶ In tal senso, può rammentarsi Tar Lazio, 15 marzo 2021, n. 4271, secondo cui, anche con la vigenza della nuova normativa, il potere del Gestore resta “*privo di spazi di discrezionalità e ha, al contrario, natura doverosa e vincolata, essendo volto non al riesame della legittimità di una precedente decisione amministrativa, bensì al controllo delle dichiarazioni formulate dal privato e della documentazione prodotta nell’ambito di una procedura volta ad attribuire benefici pubblici; la sussistenza di detto potere è pienamente giustificata dalla mera pendenza del rapporto di incentivazione e può pertanto essere esercitato per tutta la durata dello stesso*”.

*ex tunc di una posizione giuridica di vantaggio*⁷. Questo orientamento sembra ritenere prevalente l'interesse pubblico, che non sarebbe suscettibile di una comparazione con quello (sebbene meritevole di tutela, sotto certi punti di vista) del privato.

D'altra parte, l'arresto citato sembra superato da un *revirement*, con il quale la giurisprudenza ha inversamente stabilito che, con la novella, il Gestore dovrebbe essere chiamato ad esercitare una "nuova" valutazione delle posizioni sottese, "*tenuto conto degli interessi pubblici e privati incisi dal provvedimento di decadenza*". Ne deriverebbe che "*l'esito del procedimento non è vincolato dovendo essere rimesso alla ponderazione discrezionale degli interessi in gioco*"⁸, orientamento giurisprudenziale che collide con diverse statuizioni, che si rinvengono nella medesima sezione, le quali hanno continuato a ritenere che "*il potere del Gestore Servizi Energetici di disporre la decadenza dagli incentivi ha natura doverosa ed esito vincolato*" (Tar Roma, 12 luglio 2021, n. 8242), restando funzionale all'inveramento dell'interesse pubblico.

3. *Il nuovo art. 42, comma 3, quale ipotesi di "sanatoria" a favore dell'operatore privato: il limite operativo dell'art. 21-nonies, comma 2-bis della legge n. 241 del 1990 e la funzione della (nuova) "decurtazione"*.

Un certo orientamento giurisprudenziale ha ravvisato, nella norma in esame, la fattispecie della legge in sanatoria, e, sebbene abbia acceduto all'orientamento per cui l'interesse privato può compararsi con quello pubblico, si è dimostrata piuttosto cauta, ritenendo, che in capo al Gestore permanga ancora il carattere discrezionale della decisione, "*la valutazione della situazione di fatto e di diritto*"⁹, e, allora, un margine di manovra che gli consentirà di adattare l'interesse pubblico alle esigenze concrete.

Il nuovo regime giuridico del recupero dei contributi sembra incontrare un limite per quelli incentivi che sono stati corrisposti dal Gestore, a seguito di una "*falsa rappresentazione della realtà*", accertata con sentenza penale passata in giudicato.

L'art. 42, comma 3, – rinviando direttamente all'art. 2-nonies della legge n. 241 del 1990 – fa salva la deroga prevista dal comma 2-bis dello stesso articolo, secondo il cui disposto "*i provvedimenti amministrativi conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato, possono essere annullati dall'amministrazione anche dopo la scadenza del termine di dodici mesi di cui al comma 1, fatta salva l'applicazione delle sanzioni penali*", come sembra evincersi anche dall'art. 56, comma 8, del decreto legge n. 76 del 2020, che sostanzialmente ne ha replicato il contenuto¹⁰.

Pare sollevare maggiori problemi interpretativi la seconda parte del disposto dell'art. 42, comma 3, del decreto legislativo n. 28 del 2011, laddove ha previsto, per il Gestore, l'obbligo (e non la facoltà, come pare invece evincersi dalla giurisprudenza sopra esposta) di decurtare l'incentivo, senza

⁷ In questo senso, v. Tar Lazio, 19 luglio 2021, n. 8547.

⁸ Così, *ex multis*, [Tar Lazio, 8 novembre 2021, n. 11452](#); in termini analoghi anche Tar Lazio, 14 ottobre 2021, n. 5503.

⁹ [Tar Lazio, 8 novembre 2021, n. 11452](#). In termini simili si può rammentare Tar Lazio, 2 ottobre 2019, n. 11502, secondo cui "*la decisione del Gestore Servizi Energetici di far venire meno, ora per allora, gli incentivi non configura esercizio del potere di annullamento d'ufficio ai sensi dell'articolo 21-nonies della legge n. 241 del 1990*"; Tar Lazio, 19 settembre 2018, n. 9487, per cui "*l'annullamento disposto dal Gestore Servizi Energetici, insieme al recupero dei certificati bianchi già erogati, costituisce non una sanzione stricto sensu, ma una misura ripristinatoria derivante dall'accertata difformità tra il dato dichiarato e il dato reale, con conseguente inapplicabilità delle disposizioni della legge n. 689 del 1989 e degli ulteriori principi di necessità, adeguatezza e proporzionalità, non conferenti con il contenuto ripristinatorio perseguito dall'articolo 11 del decreto ministeriale 5 settembre 2011*"

¹⁰ Il quale dispone, richiamando indirettamente l'art. 21-nonies, comma 2-bis, della legge n. 241 del 1990, che "*le disposizioni di cui al comma 7 non si applicano nel caso in cui la condotta dell'operatore che ha determinato il provvedimento di decadenza del Gestore Servizi Energetici è oggetto di procedimento penale in corso concluso con sentenza di condanna, anche non definitiva*".

disporre la decadenza *tout court*: la giurisprudenza è andata a porre l'attenzione sul carattere retroattivo della disposizione (che trova fondamento nell'art. 56, comma 8, del decreto legge n. 76 del 2020¹¹), ritenendo pacifico che venga in rilievo un'ipotesi di “*legge in sanatoria*”¹².

4. *Due riflessioni meramente “processuali”*: la “necessità” ed “urgenza” del decreto legge n. 76 del 2020 e la coerenza “sistemica” dell'intervento normativo tra interesse pubblico e privato.

Quest'orientamento giurisprudenziale sembra condivisibile, sul rilievo che la natura della disposizione in commento pare conforme alla definizione di sanatoria data, in tempi recedenti, dalla Corte costituzionale, secondo cui si sarebbe innanzi ad una “*legge in sanatoria*” laddove “*l'intervento normativo*” può dirsi finalizzato “*a fornire copertura legislativa a precedenti atti amministrativi*”¹³, che, nel caso di specie, sarebbero i provvedimenti concessori di ammissione alle tariffe incentivanti del conto termico o alla certificazione premiale (bianca e verde). Tuttavia, la natura spiccatamente retroattiva della norma introdotta dal legislatore – pur, è vero, non collidendo con il dettato costituzionale – sembra riproporre all'interprete alcuni dubbi sollevati dalla dottrina e circoscritti dalla Corte costituzionale in tema di legittimità della legge in sanatoria.

Un tassello successivo per individuare la portata della nuova disposizione – che incide su un delicato assetto di equilibri tra operatori privati e potere pubblico – sembra costituito dalla rispondenza del nuovo comma 3 ai limiti individuati dalla giurisprudenza sulla legge in sanatoria, che, laddove oltrepassati, potrebbe anche portare alla proposizione di una *quaestio* di legittimità costituzionale.

Ad una prima disamina, alcuni profili potrebbero apparire controversi, e probabilmente necessiteranno di una riflessione più ampia (e a lungo termine) da parte della giurisprudenza del Tar Lazio.

Sembrano acquisire innanzitutto rilievo due profili “*processuali*”: l'uno atterrebbe ad una verifica dei requisiti di “*necessità*” e “*urgenza*”, i quali, più che afferire all'atto normativo *tout court* (nel caso, lo stesso decreto legge n. 76 del 2020 – che ha introdotto la novella), andrebbero rapportati a

¹¹ Secondo cui “*le disposizioni di cui al comma 7 si applicano anche ai progetti di efficienza energetica oggetto di procedimenti amministrativi di annullamento d'ufficio in corso e, su richiesta dell'interessato, a quelli definiti con provvedimenti del Gestore Servizi Energetici di decadenza dagli incentivi, oggetto di procedimenti giurisdizionali pendenti nonché di quelli non definiti con sentenza passata in giudicato alla data di entrata in vigore del presente decreto legge, compresi i ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica per i quali non è intervenuto il parere di cui all'articolo 11 del decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971, n. 1199. Il Gestore Servizi Energetici, preso atto della documentazione già nella propria disponibilità e di eventuale documentazione integrativa messa a disposizione dal proponente, dispone la revoca del provvedimento di annullamento entro il termine di sessanta giorni consecutivi dalla data di presentazione dell'istanza a cura del soggetto interessato. Le disposizioni di cui al comma 7 non si applicano nel caso in cui la condotta dell'operatore che ha determinato il provvedimento di decadenza del Gestore Servizi Energetici è oggetto di procedimento penale in corso concluso con sentenza di condanna, anche non definitiva*”.

¹² Cfr. [Tar Lazio, 8 novembre 2021, n. 11452](#), secondo cui “*ad avviso del Collegio il decreto legge n. 76 del 2020 introduce dunque un procedimento di natura eccezionale, avente una finalità di sanatoria e ispirato dalla ratio di conservazione delle capacità di produzione energetica da fonte rinnovabile; tale potere pare caratterizzato dalla: doverosità; in quanto l'Amministrazione, contrariamente a quanto accade in via generale per i poteri di autotutela, è tenuta, per disposizione espressa, a pronunciarsi sulla istanza di riesame entro sessanta giorni dalla presentazione dell'istanza; discrezionalità; in quanto al Gestore è rimessa la valutazione della situazione di fatto e di diritto, tenuto conto degli interessi pubblici e privati incisi dal provvedimento di decadenza e dunque l'esito del procedimento non è vincolato dovendo essere rimesso alla ponderazione discrezionale degli interessi in gioco; il mero ripristino della legalità violata – *rectius*, in questo caso, specularmente, la conservazione della legalità lesa dalla accertata violazione delle norme di settore che ha dato luogo alla perdita dell'incentivazione – non è di per sé sufficiente a giustificare il mantenimento della misura della decadenza posto che l'ovvio riconoscimento di un tale interesse non può comportare di per sé la pretermissione di ogni altra circostanza rilevante ed esonerare l'amministrazione da qualunque – seppur succintamente motivata – valutazione sulla complessiva situazione di fatto.*

¹³ [Corte cost., sent. 19 maggio 2021, n. 116](#), , annotata da F. FERRARI, *Il giudizio comparativo tra atti colpisce la fonte primaria statale: ancora su riserva di amministrazione e leggi provvedimento*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 4 agosto 2020.

ciascuna disposizione in esso contenuta, dunque a quell'articolo 56, commi 7 e 8, che ha veicolato la modifica all'interno di una fonte "composita", non emessa dal legislatore *ad hoc* per disciplinare il regime di accesso agli incentivi.

In secondo luogo, restando ancora su un piano di riflessione processuale, potrebbe valutarsi la circostanza che la novella sembra aver inserito un elemento di "rottura" nel quadro normativo, in parte avvilendo i poteri pubblicistici di controllo spettanti al Gestore, che trovano inveramento nell'esercizio del potere di verifica disciplinato dall'articolo 11 del decreto ministeriale 5 settembre 2011.

Questo profilo probabilmente meriterà la dovuta attenzione, con riguardo ad un limite "operativo" della "sanatoria", giacché il suo margine di legittimità parrebbe escluso laddove "possa ritenersi che", in forza dell'intervento normativo "sia venuta meno la fonte normativa attributiva del potere che avrebbe legittimato, in conformità al principio di legalità, l'adozione degli atti" sanati, inserendosi una specie di "sbilanciamento" nella materia¹⁴. Il profilo è di estrema delicatezza, considerandosi che, da un lato, vi sono operatori economici che – è vero – hanno sostenuto spese di efficientamento energetico, ma hanno pur incamerato contributi pubblici non spettanti, dall'altro vi è un soggetto, il Gestore, che persegue un fine esclusivamente statale, volto al recupero delle tariffe incentivanti, ivi compreso il loro ricollocamento fondi anche presso quegli operatori privati che, *ex post*, non hanno avuto accesso ai benefici.

4.1. Segue. *La ratio della sanatoria quale parametro della sua legittimità costituzionale.*

Alcune riflessioni potrebbero muoversi anche sul profilo sostanziale dell'atto. Secondo la giurisprudenza, sebbene la legge in sanatoria non sia costituzionalmente preclusa in via di principio, la sua giustificazione andrebbe sottoposta ad uno scrutinio, per linee esterne, ma comunque rigoroso e stringente¹⁵, in considerazione, da un lato, della "compromissione" del potere pubblicistico *pro futuro* e, dall'altro, dal conferimento di "legittimità", attraverso una legge sanante, ad un provvedimento amministrativo nato erroneo, e percepito, anche collettivamente, come ingiusto.

Partendo dal citato rilievo, la giurisprudenza costituzionale è giunta a ritenere che una disposizione "in sanatoria" vada ritenuta illegittima, allorquando, nella sua finalità "non è dato rinvenire altra ragione che quella della sanatoria per se stessa, con l'unico scopo di stabilizzare situazioni già ritenute illegittime dal giudice amministrativo, al di fuori di ogni rapporto strumentale con la struttura e le finalità dell'ente, con effetti premiali palesemente ingiustificati"¹⁶, e questo poiché "l'intervento legislativo in sanatoria può essere ragionevolmente giustificato soltanto dallo stretto collegamento con le specifiche peculiarità del caso"¹⁷: da qui, secondo la Corte costituzionale,

¹⁴ In questo senso, da ultimo – ed in costante richiamo della precedente giurisprudenza – [Corte cost., sent. 19 maggio 2021, n. 116](#), cit., annotata da C. PINELLI, *Dallo scrutinio stretto all'omaggio al giudice amministrativo*, secondo cui "fra l'altro, riconduce l'intervento normativo nell'ambito delle leggi in sanatoria, in quanto inteso a fornire copertura legislativa a precedenti atti amministrativi; leggi in ordine alle quali questa Corte ha affermato che non sono costituzionalmente precluse in via di principio, ma che tuttavia, trattandosi di ipotesi eccezionali, la loro giustificazione deve essere sottoposta a uno scrutinio particolarmente rigoroso", in *Giur. cost.*, 2020, 1318. Analogamente v. anche [Corte cost., ord. 31 gennaio 2007, n. 381](#).

¹⁵ In questo senso, v. [Corte cost., sent. 5 febbraio 1999, n. 14](#), annotata da F.S. CANTELLA, *Il controllo sulle leggi in sanatoria: schemi di giudizio di uno scrutinio particolarmente rigoroso*, in *Giur. cost.*, 1999, 127, che ha ritenuto illegittima una norma che operava la convalida delle posizioni giuridiche ed economiche attribuite al personale dirigenziale dell'Azienda autonoma di assistenza di volo e al traffico aereo generale e le rendeva, mediante "legge in sanatoria", intangibili in sede giurisdizionale. La Corte costituzionale ha precisato che "il rimettente ha ravvisato in detta disposizione una vera e propria norma di sanatoria, incidente in modo diretto e immediato sulle posizioni dei soggetti coinvolti nel giudizio a quo, con un effetto di definitivo consolidamento dei provvedimenti oggetto d'impugnazione, perciò considerati non più contestabili in sede giurisdizionale".

¹⁶ Così G. VASSALLI, [La giustizia costituzionale nel 1999. Conferenza stampa del Presidente Giuliano Vassalli](#).

¹⁷ [Corte cost., sent. 20 marzo 1995, n. 94](#), annotata da A. CERRI, *Note in tema di giustizia costituzionale*, in *Foro it.*, 1995, 1081.

risulterebbe “*arbitraria la sostituzione della disciplina generale – originariamente applicabile – con quella eccezionale successivamente emanata*”¹⁸.

Un profilo di complessità sembrerebbe derivare dall’individuazione della *ratio* perseguita dall’art. 42, comma 3: da un lato, vi è l’intento del legislatore di sostenere impianti produttivi di energia rinnovabile che, sebbene non avessero avuto accesso al regime premiale, hanno comunque prodotto energia “*pulita*”. D’altro canto, è parimenti da osservare che, a seguito della revoca dei contributi, gli impianti energetici non cesserebbero la propria attività, e dunque la produzione di energia rinnovabile non parrebbe subire, almeno sotto questo profilo, un *vulnus* effettivo: le stesse Sezioni Unite hanno ritenuto che “*la previsione di contributi tariffari*” di favore costituisce “*un efficace strumento d’indirizzo della produzione energetica nazionale*”¹⁹, mentre la loro decadenza non preclude all’operatore di presentare comunque una nuova domanda di accesso per gli anni incentivati successivi.

4.2. Segue. Il rapporto tra “sanatoria” e la situazione giuridica pregressa.

Un diverso canone alla stregua del quale valutare l’ammissibilità di una legge sanante è rappresentato dal rapporto tra la nuova disciplina e la pregressa situazione giuridica. Il problema sembra derivare dall’introduzione di un meccanismo premiale dalla dubbia ragionevolezza²⁰, capace di operare a favore di quegli operatori economici che si sono resi artefici anche di raggiri (evidentemente rilevanti sotto forma di dolo contrattuale) nei confronti del Gestore.

¹⁸ In questo senso [Corte cost., 2 sent. 6 marzo 1987, n. 100](#), con nota di P. PINNA, *Lo stato d'emergenza e la giurisdizione, in le Regioni*, 1987, 1130, [Corte cost., sent. 5 novembre 1993, n. 402](#), con nota di C. DE MARCHIS, *La mensa nel passaggio smarcante delle Sezioni Unite alla Consulta*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 1994, 109; [Corte cost., sent. 11 luglio 1991, n. 346](#), annotata da F. SORRENTINO, *Garanzia giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi e leggi-provvedimento*, in *Giur. cost.*, 1991, 2780.

¹⁹ Così Cass. civ., sez. un., 2 novembre 2018, n. 28057.

²⁰ Sul punto, si può richiamare [Corte cost., sent. 27 ottobre 1999, n. 416](#), annotata da G. COZZOLINO, *Energie rinnovabili e tutela dell'affidamento: qualche riflessione a proposito degli incentivi al fotovoltaico alla luce dei recenti sviluppi normativi*, in *Riv. it. cost.*, 2012, secondo cui le posizioni giuridiche non possono essere lese “*da disposizioni*” – in sanatoria – “*che trasmodino in regolamento irrazionale di situazioni sostanziali fondate su leggi precedenti*”. Nella sentenza si scrive ancora che “*questa Corte ha più volte affermato che il divieto di retroattività della legge – pur costituendo fondamentale valore di civiltà giuridica e principio generale dell’ordinamento, cui il legislatore deve in linea di principio attenersi – non è stato tuttavia elevato a dignità costituzionale, se si eccettua la previsione dell’articolo 25 della Costituzione, relativa alla legge penale. Al legislatore ordinario, pertanto, fuori dalla materia penale, non è inibito emanare norme con efficacia retroattiva, a condizione però che la retroattività trovi adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza e non si ponga in contrasto con altri valori e interessi costituzionalmente protetti. Tra questi la giurisprudenza costituzionale annovera l’affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica che, quale essenziale elemento dello Stato di diritto, non può essere leso da disposizioni retroattive, le quali trasmodino in un regolamento irrazionale di situazioni sostanziali fondate su leggi precedenti*”. Va peraltro detto che, sul profilo giurisdizionale, è tutt’ora pendente un regolamento preventivo di giurisdizione, in cui le Sezioni Unite sono chiamate ad individuare se l’incameramento dei contributi del Gestore, da parte di soggetti privati, sia soggetto alla giurisdizione amministrativa ovvero, in forza del noto principio dell’attrazione, alla giurisdizione contabile. In tal senso depongono anche le emesse conclusioni del Sostituto procuratore generale del 17 maggio 2021, secondo cui “*alla questione va offerta soluzione affermativa, dovendo essere data continuità all’orientamento secondo cui è configurabile un rapporto di servizio tra la pubblica amministrazione erogatrice di contributo e il soggetto privato, non solo quando il soggetto privato disponga della somma erogata in modo diverso da quello preventivato, così frustrando lo scopo perseguito dall’amministrazione, ma anche nei casi in cui quest’ultimo abbia tenuto comportamenti idonei a creare le condizioni per conseguire il finanziamento pur senza averne diritto. Tale principio conduce dunque all’affermazione della giurisdizione contabile, essendo poi questione di merito quella concernente l’esistenza del danno erariale*”.

Quale spunto di riflessione, non lontano dall'analogo orientamento dottrinale sul punto²¹, pare possa ricavarsi da [Corte cost., sent. 14 aprile 1999, n. 141](#)²², per cui un intervento in sanatoria non sembra possa tradursi come un “*tentativo di fornire una copertura legale ad atti illeciti*”, che, peraltro, importerebbero comunque, nel caso di specie, l'incardinamento di un giudizio di responsabilità contabile innanzi alla Corte dei Conti²³. Mi pare interessante osservare come l'intervento normativo rischi di inserire un “*cortocircuito*”, poiché l'operatore privato, innanzi alla giurisdizione amministrativa, potrebbe andare esente dall'obbligo restitutorio (non potendo pronunciarsi la decadenza), ma potrebbe restare comunque soggetto all'azione contabile.

5. La legge in sanatoria come atto normativo espressivo di un nuovo interesse pubblico.

Ulteriore complessità deriva dal rilievo che la “*legge in sanatoria*”, per sua composizione, ha carattere sostanzialmente retroattivo²⁴: si ritiene che la legittimità del suo essere retroattiva dovrà trovare giustificazione nella ragionevolezza del nuovo contenuto normativo²⁵, non potendo entrare in contrasto con altri valori ed interessi costituzionalmente protetti²⁶.

Sotto questa visuale, una certa attenzione potrebbe meritare l'interesse pubblico al recuperare incentivi non spettandosi, alla luce della natura pubblica sia dell'ente erogatore (il Gestore²⁷), sia della risorsa corrisposta²⁸.

La Corte, tratteggiandone i requisiti, ha stabilito che la legge in sanatoria dovrà sostituire la pregressa valutazione dell'interesse pubblico (operata con la normativa abrogata, e nel caso ravvisabile nel diritto al recupero di contributi pubblici) con un nuovo valore meritevole di protezione giuridica: [Corte cost., sent. 14 aprile 1999, n. 141](#) (²⁹) ha stabilito come “*la volontà di sanatoria, per*

²¹ Condivide questa impostazione G.U. RESCIGNO, *Sanatoria ope legis di atti invalidi – reiterabilità di disposizioni dichiarate incostituzionali*, su *Giur. cost.*, 1963, 1247, secondo cui la legge in sanatoria effettua una reale convalida dell'atto amministrativo, “*pretende di sottrarre l'atto invalido a quel controllo giurisdizionale a cui esso sarebbe sottoposto in sua mancanza*”.

²² [Corte cost., sent. 14 aprile 1999, n. 141](#), annotata da A. MAZZITELLI, *Il principio di non inversione alla prova dei fatti*, in *Giur. cost.*, 1999, 1138.

²³ Si v. in tal senso Cass. civ., sez. un., 25 novembre 2013, n. 26282 e Cass. civ., 1° marzo 2006, n. 4511. Il che si fonda sul principio secondo cui la giurisdizione della Corte dei conti sussiste tutte le volte in cui sia necessario accertare la sussistenza di un danno erariale (Corte conti, sez. giur., 4 dicembre 2019, n. 613), rilevando il fatto che i contributi non sarebbero oggettivamente spettati all'operatore percipiente.

²⁴ La tematica della retroattività della legge, al di fuori del perimetro penale, è ricca di interventi approfonditi che affrontano l'argomento sia da un punto di vista generale, prendendo le mosse dalle teorie sulla legge interpretativa, sia con riferimento a singole fattispecie. Per un'ampia disamina casistica e dottrinale sull'argomento si può vedere V. MASTROIACOVO, *Esiste davvero la legge di interpretazione autentica?* su *Riv. dir. trib.*, 2012, 514.

²⁵ In tal senso, [Corte cost., sent. 7 giugno 1999, n. 229](#), su cui v. A. PUGIOTTO, *Una vicenda esemplare in tema di interpretazione autentica e materia tributaria*, in *Giur. cost.*, 1999, 2083.

²⁶ In tal senso sempre [Corte cost., sent. 27 ottobre 1999, n. 416](#), cit.

²⁷ Si può vedere in tal senso l'art. 4, comma 1, dello Statuto, secondo cui “*la società ha per oggetto l'esercizio delle funzioni di natura pubblicistica del settore elettrico e in particolare delle attività di carattere regolamentare, di verifica e certificazione relativa al settore dell'energia elettrica di cui all'articolo 3, commi 12 e 13 e di cui all'articolo 11, comma 3 del decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79 e successive modifiche e integrazioni*”.

Quanto detto è stato peraltro confermato anche dal giudice di legittimità, in particolare modo da Cass. civ., sez. un., 24 febbraio 2014, n. 4326; Cass. civ., sez. un., 2 novembre 2018, n. 28057 e Cass. civ., sez. un., 10 aprile 2019, n. 10020. Inoltre, Cass. civ., sez. un., 7 maggio 2019, n. 11932 ha, sul punto, ancora specificato che “*il Gestore dei Servizi Energetici va equiparato alle pubbliche amministrazioni ai sensi dell'articolo 7, secondo comma del Codice di procedura civile*”:

²⁸ In tal senso, v. Tar Lazio, 11 agosto 2020, n. 9516, secondo cui al Gestore Servizi Energetici compete “*una doverosa attività di controllo finalizzata alla corretta erogazione di contributi pubblici*”. In termini analoghi, Tar Lazio, 2 ottobre 2019, n. 11502 e Cons. Stato, 12 aprile 2019, n. 2380, secondo cui le somme corrisposte dal Gestore rappresentano “*incentivi pubblici*”.

²⁹ [Corte cost., sent. 14 aprile 1999, n. 141](#), cit., su cui v. A. CERRI, *Scrutinio più o meno rigoroso con riguardo a leggi provvedimento di sanatoria ed alla garanzia dei principi di eguaglianza, imparzialità e buona andamento della pubblica amministrazione*, in *Giur. cost.*, 1999, 1136. Con la citata sentenza la Corte costituzionale ha dichiarato illegittimo l'articolo 3 della legge approvata dalla Regione Sicilia 29 ottobre 1997 (“*Rideterminazione delle dotazioni organiche del*

poter legittimamente superare una precedente valutazione dell'interesse pubblico già operata dalla legge, deve essere sostenuta dall'assunzione di altro interesse pubblico, non irragionevolmente idoneo a giustificare il contrasto che viene a crearsi tra due diverse manifestazioni di volontà legislativa. Ma nulla invece risulta né dal testo oscuro della legge né dai lavori preparatori. Questi ultimi testimoniano anzi che l'articolo in esame è stato approvato senza contrasto, senza illustrazione o qualsivoglia discussione, come emendamento riguardante tutt'altra materia (la copertura finanziaria). La questione risulta pertanto palesemente fondata". Come sopra accennato, la nuova disciplina andrebbe a tutelare, in modo prevalente, l'interesse privato, rappresentando un contrappeso per le spese sostenute per l'efficientamento di un sistema ecosostenibile, anche considerando la recente crisi del settore, che ha condotto il legislatore anche a valutare, con leggi-provvedimento, la possibilità di dissequestrare impianti fotovoltaici che, sebbene non in regola sotto il profilo contabile (avendo avuto accesso a incentivi destinati a impianti di diverse dimensioni e potenza) sono, nondimeno, funzionanti ed ecosostenibili.

6. Considerazioni conclusive sulla relazione tra la novellata disciplina ed i poteri pubblicistici del Gestore.

L'attenzione andrebbe ancora posta sulla circostanza che il nuovo art. 42, comma 3, appare effettivamente introdurre, per richiamare l'espressione utilizzata dalla giurisprudenza costituzionale, una disposizione *"retroattivamente innovativa rispetto alla precedente disciplina ed emanata (...) con l'intenzione di incidere su giudizi in corso, così violando valori costituzionalmente tutelati"* ⁽³⁰⁾, ascrivibili alla trasparenza, efficienza ed efficacia dell'attività della pubblica amministrazione, oltre che nell'inveramento del principio, ormai assunto a rango eurounitario, di eguaglianza tra operatori, garantendo l'effettivo accesso ai contributi in favore dei soggetti che soddisfano i parametri normativi richiesti. Un quadro previgente ispirato alla certezza del diritto, dove al Gestore risultava precluso l'esercizio di un potere discrezionale (fondandosi la decadenza su valutazioni tecniche), che, adesso, dovrebbe invece esercitare per l'individuazione del valore percentuale di decurtazione.

Né la "legge in sanatoria" pare essere intervenuta per risolvere un dubbio ermeneutico o per espungere una disciplina irragionevole, ulteriori requisiti indicati dalla giurisprudenza costituzionale ai fini della validità di una disposizione retroattiva: solo in tal caso, la norma potrebbe trovare applicazione nei giudizi in corso ⁽³¹⁾, essendosi osservato che *"la legge insomma può intervenire retroattivamente onde eliminare istituti la cui sopravvivenza si ritenga irrazionale ovvero incidere sulla tutela giurisdizionale diretta ad applicare il diritto oggettivo (...) l'effetto sul contenzioso in corso, trova una giustificazione nell'esistenza di un obiettivo dubbio ermeneutico in sede giurisdizionale e dottrinale"* ⁽³²⁾.

Nel caso in commento, l'intervento normativo si pone in violazione di un orientamento giurisprudenziale granitico, che aveva ritenuto il potere pubblicistico di verifica degli impianti non rapportabile all'autotutela amministrativa, poiché calibrato su specifiche esigenze, sicché una legge in sanatoria di questo tipo potrebbe anche collidere con l'ambito di separazione dei poteri ³³ tra legislatore e giudiziario.

ruolo tecnico dei beni culturali ed ambientali e disposizioni in materia di catalogazione informatizzata dei beni culturali") con cui si sanava l'utilizzazione di fondi da parte di enti aventi finalità di carattere culturale.

³⁰ [Corte cost., sent. sent. sent. 7 giugno 1999, n. 229](#), cit.

³¹ Il che trova conferma in [Corte cost., 22 febbraio 1999, n. 44](#), s.n., secondo cui la disposizione può essere retroattiva ed incidere su giudizi pendenti allorquando si ha la *"sopravvivenza, sia pure limitata, di un istituto che si è voluto espungere radicalmente dall'ordinamento proprio in relazione alla sua intrinseca irrazionalità ed agli effetti sperequativi che andava determinando"*, ipotesi non conferente al caso di specie. In termini analoghi anche [Corte cost., sent. 24 marzo 1994, n. 105](#).

³² G. VASSALLI, [La giustizia costituzionale nel 1999. Conferenza stampa del Presidente Giuliano Vassalli](#), cit..

³³ Individua questa ulteriore problematica, sulle leggi in sanatoria, G.U. RESCIGNO, *Sanatoria*, cit., 1254-1257.

In conclusione, dal nuovo impianto normativo, sembrerebbe emergere un'arbitrarietà nella sostituzione della pregressa disciplina, ispirata ad un *favor* pubblico, con quella convalidante, senza potersi, almeno allo stato, ravvisarsi un'evidente ragione per cui situazioni, già considerate all'unisono illegittime e spesso risultato di raggiri a danno della Pubblica Amministrazione, vengano, oggi, sanate.

Stefania Mabellini
Il “radicamento territoriale”:
chiave d’accesso e unità di misura dei diritti sociali? * **

ABSTRACT: *The paper focuses on the question of social services to foreigners, highlighting the great influence that both the Court of Justice of European Union and the European Court of Human Rights have over national jurisprudence. More than anything the Author draws attention to the problematic condition of residence, that could be used as incisive instrument of discrimination in the provisions on social security benefits. Concerning that point, the paper focuses on some recent rulings of the Constitutional Court, that arrives at not really convincing conclusions.*

SOMMARIO: 1. La condizione giuridica dello straniero nel prisma dell’internazionalizzazione dei diritti – 2. Lo *status* dello straniero tra CEDU e UE... – 3. ... e la sua risonanza sulla giurisprudenza costituzionale - 4. Il radicamento territoriale: chiave o argine nell’accesso ai diritti? – 5. La questione della residenza e della sua “misura” – 6. Oltre il radicamento territoriale, attraverso le “ragioni della solidarietà umana”.

1. *La condizione giuridica dello straniero nel prisma dell’internazionalizzazione dei diritti*

La condizione giuridica degli stranieri non rientra tra le tematiche che maggiormente abbiano focalizzato l’attenzione dell’Assemblea costituente, com’era logico attendersi in ragione dell’esperienza concreta, attraversata assai più da fenomeni di emigrazione che di immigrazione.

Eppure, proprio in ordine alla disciplina giuridica dello straniero, come, forse, in nessun’altra materia, la Costituzione italiana ha espresso una autentica vocazione internazionalistica¹.

È, infatti, agevole constatare che l’art. 10, comma 2, Cost., dotando di immediata rilevanza, nell’ordinamento interno, le norme pattizie, oltre che quelle consuetudinarie, a cui la legge sulla condizione giuridica dello straniero è tenuta a *conformarsi*, abbia conferito una posizione privilegiata ad una particolare categoria di trattati, o, per meglio dire, alle norme di adattamento a quei trattati. Le quali sembrerebbero abilitate a porsi come parametro di legittimità della disciplina legislativa sugli stranieri².

È, ad ogni modo, un “privilegio” ormai superato dalla novella costituzionale del 2001 (l. cost. n. 3), la quale, sancendo l’estensione, alle leggi statali, di un limite fino a quel momento contemplato a carico delle sole leggi regionali, il limite del rispetto degli obblighi internazionali (art. 117, comma 1, Cost.), ha esteso ad altri trattati, ben oltre il campo di quelli aventi ad oggetto la disciplina giuridica degli stranieri, il rango di norma interposta di costituzionalità³.



* ** Il presente studio è stato elaborato nell’ambito della ricerca “Beyond Borders 2019” su “Territori, presenze e dinamiche culturali”, finanziata dall’Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”.

¹ Rileva l’apertura internazionalistica della Costituzione italiana, V. ONIDA, *I sessanta anni della Costituzione repubblicana (1948-2008)*, in *Nomos*, 1/2022.

² Cfr., in questo senso, G. GUZZETTA-F.S. MARINI, *Diritto pubblico italiano ed europeo*, V ed., Torino, 2022, 117 s. V., in argomento, A. D’ATENA, *Problemi relativi al controllo di costituzionalità delle norme di adattamento ai trattati internazionali*, in *Giur. cost.*, 1967, 608 ss.; M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali. L’esperienza italiana*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, 230 ss.; P. STANCATI, *Le libertà civili del non cittadino: attitudine conformativa della legge, assetti irriducibili di garanzia, peculiarità degli apporti del parametro internazionale*, in AA.VV., *Lo statuto costituzionale del non cittadino, Atti del XXIV Convegno annuale dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Cagliari 16-17 ottobre 2009*, Napoli, 2010, 25 ss.

³ In argomento, limitandosi ai primi commenti successivi alla novella costituzionale, v., B. CARAVITA, *La Costituzione dopo la riforma del titolo V*, Torino, 2002, 116; A. D’ATENA, *La nuova disciplina costituzionale dei rapporti internazionali e con l’Unione Europea*, in *Rass. parl.*, 2002, 922 ss.; ID., *L’adattamento dell’ordinamento interno al diritto internazionale*, in ID., *Lezioni di diritto costituzionale*, IV ed., Torino, 2018, 190 ss.; G.F. FERRARI, *Il primo comma dell’art. 117 della Costituzione e la tutela internazionale dei diritti*, in *DPCE*, 2002, 1849 ss.; G. GEMMA, *Rispetto dei trattati internazionali: un nuovo obbligo del legislatore statale*, cit., 605 ss.; P. CARETTI, *Il limite degli*

È appena il caso di osservare, tuttavia, che, più che sul terreno delle fonti positive, la definizione dello *status* dello straniero nell'ordinamento italiano pare giocare su quello, pretorio, della giurisprudenza, comune⁴, ma soprattutto costituzionale.

Difatti, la Corte costituzionale, nella prospettiva dell'internazionalizzazione dei diritti umani, ha ben presto mostrato di «leggere» la Costituzione alla luce degli accordi internazionali⁵, assumendo che l'una e gli altri potessero integrarsi e completarsi reciprocamente nella interpretazione⁶, ed altresì ammettendo – o meglio non escludendo – dalla “portata” della Carta costituzionale, categorie testualmente non ricomprese tra i soggetti destinatari delle norme attributive di diritti.

Si tratta, come noto, di un indirizzo interpretativo che può farsi risalire alla [sent. n. 120 del 1967](#)⁷, con cui la Corte costituzionale ebbe a riconoscere l'estensione agli stranieri, «quando trattisi di rispettare quei diritti fondamentali», del principio di eguaglianza, garantito dall'art. 3 Cost., non “isolatamente considerato”, ma “letto” in connessione con l'art. 2 Cost. e appunto con le norme di diritto internazionale⁸, richiamate dall'art. 10, comma 2, Cost.

In tal modo, la Corte stessa e, parallelamente, la giurisdizione ordinaria hanno iniziato a riempire quello «spazio vuoto di diritto costituzionale nel quale il legislatore [avrebbe potuto] far uso del proprio potere discrezionale nell'apprezzare ragioni che inducano a estendere la cerchia»⁹, ma di cui, invece, quest'ultimo si è assai poco servito.

Anzi, secondo quanto attentamente rilevato in dottrina, dopo l'intervento della legge 6 marzo 1998, n. 40 (c.d. legge “Turco-Napolitano”) e del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (“Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero”), con cui si «demanda al giudice – sia esso la Corte costituzionale o il giudice comune – l'accertamento, con riferimento alla singola fattispecie, della spettanza allo straniero dei “*diritti fondamentali della persona umana*”, la Corte costituzionale non ha più avuto remore ad applicare agli stranieri extracomunitari le norme costituzionali della Parte prima della Costituzione, e lo ha

obblighi internazionali e comunitari per la legge dello Stato e delle Regioni, in Id. (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2002*, Torino, 2003, 2 ss.; nonché, G. SERGES, *Art. 117, 1° co., Cost.*, cit.; G. TESAURO, *Costituzione e norme esterne*, cit., 195 ss.

⁴ Sulla «sovrabbondanza di fonti di riferimento per la tutela dei diritti», v. M. CARTABIA, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona: verso nuovi equilibri?* in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 223. Sul rischio che possa conseguire un allentamento del sindacato accentrato, cfr., A. D'ATENA, *Interpretazioni adeguate, diritto vivente e sentenze interpretative della Corte costituzionale*, cit., 339 s., il quale problematicamente ipotizza la percorribilità del sindacato diffuso, nel caso in cui il parametro sia rappresentato da norme di adattamento al diritto internazionale pattizio. Queste ultime, infatti, offrono un parametro costituito da norme non contenute nella Costituzione, per le quali «non sussisterebbero ostacoli all'impiego del modello interpretativo usato per il diritto comunitario». Al riguardo, cfr., anche G. TESAURO, *Costituzione e norme esterne*, cit., 195 ss.; M. LUCIANI, *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti fra diritto italiano e diritto internazionale*, in *Corr. giur.*, 2008, 201 ss. il quale a sua volta mette in luce la presenza di presupposti «largamente comuni» per il diritto convenzionale e quello comunitario che non giustificerebbero pienamente la diversità di condizione (205).

⁵ Così, A. D'ATENA, *Costituzionalismo e tutela dei diritti fondamentali*, in ID., *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., 15.

⁶ ... per riprendere le parole della sent. Corte cost. n. [388 del 1999](#). Cfr., G. D'ORAZIO, *Lo straniero nella Costituzione italiana*, Padova, 1992, 211 s., il quale osserva che «non è infrequente che la giurisprudenza (oltre che la dottrina) riscontri tra fattispecie normative poste dalle due fonti [interne e internazionale] una “sostanziale identità” o un “allineamento” della Conv. alla Costituzione, o una coincidenza o “armonia” di principi e di norme contenute nella Costituzione con altri “universalmente accolti”».

⁷ V., A. D'ATENA, *Costituzionalismo e tutela dei diritti fondamentali*, cit., 14 ss.; M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali. L'esperienza italiana*, cit., 213 ss.; V. ONIDA, *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, in AA.VV., *Lo statuto costituzionale del non cittadino, Atti del XXIV Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Cagliari 16-17 ottobre 2009*, cit., 3 ss.

⁸ V., ancora, M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali. L'esperienza italiana*, cit., 213 ss.

⁹ Così, la sent. n. [172 del 1999](#), punto 2.1. del *Cons. in dir.*

fatto non di rado invocando esplicitamente, a supporto della decisione, proprio il t.u. n. 286 del 1998»¹⁰.

Per inciso, tale estensione è stata agevolata dalla constatazione che, nella Costituzione, solo in rare occasioni è dato riscontrare una indicazione nel senso della limitazione della titolarità soggettiva dei diritti (e dei doveri) da essa contemplati ai soli cittadini. Ed anche in tali ipotesi, di queste norme costituzionali, è prevalsa, con l'avallo della giurisprudenza costituzionale¹¹, una lettura "accomodante" del dato testuale¹², alla luce della quale le relative formulazioni sarebbero da intendersi non come radicalmente preclusive dell'estensione al non cittadino delle rispettive posizioni giuridiche, ma, più "modestamente", come dirette ad apprestare nei confronti del cittadino specifiche tutele positive¹³.

Cosicché, ad eccezione di alcune prerogative¹⁴, strenuamente ancorate al requisito della cittadinanza, già a partire dagli anni '60 del secolo scorso si sono poste le premesse per l'attenuazione della tradizionale differenza tra diritti riconosciuti a tutti gli uomini e diritti riservati ai soli cittadini¹⁵, pervenendo al riconoscimento della titolarità, in capo agli stranieri – qualunque sia il titolo che ne legittima la presenza sul territorio dello Stato o finanche in sua assenza – di «tutti i diritti fondamentali che la Costituzione riconosce spettanti alla persona»¹⁶. Diritti che, ad avviso

¹⁰ In questi termini, A. PACE, *Dai diritti del cittadino ai diritti fondamentali dell'uomo*, relazione al Convegno internazionale di diritto comparato sul tema "Are Human Rights Universal and Binding?", Washington D.C., USA, 25 luglio - 1° agosto 2010, in *Rass. parl.*, 2010, 671 s. Si veda, ad esempio, la sent. n. [252 del 2001](#), nella quale si afferma che «lo straniero presente, anche irregolarmente, nello Stato ha diritto di fruire di tutte le prestazioni che risultino indifferibili e urgenti, secondo i criteri indicati dall'art. 35, comma 3 citato, trattandosi di un diritto fondamentale della persona che deve essere garantito, *così come disposto, in linea generale, dall'art. 2 dello stesso decreto legislativo n. 286 del 1998*». V., inoltre, in argomento, R. CHERCHI, *Lo straniero e la Costituzione. Ingresso, soggiorno, allontanamento*, Napoli, 2012, 21 ss.

¹¹ Basti ricordare la nota sent. n. [172 del 1999](#), nella quale, dichiarando non fondata la questione di costituzionalità della norma che imponeva agli apolidi residenti in Italia l'adempimento degli obblighi di leva (artt. 1, comma 1, lett. c), del d.p.r. 14 febbraio 1964, n. 237, *Leva e reclutamento obbligatorio nell'Esercito, nella Marina e nell'Aeronautica*, e 16, comma 1, della legge 5 febbraio 1992, n. 91, *Nuove norme sulla cittadinanza*, affermava che «l'art. 52 della Costituzione, proclamando il "sacro dovere" di difesa della Patria e l'obbligatorietà del servizio militare, nei limiti e nei modi stabiliti dalla legge, si riferisce ai cittadini italiani (...)», aggiungendo, peraltro, che «l'anzidetta determinazione dell'ambito personale di validità dell'obbligo costituzionale di prestazione del servizio militare non esclude l'eventualità che la legge, in determinati casi, ne stabilisca (...) l'estensione. La portata normativa della disposizione costituzionale è infatti, palesemente, quella di *stabilire in positivo, non già di circoscrivere in negativo*, i limiti soggettivi del dovere costituzionale. In breve: il silenzio della norma costituzionale non comporta divieto» (corsivo non testuale).

¹² Si veda, M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali. L'esperienza italiana*, cit., 226, il quale rileva che «il solo dato certo che emerge dalla giurisprudenza [...] è che il giudice costituzionale ritiene irrilevante il dato testuale».

¹³ In questo senso, E. GROSSO, *Cittadini per amore, cittadini per forza: la titolarità soggettiva del diritto di voto nelle Costituzioni europee*, in *DPCE*, 2000, 529 ss. Cfr., sulla possibilità di estensione dei diritti costituzionali ai non cittadini, M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali. L'esperienza italiana*, cit., 230 ss.; ID., *La Costituzione italiana e gli ostacoli all'integrazione europea*, in *Pol. dir.*, 1992, 562 ss.; A. CIANCIO, *Lavoratori senza frontiere: la condizione giuridica dello straniero residente e la tutela dei diritti costituzionali*, in *Rass. parl.*, 1999, 566 ss.; G.U. RESCIGNO, *Note sulla cittadinanza*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 751 ss.

¹⁴ Il riferimento è ovviamente ai diritti di partecipazione politica, su cui, cfr., E. GROSSO, *Cittadini per amore, cittadini per forza: la titolarità soggettiva del diritto di voto nelle Costituzioni europee*, cit., 505 ss.; G.U. RESCIGNO, *Note sulla cittadinanza*, cit., 751 ss.; G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Napoli, 2007, 373 ss.

¹⁵ V., A. D'ATENA, *Costituzionalismo e tutela dei diritti fondamentali*, cit., 14 ss.; M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali. L'esperienza italiana*, cit., 203 ss., il quale osserva (pag. 208) che «i diritti del cittadino [...] vengono sempre più frequentemente (e magari inconsapevolmente) pensati come se fossero *diritti dell'uomo*: per questa impostazione culturale la differenza tra cittadini e stranieri tende dunque, dal punto di vista dei diritti fondamentali, ad essere sempre più recessiva».

¹⁶ Così, tra le altre, le sentt. nn. [203 del 1997](#), [252 del 2001](#), [432 del 2005](#) e [324 del 2006](#). Cfr., R. BAUBÖCK, *Citizenship and migration - concepts and controversies*, in Id. (a cura di), *Migration and Citizenship. Legal Status, Rights and Political Participation*, Amsterdam, 2006, 23, per il quale «Even irregular migrants can formally claim certain basic rights of civil citizenship that are considered human rights, e.g. due process rights in court or elementary

della Corte costituzionale, andrebbero riconosciuti «ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani»¹⁷.

2. Lo status dello straniero tra CEDU e UE...

Non può ignorarsi il ruolo giocato, per lo sviluppo di tale giurisprudenza, dagli orientamenti emersi sul piano internazionale e sovranazionale¹⁸.

Quanto al primo, ruota tuttora principalmente sull'art. 14 CEDU, che garantisce, ad ogni persona sottoposta alla giurisdizione degli Stati contraenti (art. 1) – indipendentemente, cioè, dai fattori della nazionalità e della cittadinanza – il godimento, senza discriminazione alcuna, dei diritti e delle libertà riconosciuti nella Convenzione¹⁹. È noto, altresì, che, in aggiunta a questi – pur in assenza di espresse previsioni da parte della Convenzione e con la sola “leva” fornita dal riconoscimento del diritto di proprietà, sancito dall'art. 1 del Protocollo 1²⁰ –, la Corte di Strasburgo, abbia tratto, dal divieto di discriminazione tra cittadini e stranieri, l'estensione ai secondi di misure di tipo economico e sociale, approntate, dalla legislazione degli Stati contraenti, esclusivamente in favore dei primi²¹.

È appena il caso di sottolineare, per inciso, che la Corte di Strasburgo esclude che, dalla Convenzione, derivi alcun obbligo, a carico degli Stati membri, di realizzare un sistema di protezione sociale o di garantire un livello determinato di prestazioni assistenziali, potendosi, tutt'al più, evocare il principio di non discriminazione, solo una volta che le prestazioni siano state istituite²². Stando a questa lettura, dato il carattere relativo che di esso è proprio²³, il principio di

social rights, such as emergency health care or public schooling for their children. On the one hand, these rights are obviously precarious since they effectively depend on a right to residence and because most states of immigration accept only few constraints on their discretionary powers of deportation and expulsion of migrants in an irregular status. On the other hand, regularisation measures have been frequent in all Mediterranean EU states and have also been occasionally implemented in traditional immigration states».

¹⁷ Così, sent. n. [105 del 2001](#), nonché, sulla stessa linea, le precedenti nn. [267 del 1998](#), [309 del 1999](#), [509 del 2000](#). Cfr., E. CODINI, *La cittadinanza. Uno studio sulla disciplina italiana nel contesto dell'immigrazione*, Torino, 2017, 133 ss.; A. RUGGERI, *I diritti sociali al tempo delle migrazioni*, in *Osservatorio costituzionale*, 2/2018, 13 s., il quale evidenzia che «la “fondamentalità” di un diritto naturalmente si converte e risolve, dunque, nella sua “inclusività”».

¹⁸ V., E. GIANFRANCESCO, *Incroci pericolosi: Cedu, Carta dei diritti fondamentali e Costituzione italiana tra Corte costituzionale, Corte di giustizia e Corte di Strasburgo*, in *Rivista AIC*, 1/2011, il quale rileva che «soltanto la valorizzazione del vincolo esterno ha consentito di rimuovere disposizioni che la raffinata intelaiatura di protezione della Carta costituzionale italiana non era riuscita ad espungere dal nostro ordinamento».

¹⁹ Art. 14: «Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione».

²⁰ Già nel risalente caso *Airey c. Irlanda*, sent. del 9 ottobre 1979 (n. 6289/73), il Giudice di Strasburgo ebbe a rilevare (punto 26) che, nonostante la Convenzione abbia riguardo a diritti civili e politici, molti di questi presentano implicazioni di natura economica o sociale, né, d'altra parte, tra gli uni e gli altri può dirsi esistente una «water-tight division».

²¹ Così, la Corte di Strasburgo ha dichiarato la violazione dell'art. 1 Prot. n. 1, in combinato disposto con l'art. 14 CEDU, nel caso *Gaygusuz c. Austria*, sentenza del 16 settembre 1996 (ric. n. 39/1995/545/631). Analogamente, nelle pronunce *Koua Poirrez c. Francia*, del 30 settembre 2003 (ric. n. 40892/98); *Stec e a. c. Regno Unito* [GC], del 12 aprile 2006 (nn. 65731/01 e 65900/01); *Lucsak c. Polonia*, del 27 novembre 2007 (ric. n. 77782/01) e *Andrejeva c. Lettonia* [GC], 18 febbraio 2009 (n. 55707/00).

²² In tal senso, v., tra le altre, sentt. 19 settembre 1996, *Gaygusuz c. Austria*; 30 settembre 2003, causa 40892/98, *Koua Poirrez c. Francia*; 18 febbraio 2009, GC, causa 55707/00, *Andrejeva c. Lettonia*.

²³ ... storicamente affermato (sent. del 23 novembre 1983, *Van der Musselle c. Belgio*), e in seguito ribadito, ad esempio, nella decisione del 13 aprile 2006, causa 55170/00, *Kosteski c. l'ex-Repubblica Iugoslava di Macedonia*: «Article 14 of the Convention complements the other substantive provisions of the Convention and the Protocols. It may be applied in an autonomous manner as a breach of Article 14 does not presuppose a breach of those other provisions although, since it has no independent existence, it can only come into play where the alleged discrimination

non discriminazione parrebbe, bensì, favorire l'estensione, agli stranieri – peraltro, limitatamente a quelli che siano regolarmente soggiornanti²⁴ –, di quelle posizioni giuridiche soggettive che siano già riconosciute, ai cittadini, negli ordinamenti nazionali²⁵; ma nulla potrebbe rispetto a quei diritti che, nei singoli ordinamenti, non risultino attuati o che, una volta attuati, si vedano in seguito sottoposti ad una “generalizzata” contrazione²⁶.

Quanto al versante sovranazionale, non si può fare a meno di registrare un significativo salto di qualità, propiziato, anche in questo caso, dapprima, da un'elaborazione giurisprudenziale piuttosto “generosa” rispetto ai titoli di intervento europei²⁷, a cui, solo successivamente, si è affiancato il

falls within the scope of the rights and freedoms safeguarded by the other substantive provisions» (punto 44). L'aspetto è ripreso dalla giurisprudenza costituzionale italiana, ad esempio nella decisione n. [183 del 2010](#).

²⁴ È, infatti, solo alla luce dell'art. 3 della Convenzione, che sancisce il divieto di tortura e di trattamenti disumani e degradanti, che la Corte EDU fonda, per gli stranieri irregolari, il diritto alla tutela della salute. Emblematica, in questo senso, la sent. *D. c. Regno Unito*, 2 maggio 1997 § 44, in cui il Giudice di Strasburgo afferma che «l'articolo 3 non impone agli Stati contraenti l'obbligo di alleviare le disparità [esistenti tra Stati ricchi e stati poveri, in materia di assistenza sanitaria] garantendo cure gratuite e illimitate a tutti gli stranieri irregolari presenti nel proprio territorio. Affermare il contrario farebbe gravare sugli Stati contraenti un fardello troppo grande». Più recentemente, nel caso *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, GC, 21 gennaio 2011, § 249 ss., la Corte ha riconosciuto la violazione dell'art. 3 da parte della Grecia nei confronti di un richiedente asilo, rilevando come i rapporti del Commissario sui Diritti dell'Uomo del Consiglio d'Europa e dell'Alto Commissariato sui Rifugiati delle Nazioni Unite accertino la notorietà della condizione di precarietà e vulnerabilità dei richiedenti asilo in Grecia. Cfr., A. GUAZZAROTTI, *Giurisprudenza CEDU e giurisprudenza costituzionale sui diritti sociali a confronto*, in [Rivista del Gruppo di Pisa](#); F. BIONDI DAL MONTE, *Lo stato sociale di fronte alle migrazioni. diritti sociali, appartenenza e dignità della persona*, [ivi](#), 52 ss.; A. SCERBO, *Criminalizzazione degli immigrati vs. diritti fondamentali. La recente evoluzione del diritto dell'Unione europea nella prospettiva di adesione alla Convenzione europea*, in S. Gambino-G. D'Ignazio (a cura di), *Immigrazione e diritti fondamentali fra Costituzioni nazionali, Unione europea e diritto internazionale*, Milano, 2010, 336 ss.; R. CHERCHI, *Lo straniero e la Costituzione. Ingresso, soggiorno, allontanamento*, cit., 50; F. SCUTO, *I diritti fondamentali della persona quale limite al contrasto dell'immigrazione irregolare*, Milano, 2012, 153 ss.

²⁵ Sul punto, cfr., la sent. Corte cost. n. [187 del 2010](#), in cui si ricorda che «la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha, in varie occasioni, avuto modo di sottolineare come la Convenzione non sancisca un obbligo per gli Stati membri di realizzare un sistema di protezione sociale o di assicurare un determinato livello delle prestazioni assistenziali; tuttavia, una volta che tali prestazioni siano state istituite e concesse, la relativa disciplina non potrà sottrarsi al giudizio di compatibilità con le norme della Convenzione e, in particolare, con l'art. 14 che vieta la previsione di trattamenti discriminatori» (punto 2. del *Cons. in dir.*).

²⁶ Rileva S. GIUBBONI, *I diritti sociali nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona. Paradossi, rischi e opportunità*, relazione al convegno “Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani”, svoltosi a Perugia il 25 e 26 marzo 2011, in [Astrid](#), 11 s., che «il modello di riferimento rimane, nel giudizio della Corte [...] quello dell'“access justice” e non della giustizia sociale sostanziale. Un modello sociale che, in quanto basato essenzialmente sul principio di non discriminazione, se assicura il libero accesso transnazionale al mercato dei servizi, anche sociali, e finanche alla sfera più “interna” delle prestazioni assistenziali, non si misura con i risultati distributivi, in termini appunto di “giustizia sostanziale”, che l'apertura laterale di tali spazi di solidarietà viene a determinare. Una siffatta logica, che prefigura “un ordine normativo sociale di diritti senza doveri corrispondenti”, rischia tuttavia di alterare i delicati equilibri distributivi realizzati dai legislatori nazionali». V., anche F. W. SCHARPF, *Legitimacy in the Multilevel European Polity*, al [sito web](#) del *Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung, MPIfG Working Paper 09/127*, che rileva: «by replacing the reciprocal link between entitlements and contributions with the assertion of unilateral individual rights, the Court may seem generous. But its generosity ignores the club-good character of most of the benefits and services provided by the solidaristic nation state. Allowing the easy exit of contributors and the easy entry of non-contributors is bound to undermine the viability of these clubs. If the logic of these decisions will shape national responses, the most likely outcome will not be universal generosity but private insurance, private education and gated communities for those who can afford them, and eroding public benefits, public services and public infrastructure for those who cannot pay for private solutions (including the no-longer discriminated migrant students, workers and their families)».

²⁷ Sulla giurisprudenza sovranazionale in tema di applicazione del principio di non discriminazione, cfr., F. SORRENTINO, *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Pol. dir.*, 2001, 179 ss.; F. GHERA, *Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana e nel diritto comunitario*, Milano, 2003, 85 ss.; A.O. COZZI, *Diritti e principi sociali nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea: profili costituzionali*, Napoli, 2017, 197 ss.

riconoscimento, da parte del diritto primario, di specifiche competenze sovranazionali in materia di trattamento dello straniero²⁸.

In questo contesto, l'Unione europea, dapprima, mette a segno l'adozione della direttiva 2000/43/CE, che – ampliato il raggio d'azione comunitario, da quello, che ne segna l'esordio, della parità di genere²⁹ a quello della non discriminazione a motivo della razza e dell'origine etnica³⁰ – ha trovato applicazione, da parte della stessa Corte di Giustizia, nonostante la diversa indicazione contenuta a riguardo nella direttiva³¹, anche a discriminazioni fondate sulla condizione di straniero³²; poi, perviene – sulla scorta, ancora una volta, della consolidata interpretazione estensiva, offerta dalla Corte di Giustizia, del principio di libera circolazione dei lavoratori³³ –, al

²⁸ ... a seguito degli emendamenti apportati, come noto, dai Trattati di Amsterdam e di Nizza. Cfr., A. LANG, *La politica comunitaria in materia di immigrazione*, in DPCE, 2003, 698 ss.; M. MISTÒ-L. PALATUCCI-F. ROSA-V. TAMBURRINI, *La disciplina dell'immigrazione nell'Unione europea: la normativa, la giurisprudenza e la dottrina*, in DPCE, 2003, 823 ss.; L. TOMASI, *Flussi migratori e risorse umane*, in DPCE, 2004, 206 ss.; L. TUFANO, *L'integrazione degli stranieri legalmente residenti nell'Unione europea*, in DPCE, 2005, 744 ss.; M. CONDINANZI-A. LANG-B. NASCIMBENE, *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, Milano, 2006, 249 ss.

²⁹ Si consideri la direttiva 76/207/CEE del Consiglio, del 9 febbraio 1976, relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro, recentemente modificata dalla Direttiva 2002/73/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 settembre 2002. Sul punto, sia consentito rinviare a S. MABELLINI, *Parità dei sessi e "azioni positive" tra ordinamento comunitario e diritto interno*, in A. D'Atena-P. Grossi (a cura di), *Tutela dei diritti fondamentali e costituzionalismo multilivello. Tra Europa e Stati nazionali*, Milano, 2004, 169 ss.

³⁰ Direttiva 2000/43/CE del Consiglio, del 29 giugno 2000, che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica; direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, attuate in Italia rispettivamente con i decreti legislativi nn. 215 e 216 del 2003. Cfr., L. MELICA, *La problematica delle discriminazioni e l'istituzione dell'UNAR*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2005, 35 ss.; D. GOTTARDI, *Le discriminazioni basate sulla razza e sull'origine etnica*, cit., 1 ss, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2009, 29 ss. Sulle diverse modalità con cui opera il principio di eguaglianza negli ordinamenti nazionali ed in quello europeo, conseguenza del carattere generale degli uni, particolare e settoriale dell'altro, v., F. SORRENTINO, *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di Giustizia delle Comunità europee*, in AA.VV., *Corte costituzionale e principio di eguaglianza*, Atti del Convegno in ricordo di Livio Paladin, Padova 2 aprile 2001, Padova, 2002, 123 ss.; M.T. AMBROSIO, *Immigrazione e tutele contro le discriminazioni fondate sulla razza e sull'origine etnica*, in L. Corazza-M. Della Morte-S. Giova (a cura di), *Fenomeni migratori ed effettività dei diritti*, Asilo-Minori-Welfare, Napoli, 2018, 299 ss.

³¹ Art. 3, comma 2: «La presente direttiva non riguarda le differenze di trattamento basate sulla nazionalità e non pregiudica le disposizioni e le condizioni relative all'ingresso e alla residenza di cittadini di paesi terzi e di apolidi nel territorio degli Stati membri, né qualsiasi trattamento derivante dalla condizione giuridica dei cittadini dei paesi terzi o degli apolidi interessati». È, peraltro, stato osservato che tale disposto non sembrerebbe pienamente coerente con l'art. 18 TUE (ex art. 12 TCE), che, come noto, sancisce, nel campo di applicazione dei trattati, il divieto di ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità, cfr., D. GOTTARDI, *Le discriminazioni basate sulla razza e sull'origine etnica*, cit., 10 ss. È appena il caso di rilevare, ad ogni modo, che, per un verso, la nazionalità potrebbe pur sempre fondare una discriminazione di tipo indiretto (in questo senso, A. RIZZO, *La funzione "sociale" del principio di uguaglianza e del divieto di discriminazioni nel diritto dell'Unione europea*, in P. Gargiulo (a cura di), *Politica e diritti sociali nell'Unione europea. quale modello sociale europeo?* Napoli, 2011, 57 ss.), per l'altro, che la giurisprudenza sovranazionale già da tempo (si veda, ad esempio, la sent. 14 luglio 1976, *Gaetano Donà c. Mario Mantero*, C-13/76), ha riconosciuto, ai divieti di discriminazione a motivo della nazionalità, sanciti nei Trattati istitutivi, efficacia immediata negli ordinamenti giuridici degli Stati membri, con ciò ammettendo che i singoli possano invocarli davanti alle giurisdizioni nazionali. Non può, infine, dimenticarsi che il Testo unico sull'immigrazione accoglie una definizione più inclusiva, comprendendo, tra i fattori di discriminazione vietati, «l'origine nazionale o etnica» (art. 43, comma 1).

³² Sent. CGCE, del 10 luglio 2008, causa C-54/07, *Feryn* (ma, in senso diverso, si veda la più recente decisione della Corte di Giustizia del 24.4.2012, causa 571/10, *Kamberaj*, punti 47-50). V., B. PEZZINI, *Una questione che interroga l'uguaglianza: i diritti sociali del non-cittadino*, in AA.VV., *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Atti del XXIV Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Cagliari 16-17 ottobre 2009, cit., 163 ss.; A. GUAZZAROTTI, *Eguaglianza e pari dignità*, in D. Tega (a cura di), *Le discriminazioni razziali ed etniche. Profili giuridici di tutela*, Roma, 2011, 196 ss.

³³ Si consideri la sentenza della Corte di Giustizia del 26 febbraio 1991, *The Queen c. Immigration Appeal Tribunal, ex parte Gustaff Desiderius Antonissen*, causa c-292/89, in cui si rileva che «secondo la costante giurisprudenza della Corte, la libera circolazione dei lavoratori fa parte dei fondamenti della Comunità e, pertanto, le disposizioni che sanciscono questa libertà devono essere interpretate estensivamente», ma già, v., sent. del 3 giugno 1986, *R. H. Kempf*

diretto riconoscimento³⁴, in capo al cittadino di Paesi terzi, nonché ai residenti di lungo periodo, di diritti, anche economici, di sicurezza sociale³⁵.

Né può sottovalutarsi la rilevanza della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, la quale non solo si trova a ribadire il principio di non discriminazione, tra l'altro, in base alla nazionalità (art. 21, par. 2), ma prevede, viepiù – ad ulteriore conferma della tendenza in atto a legarne il riconoscimento alla *regolare* residenza, più che alla cittadinanza³⁶ –, che l'accesso alle

contro Staatssecretaris Van Justitie, causa 139/85. In argomento, cfr., V. LIPPOLIS, *La cittadinanza europea*, Bologna, 1994, 111 ss.; S. GIUBBONI, *Confini della solidarietà. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, in *Pol. dir.*, 2011, 406 s., il quale rileva che «la Corte [...] non ha (ancora) varcato la soglia – simbolica e costituzionale – oltre la quale la cittadinanza dell'Unione assumerebbe davvero valenza di *status* fondamentale della persona nello spazio giuridico europeo, conferendo, per ciò stesso, anche ai cittadini “statici” che non abbiano (ancora) esercitato la libertà di circolazione loro attribuita dal Trattato, un autonomo patrimonio di diritti fondamentali, radicato sulla parità di trattamento e sostanziato, oggi, in primo luogo, dalle previsioni della Carta di Nizza». Lo stesso A. (*Diritti e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, Bologna, 2012, 139), non manca, del resto, di rilevare che «esiste una tensione originaria, costitutiva (...) tra la libertà di circolazione all'interno dell'Unione europea e il principio di solidarietà sociale, quale che sia la definizione che se ne assuma». Sul riconoscimento di diritti collegati allo *status* di cittadini dell'Unione a prescindere dall'esercizio della libertà di circolazione, si veda la decisione della Corte di giustizia, 3 marzo 2011, causa C-41/09, *Zambrano*. Cfr., C.M. CANTORE, *La sentenza Zambrano della CGUE: Una “rivoluzione copernicana”?* in *Diritti Comparati*, 13 giugno 2011; C. SALAZAR, *A Lisbon story: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea da un tormentato passato... a un incerto presente?* Relazione al Convegno su “I diritti sociali dopo Lisbona. Il ruolo delle Corti. Il caso italiano. Il diritto del lavoro fra riforme delle regole e vincoli di sistema” (Facoltà di Giurisprudenza, Università “Mediterranea” di Reggio Calabria, 5 novembre 2011), in *Rivista del Gruppo di Pisa* per la quale, nella pronuncia, «il “legame originario” tra la cittadinanza europea e la libertà di circolazione viene rescisso» e la cittadinanza europea «si scioglie dalla originaria matrice economicistica». Tale *status*, infatti, «opera per il solo fatto di essere previsto dall'art. 20 TFUE, comportando il riconoscimento di un nucleo essenziale di diritti fondamentali a chi ne sia titolare [...] e pretendendo anche la predisposizione delle condizioni che rendano effettivi tali diritti, pur se gli interventi necessari a tale scopo ricadano in ambiti rientranti nella competenza “esclusiva” degli Stati».

³⁴ Cfr., G. BASCHERINI, *Europa, cittadinanza, immigrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 767 ss.; M.L. TUFANO, *L'integrazione degli stranieri legalmente residenti nell'Unione europea*, cit., 744 ss.; M. CONDINANZI-A. LANG-B. NASCIMBENE, *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, Milano, 2006, 249 ss.; G. CAGGIANO, *L'integrazione europea “a due velocità” in materia di immigrazione legale e illegale*, in *DPCE*, 2008, 1098 ss.; T. LOBELLO, *La politica dell'immigrazione*, in S. Mangiameli (a cura di), *L'ordinamento europeo. Le politiche dell'Unione*, Milano, 2008, 1009 ss.; M. SPATTI, *I limiti all'esclusione degli stranieri dal territorio dell'Unione europea*, Torino, 2010, 97 ss.

³⁵ Regolamento 2004/833/CE, nonché direttive 2003/109/CE (art. 11, par. 1, lett. d) e 2011/98/UE (art. 12, par. 1, lett. e). A queste ultime si riconosce effetto diretto laddove prescrivono l'obbligo di parità di trattamento tra le categorie di cittadini di Paesi terzi individuate dalle medesime direttive e i cittadini dello Stato membro in cui quelli soggiornano. V., F. BIONDI DAL MONTE, *Immigrazione e welfare: condizioni di accesso e principio di non discriminazione*, in *Le Regioni*, 2008, 1086 ss.; P. CARROZZA, *Noi e gli altri. Per una cittadinanza fondata sulla residenza e sull'adesione ai doveri costituzionali*, in E. Rossi-F. Biondi Dal Monte-M. Vrenna (a cura di), *La governance dell'immigrazione. Diritti, politiche e competenze*, Bologna, 2013, 27 ss.; A. IANNIELLO-SALICETI, *Le politiche dell'Unione europea per gli immigrati nella dimensione regionale e locale*, *ivi*, 169 ss. Si veda, al riguardo, la recente sent. n. [67 del 2022](#), in relazione all'assegno per il nucleo familiare, con cui la Corte costituzionale ribadisce che «il beneficio di una prestazione di sicurezza sociale al soggiornante di lungo periodo non può essere rifiutato o ridotto per il motivo che i suoi familiari o taluni di essi risiedono in un paese terzo, quando invece tale beneficio è riconosciuto ai cittadini italiani indipendentemente dal luogo in cui i loro familiari risiedono», concludendo che «la tutela riconosciuta al diritto in questione e la sua azionabilità richiamano le condizioni che la costante giurisprudenza della Corte di giustizia individua per affermare l'efficacia diretta delle disposizioni su cui tali diritti si fondano». Cfr., A. RUGGERI, [Alla Cassazione resta a far luogo all'applicazione diretta del diritto euorunitario la Consulta replica alimentando il fecondo “dialogo” tra le Corti \(a prima lettura della sent. n. 67/2022\)](#), in questa [Rivista 2022/I](#), 252 ss.

³⁶ Cfr., A.O. COZZI, *Un piccolo puzzle: stranieri e principio di eguaglianza nel godimento delle prestazioni socio-assistenziali*, in *Quad. cost.*, 2010, 558 ss. Sulle limitazioni nell'accesso alle prestazioni sociali per gli stranieri irregolari, v. C. AMIRANTE, *La condizione post-coloniale dei “clandestini” nell'Unione europea: una persistente violazione della dignità umana*, in S. Gambino-G. D'Ignazio (a cura di), *Immigrazione e diritti fondamentali fra Costituzioni nazionali, Unione europea e diritto internazionale*, cit., 87 ss.; A. SCERBO, *Criminalizzazione degli immigrati vs. diritti fondamentali. La recente evoluzione del diritto dell'Unione europea nella prospettiva di adesione alla Convenzione europea*, in S. Gambino-G. D'Ignazio (a cura di), *Immigrazione e diritti fondamentali fra Costituzioni nazionali, Unione europea e diritto internazionale*, cit., 317 ss., per la quale le istituzioni dell'Unione europea

prestazioni di sicurezza sociale sia diritto di ogni di ogni individuo legalmente residente all'interno dell'UE (art. 34, par. 2)³⁷.

Elementi, questi, che, pur con la contrazione, anche significativa, registrata nell'ultimo decennio³⁸, testimoniano della «emersione di una vera e propria dimensione sociale»³⁹ sovranazionale e, in definitiva, di una crescente «propensione costituzionale» dell'ordinamento europeo⁴⁰.

Ciononostante, non può trascurarsi che l'espansione sovranazionale in questi ambiti⁴¹ trovi normalmente fondamento in titoli di intervento, i quali – non orientati a fini sociali – appaiono solo di riflesso idonei a rivestire, di un contenuto sociale, talune specifiche azioni eurounitarie, strutturalmente dirette a conseguire interessi di carattere prevalentemente economico, al cui compimento restano, in definitiva, funzionali⁴².

avrebbero favorito «la creazione e l'istituzionalizzazione della categoria di “immigrato illegale” o “clandestino” da cui far discendere la legittimità di una serie di misure di criminalizzazione c.dd. dirette ed indirette» (325). Sul rispetto dei diritti fondamentali anche in caso di azioni di contrasto dell'immigrazione illegale, si veda la direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2008, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare. Cfr., G. CAGGIANO, *L'integrazione europea “a due velocità” in materia di immigrazione legale e illegale*, in *DPCE*, 2008, 1098 ss.; R. CHERCHI, *Lo straniero e la Costituzione. Ingresso, soggiorno, allontanamento*, cit., 145 ss.; F. SCUTO, *I diritti fondamentali della persona quale limite al contrasto dell'immigrazione irregolare*, cit., 71 ss. Sostiene la possibile applicazione del divieto di discriminazione indipendentemente dalla situazione di illegalità, D. GOTTARDI, *Le discriminazioni basate sulla razza e sull'origine etnica*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Milano, 2007, 38 s.

³⁷ Cfr., A. SPADARO, *La “cultura costituzionale” sottesa alla carta dei diritti fondamentali dell'UE fra modelli di riferimento e innovazioni giuridiche*, in C. Panzera-A. Rauti-C. Salazar-A. Spadaro (a cura di), *Metamorfosi della cittadinanza e diritti degli stranieri, Atti del Convegno internazionale di studi Reggio Calabria, 26-27 marzo 2015*, Napoli, 2016, 473 ss.; A.O. COZZI, *Sindacato accentrato di costituzionalità e contributo alla normatività della Carta europea dei diritti fondamentali a vent'anni dalla sua proclamazione*, in *Dir. pubbl.*, 2020, 678 ss.

³⁸ Sulla più restrittiva interpretazione della libertà di circolazione in relazione agli stessi cittadini UE, elaborata, a partire dal 2013, dalla Corte di Giustizia, secondo la quale, nei confronti di cittadini di altri Stati membri qualificati come lavoratori economicamente inattivi, andrebbe ammessa la facoltà degli Stati di negare il diritto di residenza ed escludere dal godimento di prestazioni sociali in denaro di carattere non contributivo: sentt. CGUE 19 settembre 2013, causa C-140/12, *Pensionsversicherungsanstalt c. Peter Brey*; 11 novembre 2014, causa C-333/13, *Elisabeta Dano, Florin Dano c. Jobcenter Leipzig*; 14 giugno 2016, causa C-308/14, *Commissione c. Regno Unito*; 15 settembre 2015, C-67/14; *Jobcenter Berlin Neukölln c. Nazifa, Sonita, Valentina e Valentino Alimanovic*; 26 febbraio 2016, C-299/14, *Vestische Arbeit Jobcenter Kreis Recklinghausen c. Jovanna García Nieto e a. V.*, J. HELLMAN-M.J. MOLINA GARCÍA, *The erosion of the European integration process due to certain restrictions of the free movement of persons*, in *Revista Universitaria Europea*, 2015, 37 ss. Cfr., F. BILANCIA, *La reciproca interferenza tra diritto di residenza e fruizione delle prestazioni sociali in relazione alla libertà di circolazione e soggiorno dei cittadini stranieri*, in *Giur. cost.*, 2018, 1746 ss., che evidenzia il ruolo assunto nel Regno Unito dall'argomento della concorrenza tra cittadini e stranieri nell'accesso alle prestazioni sociali in occasione della campagna referendaria sulla cd. “Brexit”.

³⁹ Così, O. POLLICINO-V. SCIARABBA, *I servizi sociali tra sussidiarietà verticale e sussidiarietà orizzontale in prospettiva comparata*, in *DPCE*, 2007, 991.

⁴⁰ Cfr., A. D'ATENA, *Una costituzione senza costituzione per l'Europa*, in *Dir. soc.*, 2009, 202 ss.

⁴¹ Si veda, S. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, cit., 12 ss.; M. CARTABIA, *L'universalità dei diritti umani nell'età dei «nuovi diritti»*, in *Quad. cost.*, 2009, 544 ss. Si veda la sent. Corte di Giustizia del 24.4.2012, caso 571/10, sul caso *Kamberaj*, in cui si il Giudice europeo afferma che gli Stati membri devono assicurare, per il conseguimento di prestazioni assistenziali, il rispetto del principio di parità di trattamento dei titolari del permesso CE nei confronti dei cittadini nazionali e i principi contenuti nella Carta, tra cui, in particolare, il par. 3 dell'art. 34, che così dispone: «Al fine di lottare contro l'esclusione sociale e la povertà, l'Unione riconosce e rispetta il diritto all'assistenza sociale e all'assistenza abitativa volte a garantire un'esistenza dignitosa a tutti coloro che non dispongano di risorse sufficienti, secondo le modalità stabilite dal diritto dell'Unione e le legislazioni e prassi nazionali» (punti 76-81). Osserva, tuttavia, al riguardo, C. SALAZAR, *A Lisbon story: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea da un tormentato passato... a un incerto presente?* cit., che, nella (già citata) sentenza Zambrano della Corte di Giustizia emerge che «i diritti universali si impongono anche a prescindere dal loro espresso riconoscimento nel diritto positivo».

⁴² In questo senso, osserva M. LUCIANI, *Diritti sociali e integrazione europea*, in *Pol. dir.*, 2000, 378, riferendosi all'art. 42 del TCE (ora art. 48 TFUE), che «la previsione del Trattato [...] inquadra il diritto all'ottenimento delle prestazioni di sicurezza sociale nel contesto della libertà di circolazione, visto che le misure da adottarsi sono appunto quelle ritenute “necessarie per l'instaurazione della libera circolazione dei lavoratori”. I diritti che ne scaturiscono sono

Così che, a fronte della concreta interferenza, operata dalla normativa sovranazionale, nella dimensione sociale, l'interesse europeo in materia sembrerebbe conservare, tuttora, carattere recessivo rispetto ad altri obiettivi, ritenuti, alla luce dei Trattati, meritevoli di un prevalente apprezzamento: dal contenimento del disavanzo (art. 126 TFUE *ex* 104 TCE) alla «competitività dell'economia dell'Unione» (art. 151 TFUE)⁴³.

Obiettivi, quelli economici, a cui non è sfuggito, d'altra parte, neanche l'accoglimento, all'interno dei Trattati istitutivi, del principio di non discriminazione, la cui originaria vocazione funzionale era, pertanto, alquanto distante dall'esigenza di tutela dei diritti⁴⁴.

dunque meri accessori di tale libertà (il vero super-diritto presente nei Trattati) e vengono garantiti solo in quanto funzionali al suo pieno godimento». Di segno diverso – perché più autenticamente “a vocazione sociale” – appare, però, la recente Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2010 sul ruolo del reddito minimo nella lotta contro la povertà e la promozione di una società inclusiva in Europa (2010/2039(INI)) (2012/C 70 E/02), su cui cfr. G. BRONZINI, *La risoluzione del Parlamento europeo sul reddito minimo: ultima tappa verso l'adozione di una direttiva quadro*. *Dalle politiche sull'occupazione alle politiche di cittadinanza*, in Europeanrights.eu.

⁴³ V., M. LUCIANI, *Diritti sociali e integrazione europea*, cit., 372, per il quale «obiettivo dell'azione della Comunità e degli Stati sono alcuni interessi sociali oggettivi: occupazione; protezione sociale adeguata; dialogo sociale, etc. Non, appunto, la protezione dei diritti sociali come situazioni soggettive individuali». Sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia, nel complesso «propensa a favorire l'integrazione economica europea su basi neoliberiste» v. M. CARTABIA, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona: verso nuovi equilibri?* cit., 225. Analogamente, mette l'accento sul ruolo della Corte di Giustizia in qualità di garante dei diritti di carattere economico, a prevalenza di quelli civili e di quelli più schiettamente sociali F. SORRENTINO, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona (considerazioni preliminari)*, in *Corr. giur.*, 2010, 146. Sugli elementi di innovazione riconducibili al Trattato di Lisbona, v., A. SPADARO, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo “modello sociale europeo”: più sobrio, solidale e sostenibile)*, Relazione al convegno su *I diritti sociali dopo Lisbona. Il ruolo delle Corti. Il caso italiano, Il diritto del lavoro fra riforme delle regole e vincoli di sistema*, Reggio Calabria, 5 novembre 2011, in *Rivista AIC*, 4/2011; S. GIUBBONI, *I diritti sociali nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona. Paradossi, rischi e opportunità*, cit.; S. GAMBINO, *I diritti sociali fra costituzioni nazionali e costituzionalismo europeo*, in federalismi.it, 24/2012, 8 ss.

⁴⁴ V., F. SORRENTINO, *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di Giustizia delle Comunità europee*, in AA.VV., *Corte costituzionale e principio di eguaglianza*, Atti del Convegno in ricordo di Livio Paladin, Padova 2 aprile 2001, Padova, 2002, 123 ss.; ID., *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di giustizia delle Comunità europee*, cit., 184 ss.; E. DI SALVATORE, *Principio di non discriminazione, diritto comunitario e Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, in A. D'Atena-P. Grossi (a cura di), *Diritto, diritti e autonomie. Tra Unione europea e riforme costituzionali*, Milano, 2003, 131 ss.; F. GHERA, *Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana e nel diritto comunitario*, cit., 210 ss. Cfr., M. LUCIANI, *Diritti sociali e integrazione europea*, cit., 376, il quale, in relazione al principio di non discriminazione tra i sessi, sottolinea che «non appartiene al patrimonio di principi “sociali” in senso proprio, ma costituisce semplicemente una manifestazione del comune principio di eguaglianza formale. Il fatto che esso intenda mettere fine a pratiche sociali consolidate ha dato origine all'equivoco, ma la differenza concettuale è chiarissima: il tema dei diritti sociali e della politica sociale si connette, sin dall'origine, ai rapporti tra *classi sociali*, e cioè ai rapporti tra gruppi differenziati per la collocazione nel processo produttivo e per le condizioni economiche, secondo parametri di classificazione ben diversi da quello del sesso (anche se, ovviamente, la caratterizzazione di genere può incidere sulle condizioni sociali o economiche)». Sul ruolo giocato dalla giurisprudenza sovranazionale, anche nel campo dei diritti sociali, attraverso l'applicazione del principio di non discriminazione, si vedano, però, le note sentt. 19 gennaio 2010, C-555/07, *Kücükdeveci*, e la precedente 22 novembre 2005, C-144/04, *Mangold*. Cfr., C. SALAZAR, *A Lisbon story: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea da un tormentato passato... a un incerto presente?* cit.; A. ALLAMPRESE-G. BRONZINI, *Cittadini stranieri e discriminazione nell'accesso a prestazioni sociali a carattere essenziale: la Corte di Giustizia valorizza la Carta di Nizza*, in www.europeanrights.eu; L. RONCHETTI, *Del caso Küçükdeveci ovvero dell'efficacia travolgente del diritto comunitario. Solo di quello antidiscriminatorio?* in *Giur. cost.*, 2010, 2737 ss.; S. GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, Bologna, 2012, 163, il quale evidenzia come «la giurisprudenza della Corte abbia radicato nel diritto sopranazionale un incisivo principio di eguaglianza sostanziale “tra stranieri”, operante sulla base della mera condivisione dello *status* di cittadinanza europea». Il ruolo della giurisprudenza sovranazionale per l'affermazione di un dovere di solidarietà in favore dei cittadini europei in possesso di determinati requisiti è sottolineato anche da P. CARROZZA, *Noi e gli altri. Per una cittadinanza fondata sulla residenza e sull'adesione ai doveri costituzionali*, cit., 45 s.

3... e la sua risonanza nella giurisprudenza costituzionale

In sintonia con gli orientamenti emersi a livello sovranazionale e internazionale – ed anzi nel quadro di un sempre più serrato dialogo tra le diverse giurisdizioni⁴⁵ –, anche sul fronte interno il riconoscimento agli stranieri non si arresta al campo, economicamente poco impegnativo, delle libertà, ma abbraccia progressivamente ulteriori situazioni giuridiche «che attengono ai «bisogni primari» della persona, indifferenziabili e indilazionabili»⁴⁶, considerati esenti, per la Corte, da ogni operazione di bilanciamento⁴⁷ in ragione della loro asserita fundamentalità⁴⁸:

Tale è, ad esempio, il “nucleo irriducibile” di tutela del diritto alla salute⁴⁹, il diritto ad accedere ad una, anche temporanea, sistemazione abitativa⁵⁰, il diritto di contrarre matrimonio⁵¹.

Sottratto, infine, ad ogni operazione di bilanciamento è il trattamento giuridico dello straniero minore, la cui condizione di irregolarità non sembra potersi mai elevare a legittima differenza fattuale. Tanto che lo stesso diritto all’unità familiare – che la Corte, a ben guardare, sembrerebbe ritenere, in questi termini, *non* fondamentale – rileva non come oggetto di tutela in sé⁵², ma,

⁴⁵ Ci si può limitare a ricordare i rinvii pregiudiziali alla Corte di Giustizia dell’Unione europea, disposti con le ord. Corte cost. nn. [117 del 2019](#) e [182 del 2020](#), seguiti dalle nn. [216](#) e [217 del 2021](#). Cfr., M. LOSANA, *La Corte costituzionale e il rinvio pregiudiziale nei giudizi in via incidentale: il diritto costituzionale (processuale) si piega al dialogo tra le Corti*, in *Rivista AIC*, 1/2014.

⁴⁶ Così, la sent. n. [166 del 2018](#). Sulla recisione del «nesso fra cittadinanza e diritti sociali» (pag. 3292), v., L. PRINCIPATO, *L’integrazione sociale, fine o condicio sine qua non dei diritti costituzionali?* in *Giur. cost.*, 2013, 3291 ss.; M. GORLANI, *La Corte non cede a suggestioni “sovraniste” delle Regioni e conferma la vocazione universalistica dei servizi sociali*, in *Giur. cost.*, 2018, 1214 s.

⁴⁷ Cfr., in argomento, B. PEZZINI, *Una questione che interroga l’uguaglianza: i diritti sociali del non-cittadino*, cit., 163 ss.; A. ALGOSTINO, *La condizione degli stranieri in Italia fra diritti universali e difesa della forza*, cit., 625 ss.

⁴⁸ V., tra le tante, sentt. nn. [306 del 2008](#); [187 del 2010](#); 2; [22](#) e [230 del 2015](#), [107 del 2018](#). Per una critica di questa ricostruzione dei diritti fondata sulla pretesa distinzione tra ciò che è fondamentale e ciò che non lo è, v., ancora, M. CUNIBERTI, *La cittadinanza. Libertà dell’uomo e libertà del cittadino nella Costituzione italiana*, Padova, 1997, 159 ss.; ID., *L’illegittimità costituzionale dell’esclusione dello straniero dalle prestazioni sociali previste dalla legislazione regionale*, cit., 510 ss. In dottrina, propongono una diversa interpretazione della nozione di “fundamentalità”, P. GROSSI, *Il diritto costituzionale tra principi di libertà e istituzioni*, Padova, 2008, 2 ss.; D. MORANA, *La fundamentalità del diritto e dell’interesse della collettività alla salute: metamorfosi di una garanzia costituzionale, dal caso ILVA ai tempi della pandemia*, in ID. (a cura di), *I diritti costituzionali in divenire. Tutele consolidate e nuove esigenze di protezione*, Napoli, 2020, 161 ss.; ID., *La salute come diritto costituzionale. Lezioni*, IV ed., Torino, 2021, 71 ss.; G. GUZZETTA-F.S. MARINI, *Diritto pubblico italiano ed europeo*, cit., 637 s.

⁴⁹ V., nuovamente, la già citata sent. n. [252](#) seguita, seppur con diversa impostazione, dalla sent. n. [269 del 2010](#), su cui cfr., D. MORANA, *Titolari di diritti anche se irregolari: politiche regionali di integrazione sociale e diritto alla salute degli immigrati*, in *Giur. cost.*, 2010, 3238 ss.; ID., *La salute come diritto costituzionale*, cit., 185 ss. V., inoltre, A. DEFFENU, *La condizione giuridica dello straniero nel “dialogo” tra Corte costituzionale e giudice amministrativo*, in G. Campanelli-M. Carducci-N. Grasso-Tondi della Mura (a cura di), *Diritto costituzionale e diritto amministrativo: un confronto giurisprudenziale*, Torino, 2010, 112.

⁵⁰ Sent. n. [61 del 2011](#), su cui v., F. BIONDI DAL MONTE, *Regioni, immigrazione e diritti fondamentali*, in *Le Regioni*, 2011, 1086 ss.; A. RANDAZZO, *La salute degli stranieri tra Stato e Regioni (prime osservazioni)*, in *Dirittifondamentali.it*, 1/2014; L. RONCHETTI, *I diritti fondamentali alla prova delle migrazioni (a proposito delle sentenze nn. 299 del 2010 e 61 del 2011)*, in *Rivista AIC*, 3/2011; inoltre, sia consentito il rinvio a S. MABELLINI, *La dimensione sociale dello straniero tra uniformità (sovranazionale) e differenziazione (regionale)*, in *Giur. cost.*, 2011, 804 ss.

⁵¹ Sent. n. [245 del 2011](#).

⁵² È in questa prospettiva, che, in relazione alla disciplina che limita l’applicazione del divieto di espulsione ai soli stranieri conviventi con il coniuge di nazionalità italiana, la Corte costituzionale distingue, in base ad una asserita eterogeneità fattuale, «la situazione dello straniero coniugato con altro straniero – sia pur munito di permesso di soggiorno – e quella dello straniero coniugato con un cittadino italiano» (ord. n. [158 del 2006](#)). Del resto, in senso analogo, già l’ord. n. [232 del 2001](#) affermava che: «quanto alla ritenuta violazione dell’art. 3 Cost., non può effettuarsi alcun giudizio di comparazione tra lo straniero coniugato con altro straniero – sia pur munito di permesso di soggiorno – e quella dello straniero coniugato con un cittadino italiano (...) trattandosi di situazioni del tutto eterogenee fra loro, non potendosi paragonare la situazione di chi ha vincoli familiari con un cittadino con quella di colui che è coniugato con altro straniero». Così, ancora, in relazione al ricongiungimento familiare tra figli maggiorenni e genitori, la Corte afferma che «il legislatore ben può bilanciare “l’interesse all’affetto” con altri interessi meritevoli di tutela» (in questi

piuttosto, in quanto funzionale alla garanzia del preminente interesse del minore a ricevere la massima espressione della funzione genitoriale⁵³.

Non che sia radicalmente esclusa, ad avviso della Corte, l'ammissibilità di discipline diseguali in relazione al trattamento giuridico dello straniero, ed anzi risulta ancora di recente ribadita l'impostazione accolta nella sent. [n. 104 del 1969](#)⁵⁴, nella quale si ammette che «tra cittadino e straniero, benché uguali nella titolarità di certi diritti di libertà, esistano differenze di fatto che possano giustificare un loro diverso trattamento nel godimento di quegli stessi diritti»⁵⁵.

Infatti, pur nella progressiva assimilazione dei diritti, permane «non (...) uguale» la situazione dello straniero rispetto a quella del cittadino, principalmente in relazione all'ingresso e della circolazione nel territorio nazionale (art. 16 Cost.), conservando, il legislatore – quello statale, in base all'art. 117, comma 2, lett. *b*), Cost.⁵⁶ –, ampia discrezionalità nel regolamentare la politica di immigrazione, attraverso la ponderazione di interessi pubblici fortemente diversificati, benché nel rispetto dei limiti derivanti dalle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute e dai trattati internazionali⁵⁷.

Tanto che nemmeno la logica della solidarietà si sottrae al condizionamento esercitato dall'esigenza di presidiare le frontiere. Emblematica, sul punto, la [pronuncia n. 353 del 1997](#)⁵⁸, nella quale la Corte, dichiarando infondata la questione di legittimità costituzionale della disposizione che prevede l'espulsione dal territorio nazionale degli stranieri che violino le disposizioni in materia di ingresso e soggiorno⁵⁹, conclude che «le ragioni della solidarietà umana non [possano] essere affermate al di fuori di un corretto bilanciamento dei valori in gioco».

A ragione, quindi, si ravvisa nel diritto di soggiorno «il vero nocciolo duro della cittadinanza»⁶⁰.

Non solo, infatti, lo straniero irregolare può essere respinto immediatamente alla frontiera o ad essa essere, in via “differita”, riaccompagnato coattivamente⁶¹ – divenendo, così, destinatario di un

termini l'ord. n. [335 del 2007](#). Nella stessa linea si collocano la sent. n. [224 del 2005](#) e le ordd. nn. [232 del 2001](#), [464 del 2005](#), [368 del 2006](#).

⁵³ Qualora, infatti, venga in rilievo l'interesse di un minore, tutti gli altri valori in gioco ne escono ridimensionati, poiché «il diritto e il dovere di mantenere, istruire ed educare i figli, e perciò di tenerli con sé, e il diritto dei genitori e dei figli minori ad una vita comune nel segno dell'unità della famiglia, sono (...) diritti fondamentali della persona che perciò spettano in via di principio anche agli stranieri» (sent. n. [28 del 1995](#), richiamata anche dalle nn. [203 del 1997](#) e [376 del 2000](#)); così che ne risulta parificata «la posizione del marito convivente con donna incinta, o che ha partorito da non oltre sei mesi, con quella della stessa» ed esteso «anche a tale soggetto il divieto di espulsione» (sent. n. [376 del 2000](#)); oppure viene riconosciuto il diritto al ricongiungimento familiare anche agli stranieri «che, pur non essendo coniugati, siano titolari dei diritti-doveri derivanti dalla loro condizione di genitori» (così la sent. n. [203 del 1997](#)). V., F. SCUTO, *I diritti fondamentali della persona quale limite al contrasto dell'immigrazione irregolare*, cit., 165 ss.

⁵⁴ Sent. n. [245 del 2011](#).

⁵⁵ Così, la sent. n. [104 del 1969](#), richiamata dalle pronunce successive, sentt. nn. [144 del 1970](#), [177](#) e [244 del 1974](#), [62 del 1994](#), [245 del 2011](#), e ordd. nn. [503 del 1987](#), [490 del 1988](#).

⁵⁶ La materia «immigrazione», attribuita alla competenza legislativa esclusiva statale, comprende, secondo la Corte costituzionale, gli «aspetti che attengono alle politiche di programmazione dei flussi di ingresso e di soggiorno nel territorio nazionale» (sent. n. [134 del 2010](#)).

⁵⁷ Così, la sent. n. [148 del 2008](#).

⁵⁸ ... seguita dalle ordd. nn. [217 del 2001](#), [44](#) e [192 del 2006](#).

⁵⁹ Art. 7, comma 2, del d.l. 416 del 1989, “Norme urgenti in materia di asilo politico, di ingresso e soggiorno dei cittadini extracomunitari e di regolarizzazione dei cittadini extracomunitari ed apolidi già presenti nel territorio dello Stato”, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 39 del 1990.

⁶⁰ Cfr., in questo senso, L. RONCHETTI, *La cittadinanza regionale come cittadinanza sostanziale*, in [Italian Papers on Federalism](#), 1/2013, 7, per la quale, appunto, «è il diritto di soggiorno, e non i diritti politici in senso stretto, a segnare ancora rigidamente la distinzione tra popolo e popolazione, quindi tra cittadini *de jure* che vantano un diritto assoluto di soggiorno e coloro che sono presenti a qualunque titolo sul territorio e il cui soggiorno deve essere in regola con le norme statali».

⁶¹ Art.10, comma 2, Testo Unico Immigrazione (d.lgs. n. 286 del 1998): «Il respingimento con accompagnamento alla frontiera è altresì disposto dal questore nei confronti degli stranieri: *a*) che entrando nel territorio dello Stato sottraendoli ai controlli di frontiera, sono fermati all'ingresso o subito dopo; *b*) che, nelle circostanze di cui al comma 1, sono stati temporaneamente ammessi nel territorio per necessità di pubblico soccorso».

atto restrittivo della libertà personale⁶² –, ma anche quello titolato a soggiornare sul territorio nazionale realizza una permanenza tutt'altro che stabile, ancorata, com'è, a valutazioni anche di ordine pubblico.

È sufficiente ricordare, del resto, che l'espulsione può essere disposta ora dal Prefetto, qualora ricorra taluna delle condizioni previste dall'art. 13, comma 2, del Testo Unico Immigrazione, ora dall'Autorità giudiziaria, come misura di sicurezza oppure come pena accessoria ad una condanna per un reato non colposo⁶³, ora anche, con un provvedimento connotato da un'elevata discrezionalità, dal Ministro dell'Interno, per “motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato” o per “motivi di prevenzione del terrorismo”⁶⁴.

Senza contare che neanche la concessione della cittadinanza può considerarsi definitiva, essendo suscettibile di revoca in caso di condanna definitiva per alcuni gravi reati, secondo quanto disposto dal d.l. n. 113 del 2018, convertito con modificazioni in l. n. 132 del 2018⁶⁵. Il quale, con una norma di dubbia costituzionalità, “distilla”, in sostanza, la stessa categoria della cittadinanza, ricavandone due diversi *status*, quello di cittadino *acquisito* e quello di cittadino *per nascita*⁶⁶.

Tale previsione, per inciso, pare decisamente oltrepassare il limite generale alla differenziazione ammissibile che il legislatore è abilitato ad introdurre. D'altro canto, in precedenti occasioni, la Corte costituzionale ha escluso che lo *status* di straniero possa di per sé essere elevato a «causa ammissibile di trattamenti diversificati e peggiorativi», determinando «una condizione di “minorazione” sociale senza idonea giustificazione»⁶⁷. Motivo per cui è stata dichiarata

⁶² Sui profili di illegittimità dell'art. 10 TUI nella sua formulazione originaria, v., la sent. n. [275 del 2017](#), per la quale «l'inammissibilità delle questioni non può esimere la Corte dal riconoscere la necessità che il legislatore intervenga sul regime giuridico del respingimento differito con accompagnamento alla frontiera, considerando che tale modalità esecutiva restringe la libertà personale (sentenze n. [222 del 2004](#) e n. [105 del 2001](#)) e richiede di conseguenza di essere disciplinata in conformità all'art. 13, terzo comma, Cost.». Cfr., V. CARLINO, *Il respingimento differito dello straniero, tra profili di incostituzionalità e occasioni mancate di rettifica*. (Nota a Corte cost., sent. n. 275 del 2017), in [federalismi.it](#), 17/2018; nonché C. CORSI, *Il rimpatrio dello straniero tra garanzie procedurali e automatismo espulsivo*, in AA.VV., *La condizione giuridica dello straniero nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 26 ottobre 2012*, cit., 27 ss. Esprime perduranti dubbi di legittimità costituzionale sulla modifica del TUI effettuata con d.l. n. 113 del 2018, convertito con l. n. 132 del 2018, che sarebbe intesa a superare le criticità della disciplina originaria, R. CHERCHI, *Respingimento alla frontiera e respingimento differito: presupposti, tipologie ed effetti*, in [Diritto, Immigrazione e Cittadinanza](#), 3/2019, 77 ss.

⁶³ Artt. 15 e 16, TUI.

⁶⁴ Art. 3, comma 1, l. n. 155 del 2005.

⁶⁵ L'art. 10-bis della l. n. 91 del 1992, “Nuove norme sulla cittadinanza” (introdotto dall'art. 14, comma 1, lett. d, del d.l. n. 113 del 2018, convertito con modificazioni in l. n. 132 del 2018) prevede che: «La cittadinanza italiana acquisita ai sensi degli articoli 4, comma 2, 5 e 9, è revocata in caso di condanna definitiva per i reati previsti dall'articolo 407, comma 2, lettera a), n. 4), del codice di procedura penale, nonché per i reati di cui agli articoli 270-ter e 270-quinquies del codice penale. La revoca della cittadinanza è adottata, entro tre anni dal passaggio in giudicato della sentenza di condanna per i reati di cui al primo periodo, con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Ministro dell'interno. Cfr., A. ALGOSTINO, *Il decreto “sicurezza e immigrazione” decreto legge n. 113 del 2018): estinzione del diritto di asilo, repressione del dissenso e disegualianza*, in [Costituzionalismo.it](#), 2/2018, 167 ss.; D. BACIS, *Esistono cittadini “di seconda classe”? Spunti di riflessione in chiave comparata a margine del d.l. n. 113/2018*, in [DPCE online](#), 1/2019, 935 ss.; S. CURRERI, *Prime considerazioni sui profili d'incostituzionalità del decreto legge n. 113/2018 (c.d. “decreto sicurezza”)*, in [federalismi.it](#), 22/2018; A. MITROTTI, *Il rovesciamento di prospettiva sulla misura di revoca della cittadinanza nel “dibattuto” Decreto sicurezza “Salvini”*, in [Osservatorio costituzionale](#), 1-2/2019, 65 ss.; S. PIZZORNO, *Considerazioni, anche di costituzionalità, su alcune delle principali novità introdotte dal decreto legge n. 113/2018 (c.d. decreto sicurezza) in tema di diritto d'asilo*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#); M. RUOTOLO, *Brevi note sui possibili vizi formali e sostanziali del d.l. n. 113 del 2018 (c.d. decreto “sicurezza e immigrazione”)*, in [Osservatorio costituzionale](#), 3/2018, 173 ss.; L. VIOLA, *La revoca della cittadinanza dopo il decreto Salvini: profili processuali e (nuovi) cantieri aperti*, in [federalismi.it](#), 13/2019.

⁶⁶ Cfr., S. CURRERI, *Prime considerazioni sui profili d'incostituzionalità del decreto legge n. 113/2018 (c.d. “decreto sicurezza”)*, cit., 12 ss. Parla in proposito di “ossimoro della cittadinanza diseguale”, A. ALGOSTINO, *Il decreto “sicurezza e immigrazione” decreto legge n. 113 del 2018): estinzione del diritto di asilo, repressione del dissenso e disegualianza*, cit., 191.

⁶⁷ In questi termini, sent. n. [249 del 2010](#). Analogamente, tra le tante, sentt. [nn. 166 del 2018](#); [230](#), [119](#) e [22 del 2015](#); [309](#), [202](#), [172](#), [40](#) e [2 del 2013](#); [172 del 2012](#); [245](#) e [61 del 2011](#); [187 del 2010](#); [306](#) e [148 del 2008](#); [324 del 2006](#);

l'illegittimità costituzionale ora della circostanza aggravante per i fatti commessi dal colpevole «mentre si trova illegalmente sul territorio nazionale»⁶⁸; ora del requisito, previsto esclusivamente per gli immigrati, della residenza da almeno dieci anni nel territorio nazionale ovvero da almeno cinque anni nella medesima Regione per beneficiare dei contributi destinati al pagamento del canone nelle abitazioni in locazione⁶⁹; ora dell'onere aggiuntivo, posto a carico dei soli cittadini extracomunitari, di dimostrare, per ottenere l'assegnazione di alloggi di edilizia residenziale pubblica, che nessuno dei componenti del nucleo familiare possieda alloggi adeguati nel paese di origine o di provenienza per avere accesso in relazione⁷⁰; ora della certificazione dell'autorità consolare attestante i redditi prodotti all'estero, richiesta, per conseguire il patrocinio a spese dello Stato, ai soli cittadini di Stati non aderenti all'Unione europea, non anche a quelli italiani od europei⁷¹.

4. Il radicamento territoriale: chiave o argine per l'accesso ai diritti?

Seppure, come visto, resiste tra straniero e cittadino, alla luce della giurisprudenza costituzionale, una “differenza fattuale”⁷², identificata nella circostanza che «mentre il primo ha con lo Stato un rapporto di solito originario e comunque permanente, il secondo ne ha uno acquisito e generalmente temporaneo»⁷³, l'impressione è che tale argomento venga sottoposto ad uno scrutinio di “ragionevolezza” progressivamente più stretto ed avvolgente, attraverso il quale la singola discriminazione di volta in volta introdotta viene soppesata rispetto alla «portata teleologica»⁷⁴ della norma sotto esame.

[432 del 2005](#); [252](#) e [105 del 2001](#); [203 del 1997](#); [62 del 1994](#); [54 del 1979](#); [244](#) e [177 del 1974](#); [144 del 1970](#); [104 del 1969](#); [120 del 1967](#).

⁶⁸ Art. 61, numero 11-*bis*, del codice penale, introdotto dall'art. 1, comma 1, lettera *f*), del d.l. n. 92 del 2008 “Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica”, convertito, con modificazioni, dall'art. 1 della l. n. 125 del 2008, dichiarato incostituzionale con sent. [n. 249 del 2010](#).

⁶⁹ Art. 11, comma 13, del d.l. n. 112 del 2008 “Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria”, convertito, con modificazioni, nella l. n. 133 del 2008, dichiarato incostituzionale con sent. n. 166 del 2018. Cfr., P. CARROZZA, *Noi e gli altri. Per una cittadinanza fondata sulla residenza e sull'adesione ai doveri costituzionali*, in E. Rossi-F. Biondi Dal Monte-M. Vrenna (a cura di), *La governance dell'immigrazione. Diritti, politiche e competenze*, Bologna, 2013, 27 ss.; F. BILANCIA, *La reciproca interferenza tra diritto di residenza e fruizione delle prestazioni sociali in relazione alla libertà di circolazione e soggiorno dei cittadini stranieri*, in *Giur. cost.*, 2018, 1742 ss.

⁷⁰ L. reg. Abruzzo n. 34 del 2019, recante “Modifiche alla legge regionale 25 ottobre 1996, n. 96 (Norme per l'assegnazione e la gestione degli alloggi di edilizia residenziale pubblica e per la determinazione dei relativi canoni di locazione) e ulteriori disposizioni normative” (art. 1, commi 1, lettera *d*, e 4; 2, comma 1; 4, comma 1, e 8, comma 3), dichiarata incostituzionale dalla sent. [n. 9 del 2021](#).

⁷¹ D.p.r. n. 115 del 2002, recante “Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia (Testo A)” (art. 79, comma 2), dichiarato incostituzionale con sent. n. [157 del 2021](#).

⁷² V., M.C. LOCCHI, *Facta sunt servanda: per un diritto di realtà in tema di uguaglianza degli stranieri*, in *Quad. cost.*, 2010, 571 ss.

⁷³ Così, sent. n. [104 del 1969](#). In questo senso, v., anche le sentt. nn. [144 del 1970](#) e [244 del 1974](#). In quest'ultima, in particolare, si ribadisce che «la Corte ha riconosciuto che non può escludersi che tra cittadino e straniero, benché uguali nella titolarità di certi diritti di libertà, esistano differenze di fatto e di posizioni giuridiche tali da razionalmente giustificare un diverso trattamento nel godimento di tali diritti» (punto 2, *Cons. in dir.*). In senso critico, si può però rilevare, con le parole di M. CUNIBERTI, *L'illegittimità costituzionale dell'esclusione dello straniero dalle prestazioni sociali previste dalla legislazione regionale*, in *Le Regioni*, 2006, 518, che la cittadinanza «non è una “situazione di fatto” ... ma una qualità del soggetto che è il risultato di una valutazione circa la sua appartenenza alla comunità nazionale»; già, in questo senso, G.U. RESCIGNO, *Note sulla cittadinanza*, cit., 751 ss.

⁷⁴ ... per riprendere le parole della sent. n. [61 del 2011](#) (punto 2.1. *Cons. in dir.*). Cfr., F. BIONDI DAL MONTE, *Regioni, immigrazione e diritti fondamentali*, cit., 1086 ss.; L. RONCHETTI, *I diritti fondamentali alla prova delle migrazioni (a proposito delle sentenze nn. 299 del 2010 e 61 del 2011)*, cit.; P. MASALA, *L'inclusione sociale degli immigrati e i limiti alle politiche di esclusione: indicazioni dalla giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista AIC*, 1/2022, 22 ss.

Di modo che, come osservato, la disciplina legislativa della condizione giuridica dello straniero incontra non il limite derivante dal principio di eguaglianza, ma quello del principio di ragionevolezza⁷⁵.

In effetti, il riconoscimento della titolarità delle diverse posizioni soggettive – incerto nei contenuti e nelle dimensioni, poiché conseguente ad una convulsa stratificazione di interventi caducatori della giurisdizione costituzionale –, rappresenta il risultato di un'operazione di bilanciamento effettuata caso per caso dalla Corte, nella quale è la *ratio* del beneficio a fornire lo strumento per calibrare eventuali filtri selettivi dei destinatari⁷⁶.

Un bilanciamento dagli esiti non sempre pronosticabili⁷⁷ – e, pertanto, non privo, a sua volta, di «riverberi negativi» sull'eguaglianza sostanziale⁷⁸ –, che vede comunque progressivamente polarizzarsi l'indice della “differenziazione ammissibile” non più sul requisito della cittadinanza – giudicata una «condizione ulteriore, ultronea ed incoerente, agli effetti di un ipotetico regime differenziato rispetto ad una misura sociale»⁷⁹ –, ma sull'elemento della regolare residenza dello straniero⁸⁰.

È, infatti, sul radicamento territoriale che viene ad erigersi il riconoscimento, in favore degli stranieri, di posizioni giuridiche soggettive ulteriori rispetto a quelle spettanti alla persona in quanto tale. Si tratta di prestazioni sociali bensì eccedenti l'“essenziale”⁸¹, ma determinanti per definire il contenuto della cittadinanza sociale.

⁷⁵ Si veda, in questo senso, A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale. Introduzione allo studio dei diritti costituzionali*, Padova, 2003, 318.

⁷⁶ Nella sent. n. [44 del 2020](#) si afferma, infatti, che «i criteri adottati dal legislatore per la selezione dei beneficiari dei servizi sociali devono presentare un collegamento con la funzione del servizio». In precedenza, v., tra le altre, le nn. [40 del 2011](#), [133](#) e [172 del 2013](#), [168 del 2014](#), [107](#) e [166 del 2018](#).

⁷⁷ Si consideri l'ord. n. [32 del 2008](#) con cui la Corte costituzionale, in relazione al problematico requisito della residenza continuativa per l'accesso a prestazioni sociali, dichiara manifestamente inammissibili o infondati i dubbi sollevati dal TAR Lombardia in relazione alla legge regionale lombarda con cui si riserva l'accesso all'edilizia residenziale pubblica a soggetti che risiedano o lavorino nella Regione da almeno cinque anni. Che il requisito della residenza “duratura”, a differenza di quella “istantanea”, si presti a realizzare l'esclusione discriminatoria di determinati soggetti dal godimento di un diritto sociale, è sottolineato da F. CORVAJA, *Libera circolazione dei cittadini e requisito di residenza regionale per l'accesso all'edilizia residenziale pubblica*, in *Le Regioni*, 2008, 630, il quale ricorda che è la stessa Corte di Giustizia, ad esempio nella sent. 6 gennaio 2003, *Commissione c. Italia*, causa C-388/01, a sospettare che il requisito della residenza per l'accesso a prestazioni sociali celi il rischio di introdurre una discriminazione indiretta. Si vedano, sul punto, anche V., G. BRUNELLI, *Welfare e immigrazione: le declinazioni dell'eguaglianza*, in *Istituzioni del federalismo*, 2008, 542 ss.; A. GUZZAROTTI, *Lo straniero, i diritti, l'uguaglianza*, in *Questione giustizia*, 2009, 95 ss., il quale osserva (pag. 97) che «una volta messa fuori gioco la discriminazione “scoperta” (il requisito della cittadinanza), emerge e si ramifica quella più coperta (il requisito della residenza) ... apparentemente neutra e “razionale”».

⁷⁸ Così, la sent. n. [230 del 2015](#).

⁷⁹ In questi termini, la sent. n. [432 del 2005](#).

⁸⁰ Ammettono gli stranieri legalmente residenti nel territorio italiano al godimento di alcune prestazioni sociali, oltre alla sent. n. [432 del 2005](#), le sentt. nn. [306 del 2008](#) e [11 del 2009](#). In senso critico sul requisito della residenza, v., M.C. LOCCHI, *Facta sunt servanda: per un diritto di realtà in tema di uguaglianza degli stranieri*, cit., 583 ss.

⁸¹ Così si esprime la sent. n. [432 del 2005](#), in relazione alle norme di una legge regionale lombarda con cui si attribuiva a determinate categorie di soggetti un diritto alla circolazione gratuita o di fruire di tariffe agevolate: «la circostanza che la Regione abbia nella specie introdotto un regime di favore senz'altro eccedente i limiti dell'“essenziale”, sia sul versante del diritto alla salute, sia su quello delle prestazioni concernenti “i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale”, non esclude affatto che le scelte connesse alla individuazione delle categorie dei beneficiari – necessariamente da circoscrivere in ragione della limitatezza delle risorse finanziarie – debbano essere operate, sempre e comunque, in ossequio al principio di ragionevolezza; al legislatore (statale o regionale che sia) è consentito, infatti, introdurre regimi differenziati, circa il trattamento da riservare ai singoli consociati, soltanto in presenza di una “causa” normativa non palesemente irrazionale o, peggio, arbitraria». Cfr., M. GNES, *Il diritto degli stranieri extracomunitari alla non irragionevole discriminazione in materia di agevolazioni sociali*, in *Giur. cost.*, 2005, 4681 ss.; F. RIMOLI, *Cittadinanza, eguaglianza e diritti sociali: qui passa lo straniero*, in *Giur. cost.*, 2005, 4675 ss.; M. GORLANI, *Accesso al welfare state e libertà di circolazione: quanto pesa la residenza regionale?* in *Le Regioni*, 2006, 345 ss.; P. STANCATI, *Lo statuto costituzionale del non cittadino: le libertà civili*, cit., 33 ss.; A. MORELLI, *Solidarietà, diritti sociali e immigrazione nello Stato sociale*, in questa *Rivista*, [2018/III](#), 544 ss.

Ed è proprio attraverso tale requisito che, alla differenza tra cittadino e non, si aggiunge quella, non meno pregnante, tra straniero legalmente soggiornante e straniero irregolare, nonché, ancora, tra straniero regolare e straniero residente da lungo periodo, al quale si riconosce una «denizenship as an alternative to citizenship»⁸², ovvero uno *status* intermedio tra la cittadinanza e la residenza temporanea⁸³.

Si configura, così, un articolato caleidoscopio di regimi giuridici, tale da giustificare l'osservazione, piuttosto ricorrente in dottrina, secondo la quale sussisterebbe «an increasing differentiation, if not fragmentation of legal statuses for foreigners»⁸⁴.

Poiché, però, a dare la misura del radicamento territoriale non vengono chiamati fattori culturali o sociali, ma il prevalente elemento dell'iscrizione anagrafica, è agevole comprendere come la residenza – nella sua accezione pubblicistica – sia diventata uno snodo centrale in relazione alla definizione del trattamento giuridico dello straniero⁸⁵.

Infatti, l'accesso ad una molteplicità di prestazioni, sanitarie, assistenziali, sociali passa per la residenza anagrafica, che la stessa Corte costituzionale, in relazione all'attribuzione di provvidenze regionali, ha legittimato in quanto «criterio non irragionevole»⁸⁶.

Tuttavia, il criterio della residenza può svolgere il ruolo di grimaldello per favorire l'accesso ad un beneficio sociale di soggetti inizialmente esclusi⁸⁷, favorendo l'assimilazione tra persone, cittadini e stranieri, attraverso la comune appartenenza al territorio, ma anche, per converso, quello di efficace strumento di differenziazione, sul quale plasmare le politiche restrittive in tema di prestazioni sociali⁸⁸.

⁸² Cfr., A. KRALER, *The legal status of immigrants and their access to nationality*, in R. Bauböck, (a cura di), *Migration and Citizenship. Legal Status, Rights and Political Participation*, cit., 40.

⁸³ La direttiva 2003/109/CE stabilisce il principio di parità di trattamento per i soggiornanti di lungo periodo per quanto concerne «le prestazioni sociali, l'assistenza sociale e la protezione sociale ai sensi della legislazione nazionale» (art. 11, par. 1, lett. d). Invero, la successiva direttiva 2011/98/UE estende l'applicazione delle prestazioni sociali definite dal regolamento (CE) n. 883/2004 anche ai titolari di permesso unico di lavoro (art. 12, par. 1, lett. e). Sul punto si veda il rinvio pregiudiziale disposto dalla Corte costituzionale con ord. n. [182 del 2020](#) e la successiva sent. Corte di Giustizia 2 settembre 2021, *O.D. e altri c. INPS*, causa C-350/20, in relazione all'applicabilità dell'art. 34 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE), agli assegni di natalità e di maternità, in base al regolamento (CE) n. 883/2004 (art. 3, par. 1, lettere b e j), richiamato dalla direttiva 2011/98/UE (art. 12, par. 1, lettera e). Cfr., V. FILÌ, *La condizione del permesso di soggiorno e della lungo-residenza per l'accesso a prestazioni collegate alla maternità configura discriminazione*, in L. Montanari-C. Severino (a cura di), *Sistemi di Welfare e protezione effettiva dei diritti degli stranieri. Una prospettiva multilivello*, Napoli, 2020, 249 ss.; G. BRONZINI, *Verso la fine dell'italica discriminazione dei migranti lavoratori regolari dall'accesso alle prestazioni familiari? La Corte di giustizia stigmatizza la legislazione italiana*, in *Lavoro Diritti Europa*, 4/2021; G. PISTORIO, *L'operatività multilivello della leale collaborazione. Nota all'ordinanza n. 182 del 2020 della Corte costituzionale*, in *Nomos*, 1/2021; B. SBORO, *Definendo il concorso di rimedi: le recenti vicende del "dialogo" tra Corti in materia di diritti fondamentali*, nel *Forum di Quaderni costituzionali*, 1/2021; ID., *Assegni di natalità e maternità e cittadini stranieri con permesso unico: la Corte di giustizia si pronuncia sul rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale*, in *Diritti Comparati*, 28 ottobre 2021.

⁸⁴ Cfr., ancora, A. KRALER, *The legal status of immigrants and their access to nationality*, cit., 38. Cfr., P. BONETTI, *I diritti dei non cittadini nelle politiche dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea*, in C. Panzera-A. Rauti-C. Salazar-A. Spadaro (a cura di), *Metamorfosi della cittadinanza e diritti degli stranieri*, Atti del Convegno internazionale di studi, Reggio Calabria, 26-27 marzo 2015, cit., 143 ss.

⁸⁵ Cfr., F. DINELLI, *La stagione della residenza: analisi di un istituto giuridico in espansione*, in *Dir. amm.*, 2010, 639 ss.; E. GARGIULO, *Localizzazione dei diritti o localismo dell'appartenenza? Abbozzo di una teoria della residenza*, in *societamutamentopolitica*, vol. 2, n. 3, 2011, 241 ss.; F. BIONDI DAL MONTE, *Dai diritti sociali alla cittadinanza. La condizione giuridica dello straniero tra ordinamento italiano e prospettive sovranazionali*, Torino, 2013, 60 ss.; L. RONCHETTI, *La cittadinanza regionale come cittadinanza sostanziale*, cit., 10 ss.; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Residenza, dimora, domicilio e condizione alloggiativa nella disciplina del permesso di soggiorno*, in *Diritto. Immigrazione e Cittadinanza*, 2019, 1 ss.

⁸⁶ Così, ancora, sent. n. [432 del 2005](#).

⁸⁷ Emblematiche, in questo senso, la già citata sent. n. [432](#), e la n. [306 del 2008](#). Cfr., V. ONIDA, *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, cit., 3 ss.; M.C. LOCCHI, *Facta sunt servanda: per un diritto di realtà in tema di uguaglianza degli stranieri*, cit., 571 ss.

⁸⁸ Cfr., A. RUGGERI-C. SALAZAR, *"Ombre e nebbia" nel riparto delle competenze tra Stato e Regioni in materia di emigrazione/immigrazione dopo la riforma del titolo V*, in *Quad. reg.*, 2004, 68 ss.; B. PEZZINI, *Una questione che*

A ben guardare, infatti, agendo sulla leva della residenza, è possibile contrarre la platea di destinatari di una prestazione sociale secondo due distinte modalità.

O si interviene a monte, nella procedura per la sua “concessione”, con la predisposizione di politiche selettive, oppure a valle, nell’accesso ai servizi, attraverso l’integrazione dell’iscrizione anagrafica con il requisito ulteriore dell’anzianità di residenza, che ha l’effetto di depotenziare la residenza istantanea ai fini dell’erogazione delle prestazioni.

Entrambi i percorsi, esplorati sia a livello nazionale che a livello regionale e locale, si rivelano piuttosto insidiosi sotto il profilo della legittimità.

Quanto al primo, non sorprende che il ruolo di regista sia svolto dal Comune.

Vero è che il Sindaco – stante la titolarità statale della materia “anagrafe” sia nell’assetto originariamente previsto dalla Costituzione sia in quello risultante dalla novella del 2001 (art. 117, comma 2, lett. i)⁸⁹ – opera, nell’espletamento del servizio anagrafico, in qualità di organo dello Stato⁹⁰.

Vero è, inoltre, che quello all’iscrizione anagrafica sembra qualificabile, secondo l’orientamento, anche giurisprudenziale, prevalente, alla stregua di un diritto soggettivo perfetto⁹¹, in ordine al quale non v’è spazio per l’esercizio di un potere discrezionale da parte del Comune.

Tuttavia, i tentativi delle amministrazioni comunali diretti a selezionare gli aspiranti residenti, in base alla disponibilità di un’abitazione, o allo svolgimento di un’attività lavorativa sul territorio comunale, o, ancora, all’assenza di procedimenti penali a carico, si registrano, nella vigenza del vecchio titolo V, ancor prima dell’avvento del fenomeno immigratorio, che ne è poi diventato il principale catalizzatore.

In tal modo, il servizio anagrafico, da mezzo diretto a rilevare le situazioni di fatto, attestando, attraverso «una presa d’atto»⁹², la presenza stabile di persone sul territorio comunale, si è tramutato in uno strumento per l’esercizio di funzioni di sicurezza, di ordine pubblico o di carattere sanitario⁹³, utile a selezionare la comunità di riferimento. Né sono valse a contrastare il fenomeno le ricorrenti circolari adottate dal Ministero dell’Interno⁹⁴.

interroga l’uguaglianza: i diritti sociali del non-cittadino, cit., 163 ss.; A. ALGOSTINO, *La condizione degli stranieri in Italia fra diritti universali e difesa della fortezza*, in *DPCE*, 2003, 630 ss.; A. PATRONI GRIFFI, *Stranieri non per la Costituzione*, Relazione al Convegno organizzato dall’Associazione E. de Nicola su “Immigrazione nell’equilibrio tra esigenze di sicurezza e di integrazione sociale”, Torre del Greco (Na), 16 maggio 2009, nel [Forum di Quaderni costituzionali](#); C. BERTOLINO, *Una prospettiva di normalizzazione del fenomeno migratorio. L’accoglienza possibile*, Torino, 2020, 105 ss.

⁸⁹ La materia è disciplinata dalla l. n. 1228 del 1954, recante “Ordinamento delle anagrafi della popolazione residente” e dal relativo regolamento di attuazione approvato con d.P.R. n. 223 del 1989. In relazione all’iscrizione anagrafica dei cittadini UE, v., d.lgs. n. 30 del 2007, “Attuazione della direttiva 2004/38/CE relativa al diritto dei cittadini dell’Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri”.

⁹⁰ Art. 14 Testo Unico Enti Locali (d.lgs. n. 267 del 2000).

⁹¹ La Corte di cassazione, ha più volte ribadito che, in materia di iscrizione nei registri dell’anagrafe, il potere di controllo attribuito alla Pubblica Amministrazione dovrebbe ritenersi meramente formale ed il provvedimento di accoglimento dell’istanza di iscrizione avrebbe natura non costitutiva, ma dichiarativa del diritto alla residenza: sentt. Corte Cass. nn. 1081 del 1968, 4525 del 1983, 126 del 1972, 1738 del 1986; nonché Cass. Civ., SS.UU., n. 499 del 2000. Riconduce l’iscrizione anagrafica al novero dei diritti soggettivi, anche alla luce dell’art. 16 Cost., R. MUCCI, *I servizi anagrafici e dello stato civile ed elettorali*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale, I, Le funzioni di ordine, Le funzioni del benessere*, II ed., Milano, 2003, 93 ss.

⁹² Così, sent. n. [186 del 2020](#).

⁹³ Cfr., E GARGIULO, *Welfare locale o welfare localistico? La residenza anagrafica come strumento di accesso ai – o di negazione dei – diritti sociali*, Paper for the Espanet Conference “Innovare il welfare. Percorsi di trasformazione in Italia e in Europa” Milano, 29 Settembre-1° Ottobre 2011; ID., *Una cittadinanza locale frammentata. La residenza tra conflitti e stratificazione civica*, Paper for the Espanet Conference “Sfide alla cittadinanza e trasformazione dei corsi di vita: precarietà, invecchiamento e migrazioni, Università degli Studi di Torino, 18-20 settembre 2014; F. BIONDI DAL MONTE, *Dai diritti sociali alla cittadinanza. La condizione giuridica dello straniero tra ordinamento italiano e prospettive sovranazionali*, Torino, 2013, 60 ss.

⁹⁴ V., prima la circolare 29 maggio 1995, n. 8, “Precisazioni sull’iscrizione nell’anagrafe della popolazione residente di cittadini italiani”, poi la successiva del 15 gennaio 1997, n. 2.

Dopo la riforma del titolo V della Costituzione i provvedimenti comunali volti al medesimo obiettivo si sono, peraltro, ulteriormente moltiplicati, dapprima sull'onda del successo delle ordinanze comunali "non" contigibili e urgenti⁹⁵ – la cui fortuna si è, invero, bruscamente interrotta con la [pronuncia n. 115 del 2011](#) della Corte costituzionale e la successiva modifica del TUEL⁹⁶ –, poi grazie ad una, assai poco trasparente, disciplina legislativa, che pareva incoraggiare simili discutibili prassi⁹⁷. Ci si riferisce alla l. n. 94 del 2009, c.d. "Pacchetto sicurezza", modificativa della l. n. 1228 del 1954, la quale dispone che «l'iscrizione e la richiesta di variazione anagrafica possono dar luogo alla verifica, da parte dei competenti uffici comunali, delle condizioni igienico-sanitarie dell'immobile in cui il richiedente intende fissare la propria residenza, ai sensi delle vigenti norme sanitarie» (art. 1, comma 18), lasciando – ambigualmente – ipotizzare che la mancanza dei requisiti possa precludere l'ottenimento della residenza⁹⁸.

L'espansione della discrezionalità dei Comuni in materia di "concessione" della residenza si è indirizzata, così, essenzialmente sul requisito della "legittima"⁹⁹ disponibilità di un'abitazione, o meglio di un'abitazione "adeguata". Fattore, quest'ultimo che, d'altronde, per lo straniero, assume assai più spesso il carattere di onere¹⁰⁰, che di diritto costituzionalmente garantito, quale in varie occasioni evocato dalla Corte costituzionale¹⁰¹. Basti considerare che alla disponibilità di un

⁹⁵ Cfr., F. ABBONDANTE-S. PRISCO, *La condizione giuridica degli immigrati e le politiche degli enti territoriali tra integrazione e rifiuto*, in [Astrid](#), 69, i quali, ricordano che non «è mancato il caso del sindaco che, per concedere l'iscrizione dello straniero all'anagrafe, aveva richiesto di documentare "la provenienza e la liceità delle fonti di reddito" ai cittadini comunitari ed "il possesso della carta di soggiorno" a quelli extracomunitari; ovvero dell'altro che – per negare l'ammissione di un extracomunitario "regolare" in una graduatoria per l'assegnazione di alloggi – aveva preteso l'esistenza di una condizione di reciprocità in merito nel Paese di provenienza»; F. CORTESE, Il "caso" *Cittadella*: ovvero, breve vademecum per leggere una controversa ordinanza, nel [Forum di Quaderni costituzionali](#); A. PAJNO, *La sicurezza urbana tra poteri impliciti e inflazione normativa*, in Id. (a cura di), *La sicurezza Urbana*, reperibile in [Astrid](#); E. GARGIULO, *Una cittadinanza locale frammentata. La residenza tra conflitti e stratificazione civica*, cit.; G. MELONI, *Il potere "ordinario" dei sindaci di ordinanze extra ordinem*, in [federalismi.it](#), 4/2009; ID., *Le ordinanze (forse non solo) ordinarie dei sindaci in materia di sicurezza urbana tra legalità sostanziale e riserve relative (il detto e il non detto nella sentenza n. 115/2011 della Corte costituzionale)*, in [federalismi.it](#), 14/2011; M. GIOVANNETTI, *Le ordinanze dei sindaci in materia di sicurezza urbana e l'impatto sui territori*, in A. Galdi-F. Pizzetti (a cura di), *I sindaci e la sicurezza urbana. Le ordinanze sindacali e i loro effetti*, Roma, 2012, 72 ss.

⁹⁶ Art. 54, comma 4-bis del Testo unico degli enti locali introdotto dal d.l. n. 14 del 2017, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 48 del 2017 (art. 8, comma 1, lett. b), prevede che i provvedimenti contingibili e urgenti adottati dal Sindaco, quale ufficiale del Governo, siano quelli «diretti a tutelare l'integrità fisica della popolazione, quelli concernenti la sicurezza urbana sono diretti a prevenire e contrastare l'insorgere di fenomeni criminosi o di illegalità, quali lo spaccio di stupefacenti, lo sfruttamento della prostituzione, la tratta di persone, l'accattonaggio con impiego di minori e disabili, ovvero riguardano fenomeni di abusivismo, quale l'illecita occupazione di spazi pubblici, o di violenza, anche legati all'abuso di alcool o all'uso di sostanze stupefacenti».

⁹⁷ Cfr., L. RONCHETTI, *La cittadinanza regionale come cittadinanza sostanziale*, cit., 10 ss.

⁹⁸ In senso contrario, si veda il parere n. 4849 del 2012 espresso dal Cons. di Stato, sez. I; richiamato dalla circolare del Ministero dell'Interno n. 1/13 del 14 gennaio 2013.

⁹⁹ L'art. 5 del d.l. n. 47 del 2014, convertito, con modificazioni dalla l. n. 80 del 2014, recante "Misure urgenti per l'emergenza abitativa, per il mercato delle costruzioni e per Expo 2015", allo scopo di contrastare le occupazioni abusive, prevede, infatti, che «chiunque occup[i] abusivamente un immobile senza titolo non [possa] chiedere la residenza né l'allacciamento a pubblici servizi in relazione all'immobile medesimo e gli atti emessi in violazione di tale divieto [siano] nulli a tutti gli effetti di legge».

¹⁰⁰ Cfr., in questo senso, B. PEZZINI, *Una questione che interroga l'uguaglianza: i diritti sociali del non-cittadino*, cit., 163 ss.; analogamente, F. BILANCIA, *Brevi riflessioni sul diritto all'abitazione*, in [Ist. fed.](#), 2010, 231 ss.; A. CIERVO, *Il diritto all'abitazione dei migranti*, in *Rass. parl.*, 2012, 229 ss.; F. PALLANTE, *Gli stranieri e il diritto all'abitazione*, in [Costituzionalismo.it](#), 3/2016, 146 ss.; P. CAPRIOTTI, *Il diritto all'abitare per i nuovi abitanti*, in *Ist. fed.*, 2019, 77 ss. Sul tema, v., inoltre, G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, cit., 305 ss.; C. CORSI, *Il diritto all'abitazione è ancora un diritto costituzionalmente garantito anche agli stranieri?* in [Diritto, Immigrazione e Cittadinanza](#), 2008, 141 ss.; ID., *Peripezie di un cammino verso l'integrazione giuridica degli stranieri. Alcuni elementi sintomatici*, in [Rivista AIC](#), 1/2018, 14 ss.; A. RANDAZZO, *Il "diritto all'abitare" al tempo delle migrazioni*, in [Dirittifondamentali.it](#), 1/2019.

¹⁰¹ Si considerino, tra le altre, le sentt. nn. [252 del 1983](#), [217](#) e [404 del 1988](#). La nota sent. n. [404 del 1988](#), in particolare, nell'enuclearlo come diritto sociale, considera quello all'abitazione il risultato di un «dovere di solidarietà sociale, che ha per contenuto l'impedire che taluno resti privo di abitazione».

alloggio idoneo è subordinato il rilascio del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo (art. 9 TUI) e il ricongiungimento familiare (art. 29 TUI).

Come anticipato, la disciplina legislativa sopra ricordata, quand'anche intesa ad operare in sanatoria delle prassi comunali – pure oggetto di dettagliati rapporti di denuncia presentati dalle associazioni del Terzo settore¹⁰² – presta a sua volta il fianco a consistenti dubbi di legittimità costituzionale.

Una cosa, infatti, è negare l'iscrizione anagrafica a quanti manchino di un valido titolo di soggiorno sul territorio dello Stato, altro è sottoporla, in via generale, a condizioni sostanziali.

Pare problematico, infatti, alla luce del canone di ragionevolezza, subordinare al conseguimento di determinati livelli di reddito ovvero alla disponibilità di un alloggio adeguato la concessione della iscrizione anagrafica, essendo quest'ultima una condizione necessaria per avere accesso a prestazioni sociali, tra cui – si badi – l'edilizia residenziale pubblica e gli strumenti di sostegno al reddito. Palpabile è il rischio di riservare, paradossalmente, siffatte prestazioni sociali a chi ne abbia meno necessità, escludendo, per converso, i soggetti più bisognosi¹⁰³.

Pertanto, delle due l'una. O si dischiude l'accesso a tali prestazioni sociali a chi è in possesso del solo requisito del domicilio, o si riconduce la residenza al suo ruolo di mera attestazione di una situazione di fatto.

Né pare cogliersi un diverso indirizzo nella giurisprudenza costituzionale.

Di particolare rilievo, sul punto, appare la pronuncia della Corte costituzionale [n. 186 del 2020](#), avente ad oggetto l'art. 13, comma 1, lettera a), n. 2), del d.l. n. 113 del 2018, convertito con l. n. 132 del 2018, recante “Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata”, il quale, tra l'altro, nega l'iscrizione anagrafica agli stranieri richiedenti asilo.

Significativamente, la Corte, dichiarando l'illegittimità costituzionale della norma, evidenzia come dal diniego di iscrizione anagrafica deriverebbero «conseguenze anche in termini di stigma sociale», lesive della «pari dignità sociale», riconosciuta, dall'art. 3, comma 1, Cost., «alla persona in quanto tale, a prescindere dal suo *status* e dal grado di stabilità della sua permanenza regolare nel territorio italiano», e non manca di sottolinearne gli «effetti pregiudizievoli per i richiedenti asilo quanto all'accesso ai servizi anche ad essi garantiti»¹⁰⁴.

¹⁰² Si veda il caso del Comune di Roma, oggetto di un documentato rapporto di denuncia presentato da diverse associazioni: *L'Anagrafe respingente. Un fotografia di Roma in emergenza*, in [actionaid](#). Cfr., in argomento, P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Diritti negati e responsabilità eluse nella gestione dei servizi anagrafici*, in [Questione Giustizia](#), 14/07/2021.

¹⁰³ Cfr., F. BILANCIA, *La reciproca interferenza tra diritto di residenza e fruizione delle prestazioni sociali in relazione alla libertà di circolazione e soggiorno dei cittadini stranieri*, in *Giur. cost.*, 2018, 1749, che evidenzia come l'acquisizione dello *status* di residente sia «conformata dalla capacità dello straniero – come si vede anche se cittadino UE – di dimostrare di essere titolare (...) di ulteriori requisiti che rendano il rischio di dover gravare sul sistema di protezione sociale dello Stato ospitante del tutto eccezionale».

¹⁰⁴ V., tra i molti commenti, N. CANZIAN, *L'iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo dopo la sentenza n. 186/2020 della Corte costituzionale*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 1/2021, 50 ss.; A. CIERVO, *La Corte costituzionale ritorna sul c.d. “decreto sicurezza” e dichiara illegittimo il divieto di iscrizione anagrafica nei confronti dei richiedenti protezione internazionale*, in *Giur. cost.*, 2020, 2025 ss.; C. MORSELLI, *La Consulta boccia l'art. 13 d.l. 113/2018 (c.d. decreto Sicurezza) sul veto di iscrizione anagrafica del richiedente asilo, ma lo scrutinio ablativo risulta monopolizzato dal parametro dell'art. 3 C. (in un cono d'ombra l'art. 10, co. 3, C.)*, in [federalismi.it](#), 26/2020, 110 ss.; A. RAUTI, “*Il diario degli errori*”. *Cade il divieto di iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo. Nota a sentenza Corte costituzionale 31 luglio 2020, n. 186*, in *Quad. cost.*, 2020, 830 ss.; S. ROSSI, *Declinazioni della dignità sociale. L'iscrizione anagrafica nella sentenza n. 186/2020 della Corte costituzionale*, in [federalismi.it](#), 26/2020, 143 ss.; A.R. SALERNO, *Poteri, diritti e conflitti intorno alla sentenza n. 186/2020 sul “decreto sicurezza”*, in [Nomos](#), 3/2020; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Dalla Consulta una sentenza sui richiedenti asilo, ma soprattutto sulla residenza anagrafica*, in *Corr. giur.*, 2020, 1465 ss.

5. La questione della residenza e della sua “misura”

La seconda via percorsa dagli enti territoriali nel perseguire politiche restrittive nell’accesso ai servizi è il criterio del *prolungato* radicamento territoriale.

Deve, infatti, constatarsi che la regolarità del soggiorno nel territorio italiano di rado è considerata sufficiente per accedere alle prestazioni sociali, ed è, invece, normalmente “rafforzata” o dalla richiesta dello *status* di straniero “lungosoggiornante” o dall’aggiuntivo requisito della durata, nonché talvolta della continuità, della residenza.

Lo *status* di residente di lungo periodo è stato elevato dalla legislazione statale, in particolare con l’art. 80, comma 19, della l. n. 388 del 2000, “Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2001”, a condizione generale per l’accesso ad una molteplicità di prestazioni sociali, divenendo requisito indispensabile per la concessione, sul fronte nazionale, ora dell’indennità di accompagnamento, ora della pensione di inabilità, ora dell’assegno di invalidità, ora dell’indennità di frequenza per il cittadino minore extracomunitario, ora dell’indennità di accompagnamento riconosciuta al c.d. cieco civile “ventesimista”, ora dell’indennità di accompagnamento agli invalidi civili totalmente inabili, ora, infine, della pensione di invalidità civile per sordi e della indennità di comunicazione, nonché, anche sul fronte regionale, per l’accesso, tra l’altro, a interventi per il sostegno delle persone non autosufficienti¹⁰⁵ o per l’erogazione dell’assegno di cura diretto a favorire la permanenza dell’assistito nel proprio domicilio¹⁰⁶. Non diversamente, l’assegno di natalità è stato riconosciuto ai cittadini di Paesi terzi alla condizione che fossero in possesso del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo¹⁰⁷.

Ebbene, sottoposte, una dopo l’altra, allo scrutinio di costituzionalità, tali discipline sono approdate, tutte, al medesimo esito demolitivo¹⁰⁸.

Per la Corte, infatti, il richiesto requisito del permesso di soggiorno per soggiornanti di lungo periodo (ovvero, in precedenza, della carta di soggiorno)¹⁰⁹ costituirebbe un elemento di

¹⁰⁵ L. reg. Calabria n. 44 del 2011, n. 44, “Norme per il sostegno di persone non autosufficienti - Fondo per la non autosufficienza”.

¹⁰⁶ Art. 9, comma 1, della l. prov. Trento, n. 15 del 2012, “Tutela delle persone non autosufficienti e delle loro famiglie”.

¹⁰⁷ Art. 1, comma 125, l. n. 190 del 2014 (legge di stabilità 2015); art. 74 del d.lgs. n. 151 del 2001, n. 151, “Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, a norma dell’articolo 15 della legge 8 marzo 2000, n. 53”; art. 1, comma 248, della l. n. 205 del 2017, n. 205, “Bilancio di previsione dello Stato per l’anno finanziario 2018 e bilancio pluriennale per il triennio 2018-2020”; art. 23-*quater*, comma 1, del d.l. n. 119 del 2018, “Disposizioni urgenti in materia fiscale e finanziaria”, convertito, con modificazioni, nella l. n. 136 del 2018; art. 1, comma 340, della l. n. 160 del 2019, “Bilancio di previsione dello Stato per l’anno finanziario 2020 e bilancio pluriennale per il triennio 2020-2022”; art. 1, comma 362, della l. n. 178 del 2020, “Bilancio di previsione dello Stato per l’anno finanziario 2021 e bilancio pluriennale per il triennio 2021-2023”, dichiarati incostituzionali con sent. n. [54 del 2022](#), seguita al rinvio pregiudiziale mosso dalla stessa Corte costituzionale (ord. [n. 182 del 2021](#)), con cui è stata interpellata la Corte di giustizia dell’Unione europea circa la riconducibilità dell’assegno di natalità e dell’assegno di maternità alla tutela sancita dall’art. 34 CDFUE e al connesso principio di parità di trattamento nel settore della sicurezza sociale. La Corte di giustizia dell’Unione europea, grande sezione (sentenza 2 settembre 2021, nella causa C-350/2021, *O. D. e altri*), aveva ricondotto entrambe le provvidenze nell’ambito di applicazione del diritto alla parità di trattamento, in base all’art. 12 della direttiva 2011/98 UE, che concretizza l’art. 34 CDFUE; cfr., V. PUPO, [Sulle discriminazioni degli stranieri nel settore della sicurezza sociale: una nuova pronuncia della Corte costituzionale all’esito di un caso di doppia pregiudizialità, in questa Rivista, 2022/I](#), 352 ss.

¹⁰⁸ Rispettivamente, sentt. nn. [306 del 2008](#), [11 del 2009](#), [187 del 2010](#), [329 del 2011](#), [40 del 2013](#) (su cui, v., F. GIRELLI, *Corte costituzionale e provvidenze economiche per stranieri disabili*, nel [Forum di Quaderni costituzionali](#), [22 del 2015](#) (su cui, v., A. CIERVO, *La sentenza n. 22/2015 della Corte costituzionale in materia di prestazioni assistenziali a favore degli stranieri extracomunitari. Cronaca di una dichiarazione di incostituzionalità annunciata*, in [federalismi.it](#), 2/2015), [230 del 2015](#), nonché, in relazione alle due leggi regionali, nn. 4 e 172 del 2013. Per un esame della giurisprudenza di merito, v., F. BIONDI DAL MONTE, *I diritti sociali degli stranieri tra frammentazione e non discriminazione. Alcune questioni problematiche*, in [Istituzioni del federalismo](#), 2008, 568 ss.; cfr., inoltre, A. PITINO, *Gli stranieri nel diritto pubblico italiano. Profili attuali della parità di trattamento con i cittadini tra Stato, autonomie e Unione europea*, Torino, 2018, 157 ss.

discriminazione arbitrario, in quanto privo di qualsivoglia collegamento con le condizioni di disagio alle quali tali provvidenze intenderebbero porre rimedio. In altre parole, subordinare l'attribuzione di prestazioni assistenziali al possesso di determinati livelli minimi di reddito e alla previsione di requisiti di carattere meramente temporale (gli uni e gli altri implicitamente presupposti nel conseguimento del permesso di soggiorno di lungo periodo) sarebbe intrinsecamente irragionevole oltre che incompatibile con «la indifferibilità e la gravidanza dei relativi bisogni»¹¹⁰.

In questa prospettiva, non diverso da quello del permesso di soggiorno di lungo periodo, è il requisito della residenza qualificata, il quale è ampiamente sperimentato soprattutto dal legislatore regionale.

È, d'altronde, quest'ultimo – pur nel quadro di un *welfare* multilivello, in cui si registra un qualche apporto di ciascun ente territoriale – ad assumere un peso soverchiante nelle politiche per l'immigrazione¹¹¹, trovandosi, per di più, a fronteggiare in prima linea la problematica limitatezza delle risorse disponibili.

Non è, dunque, accidentale che, come dimostra l'esperienza sviluppata nell'ultimo quindicennio, «il territorio (come ancoraggio di identità)» sia stato progressivamente assunto al ruolo di «protagonista di intensi sentimenti di appartenenza, di abbarbicamento, sembrando costituire una delle ultime spendibili difese contro la caduta di ogni frontiera, specificità, tradizione»¹¹². Difatti, l'appartenenza territoriale, enfatizzando la centralità delle «piccole patrie»¹¹³,

¹⁰⁹ La carta di soggiorno è stata sostituita dal permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo (ovverosia, soggiornanti da almeno cinque anni), di cui all'art. 9 del d.lgs. n. 286 del 1998, come sostituito dall'art. 1 del decreto legislativo 8 gennaio 2007, n. 3, «Attuazione della direttiva 2003/109/CE relativa allo *status* di cittadini di Paesi terzi soggiornanti di lungo periodo», assumendo, infine, la denominazione di «permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo», a seguito della modifica apportata dall'art. 3 del d.lgs. n. 12 del 2014, n. 12, «Attuazione della direttiva 2011/51/UE, che modifica la direttiva 2003/109/CE del Consiglio per estenderne l'ambito di applicazione ai beneficiari di protezione internazionale».

¹¹⁰ Così, sent. n. [22 del 2015](#).

¹¹¹ Come condivisibilmente osservato in dottrina, va tenuta distinta la disciplina del fenomeno immigratorio dalla disciplina relativa a colui che (già) è immigrato: la disciplina, cioè, delle «condizioni (declinate, appunto, al plurale) risultanti nei diversi campi di esperienza (dalla salute, al lavoro, l'abitazione, ecc)» (così, Così, A. RUGGERI-C. SALAZAR, «*Ombre e nebbia*» nel riparto delle competenze tra Stato e Regioni in materia di emigrazione/immigrazione dopo la riforma del titolo V, in *Quad. reg.*, 2004, 42). Lo Stato, infatti, conserva, anche a seguito della novella costituzionale del 2001, il compito di governare la «politica dell'immigrazione», mentre la Regione ha guadagnato ulteriore terreno nella «politica per l'immigrazione». Tanto che, quella dei «diritti degli immigrati», viene quasi percepita, nel quadro delle politiche regionali, come materia a sé, a cui dedicare, come in questo caso, un intervento normativo apposito. Cfr., A. PATRONI GRIFFI, *I diritti dello straniero tra Costituzione e politiche regionali*, in L. Chieffi (a cura di), *Diritti sociali tra regionalismo e prospettive federali*, Padova, 1999, 327 ss.; A. RUGGERI-C. SALAZAR, «*Ombre e nebbia*» nel riparto delle competenze tra Stato e Regioni in materia di emigrazione/immigrazione dopo la riforma del titolo V, cit., 68 ss.; D. STRAZZARI, *Riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia di immigrazione alla ricerca del confine perduto?* in *Le Regioni*, 2006, 1036 ss.; ID., *Stranieri regolari, irregolari, "neocomunitari" o persone? Gli spazi d'azione regionale in materia di trattamento giuridico dello straniero in un'ambigua sentenza della Corte*, in *Le Regioni*, 2011, 1037 ss.; F. BIONDI DAL MONTE, *I diritti sociali degli stranieri tra frammentazione e non discriminazione. Alcune questioni problematiche*, in *Istituzioni del federalismo*, 2008, 561 ss.; ID., *Dai diritti sociali alla cittadinanza. La condizione giuridica dello straniero tra ordinamento italiano e prospettive sovranazionali*, Torino, 2013, 217 ss.; L. RONCHETTI, *La cittadinanza regionale come cittadinanza sostanziale*, cit., 1/2013, 1 ss.; P. CARROZZA, *Diritti degli stranieri e politiche regionali e locali*, in C. Panzera-A. Rauti-C. Salazar-A. Spadaro (a cura di), *Metamorfosi della cittadinanza e diritti degli stranieri*, Atti del Convegno internazionale di studi, Reggio Calabria, 26-27 marzo 2015, cit., 57 ss.; C. CORSI, *Peripezie di un cammino verso l'integrazione giuridica degli stranieri. Alcuni elementi sintomatici*, in *Rivista AIC*, 1/2018; D. LOPRIENO, *Regionalismo e immigrazione. Le risposte degli ordinamenti regionali italiani al fenomeno migratorio*, in questa *Rivista*, 2018/I, 264 ss.; C. PANZERA, *Immigrazione e diritti nello Stato regionale. Spunti di riflessione*, in *Dir. pubbl.*, 2018, 149 ss.; M. ROSINI-M. TOMASI, *Il ruolo delle Regioni nella definizione ed implementazione delle politiche di integrazione dei cittadini stranieri: uno studio degli atti normativi*, in *Le Regioni*, 2018, 817 ss.; L. BUSCEMA, *La dimensione regionale della gestione dei fenomeni migratori*, in *Diritti Regionali*, 3/2019; O. CARAMASCHI, *La dimensione regionale del fenomeno immigratorio tra interventi normativi, riparto di competenze e giurisprudenza costituzionale*, in *federalismi.it*, 5/2020.

¹¹² In questi termini, S. SICARDI, *Essere di quel luogo. Brevi considerazioni sul significato di territorio e di appartenenza territoriale*, in *Pol. dir.*, 2003, 116. Cfr., inoltre, C. PANZERA, *Immigrazione e diritti nello Stato regionale. Spunti di riflessione*, in *Dir. pubbl.*, 2018, 179, per il quale «nella misura in cui esprimono una volontà di

offre al legislatore un efficace filtro selettivo per contrarre la platea di possibili destinatari delle provvidenze sociali ed assicurare i conseguenti risparmi di spesa.

Si considerino, ad esempio, le ll. prov. Bolzano e reg. Trentino-Alto Adige/*Südtirol* (nn. 12 e 8 del 2011), nelle quali, rispettivamente, per l'accesso alle prestazioni di assistenza sociale aventi «natura economica» e per l'erogazione dell'«assegno regionale al nucleo familiare per i figli ed equiparati», si richiedeva, ai cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea, la residenza, nella Provincia ovvero nella Regione, per almeno cinque anni¹¹⁴; la l. reg. Friuli-Venezia Giulia n. 16 del 2011, la quale prescriveva, come requisito generale in capo allo straniero per accedere alle prestazioni sociali, la residenza nel territorio nazionale da non meno di cinque anni¹¹⁵; le ll. regg. Valle d'Aosta n. 3 del 2013 e Liguria n. 13 del 2017, che annoveravano, fra i requisiti di accesso all'edilizia residenziale pubblica, rispettivamente, quello della «residenza nella Regione da almeno otto anni, maturati anche non consecutivamente»¹¹⁶ e quello della residenza sul territorio nazionale «da almeno dieci anni consecutivi»¹¹⁷. Non diversamente, la l. reg. Veneto n. 6 del 2017 prevedeva un titolo di precedenza per l'ammissione all'asilo nido dei «figli di genitori residenti in Veneto anche in modo non continuativo da almeno quindici anni o che [prestassero] attività lavorativa in Veneto ininterrottamente da almeno quindici anni, compresi eventuali periodi intermedi di cassa integrazione, o di mobilità o di disoccupazione»¹¹⁸, mentre la l. reg. Lombardia n. 16 del 2016 stabiliva una limitazione dell'accesso ai servizi abitativi pubblici a quanti potessero dimostrare la residenza anagrafica o lo svolgimento di un'attività lavorativa nella Regione Lombardia per almeno cinque anni nel periodo immediatamente precedente la data di presentazione della domanda¹¹⁹;

«chiusura» verso gli stranieri (magari nascosta dietro l'argomento delle risorse limitate), le politiche di residenza regionali e locali aspirano ad essere un mezzo di difesa dei confini fisici e ideali di una determinata comunità, esattamente come lo è il presidio delle frontiere rispetto all'integrità politico-territoriale a livello statale».

¹¹³ Così, L. TORCHIA, *Diritto regionale*, in *Enciclopedia del XXI secolo*; F. DINELLI, *La stagione della residenza: analisi di un istituto giuridico in espansione*, in *Dir. amm.*, 2010, 639 ss.; ID., *Le «cittadinanze regionali»: un problema «nuovo» dal sapore «antico»*, in *Astrid*.

¹¹⁴ Art. 10, comma 2; 12, comma 4; 13, comma 3; 14, commi 3 e 5; 16, commi 2, 3 e 4, della l. prov. Bolzano n. 12 del 2011, «Integrazione delle cittadine e dei cittadini stranieri», e art. 3, comma 3, della l. reg. T.-A.A. n. 8 del 2011, n. 8, «Disposizioni per la formazione del bilancio annuale 2012 e pluriennale 2012-2014 della Regione autonoma Trentino-Alto Adige/*Südtirol* – Legge finanziaria», su cui, v., sentt. nn. [2](#) e [133 del 2013](#).

¹¹⁵ Art. 9, l. reg. Friuli-Venezia Giulia, n. 16 del 2011, «Disposizioni di modifica della normativa regionale in materia di accesso alle prestazioni sociali e di personale», su cui, v., sent. n. [222 del 2013](#), che, però, operando «a geometria variabile» (così, L. PRINCIPATO, *L'integrazione sociale, fine o condicio sine qua non dei diritti costituzionali?* cit., 3291), ammette, nel contempo, il requisito della residenza prolungata disposto dalla stessa legge regionale in relazione ad altre prestazioni sociali ritenute non essenziali. Cfr., inoltre, D. MONEGO, *La «dimensione regionale» nell'accesso alle provvidenze sociali*, in *Le Regioni*, 2014, 244 ss.

¹¹⁶ Art. 19, comma 1, lettera b), della l. reg. Valle d'Aosta n. 3 del 2013, «Disposizioni in materia di politiche abitative», su cui, v., sent. n. [168 del 2014](#).

¹¹⁷ Art. 4, comma 1, della l. reg. Liguria n. 13 del 2017, su cui, v., sent. n. [106 del 2018](#). Cfr., A. GUARISO, *Le sentenze della Corte costituzionale 106, 107 e 166 del 2018: diritto alla mobilità e illegittimità dei requisiti di lungo-residenza per l'accesso all'alloggio e alle prestazioni sociali*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 3/2018; M. GORLANI, *La Corte non cede a suggestioni «sovraniste» delle Regioni e conferma la vocazione universalistica dei servizi sociali*, cit., 1207 ss.

¹¹⁸ L. reg. Veneto n. 6 del 2017, che modifica l'art. 8, comma 4, della precedente n. 32 del 1990, su cui, v., sent. n. [107 del 2018](#). Cfr., L. ARDIZZONE, *La Consulta dichiara illegittimo il criterio della «residenza prolungata sul territorio regionale» per l'ammissione all'asilo nido: breve nota a Corte cost., sent. 107/2018 (con un sintetico rinvio a sent. 106/2018)*, in questa *Rivista*, [2018/II](#), 447 ss.; M. BELLETTI, *La Corte costituzionale torna, in tre occasioni ravvicinate, sul requisito del radicamento territoriale per accedere ai servizi sociali. Un tentativo di delineare un quadro organico della giurisprudenza in argomento*, in *Le Regioni*, 2018, 1138 ss.; C. BERTOLINO, *I criteri di accesso agli asili nido quali presidio di eguaglianza nella loro funzione socio-educativa*, in *Le Regioni*, 2018, 1032 ss.; C. CORSI, *La trilogia della Corte costituzionale: ancora sui requisiti di lungo-residenza per l'accesso alle prestazioni sociali*, in *Le Regioni*, 2018, 1170 ss.; A. PITINO, *Per l'accesso agli asili nido è incostituzionale il requisito della residenza protratta dei genitori nella Regione. E se lo fosse anche la residenza tout court?* in *Le Regioni*, 2018, 1050 ss.; D. TEGA, *Le politiche xenofobe continuano a essere incostituzionali*, in *Diritti Regionali*, 2/2018.

¹¹⁹ Art. 22, comma 1, lettera b), l. reg. Lombardia n. 16 del 2016, «Disciplina regionale dei servizi abitativi», su cui, v., sent. n. [44 del 2020](#). Cfr., F. CORVAJA, *Finale di partita. L'incostituzionalità dei requisiti di lungo-residenza previsti*

infine, la l. reg. Friuli-Venezia Giulia n. 13 del 2019 sottoponeva gli interventi di contrasto alla povertà a favore di nuclei familiari alla condizione che almeno uno dei componenti fosse residente in Regione, continuativamente, da almeno cinque anni¹²⁰.

Discipline, tutte, colpite da pronunce di incostituzionalità della Corte.

Sorte diversa ha, invece, riguardato la l. reg. Campania n. 4 del 2011¹²¹, in base all'assunto che, nell'istituire un "bonus bebè" *una tantum*, non si darebbe rilievo a «situazioni di bisogno e disagio i quali», si ribadisce, «non tollerano di per sé discriminazioni»¹²².

Dal canto suo, la più recente giurisprudenza costituzionale rileva opportunamente che «a differenza del requisito della residenza *tout court* (che serve a identificare l'ente pubblico competente a erogare una certa prestazione ed è un requisito che ciascun soggetto può soddisfare in ogni momento), quello della residenza protratta integra una condizione che può precludere in concreto a un determinato soggetto l'accesso alle prestazioni pubbliche sia nella regione di attuale residenza sia in quella di provenienza (nella quale non è più residente)».

Un requisito, insomma, dallo spiccato «carattere escludente»¹²³, che, tutt'al più, potrebbe essere recuperato solo allorché gli venisse conferito il diverso ruolo di «criterio premiale, da valutare "in sede di formazione della graduatoria"»¹²⁴.

La Corte, dunque, per un verso, conferma l'esigenza di sottoporre il requisito della residenza prolungata ad un vaglio di costituzionalità particolarmente incisivo, poiché consistente è il rischio che, per suo tramite, a taluni soggetti sia interdetto l'accesso a determinate prestazioni sociali «solo per il fatto di aver esercitato il proprio diritto di circolazione o di aver dovuto mutare regione di residenza»¹²⁵. Per l'altro, pare ammonire il legislatore, nel prevedere eventuali restrizioni, «a rivolgere lo sguardo non soltanto, per il passato, alla durata della residenza sul territorio nazionale o locale oltre una soglia temporale minima, ma anche, in prospettiva, alla presenza o all'assenza di indici idonei a testimoniare il legame tendenzialmente stabile tra la persona e la comunità»¹²⁶, invitandolo, altresì, a non perdere di vista il bisogno a cui la prestazione intenderebbe porre rimedio, il quale non potrebbe essere pretermesso in ragione dello «stesso "radicamento" territoriale, quand'anche fosse adeguatamente valutato (non con riferimento alla previa residenza protratta)»¹²⁷.

Nondimeno, non sembrano cogliersi nella più recente legislazione, neanche a livello statale, segnali di un deciso ripensamento dei criteri di accesso alle prestazioni sociali.

dalle leggi regionali quali condizioni di accesso alle prestazioni sociali, in *Osservatorio AIC*, 6/2020; C. DOMENICALI, *Sull'illegittimità del criterio del radicamento territoriale per l'accesso all'edilizia popolare: dalla condizionalità all'universalità dei diritti sociali?* in *Le Regioni*, 2020, 628 ss.; M. GORLANI, *Le politiche abitative regionali e il requisito della residenza qualificata: un monito della Corte convincente e, in un certo senso, conclusivo*, nel *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2/2020; C. PADULA, *Uno sviluppo nella saga della "doppia pregiudiziale"? Requisiti di residenza prolungata, edilizia residenziale pubblica e possibilità di disapplicazione della legge*, in questa *Rivista*, 2020/1, 173 ss.

¹²⁰ Art. 9, comma 51, lettera b), l. reg. Friuli-Venezia Giulia n. 13 del 2019. Sent. [n. 7 del 2021](#).

¹²¹ Art. 1, comma 77, l. reg. Campania n. 4 del 2011.

¹²² Sent. n. [141 del 2014](#).

¹²³ In questi termini, sent. [n. 7 del 2021](#), nonché già nn. [44](#) e [281 del 2020](#).

¹²⁴ Così, ancora, sent. [n. 7 del 2021](#). Cosa che comunque non lo sottrae ad un sindacato di ragionevolezza in relazione alla finalità del servizio in tal modo inciso. Si veda, in questo senso, la sent. [n. 42 del 2021](#), con cui la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 15, comma 1, della l. prov. Trento n. 13 del 2019, nella parte in cui introduce, nell'art. 2 della l. prov. Trento n. 29 del 1993, il comma 4-bis, lettera b), secondo il quale la Provincia autonoma può promuovere, nell'ambito dell'intesa con l'Università di Trento di cui al comma 1 del medesimo art. 2, una riserva per l'accesso ai corsi universitari «di un numero di posti non inferiore al 10 per cento per candidati residenti in provincia di Trento, nell'ipotesi di parità di merito con candidati non residenti». Cfr., V. DESANTIS, *Il requisito della residenza in rapporto all'accesso al diritto allo studio: la sent. n. 42/2021 della Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 3/2021, 130 ss.

¹²⁵ Così, sent. n. [107 del 2018](#), ripresa dalle successive nn. [44](#) e [281 del 2020](#), nonché [9 del 2021](#).

¹²⁶ Sent. n. [222 del 2013](#).

¹²⁷ Sent. n. [44 del 2020](#).

Fatta eccezione, infatti, per qualche provvidenza, come l'assegno unico e universale per i figli a carico¹²⁸ – che ammette, tra i requisiti richiesti a cittadini di Paesi terzi, il permesso unico di lavoro di validità semestrale¹²⁹ –, il criterio del (prolungato) radicamento territoriale riemerge carsicamente.

E la giurisprudenza costituzionale non risulta, invero, sempre granitica, approdando talvolta ad esiti tutt'altro che prevedibili.

È il caso delle recenti sentt. nn. [19](#) e [34 del 2022](#)¹³⁰, aventi ad oggetto, rispettivamente, il reddito di cittadinanza introdotto con d.l. n. 4 del 2019, convertito con emendamenti con l. n. 26 del 2019, recante “Disposizioni urgenti in materia di reddito di cittadinanza e di pensioni”, e il reddito di inclusione, introdotto con d.lgs. n. 147 del 2017, “Disposizioni per l'introduzione di una misura nazionale di contrasto alla povertà”. Il primo è riconosciuto a soggetti, cittadini o stranieri, che soddisfino il «draconiano» requisito della residenza in Italia da almeno dieci anni¹³¹, di cui gli ultimi due continuativi (art. 2, comma 1, lett. a, n. 1), nonché, se cittadini di Paesi terzi, siano in possesso del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo¹³². Requisito quest'ultimo, prescritto anche nel secondo, unitamente alla residenza biennale continuativa.

La Corte costituzionale, investita dapprima della questione di costituzionalità in relazione al requisito del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo previsto per il reddito di cittadinanza ([sent. n. 19](#)), ha concluso nel senso dell'infondatezza, ritenendo che la provvidenza in esame non si esaurirebbe in un intento esclusivamente assistenziale, in quanto comprenderebbe, altresì, la finalità della reintegrazione lavorativa del beneficiario. Circostanza comprovata, ad avviso della Corte, dalla condizionalità sottesa al beneficio, la quale ne farebbe uno strumento non specificamente indirizzato a rimediare ad uno stato di bisogno. Ne deriverebbe, a mo' di corollario, l'ammissibilità di una differenziazione nell'erogazione della prestazione in ragione del radicamento territoriale degli stranieri, ovvero, come affermato nella precedente [sent. n. 126 del 2021](#), in forza di “requisiti morali”¹³³. Conclusione, questa, singolarmente duplicata anche nella successiva n. 37, resa a stretto giro, in relazione al reddito di inclusione, nonostante la stessa Corte ne rilevi le differenze «rispetto al reddito di cittadinanza – il quale in effetti si connota per una più spiccata finalizzazione all'inserimento lavorativo, oltre che per un maggior peso degli impegni in capo ai beneficiari e una più alta soglia economica d'accesso».

Ebbene, il ragionamento sotteso ad entrambe le pronunce non convince.

Pare di assistere, infatti, ad un rovesciamento di paradigma. Se normalmente è sulla *ratio* della provvidenza che vengono tarati i requisiti di accesso, in questo caso sembrerebbero i requisiti della provvidenza a determinarne la natura.

¹²⁸ D.lgs. n. 230 del 2021, “Istituzione dell'assegno unico e universale per i figli a carico, in attuazione della delega conferita al Governo ai sensi della legge 1° aprile 2021, n. 46”.

¹²⁹ Art. 3, comma 1, lett. a).

¹³⁰ Sia consentito rinviare a S. MABELLINI, *La Corte costituzionale aggiunge un nuovo tassello nel complicato mosaico dei requisiti di accesso alle provvidenze sociali*, in corso di pubblicazione in *Giur. cost.*, 2022.

¹³¹ Così, S. GIUBBONI, *Primi appunti sulla disciplina del reddito di cittadinanza*, in *WP CSDLE “Massimo D'Antona”*.IT – 401/2019, 21, il quale, inoltre, sottolinea (pagg. 21 s.) che tale condizione sarebbe «una classica discriminazione indiretta a danno dei cittadini dell'Unione (o di Paesi terzi) e che essa – costituendo il RdC una misura essenziale per il contrasto della povertà e dell'esclusione sociale (e dunque un diritto fondamentale afferente al nucleo minimo di tutela della dignità della persona) – [sarebbe] palesemente sproporzionata, se considerata alla luce degli artt. 16 e 24 della direttiva 2004/38/CE».

¹³² Cfr., F. BIONDI DAL MONTE, *Quale cittadinanza per il “Reddito di cittadinanza”?* in E. Innocenti-E. Rossi-E. Vivaldi (a cura di), *Quale reddito di cittadinanza? Criticità e prospettive delle politiche di contrasto alla povertà*, Bologna, 2019, 135 ss.; V. CASAMASSIMA, *Reddito “di cittadinanza” e politiche di contrasto alla povertà. Riflessioni alla luce dei più recenti sviluppi normativi*, in *Rivista AIC*, 3/2020, 418 ss.; nonché già M. BELLETTI, *La Corte costituzionale torna, in tre occasioni ravvicinate, sul requisito del radicamento territoriale per accedere ai servizi sociali. Un tentativo di delineare un quadro organico della giurisprudenza in argomento*, in *Le Regioni*, 2018, 1167 ss.

¹³³ Si legge nella [sent. n. 126 del 2021](#): «Il reddito di cittadinanza, invece, non ha natura meramente assistenziale, proprio perché accompagnato da un percorso formativo e d'inclusione che comporta precisi obblighi, il cui mancato rispetto determina, in varie forme, l'espulsione dal percorso medesimo».

Vero è che il reddito di cittadinanza presenta una natura composita, non pienamente sovrapponibile ad altre provvidenze a carattere meramente assistenziale¹³⁴.

Tuttavia, a presupposto del beneficio v'è pur sempre una situazione di indigenza a cui si intende porre rimedio. Che quest'ultimo implichi, in qualche misura, un comportamento attivo del beneficiario – al quale condizionare l'erogazione della provvidenza – è, in fondo, conseguenza del tipo di bisogno che si intende fronteggiare, ovvero sia la *temporanea* mancanza di una attività lavorativa¹³⁵. Uno stato di bisogno, cioè, *reversibile*, a differenza degli altri, dall'inabilità alla vecchiaia, a cui si indirizzano le diverse provvigioni richiamate nella pronuncia. Si tratta, però, di una reversibilità inevitabilmente condizionata, appunto, dalla disponibilità del beneficiario al reinserimento nel mondo del lavoro e che ne giustifica, pertanto, una qualche responsabilizzazione.

Ciò non toglie che, quale che sia la causa dell'indigenza, questa non muti la sua natura.

Cosicché i requisiti di reddito sottesi al permesso di soggiorno di lungo periodo non sembrano meno irragionevoli in questa che in altre circostanze. Né sembra meno “indifferibile” e “pregnante” il relativo bisogno¹³⁶. Del resto, come afferma la Corte nella, di poco precedente, sent. [n. 137 del 2021](#), in relazione all'assegno sociale¹³⁷, «la possibilità di modulare la disciplina delle misure assistenziali (...) non può pregiudicare quelle prestazioni che si configurano come misure di sostegno indispensabili per una vita dignitosa».

È vero che, come noto, la Corte costituzionale ha in varie occasioni ribadito che al legislatore, statale o regionale, non è precluso introdurre differenziazioni per l'accesso alle prestazioni sociali «al fine di conciliare la massima fruibilità dei benefici previsti con la limitatezza delle risorse finanziarie disponibili»¹³⁸. Tuttavia, parrebbe che, chiamato a sostituire il criterio discriminatorio della cittadinanza, quello della residenza, quantomeno in tale veste “qualificata”, non si sottragga alle medesime obiezioni, presentandosi come una forma di discriminazione mascherata¹³⁹.

D'altra parte, ancorché in relazione ai cittadini dell'Unione europea, anche la Corte di Giustizia afferma che il principio di parità di trattamento – sancito sia nell'articolo 45 TFUE che nel regolamento UE n. 492/2011 (art. 7) – vieta non soltanto le discriminazioni palesi basate sulla cittadinanza, ma anche qualsiasi discriminazione dissimulata che, pur fondandosi su altri criteri di riferimento, pervenga di fatto al medesimo risultato¹⁴⁰. Tra queste può ben essere annoverato il requisito della residenza prolungata, in quanto più agevolmente “alla portata” dei cittadini dello Stato ospitante che dei cittadini degli altri Stati¹⁴¹.

¹³⁴ Cfr., D. LOPRIENO, *Riflessioni sul reddito di cittadinanza e gli stranieri alla luce della sent. n. 19 del 2022 della Corte costituzionale*, in [Osservatorio costituzionale](#), 3/2022, 8 ss.

¹³⁵ Evidenza che «l'intera costruzione legislativa si fonda sull'evidente presupposto che tutti coloro che si trovano in condizione di povertà siano potenzialmente in grado di svolgere un'attività lavorativa», E. ROSSI, *Il “reddito di cittadinanza” introdotto dal decreto legge n. 4 del 2019: prime considerazioni*, in E. Innocenti-E. Rossi-E. Vivaldi (a cura di), *Quale reddito di cittadinanza? Criticità e prospettive delle politiche di contrasto alla povertà*, cit., 30.

¹³⁶ ... per riprendere le parole della già citata sent. n. [22 del 2015](#).

¹³⁷ Art. 3, comma 6, della legge 8 agosto 1995, n. 335 (Riforma del sistema pensionistico obbligatorio e complementare).

¹³⁸ Così, sent. n. [133 del 2013](#), ripresa dalla n. [107 del 2018](#).

¹³⁹ Cfr., B. PEZZINI, *Una questione che interroga l'uguaglianza: i diritti sociali del non-cittadino*, cit., 163 ss.; E. GARGIULO, *Le politiche di residenza in Italia: inclusione ed esclusione nelle nuove cittadinanze locali*, in E. Rossi-M. Vrenna-F. Biondi Dal Monte (a cura di), *La Governance dell'Immigrazione. Diritti, politiche e competenze*, Bologna, 2013, 135 ss., che osserva come «quello incentrato sulla residenza è un criterio senza dubbio controverso, in quanto può dare luogo a forme di discriminazione non manifesta nei confronti dei non cittadini».

¹⁴⁰ Sentt. del 13 aprile 2010, *Bressol e a.*, C-73/08, punto 40, nonché del 10 luglio 2019, *Aubriet*, C-410/18, punto 26.

¹⁴¹ Richiamando la precedente del 10 luglio 2019, *Aubriet*, C-410/18, nella sent. 2 aprile 2020, *Caisse pour l'avenir des enfants*, C-802/18, si afferma: «Una distinzione simile, in base alla residenza, che è idonea ad operare maggiormente a sfavore dei cittadini di altri Stati membri in quanto i non residenti sono più frequentemente cittadini non nazionali, costituisce una discriminazione indiretta fondata sulla cittadinanza, ammissibile soltanto a condizione di essere oggettivamente giustificata».

V., inoltre, la sent. 10 luglio 2003, causa C-138/02, *Collins*.

6. Oltre il radicamento territoriale, attraverso le “ragioni della solidarietà umana”

Nonostante questi *déravage* è da condividere l’osservazione secondo la quale dalla giurisprudenza costituzionale parrebbe emergere, nel complesso, una meritoria sensibilità per una politica inclusiva delle categorie economicamente e socialmente più svantaggiate¹⁴².

Questa considerazione è, viepiù, rafforzata dalla circostanza che non poche pronunce si muovano più sul terreno del principio di solidarietà, che su quello del principio di non discriminazione. Mentre, infatti, questo è espressione di una tecnica impermeabile alla varietà delle condizioni soggettive, limitandosi a realizzare una potenziale espansione soggettiva dei destinatari in ossequio al principio dell’eguaglianza formale nel godimento dei diritti¹⁴³, quello – riconosciuto, insieme ai diritti inviolabili dell’uomo, «come base della convivenza sociale normativamente prefigurata dal Costituente»¹⁴⁴ – guarda allo stato di bisogno della persona, sul quale andrebbero modulati, in definitiva, la provvidenza, nonché l’eventuale requisito del radicamento territoriale¹⁴⁵.

È appena il caso di precisare che non ci si riferisce alla “solidarietà” intrisa di logica corrispettiva che pare evocata nella [sent. n. 50 del 2019](#) (e più velatamente nella precedente [n. 222 del 2013](#)¹⁴⁶), la quale, riconoscendo la ragionevolezza – pur senza argomentarne la diversità dalle altre prestazioni sociali¹⁴⁷ – del requisito del permesso di lungo soggiorno ai fini del godimento dell’assegno sociale, qualifica tale provvidenza come «*corrispettivo* solidaristico per quanto doverosamente offerto al progresso materiale o spirituale» della società, «in un apprezzabile arco di tempo», dallo straniero, «il cui stabile inserimento nella comunità lo [avrebbe] reso *meritevole* dello stesso sussidio concesso al cittadino italiano»¹⁴⁸. A quest’ultima, infatti, è sottesa «una idea di solidarietà “contro”, che esclude più (o prima) che includere»¹⁴⁹ e che, a costo, paradossalmente, di comprometterla, fa dell’integrazione sociale il presupposto per il godimento dei diritti costituzionali¹⁵⁰.

¹⁴² Cfr., A. CIERVO, *La sentenza n. 22/2015 della Corte costituzionale in materia di prestazioni assistenziali a favore degli stranieri extracomunitari. Cronaca di una dichiarazione di incostituzionalità annunciata*, cit., 13.

¹⁴³ Cfr., in argomento, ancora, S. GIUBBONI, *Confini della solidarietà. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, cit., 399, il quale osserva che «benché innervata dal valore universalistico e inclusivo dell’eguaglianza sostanziale, la solidarietà sociale – in quanto retta da vincoli di reciprocità e condivisione – è sempre connotata da una dimensione particolaristica, storicamente sostanziatasi, in Europa, nella delimitazione della sfera di operatività delle istituzioni del *welfare* entro i confini nazionali».

V., inoltre, C. CORSI, *Lo Stato e lo straniero*, Padova, 2001, 96, che a sua volta rileva come innestando la riflessione sull’art. 3 Cost. si finisce con il saltare «un passo preliminare ed indispensabile che è quello di offrire un fondamento alla titolarità dei diritti costituzionalmente garantiti in capo agli stranieri».

¹⁴⁴ In questi termini, sent. n. [309 del 2013](#), richiamata dalla recente n. [131 del 2020](#).

¹⁴⁵ Cfr., D. MONEGO, *La “dimensione regionale” nell’accesso alle provvidenze sociali*, in *Le Regioni*, 2014, 266, il quale osserva che «incidere sul fattore tempo significa per lo meno ridurre l’area soggettiva della discriminazione»; G. BASCHERINI, *Obbligo o parità? Ancora in tema di prestazioni assistenziali a favore degli stranieri extracomunitari, ma per l’assegno sociale ci vuole il permesso UE per soggiornanti di lungo periodo*, in *Giur. cost.*, 2019, 770.

¹⁴⁶ Si legge, infatti, nella sent. n. [222 del 2013](#): «La Regione, in quanto ente esponenziale della comunità operante sul territorio, ben può, infatti, favorire, entro i limiti della non manifesta irragionevolezza, i propri residenti, anche in rapporto al contributo che essi hanno apportato al progresso della comunità operando per un non indifferente lasso di tempo». Cfr., L. PRINCIPATO, *L’integrazione sociale, fine o condicio sine qua non dei diritti costituzionali?* cit., 3295 s.

¹⁴⁷ Cfr., G. BASCHERINI, *Obbligo o parità? Ancora in tema di prestazioni assistenziali a favore degli stranieri extracomunitari, ma per l’assegno sociale ci vuole il permesso UE per soggiornanti di lungo periodo*, cit., 768.

¹⁴⁸ Corsivo aggiunto.

¹⁴⁹ Così, ancora, G. BASCHERINI, *Obbligo o parità? Ancora in tema di prestazioni assistenziali a favore degli stranieri extracomunitari, ma per l’assegno sociale ci vuole il permesso UE per soggiornanti di lungo periodo*, cit., 765. Parla di «ricostruzione produttivista della solidarietà» In contrapposizione alla solidarietà tradizionale di tipo redistributivo, W. STREECK, *Il modello sociale europeo: dalla redistribuzione alla solidarietà competitiva*, in *Stato e Mercato*, 2000, 21, ripreso da S. GIUBBONI, *Solidarietà*, in *Pol. dir.*, 2012, 549 ss.

¹⁵⁰ Cfr., L. PRINCIPATO, *L’integrazione sociale, fine o condicio sine qua non dei diritti costituzionali?* cit., 3295 s.; M. GORLANI, *La Corte non cede a suggestioni “sovraniste” delle Regioni e conferma la vocazione universalistica dei servizi sociali*, cit., 1214 s.

Un'idea assai poco sintonica, invero, con gli orientamenti più consolidati, nei quali, al contrario, si avverte ben altro respiro, come ben evidenziato, tra le altre, dalla [sent. n. 329 del 2011](#), in cui l'estensione ai cittadini minori extracomunitari dell'indennità di frequenza è considerata applicazione dei «principi di inderogabile solidarietà sociale, assunti quale valore fondante degli stessi diritti inalienabili dell'individuo, che non ammettono distinzioni di sorta in dipendenza di qualsiasi tipo di qualità o posizione soggettiva e, dunque, anche in ragione del diverso *status* di cittadino o di straniero»¹⁵¹.

Né, le ragioni della solidarietà ammettono di essere declinate, come affermato nella [sent. n. 137 del 2021](#), a seconda dei meriti morali dei destinatari della provvidenza, non escludendo dalla sua portata neanche i condannati per taluni reati¹⁵², che, pure, «hanno gravemente violato il patto di solidarietà sociale che è alla base della convivenza civile». Infatti, «lo “statuto d'indegnità” definito dal legislatore pone in pericolo, in tal modo, la stessa sopravvivenza dignitosa del condannato, privandolo del minimo vitale, in violazione dei principi costituzionali (artt. 2, 3 e 38 Cost.), su cui si fonda il diritto all'assistenza»¹⁵³.

Il richiamo al principio di solidarietà offre, inoltre, il “valore aggiunto” dell'incomprimibilità dei diritti sociali, elevando un argine alla recessività del loro contenuto e offrendo fondamento all'esigenza, riconosciuta nella giurisprudenza costituzionale, di salvaguardare un nucleo intangibile del diritto, sottratto alla disponibilità (e alla ritrattabilità) dello stesso legislatore¹⁵⁴.

D'altronde, nella stessa previsione dei diritti sociali, è sottesa una istanza di solidarietà sociale¹⁵⁵, che – nonostante gli indiscutibili passi avanti registrati a livello sovranazionale a seguito

¹⁵¹ Si veda, inoltre, recentemente, la [sent. n. 264 del 2012](#), in cui si ribadisce (punto 5.3. del *Cons. in dir.*) che i principi di uguaglianza e di solidarietà, «per il loro carattere fondante, occupano una posizione privilegiata nel bilanciamento con gli altri valori costituzionali». Cfr., A. RUGGERI, [La Consulta rimette abilmente a punto la strategia dei suoi rapporti con la Corte EDU e, indossando la maschera della consonanza, cela il volto di un sostanziale, perdurante dissenso nei riguardi della giurisprudenza convenzionale \(“a prima lettura” di Corte cost. n. 264 del 2012\)](#), in questa [Rivista](#) 2012 (17.12.12.)

¹⁵² ... quelli di cui all'art. 2, comma 58, della l. n. 92 del 2012.

¹⁵³ In questi termini, [sent. n. 137 del 2021](#).

¹⁵⁴ Sebbene, infatti, ad avviso del Giudice costituzionale, non possa ritenersi preclusa, al legislatore, la scelta di ridurre, per una inderogabile esigenza di contenimento della spesa pubblica, un trattamento prima spettante in base alla legge, rientrando, pur sempre, tale scelta, nella sfera della discrezionalità, ciò non toglie che, per la Corte, «detto potere discrezionale non [abbia] carattere assoluto» e trovi un limite nel «rispetto di un nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati» ([sent. n. 80 del 2010](#), in materia di tutela diritti disabili).

Analogamente, nella medesima materia, si veda già la [sent. n. 106 del 1992](#), in cui la Corte accoglie la questione di legittimità costituzionale di una norma soppressiva del diritto all'assegno di accompagnamento, rilevando «il *vulnus* nascente dalla negazione di un diritto in precedenza riconosciuto in attuazione del programma solidaristico di cui all'art. 38 della Costituzione». Cfr., V. ONIDA, *Eguaglianza e diritti sociali*, in AA.VV., *Corte costituzionale e principio di eguaglianza*, Atti del Convegno in ricordo di Livio Paladin, Padova 2 aprile 2001, Padova, 2002, 117 ss., il quale tra l'altro osserva (pag. 119) che «quanto possa essere consentito “tornare indietro” non è semplice stabilirlo».

V., inoltre, le sentt. nn. [361 del 1996](#), [226 del 2000](#) e [251 del 2008](#), [316 del 2010](#); più di recente, [sent. n. 169 del 2017](#), che richiamando la precedente n. [275 del 2016](#), qualifica il diritto all'istruzione e all'educazione dell'alunno disabile come «diritto incomprimibile». L'orientamento è ribadito nelle sentt. nn. [83 del 2019](#) e [62 del 2020](#), in relazione rispettivamente al diritto all'istruzione e alla salute. Cfr., in argomento, C. COLAPIETRO, *I diritti delle persone con disabilità nella giurisprudenza della Corte costituzionale: il “nuovo” diritto alla socializzazione*, in [Dirittifondamentali.it](#); A. COSSIRI, *Un capitolo di spesa costituzionalmente obbligatorio: i servizi per l'integrazione scolastica dei disabili*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#); E. VIVALDI, *Il diritto all'istruzione delle persone con disabilità: continuità dei finanziamenti e tutela del nucleo essenziale del diritto*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#).

¹⁵⁵ Del resto, anche la [sent. n. 432 del 2005](#) giustifica l'estensione di una misura sociale (non fondamentale) agli stranieri in forza dei valori di solidarietà sociale. Cfr., C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, cit., 398, il quale mette in rilievo il ruolo della Corte nell' «offrire certezze solidaristiche all'interno di un sistema normativo sempre più caotico»; M. RUOTOLO, *La lotta alla povertà come dovere dei pubblici poteri. Alla ricerca dei fondamenti costituzionali del diritto a un'esistenza dignitosa*, in *Dir. pubbl.*, 2011, 402, «il “diritto a un'esistenza degna” pare trovare autonomo fondamento proprio negli artt. 2 e 3, ossia nelle prescrizioni sull'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale e della pari dignità sociale».

dell'emergenza pandemica¹⁵⁶, peraltro seguiti ad una fase di crisi della cittadinanza sociale sovranazionale¹⁵⁷ – in vera e propria l'autentico *quid pluris* della cittadinanza nazionale rispetto a quella europea¹⁵⁸.

¹⁵⁶ Cfr., C. BERGONZINI, *L'Europa e il Covid-19. Un primo bilancio*, in *Quad. cost.*, 2020, 765 ss.; v., G. CENTURELLI, *Verso un futuro migliore: azioni nazionali ed europee sulla politica di coesione per riparare il tessuto sociale, disattivare gli squilibri causati dalla crisi Covid-19 e rilanciare l'economia*, in *Riv. giur. mezzog.*, 2020, 723 ss.

Evidenziano la compresenza, nella risposta europea alla crisi pandemica ed in particolare nello strumento europeo diretto a favorire la ripresa (il *Next Generation UE*), di istanze mutualistiche e solidarietà competitiva S. GIUBBONI, *Crisi pandemica e solidarietà europea*, in *Quad. cost.*, 2021, 218 ss.; G. ANTONELLI-A. MORRONE, *La riforma del Mes: una critica economica e giuridica*, in federalismi.it, 34/2020, XIII ss.; C. MARCHESE, *Il ruolo dello Stato a fronte dell'emergenza pandemica e le risposte elaborate in sede europea: la garanzia dei diritti ed il rilancio economico alla luce del rapporto tra condizionalità e solidarietà*, in Rivista AIC, 1/2021, 254 ss.

¹⁵⁷ Come noto, i riferimenti alla solidarietà, nel diritto primario europeo, non mancano. Basti ricordare, tra le altre, le previsioni contenute nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE (nel Preambolo e nell'intero Capo IV), nonché, nel TFUE, gli artt. 67, par. 2; 80; 122; 194; 222 (la c.d. "clausola di solidarietà": v., A. MORELLI, *Solidarietà, diritti sociali e immigrazione nello Stato sociale*, cit., 539 ss.). Cfr., sulla nozione di solidarietà nella prospettiva europea, W. STREECK, *Il modello sociale europeo: dalla redistribuzione alla solidarietà competitiva*, in *Stato e Mercato*, 2000, 3 ss.; A. SANGIOVANNI, *Solidarity in the European Union: Problems and Prospects*, in J. Dickson-P. Eleftheriadis (a cura di), *The Philosophical Foundations of European Union Law*, Oxford, 2012, 384 ss.; ID., *Solidarity in the European Union*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2013, 1 ss. Sui cambiamenti che sembravano ravvisabili nella giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di previdenza e assistenza (casi *Martinez Sala* e *Zambrano*), apparentemente «ispirata ad autentica solidarietà sociale» (così, S. GIUBBONI, *I diritti sociali nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona. Paradossi, rischi e opportunità*, cit., 11; negli stessi termini, A. SPADARO, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo "modello sociale europeo": più sobrio, solidale e sostenibile*, cit.), v., ancora, S. GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, cit., 180 s.); nonché, S. GAMBINO, *Les droits sociaux dans le constitutionnalisme contemporain et dans le droit de l'Union Européenne*, in federalismi.it, 21/2011, 17 ss.; ID., *Constitutionnalismes nationaux et constitutionnalisme européen: les droits fondamentaux sociaux, la Charte des droits de l'Union européenne et l'identité constitutionnelle nationale*, in federalismi.it, 6/2012; C. PINELLI, *Il discorso sui diritti sociali fra Costituzione e diritto europeo*, in *Europa e dir. priv.*, 2011, 401 ss. Sul successivo «repentino declino», nella giurisprudenza sovranazionale (su cui v., *supra*, nt. 38), «del fragile ideale normativo della cittadinanza europea quale statuto di integrazione sociale transnazionale»: S. GIUBBONI, *La solidarietà come "scudo". Il tramonto della cittadinanza sociale transnazionale nella crisi europea*, in *Quad. cost.*, 2018, 593; G. COCCO, *Itinerario di un'Europa incompiuta: dalle crisi alla rinascita*, in *Pol. dir.*, 2020, 313 ss.

¹⁵⁸ Osserva che «la cittadinanza dell'Unione viene ad essere carente proprio di quei diritti e di quei doveri che normalmente vengono contemplati nel nucleo essenziale delle situazioni soggettive rientranti nello status di cittadini», potendosene concludere che «la cittadinanza dell'Unione consacrata nel trattato di Maastricht, si propone principalmente di contribuire alla piena realizzazione della libertà di circolazione e alla affermazione del principio di eguaglianza, o meglio, del principio di non discriminazione sulla base della nazionalità» M. CARTABIA, *Cittadinanza europea*, in *Enc. giur.*, IV, 1995, 3 s. V., inoltre, G. AZZARITI, *La cittadinanza appartenenza, partecipazione, diritti delle persone*, in *Dir. pubbl.*, 2011, 440 ss.; S. GIUBBONI, *Confini della solidarietà. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, cit., 408 s.; ID., *I diritti sociali nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona. Paradossi, rischi e opportunità*, cit., 6, che rileva la «distanza tra il "picco" della costituzionalizzazione orientata ai valori sociali, quale emerge dal nuovo assetto del diritto primario dell'Unione europea, e l'arcigna applicazione delle libertà economiche fondamentali»; M. RUOTOLO, *La lotta alla povertà come dovere dei pubblici poteri. Alla ricerca dei fondamenti costituzionali del diritto a un'esistenza dignitosa*, cit., 409, per il quale «a leggere le formule dei Trattati (da ultimo quello di Lisbona) e ad analizzare la "forma" data agli specifici interventi comunitari, non sembra proprio che a livello europeo il principio di eguaglianza sia declinato in senso sostanziale»; analogamente, C. SALAZAR, *A Lisbon story: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea da un tormentato passato... a un incerto presente?* cit., per la quale «dal Trattato di Lisbona, insomma, si ricava che non sono tuttora pensabili "politiche generali di solidarietà" dell'Ue avvicinabili a quelle praticate a livello nazionale, per la predisposizione delle quali occorrerebbe una più salda legittimazione politica e una profonda trasformazione degli apparati dell'Unione nonché un notevole incremento del budget».

Ugo Adamo

È (resterà) due senza tre? Sull'“incostituzionalità prospettata”: criticità ulteriori di una tecnica decisoria già di per sé problematica*

ABSTRACT: *The paper examines Constitutional Court's ordinance n. 122/2022, which postpones for a second time the decision on the constitutionality of life imprisonment. The “postponement of referral” opens to a series of additional critical issues of a decision-making technique that is already problematic in itself. Currently, there is still a lack of comprehensive jurisprudence able to clarify and solving some of the problems posed by the use of the “proposed unconstitutionality”, among others the definition of the time duration of the deferral to be granted (variable or standard) and the same reasons as the use or not of the deferral to a fixed date. All this makes at least unpredictable the application of the decision-making technique that the paper critically examines.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il rinvio a nuova data fissa. – 3. Il «rinvio del rinvio». Il tempo riconosciuto al Parlamento da «congruo» a «contenuto». – 4. Sulla sospensione (protratta) della prescrittività della Costituzione. – 5. Per concludere. Sulla fisiologia costituzionale

1. Premessa.

Ancora una volta la Corte decide di non decidere *immediatamente*. C'era da aspettarselo? Forse sì, forse no. Il dubbio nasce sempre quando la Corte costituzionale impiega tecniche decisorie ancora in fase di rodaggio e non (finemente) normate.

Con l'ordinanza qui commentata (la [n. 122 del 2022](#))¹, è stato disposto il rinvio all'udienza pubblica dell'8 novembre 2022 della trattazione delle questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla Corte di cassazione, prima sezione penale, sugli artt. 4-*bis*, comma 1, 58-*ter* della legge 26 luglio 1975, n. 354 *Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà*, e dell'art. 2 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152 *Provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza e buon andamento dell'attività amministrativa*, convertito, con modificazioni, nella legge 12 luglio 1991, n. 203. L'ordinanza, che consta di poche decine di righe, si segnala all'attenzione per le importantissime ripercussioni ordinamentali che può ingenerare e che (forse) non sono ancora calcolabili.

Prima, però, di soffermarci esclusivamente sui profili processuali che rilevano dal (rinnovato) impiego di una pronuncia² già di per sé gravida di criticità (una decisione di incostituzionalità accertata ma non dichiarata *con rinvio di trattazione a data fissa* per una *nuova discussione*), pare opportuno richiamare per cenni le fasi di una vicenda che stenta a concludersi.

2. Il rinvio a nuova data fissa.

Il 23 marzo 2021, la Corte ha depositato un'ordinanza, la [n. 97](#)³, con cui – pur non dichiarando l'incostituzionalità della legge sull'ergastolo ostativo – ha comunque rilevato che «[i]l carattere



¹ L'[ordinanza n. 122 del 2022](#), deliberata il 10 maggio 2022, è stata depositata il 13 maggio successivo (*G.U.* maggio 2022, n. 20).

² A differenza di altre decisioni che hanno esibito la forma decisoria dell'ordinanza pur recando la scansione di una sentenza, manca per l'[ordinanza n. 122](#) la bipartizione tra *ritenuto in fatto* e *considerato in diritto* laddove la motivazione è *succintamente* espressa (art. 18, [l. 11 marzo 1953, n. 87](#)).

³ Annotata, fra i molti, da A. MORRONE, [Finale di partita. Cosa davvero vuole la Corte costituzionale con l'ord. n. 97 del 2021 sull'ergastolo ostativo](#), in questa [Rivista](#), [2021/II, 388](#); A. PUGIOTTO, *Leggere altrimenti l'ord. n. 97 del 2021 in tema di ergastolo ostativo alla liberazione condizionale*, in *Giur. cost.*, 3/2021, 1182 ss.; L. RISICATO, *L'incostituzionalità riluttante dell'ergastolo ostativo: alcune note a margine di Corte cost., ordinanza n. 97/2021*, in *Riv.*

assoluto della presunzione di attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata [impediva] alla magistratura di sorveglianza di valutare – dopo un lungo tempo di carcerazione, che può aver determinato rilevanti trasformazioni della personalità del detenuto ([sentenza n. 149 del 2018](#)) – l'intero percorso carcerario del condannato all'ergastolo». E ciò «in contrasto con la funzione rieducativa della pena, intesa come recupero anche di un tale condannato alla vita sociale, ai sensi dell'art. 27, terzo comma, Cost.». La normativa in oggetto veniva, infatti, reputata in contrasto con la finalità della pena che deve sempre tendere alla rieducazione del reo, anche se – ha puntualizzato sempre la Corte – «[u]n accoglimento immediato delle questioni proposte [avrebbe comportato] effetti disarmonici sulla complessiva disciplina in esame». Non, dunque, una dichiarazione di illegittimità, sibbene ad una di «incostituzionalità prospettata», così come la definì, nella sua prima applicazione, il Presidente emerito della Corte Lattanzi⁴.

La Consulta ha per tal modo assegnato al Parlamento un anno di tempo per conformare la legge alla Costituzione, dal momento che un suo diretto intervento demolitorio avrebbe rischiato di inserirsi in modo inadeguato nell'attuale sistema di contrasto alla criminalità organizzata, accompagnando, inoltre, il monito con “linee guida”⁵ al fine di indirizzare il Legislatore nella scelta da compiere.

Al proposito, però, almeno per chi scrive, sarebbero potute valere due principali considerazioni, legate l'una all'altra inscindibilmente: la Corte costituzionale non avrebbe dovuto avere dubbi nel procedere subito con una sentenza di incostituzionalità, non solo perché al cospetto di una legge incostituzionale (come rilevato, del resto, dalla stessa Corte), ma anche perché appariva più che probabile che il Parlamento non avrebbe rispettato i termini fissati dalla Corte⁶.

E infatti, così è stato. Il Parlamento ha operato, ma non fino al punto di abrogare e riscrivere la disciplina sull'ergastolo ostativo. È riuscito solo a licenziare un testo alla Camera dei deputati, tanto che il disegno di legge è attualmente ancora in discussione nella Commissione Giustizia del Senato⁷.

Tornando, però, alla (innovativa e opinabile) tecnica decisoria della Corte, ricordiamo che, ad essa, si era già fatto ricorso altre due volte: nel 2018 ([ordinanza n. 207](#))⁸ per l'aiuto al suicidio e nel 2020 per i delitti a mezzo stampa ([ordinanza n. 132](#))⁹. In entrambi i casi, il Parlamento non è intervenuto,

it. dir. proc. pen., 2/2021, 653 ss.; M. RUOTOLO, *La libertà della persona in stato di detenzione*, in [Osservatorio AIC](#), n. 6 del 2021.

⁴ Cfr. la [Relazione sulla giurisprudenza costituzionale dell'anno 2018](#) del 21 marzo 2019, 13. L'espressione è stata ripresa anche dal Presidente Coraggio nella sua [Relazione](#) presentata il 13 maggio 2021 e pubblicata sullo stesso sito internet, 13.

⁵ Quasi «linee generali»: rispetto al primo caso d'impiego dell'«incostituzionalità prospettata», nei successivi (compreso quello sull'ergastolo ostativo), la Corte si è limitata a *suggerire* alcuni temi, «anche collaterali, da considerare, ma senza impartire istruzioni dettagliate come quelle del 2018»: M. MASSA, *La terza incostituzionalità “prospettata” e la questione dell'ergastolo ostativo*, in [Nomos](#), n. 2 del 2021, 4.

⁶ Ciò non solo perché – per come si sta per dire nel testo – nei precedenti impieghi del rinvio della causa a data fissa il Parlamento era rimasto sostanzialmente inerte, ma anche perché nella materia *de qua* il Parlamento era già silente nel seguito della sentenza 13 giugno 2019, *Viola contro Italia* (definitiva dal 7 ottobre 2019) della Corte europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

⁷ Giugno 2022: la Camera dei deputati ha approvato il disegno di legge C. 1951-A – recante *Modifiche alla legge 26 luglio 1975, n. 354, al decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, e alla legge 13 settembre 1982, n. 646, in materia di divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborano con la giustizia* – che è stato trasmesso al Senato della Repubblica in data 1° aprile 2022 (A.S. n. 2574).

⁸ Corte cost., [ordinanza n. 207 del 2018](#), p.to 11 *cons. in dir.* Ad attestare la rilevanza, per i suoi profili processuali e di merito, di tale decisione interlocutoria v'è il numero considerevole di annotatori: ci si limita qui a rinviare alle opere collettanee di E. Malfatti (cur.), *Il Forum – sull'ordinanza Cappato (Corte costituzionale, ord. n. 207/2018) in attesa della pronuncia che verrà*, in [Rivista del Gruppo di Pisa](#), n. 1 del 2019; F.S. Marini e C. Cupelli (curr.), *Il Caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, Napoli, 2019; M. Ronco (cur.) *Il “diritto” di essere uccisi: verso la morte del diritto?* Torino, 2019. Anche la rivista [Forum di Quaderni costituzionali](#) ha ospitato i numerosi interventi tenuti in un seminario organizzato dalla rivista *Quaderni costituzionali* sul n. 6 del 2019.

⁹ V., almeno, N. FIANO, *L'ord. n. 132 del 2020 e il consolidando “modello Cappato” tra “preoccupazioni” della Corte costituzionale e delicati bilanciamenti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2020, 1559 ss.; P. VERONESI, *Un'altra incostituzionalità “prospettata” ma non (ancora) dichiarata: la diffamazione a mezzo stampa nell'ord. n. 132 del 2020*, in *Studium Iuris*, 11/2020, 1355 ss.

con la conseguenza che la Corte, riappropriandosi della *quaestio*, ha dichiarato incostituzionale entrambe le leggi, ma con un ritardo di (quasi) un anno rispetto a quando avrebbe potuto farlo (rispettivamente, [sentenze nn. 242 del 2019](#) e [150 del 2021](#)).

Sempre in punto di premessa, sembra utile sottolineare come già l'impiego del *rinvio* abbia, nella specie, creato criticità ulteriori rispetto ai precedenti impieghi dell'"incostituzionalità prospettata" attraverso uno schema di decisione «in due tempi»¹⁰. Se, infatti, nel "caso Cappato" l'attesa di undici mesi ha mantenuto in bilico la posizione processuale di chi era imputato per il reato di aiuto al suicidio (dichiarato in parte, poi, incostituzionale), nel caso *de quo*¹¹, chi oggi sta attendendo è già da tempo recluso ed è da oltre un anno in attesa che gli venga riconosciuto il diritto ad accedere a misure di libertà condizionale. Del resto, dovrebbe essere ormai acquisito come, nel nostro ordinamento costituzionale, la pena debba essere finalizzata alla rieducazione del reo, alla sua risocializzazione nella comunità di cui fa parte, tanto che sul medesimo ordinamento costituzionale ricade il dovere di farsi carico (anche) dei detenuti non collaborativi. Pertanto, l'automatismo previsto dalla legislazione in vigore appare *prima facie* irragionevolmente sbilanciato a favore delle esigenze di politica criminale a scapito della funzione rieducativa della pena, pregiudicando in tal modo la dignità di ciascun detenuto¹².

Come diffusamente osservato, poi, la mancanza di collaborazione con la giustizia da parte del condannato, che rende l'ergastolo "ostativo", non potrebbe sempre essere collegata ad una scelta libera e volontaria (ma potrebbe risiedere nella paura dell'ergastolano di mettere in pericolo la propria vita o quella della propria famiglia), così come, per converso, l'eventuale collaborazione non è detto riflettere sempre un vero cambiamento o un'effettiva dissociazione dall'ambiente criminale, ma magari il risultato di una valutazione d'interesse fatta per beneficiare dei vantaggi che la legge prevede (scopo meramente opportunistico), senza essere un segno di un avvenuto ravvedimento. E perché ancora escludere legalmente che il condannato decida di non collaborare perché ciò si scontra con la sua intima convinzione di essere innocente?

A prescindere, comunque, da tali considerazioni di fatto, sembra indiscutibile come l'assenza di collaborazione con la giustizia comporti in oggi una presunzione legale assoluta di pericolosità sociale, tale da privare il detenuto di qualsiasi prospettiva di liberazione, in diretta violazione con la funzione di risocializzazione della pena; laddove, invece, come affermato in precedenza dalla Corte, solo l'inveramento di questo principio costituzionale consente all'individuo di rivedere criticamente il suo percorso criminale e di ricostruire la sua personalità in modo dignitoso.

3. Il «rinvio del rinvio»¹³. Il tempo riconosciuto al Parlamento da «congruo» a «contenuto».

Venendo ai profili prettamente processuali, la questione s'incentra soprattutto sul rapporto che vi è e che deve esservi tra Corte e Legislatore. Tale rapporto in alcune esperienze di giustizia costituzionale è stato affrontato con la possibilità della modulazione nel tempo degli effetti delle pronunce (di accoglimento) della Corte e ciò al fine di definire questioni che, pur richiedendo

¹⁰ R. ROMBOLI, *Il nuovo tipo di decisione in due tempi ed il superamento delle "rime obbligate": la Corte costituzionale non terza, ma unica camera dei diritti fondamentali*, in *Il Foro italiano*, 9/2020, 2566.

¹¹ Qui – per come dichiarato nell'intento di questo nostro intervento – non ci occuperemo di stretto merito, per cui si rinvia alla dottrina che ampiamente si è occupata della questione: tra gli altri, E. DOLCINI, F. FIORENTIN, D. GALLIANI, R. MAGI, A. PUGIOTTO, *Il diritto alla speranza davanti alle corti. Ergastolo ostativo e articolo 41-bis*, Torino, 2020; G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, *Il fine e la fine della pena. Sull'ergastolo ostativo alla liberazione condizionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, n. 4 del 2020; A. PUGIOTTO, *Criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, in C. MUSUMECI e A. PUGIOTTO *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, Napoli, 2016; A. LOLLO, *L'ergastolo "ostativo" alla luce dell'ordinanza n. 97/2021 della Corte costituzionale*, in *Critica del diritto*, 2/2021, 23 ss.

¹² M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, Napoli, 2014; G. ZAGREBELSKY, *Postfazione*, in L. Manconi-S. Anastasia-V. Calderone-F. Resta (curr.), *Abolire il carcere*, Milano, 2022, 159 ss.

¹³ Espressione impiegata da A. PUGIOTTO, *Ergastolo ostativo, la Consulta rinvia a novembre la decisione*, in *Il Riformista* del 10 maggio 2022.

un'ampia discrezionalità del Legislatore, tendono a non flessibilizzare eccessivamente la legalità costituzionale. Ecco, la Corte costituzionale italiana – pur non pronunciando, formalmente, alcuna decisione di fondatezza modulandone gli effetti – cerca di evitare il rischio che un suo eventuale monito cada nel vuoto, stante anche la “lentezza” con cui il nostro Legislatore procede di fronte a questioni definite “sensibili”, come può essere quella della lotta alla criminalità organizzata. La Corte, pertanto, dispiega – in alcuni casi¹⁴ – la sua decisione in “due tempi”, adottando un’ordinanza di rinvio ad una data fissa della decisione definitiva di una questione sulla quale, per altro, già preannuncia un accoglimento, ma concedendo al Parlamento il tempo (fino alla data fissata) per intervenire sulla legislazione dubbiata e sui problemi costituzionali da essa posti.

Le osservazioni appresso proposte si muoveranno su due linee parallele: si cercherà, da un lato, di mettere in luce la particolarità, che rende la decisione diversa dai suoi precedenti, e ci si domanderà, dall’altro, che cosa potrebbe fare il Legislatore e che cosa la Corte quando dovrà (perché dovrà nuovamente) rioccuparsene.

Venendo al primo punto, è appena il caso di ricordare come la Corte, l’11 maggio del 2021 abbia accertato l’incostituzionalità della normativa dell’ergastolo ostativo senza però dichiararla formalmente perché – sempre a dire del giudice delle leggi – un accoglimento immediato delle questioni proposte avrebbe comportato «effetti disarmonici sulla complessiva disciplina in esame»¹⁵. Non declinando però del tutto il suo potere decisorio, con una decisione di inammissibilità, – facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale – ha rinviato di un anno la sua statuizione per «esigenze di collaborazione istituzionale» dando al Parlamento un «congruo tempo» per affrontare la materia.

Quel «congruo tempo» concesso, si è esaurito senza che il Parlamento abbia definito il punto di bilanciamento tra i vari interessi rilevati (su tutti la risocializzazione della pena e la sicurezza collettiva); la Corte però non ha dato séguito – come ci si sarebbe aspettato – alla sua stessa giurisprudenza¹⁶ e, in modo forse troppo disinvolto, ha riconosciuto altro tempo (non concedendo, come per l’innanzi, un altro anno, ma solo (?) 6 mesi.) non più definito «congruo», ma questa volta «contenuto», palesando in tal modo che un tempo congruo non è di per sé un tempo proporzionato, rispondente a determinate esigenze, diremmo opportuno al fine di collaborare in modo reale ed effettivo, ma – a stare ai precedenti, nei quali rientra la stessa prima ordinanza di rinvio sull’ergastolo ostativo – equivale (più o meno) a un anno, con la conseguenza che «contenuto» significa inferiore rispetto a quello che era stato ritenuto «congruo».

In un precedente commento – annotando criticamente l’apparizione della nuova tecnica decisionale – si era comunque riconosciuta una qualche ragionevolezza alla quantità di tempo concesso e si era ricostruita la *ratio* del termine di undici mesi giudicando quel tempo come il massimo a disposizione di una Corte che fisiologicamente non avrebbe cambiato la sua composizione¹⁷. Non potendo, peraltro, determinare e controllare lo scadenziario dei lavori del Legislativo, non sembra implausibile che il termine sia stato valutato «congruo» rispetto ai lavori della Corte medesima. Al di là degli undici mesi concessi, la Corte avrebbe *per certo* mutato la propria composizione – rispetto a quando si era pronunciata interlocutoriamente per la prima volta – per la cessazione dalla carica del Presidente del collegio e la sua sostituzione, che sarebbe poi avvenuta solo due mesi più tardi dal deposito della sentenza n. [242 del 2019](#).

Se è senz’altro vero che la Corte ha inventato una tecnica decisionale molto problematica, nella misura in cui dice tanto (l’ordinanza del primo rinvio ha la sostanza di una sentenza ed è ampiamente motivata), ma vincola poco (motivo per cui non se ne parla come di una incostituzionalità differita)¹⁸

¹⁴ Si veda, più avanti nel testo, a proposito di un impiego poco prevedibile della tecnica decisoria in questione.

¹⁵ Corte cost., [ordinanza n. 97 del 2021](#), p.to 10 *cons. in dir.*

¹⁶ Corte cost., [sentenze nn. 242 del 2019](#) e [150 del 2021](#).

¹⁷ Sia consentito il rinvio a U. ADAMO, *La Corte è ‘attendista’ ... «facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale»*. Nota a Corte cost., ord. n. 207 del 2018, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 23 novembre 2018.

¹⁸ Se ne è parlato come di una «incostituzionalità differita» (M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un’ordinanza ad incostituzionalità differita*, in [Questione Giustizia](#), § 1, 19 novembre 2018) ovvero di una «ordinanza

nella misura in cui può non essere “seguita” dai giudici, dal Parlamento e, paradossalmente, dalla Corte stessa¹⁹, il “rinvio del rinvio” in commento mette *definitivamente*²⁰ da parte la (eventuale) *ratio* (lo si ripete, mai palesata e solamente ricostruita) dell’immutabilità del collegio e sdogana (una volta per tutte) l’ipotesi che a giudicare la “nuova” causa sia un collegio in parte mutato e (anche) con un nuovo Presidente²¹ (il cui voto, come è noto, in caso di parità “vale doppio”). E come escludere in mancanza del *dissent*, che proprio il nuovo Presidente, da giudice in camera di consiglio, sia stato portatore di un dispositivo *potenzialmente* diverso da quello che si legge tra le righe del primo rinvio? È, ancora una volta, senz’altro vero che durante l’anno (e ora di più) uno stesso giudice possa mutare orientamento o che la composizione della Corte vari per la cessazione anticipata di un giudice per dimissioni, per morte o (in ipotesi, in quanto ciò non si è mai verificato) per decadenza, ma il cambio di giudizio all’interno del collegio è sicuramente meno probabile rispetto a una Corte non mutata²².

Se la previsione di un anno per il tempo riconosciuto al Parlamento in tutte e tre le “incostituzionalità prospettate” ad oggi non ha un significato chiaro (semplicemente perché mai espresso), il tempo accordato col “rinvio del rinvio” è di sei mesi ed è definito «contenuto». Lo si rimarca: dalla lettura dell’ordinanza si intuisce solo che tale lasso di tempo è più ristretto rispetto al primo («congruo») e nulla più; non già, per esempio, che sei mesi possano costituire un tempo ragionevole per addivenire a una riforma legislativa. D’altronde, si presume che la Corte non abbia potuto fornire una motivazione “soddisfacente” anche solo perché – come stiamo per sottolineare – la possibilità che il Parlamento non risponda positivamente rimane elevata.

4. Sulla sospensione (protratta) della prescrittività della Costituzione.

Come già accennato, a differenza di quanto accaduto all’indomani delle prime due “incostituzionalità prospettate”, la (sola) Camera dei deputati ha dato séguito all’invito della Corte, approvando una normativa sulla revisione della disciplina attinente ai benefici penitenziari per i reati ostativi. Tuttavia, pur non potendosi ragionare di totale inerzia legislativa, all’art. 4-*bis* ord. penit., rimasto immutato, avrebbe dovuto far seguito l’attesa dichiarazione (questa volta formale) d’incostituzionalità.

Rileviamo due dati fattuali: il termine indicato dalla Corte è stato interpretato, da essa stessa, come ordinatorio e non già come perentorio, per la chiara ragione che la Corte non ha poteri di determinazione sui tempi della decisione parlamentare²³ e la tecnica del rinvio a data fissa si basa sul principio di leale collaborazione. Tutto ciò deve aver fatto apparire quasi “naturale” concedere altro

anticipatrice di incostituzionalità» (G. REPETTO, *Interventi additivi della Corte costituzionale e ragionevolezza delle scelte legislative in un’ordinanza anticipatrice di incostituzionalità. Nota a Corte cost., ord. n. 207 del 2018*, in *Giur. cost.*, 6/2018, 2493 ss.) ovvero di una «ordinanza di accoglimento» (C. B. CEFFA, *Il diritto di morire con dignità: il “caso Cappato” davanti ai giudici della Corte costituzionale*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 3/2018, 704). Anche se si è d’accordo con il verso dell’ordinanza di rinvio a data fissa, bisogna (ancora una volta) precisare che la Corte con essa non dichiara alcuna incostituzionalità (G. SORRENTI, *Etwas Neues unter die Sonne: un’ordinanza sospensiva dell’annullamento, per necessario coordinamento con il legislatore (in margine a Corte cost., ord. n. 207/2018, questione Cappato)*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 3/2018, 711 ss.; L. BUSATTA, *Il caso Cappato e la Corte costituzionale: un’incostituzionalità accertata ma non dichiarata?* in *Riv. it. cur. pall.*, 4/2018, 233; L. RISICATO, *L’incostituzionalità “differita” dell’aiuto al suicidio nell’era della laicità bipolare. Riflessioni a margine del caso Cappato*, in [disCrimen](#), 11 marzo 2019, 1 ss.; C. MASCIOTTA, *Innovazioni procedurali e ‘nuovi diritti’: i chiaroscuri dell’ordinanza n. 207/2018 della Corte*, in [federalismi.it](#), n. 6 del 2019, 4), anzi, è proprio la mancanza di una decisione di accoglimento che non fa rientrare la pronuncia in oggetto nell’ampia categoria delle decisioni che differiscono nel tempo i propri effetti.

¹⁹ Fermi restando i problemi di legittimazione nel sistema M. BIGNAMI, *Il caso Cappato*, cit. § 1.

²⁰ Si veda, infatti, l’ordinanza riportata *infra* nella nota 26.

²¹ La qual cosa varrebbe, evidentemente, per qualsiasi magistrato.

²² Non può, quindi, che suscitare una qualche attenzione l’affermazione riportata nell’intervista del Presidente della Corte costituzionale Giuliano Amato rilasciata a Giovanni Bianconi (*La Consulta è obbligata a rispettare il Parlamento. Sulla mafia è legittimo avere leggi più severe*, in [Corriere della sera](#), 22 maggio 2022) per la quale «[q]uando a novembre la Corte si troverà a decidere, non più in mia presenza, valuterà la situazione [...]», corsivi nostri.

²³ M. MASSA, *La terza incostituzionalità “prospettata”*, cit., 8.

tempo dopo le richieste di un'ulteriore dilazione avanzate dal Governo²⁴ e dal Senato²⁵, quest'ultimo al fine di «consentire la prosecuzione e la conclusione dei lavori di Commissione» e dare séguito alla *motivata* sollecitazione a legiferare avanzata dalla Corte nella sua *prima* ordinanza interlocutoria.

Dal “rinvio del rinvio”, però, derivano altre criticità – che si vanno ad aggiungere a quelle già scaturenti da una tecnica decisoria che è problematica – nella misura in cui si flessibilizza ancor di più l'art. 136 Cost. in quanto si continua a non dichiarare alcuna incostituzionalità e si accetta il ritardo del Parlamento che *per definitionem* non è (e rimane) (in)calcolabile. La Corte è così pronta ad accettare il rischio che il Parlamento, anche se non inerte, non riesca (per qualsiasi ragione interna od esterna) a concludere l'*iter* di approvazione di una riforma “richiesta”. Detto altrimenti, la Corte accetta (per una seconda volta) di non risolvere la *quaestio*, di incrinare sempre più l'incidentalità del giudizio e di anteporre la (infruttuosa?) ricerca della leale collaborazione alla salvaguardia della legalità costituzionale. Si potrebbe dire, in modo tranciante, che la Corte non fa propria la massima per cui ognuno debba fare il proprio.

Il rinvio di altri sei mesi – tralasciando il riferimento all'immutabilità del collegio²⁶ – comporta quello scarto sempre più insistente tra accertamento sostanziale dell'illegittimità costituzionale della legge portata alla cognizione del suo giudice naturale e la dichiarazione di incostituzionalità che *ex art. 136 Cost.* si impone alla stessa Corte quando essa accerta l'illegittimità della legge²⁷.

La Corte, col nuovo rinvio, non solo non rileva il mancato pieno rispetto del principio di collaborazione, percepito come un obbligo non particolarmente stringente²⁸ (si è dovuto attendere per avere un testo base il 17 novembre 2021, dopo ben 6 mesi dal deposito dell'[ordinanza n. 97](#)), ma soprattutto giunge a prendere in considerazione ciò che non dovrebbe (perché non ne ha e non ne può avere la cognizione) ossia ciò che il Parlamento farà (potrà o vorrà fare).

Insomma, la Consulta si pone in una posizione di attesa senza certezza alcuna, aumentando vieppiù lo *stress* a cui è sottoposto il giudizio in via incidentale. E infatti, la posticipazione della pronuncia per ulteriore rinvio della decisione tarda a risolvere la questione posta dal giudice *a quo* il quale, in attesa della sentenza del massimo organo della giustizia costituzionale, non può decidere sul caso concreto che continuerà a rimanere sospeso (di fatto) *sine die*.

Sarà superata l'attesa di più di un anno da parte di chi è già in carcere da un tempo anche lunghissimo²⁹, in attesa della ripresa del processo *a quo* e in modo particolare della sua conclusione. Tutto ciò senza sottolineare che il tempo ulteriormente riconosciuto non assicurerà in alcun modo la conclusione del processo legislativo entro la nuova scadenza fissata³⁰. Tanto più che un'eventuale

²⁴ Che ha sottolineato che «l'*iter* approvativo del disegno di legge all'uopo presentato si è completato soltanto presso la Camera dei Deputati, mentre il Senato della Repubblica non ha ancora terminato i propri lavori», in quanto «la fase di discussione è ancora in corso».

²⁵ Corte cost., [ordinanza n. 122 del 2022](#): «come risulta dal resoconto stenografico della seduta del 4 maggio 2022, il Presidente della [II Commissione permanente (Giustizia)] ha auspicato un nuovo rinvio dell'odierna udienza».

²⁶ Perché riaccade non solo ciò che è avvenuto dopo il rinvio disposto con l'[ordinanza n. 132 del 2020](#) – dove cessarono dalla carica e furono sostituiti ben 3 giudici – ma anche quanto si è verificato proprio con la recente [ordinanza n. 122](#), che è stata decisa con una composizione mutata rispetto al tempo dell'[ordinanza n. 97](#), dal momento che è scaduto il Presidente Coraggio ed è quindi subentrato un nuovo giudice.

²⁷ A. PUGIOTTO, *Ergastolo, il nuovo rinvio è un infarto della Costituzione*, in *Il Riformista* del 10 giugno 2022.

²⁸ «Al netto delle critiche di merito, ciò che impressiona è la postura sbagliata assunta in Parlamento, dove l'[ordinanza n. 97 del 2021](#) è stata vissuta come il problema da risolvere e non l'incentivo (e la cassetta degli attrezzi) per superare una pena perpetua incostituzionale», così A. PUGIOTTO, *Ergastolo ostativo*, cit.

²⁹ Lo mette ben in rilievo la [Relazione al Parlamento 2022 del Garante Nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale](#), 45. Cfr. anche G. SILVESTRI, *Del rendere giustizia costituzionale*, in [Questione Giustizia](#), n. 4 del 2020.

³⁰ Ciò perché, ancora una volta, non solo non si può determinare a priori la conclusione di un procedimento che non può essere in alcun modo prestabilita temporalmente, ma anche perché, se in un anno, si è approvato un testo in un solo ramo del Parlamento è poco probabile che (al netto della volontà politica) si riesca a discutere nell'altro ramo delle Camere permettendo, come Costituzione consente, che pure il Senato possa deliberare determinandosi anche diversamente tanto da far continuare il procedimento secondo *navette*.

diversa determinazione rispetto a quanto presente nel d.d.l. presentato al Senato³¹ non sarebbe da stigmatizzare nella misura in cui molte delle proposte di riforma pervenute dalla Camera dei deputati non appaiono in linea con quanto la Corte (forse) si aspetterebbe³².

Sicché, se allo scadere della proroga, non si fosse ancora concluso il procedimento, anche solo per la votazione finale (e quindi per la firma del Presidente della Repubblica che peraltro potrebbe anche rinviare la deliberazione alle Camere) ovvero per un aggravio dell'*iter* dei lavori (per il procedimento della *navette*), alla luce del “rinvio del rinvio”, niente può escludere un ulteriore rinvio da parte della Corte, per le stesse ragioni (seppur vaghe) che nell’ordinanza in commento sono addotte (esigenze di collaborazione istituzionale di fronte a un attivismo parlamentare onde evitare la produzione di effetti disarmonici).

Si dovrebbe comprendere con una certa linearità che con il “rinvio del rinvio” viene meno la *ratio* sottostante all’impiego della stessa tecnica decisoria che è quella di garantire certezza alla legalità costituzionale senza rimettere i tempi alla sola politica e/o all’attivismo giudiziario. Queste due variabili altamente indeterminate, infatti, sono alla base di un (parziale) superamento della tecnica decisoria della “doppia pronuncia” classica (inammissibilità prima, accoglimento poi); infatti, se la Corte costituzionale decidesse per il monito attraverso una ordinanza di inammissibilità e questo rimanesse senza riscontro, la tecnica della c.d. “doppia pronuncia” le permetterebbe di accogliere una questione simile se nel futuro dovesse essere nuovamente sollevata, ma la conseguenza sarebbe quella di lasciare nell’ordinamento una normativa non conforme a Costituzione per un tempo non precisato, anche dinanzi a una *quaestio* dalle peculiari caratteristiche e dalla indubbia rilevanza dei valori coinvolti (la qual cosa, del resto, sta comunque accadendo ora per una qualche eterogenesi dei fini).

Considerando, adesso, l’ipotesi in cui il Parlamento concluda, invece, i lavori e che il Capo dello Stato promulghi la legge: saremmo in presenza di una riforma sull’ergastolo ostativo (sostanzialmente o meno ora non riguarda) innovativa della normativa vigente. La scelta “obbligata” sarebbe per la Corte la restituzione degli atti al giudice *a quo* per *ius superveniens*: dinanzi a un mutamento normativo sopravvenuto, la Corte deve infatti chiedere al giudice rimettente di valutare nuovamente la questione alla luce, per l’appunto, dello *ius superveniens*³³. Al di là dell’ipotesi³⁴ per cui una eventuale introduzione di norme più severe non produrrebbe alcuna ripercussione sul giudizio *a quo*, la Corte non sarà comunque in grado di decidere fra sei mesi, ma solo dopo che il giudice *a quo* decidesse di risollevare la questione immettendo nuovamente la Corte in una fase decisoria.

L’obbligo di rendere giustizia costituzionale pare già ampiamente disatteso.

Come si è visto, le ricadute di questa decisione sono plurime. Tra l’altro, si è dato il via a un procedimento che potrà rappresentare un precedente: l’anno di tempo che d’ora in avanti la Corte intenderà concedere al Parlamento su questioni “rilevanti” al fine di stimolarne l’intervento, sarà (potrà essere) inteso non come un obbligo a intervenire entro il termine fissato ma solo (ma questo è un dubbio interpretativo che l’ordinanza non scioglie) come un onere di inizio dei lavori o di stato avanzato degli stessi. Detto in altri termini, il “rinvio del rinvio” comporterà che non si guardi più al primo rinvio come a un *ultimatum*, ma come a un mero (debole) monito che potrà essere soddisfatto con la sola attivazione dell’*iter* parlamentare (proprio perché non è chiaro il *quantum* di procedimento richiesto per fare apparire come veritiera la “dichiarazione di intenti” orientata alla collaborazione).

Come si vede, le variabili sono talmente varie e imprevedibili che forse la Corte, assicurando sia la sua funzione di garanzia costituzionale, sia il rispetto della discrezionalità legislativa, avrebbe

³¹ Assegnati in sede referente alla Commissione giustizia vi sono sia il ddl. n. 2574, già approvato dalla Camera dei deputati, sia l’Atto Senato n. 2465, di iniziativa del senatore Grasso.

³² Si v. per tutti/e A. PUGIOTTO, *Ergastolo ostativo*, cit.; ID., *Ergastolo, il nuovo rinvio*, cit.; M. RUOTOLO, *Riflessioni sul possibile “seguito” dell’ord. n. 97 del 2021 della Corte costituzionale*, in [Sistema Penale](#), 28 febbraio 2022; [Garante Nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale](#), cit., 47.

³³ Se la novazione fosse meramente formale la Corte dovrebbe trasferire la questione sulla nuova normativa.

³⁴ A. PUGIOTTO, *Ergastolo ostativo*, cit.

potuto intervenire, lasciando al Parlamento di modificare comunque la normativa dichiarata incostituzionale (risultato che sarebbe risultata ovvio)³⁵.

Questa, forse, sarebbe stata la strada da seguire per questa difficile, anzi difficilissima questione.

Strada comunque non lineare, per non avere da subito pronunciato una dichiarazione di accoglimento: una Corte divisa su come procedere ha trovato la quadra per superare il suo *impasse* con l'impiego della tecnica del rinvio, ma se il Parlamento non interverrà allora dovrà spiegare, *in primis* a se stessa, come sarà possibile che il solo trascorrere di un anno e mezzo (al momento) permetterà ciò che non le è stato possibile un anno e mezzo prima, quando ha scritto che «[u]n accoglimento immediato delle questioni proposte, in definitiva, comporterebbe effetti disarmonici sulla complessiva disciplina in esame»³⁶.

5. Per concludere. Sulla fisiologia costituzionale.

Al di là della conclusione che troverà la *quaestio* sollevata sull'art. 4-*bis* ord. penit., la Corte, prima o poi, dovrà (anche con una ordinanza “chiarificatrice”) necessariamente produrre se non proprio una autonormazione almeno una giurisprudenza prevedibile, in grado di chiarire e portare a soluzione alcuni dei problemi che fino a qui ci hanno intrattenuto, soprattutto la definizione della durata temporale del rinvio da concedere (variabile³⁷ rispetto alla *quaestio* o *standard*³⁸), i motivi che reggono l'*an* (che a oggi appaiono troppo elastici per non dire discrezionali col rischio di scadere da tecnica a «tattica»³⁹ processuale). Tale opera di definizione è servente rispetto alla prevedibilità dell'applicazione della tecnica decisoria allo scopo di ridurre «per quanto possibile la discrezionalità della Corte [in quanto ciò] costituisce il più solido connotato del carattere giurisdizionale delle [...] funzioni [della Corte stessa ed è ...] in tale carattere che risiede il miglior possibile presidio della sua indipendenza e della sua funzionalità»⁴⁰.

A conclusione di queste note⁴¹, sia lecito l'auspicio che il nostro sistema sia (ritorni a essere) compiutamente improntato al principio per cui il Legislatore esercita la propria funzione, che potrà, poi e sempre, essere sindacata dalla Corte costituzionale, organo alla (continua) ricerca del giusto equilibrio tra le sue due anime, politica e giurisdizionale. La ribadita incostituzionalità accertata ma non dichiarata *con nuovo rinvio di trattazione* per una *nuova discussione* (con nomina di un nuovo

³⁵ Corte cost., [sentenza n. 113 del 2011](#), p.to 3 *cons. dir.*: «[p]osta di fronte a un *vulnus* costituzionale, non sanabile in via interpretativa – tanto più se attinente a diritti fondamentali – la Corte è tenuta comunque a porvi rimedio: e ciò, indipendentemente dal fatto che la lesione dipenda da quello che la norma prevede o, al contrario, da quanto la norma (o, meglio, la norma maggiormente pertinente alla fattispecie in discussione) omette di prevedere. Né, per risalente rilievo di questa Corte ([sentenza n. 59 del 1958](#)), può essere ritenuta preclusiva della declaratoria di illegittimità costituzionale delle leggi la carenza di disciplina – reale o apparente – che da essa può derivarne, in ordine a determinati rapporti. Spetterà, infatti, da un lato, ai giudici comuni trarre dalla decisione i necessari corollari sul piano applicativo, avvalendosi degli strumenti ermeneutici a loro disposizione; e, dall'altro, al legislatore provvedere eventualmente a disciplinare, nel modo più sollecito e opportuno, gli aspetti che apparissero bisognevoli di apposita regolamentazione».

³⁶ Cfr. *retro* la nota 18.

³⁷ Come sollecitato già dai primi commentatori: M. BIGNAMI, *Il caso Cappato*, cit. §4.

³⁸ Così come lo ha definito – alla luce dell'impiego concreto – autorevolissima dottrina: A. RUGGERI, [Replicato, seppur in modo più cauto e accorto, alla Consulta lo schema della doppia pronuncia inaugurato in Cappato](#), in questa [Rivista](#), [2021/II](#), 406.

³⁹ M. MASSA, *La terza incostituzionalità “prospettata”*, cit., 9.

⁴⁰ A. PIZZORUSSO, *Uso e abuso del diritto processuale costituzionale*, in M. Bessone (cur.), *Diritto giurisprudenziale*, Torino, 1996, 149. Il rispetto delle regole processuali viene richiamato, per l'appunto, anche per la “prevedibilità”, «per i destinatari della decisione costituzionale, di quello che, nelle stesse condizioni e sulla base degli stessi presupposti, sarà il comportamento processuale della Corte», così R. ROMBOLI, *Diritti fondamentali, tecniche di giudizio e valore delle disposizioni processuali*, in Id. (cur.), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Torino, 1994, 161 e ss.

⁴¹ E consci dei sempre possibili rischi di “sfiducia” verso il massimo organo di garanzia costituzionale italiano in special modo quando innova le tecniche decisorie: cfr. A. RUGGERI, [Pilato alla Consulta: decide di non decidere, perlomeno per ora ... \(a margine di un comunicato sul caso Cappato\)](#), in questa [Rivista](#), [2018/III](#), 570.

relatore), su cui si è qui portata un'attenzione critica, sembra, infatti, aver prodotto un'oscillazione di non poco conto del pendolo della Corte⁴² verso l'anima politica, non essendo dato di comprendere appieno perché si sia deciso di addivenire ad una decisione “in due tempi” e non già ad una di inammissibilità o (fin dal primo momento) ad una di accoglimento, e, particolarmente, se sarà l'ultima volta che si rinvia.

Alla scadenza del lasso di tempo concesso, si saprà almeno se (non) ci sarà un “due senza tre”.

⁴² R. Romboli (cur.), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima 'politica' e quella 'giurisdizionale'*, Atti della Tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa, Torino, 2017; R. PINARDI, *La Corte ricorre nuovamente alla discussa tecnica decisionale inaugurata col caso Cappato*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), n. 3 del 2020, 107. *Contra* M. PICCHI, *Un nuovo richiamo allo spirito di leale collaborazione istituzionale nel rispetto dei limiti delle reciproche attribuzioni: brevi riflessioni a margine dell'ordinanza n. 132/2020 della Corte costituzionale*, in [Osservatorio sulle fonti](#), n. 3 del 2020, 1420.

Antonio Ignazio Arena
**La questione di fiducia nella formazione delle leggi ordinarie:
 quali limiti costituzionali?***

ABSTRACT: *The paper concerns the “matter of confidence” and its constitutional limits in Italy. In the paragraphs 2-3 it focuses on thesis based on the symmetrical character of bicameralism and on the supermajority rule. In the paragraphs 4-7 it is argued that Government could not designate a particular vote to be a matter of confidence in proceedings through which the Parliament controls the executive. It is doubtful instead that a matter of confidence on a “total amendment” is unconstitutional. In the third and last part of the essay (paragraphs 8-10) are analyzed constitutional limits to the matter of confidence in the regional order.*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'impossibilità di far discendere dal carattere paritario del bicameralismo limitazioni in ordine al ricorso alla questione di fiducia. – 3. L'impossibilità di ricavare dalla previsione delle maggioranze speciali il divieto per il Governo di apporre la questione di fiducia. – 4. L'inammissibilità della questione di fiducia nel procedimento di formazione delle leggi di delegazione legislativa. – 5. L'inammissibilità della questione di fiducia nel procedimento di formazione delle leggi di conversione. – 6. Il tandem maxi-emendamento/questione di fiducia. – 7. L'inammissibilità della questione di fiducia in occasione del procedimento di formazione della legge di bilancio. – 8. La questione di fiducia a livello regionale: critica dell'argomento per il quale l'inammissibilità si legherebbe alle maggioranze speciali previste in alcuni procedimenti. – 9. (segue): critica dell'argomento per il quale l'inammissibilità dipenderebbe dalle peculiarità del procedimento di formazione delle leggi di modifica/approvazione degli statuti o del procedimento misto. – 10. L'illegittimità della questione di fiducia a livello regionale come conseguenza della forma di governo neoparlamentare?

1. Introduzione.

Non è in discussione che la questione di fiducia – ancorché non prevista nella Carta costituzionale – sia legittima¹. Essa si è affermata in via di prassi, per poi essere disciplinata nei regolamenti parlamentari ed è del tutto interna alla “logica”, se così la si può definire, della forma di governo. Ciò è riconosciuto dalla stessa giurisprudenza costituzionale².

Occorre interrogarsi, però, sui limiti che, direttamente dalla Costituzione, possano desumersi in relazione all'impiego di questo strumento, del quale il Governo dispone per condizionare i lavori del Parlamento e, per quanto adesso interessa, il procedimento di formazione delle leggi ordinarie; strumento “incisivo”, naturalmente, non solo per le conseguenze sul piano politico derivanti dalla paventata possibile conclusione dell'esperienza di governo in caso di mancata approvazione dell'atto, ma anche (e soprattutto) per gli effetti giuridici sullo svolgimento del procedimento che, come noto,



¹ Un tempo, però, in senso difforme si orientava parte della politica (sulle critiche alla questione di fiducia, soprattutto dalle forze politiche di sinistra, prima della riforma dei regolamenti del 1971 v. F. COCOZZA, *Il Governo nel procedimento legislativo*, Milano, 1989, 233) e parte della dottrina: v., per tutti, P. BARILE (*Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1982, 177), per il quale sulla legittimità costituzionale della questione di fiducia «è lecito avere qualche dubbio, perché la costituzione dice che la fiducia va posta su una mozione, per cui il porre la fiducia su un atto diverso da una mozione può essere almeno *praeter constitutionem*». Nella direzione indicata nel testo, tra gli altri, v. M. GALIZIA, *Crisi di gabinetto*, in *Enc. dir.*, XI, 1962, 367 ss.; A. MANZELLA, *Note sulla questione di fiducia. Ancora sui rapporti tra maggioranza ed opposizione*, in *Studi parl. pol. cost.*, n. 5-6/1969, 39 ss.; M. OLIVETTI, *La questione di fiducia nel sistema parlamentare italiano*, Milano, 1996, 225 s.; G.U. RESCIGNO, *Responsabilità* (diritto costituzionale), in *Enc. dir.*, XXXIX, 1988, 1351; L. VENTURA, *La questione di fiducia: spunti problematici*, in *Studi parl. pol. cost.*, n. 22/1973, 21 ss.

² Si v. C. cost., ordd. nn. [60](#), [196](#) e [197](#) del 2020.

la posizione della questione di fiducia determina³, indipendentemente dalle diversità di disciplina riscontrabili nei regolamenti delle due Camere⁴.

Nella prima parte di questo lavoro si prenderanno in considerazione, criticamente, alcune tesi volte a limitare l'impiego della questione di fiducia per ragioni che non sembrano condivisibili: esse sono basate sull'esigenza di preservare il carattere paritario del bicameralismo e sulla previsione di maggioranze speciali. Nella seconda parte, invece, pur escludendo che in generale possa dirsi certamente illegittimo il ricorso al maxi-emendamento accompagnato dalla questione di fiducia, si offriranno alcuni possibili argomenti per limitare l'impiego di quest'ultima in peculiari procedimenti nei quali la legge del Parlamento assolva ad una funzione di controllo dell'attività del Governo. Nella terza e ultima parte, infine, si rifletterà sui limiti nel ricorso alla questione di fiducia a livello regionale.

2. L'impossibilità di far discendere dal carattere paritario del bicameralismo limitazioni in ordine al ricorso alla questione di fiducia.

Dalla paritaria posizione delle due Camere potrebbe sostenersi derivare l'esclusione della possibilità, da parte del Governo, di apporre la questione di fiducia nel secondo dei rami che prendono in esame una proposta, così rendendo meramente formale il "passaggio" della stessa dopo l'approvazione presso l'altra Camera.

Polemiche al riguardo si sono avute in occasione dell'approvazione della legge di bilancio, allorché in uno dei due rami, in particolare, l'esame del testo è risultato sacrificato per la decisione da parte del Governo di far uso del *tandem* questione di fiducia-maxiemendamento. La Corte costituzionale, con l'ord. [n. 60 del 2020](#) è sembrata giustificare questa prassi, dichiarandosi «pregiudizialmente incompetente a sindacare la questione di fiducia apposta dal Governo al fine di evitare che la legge già approvata da una Camera sia sottoposta ad emendamenti nell'altra», ma – si

³ Sulle conseguenze procedurali della questione di fiducia (priorità, indivisibilità e inemendabilità dell'atto sul quale è posta), per tutti, v. A. MANZELLA, *Note sulla questione di fiducia. Ancora sui rapporti tra maggioranza ed opposizione*, cit., 42.

⁴ A differenza dell'art. 161 del regolamento del Senato (reg. Sen.) che prevede seccamente la priorità di votazione e la non emendabilità dell'oggetto sul quale è stata posta la questione di fiducia, l'art. 116 del regolamento della Camera (reg. Cam.) sembra distinguere la questione di fiducia su una proposta di emendamento, che dovrebbe lasciare inalterato l'ordine degli interventi e delle votazioni, dalla questione di fiducia su di un articolo (nel qual caso rimane comunque possibile l'illustrazione delle altre proposte di emendamento: queste ultime, in caso di approvazione di quella presidiata dalla questione di fiducia, si intenderanno respinte). Nella prassi, però, la previsione relativa alla questione di fiducia sulle proposte di emendamento non produce gli effetti che sarebbe possibile attendersi dalla lettura dell'art. 116, comma 1, reg. Cam. Ciò per varie ragioni, tra le quali: l'equiparazione delle votazioni sulle proposte di emendamento interamente sostitutivo e di articolo aggiuntivo alle votazioni di un articolo; lo scarso ricorso del Governo alla questione di fiducia su "semplici" proposte di emendamento; il fatto che il Governo potrebbe porre la questione di fiducia sulla reiezione delle proposte di emendamento diverse da quella che ritiene indispensabile approvare. Tutto questo ha condotto a una sistematica disapplicazione del comma 1 e conseguente estensione dell'ambito di applicazione dell'art. 116, comma 2, con votazione prioritaria della proposta di emendamento sulla quale è stata posta la questione di fiducia in ogni caso e con la sola eccezione, poco significativa, della previa votazione della sola proposta di emendamento interamente soppressiva dell'articolo. Quanto alle proposte di emendamento illustrate prima della votazione dell'articolo, secondo quanto previsto proprio dall'art. 116, comma 2, reg. Cam., l'illustrazione non toglie ovviamente che la questione di fiducia alteri l'ordine delle votazioni. Essa potrebbe in linea teorica concorrere a indurre i deputati a votare contro il Governo, ma in realtà finisce per avere scarsa utilità pratica. Spesso le proposte di emendamento non sono comunque illustrate per scelta dei proponenti. Inoltre, i possibili effetti dilatori conseguenti alla scelta di illustrare comunque le proposte di emendamento sono limitati dall'interpretazione per la quale ogni deputato può intervenire, indipendentemente dal numero di proposte di emendamento di cui sia firmatario, per una sola volta e per un tempo limitato (non oltre i trenta minuti). Pertanto, la questione di fiducia determina comunque – sia posta su una proposta di emendamento o sull'articolo – l'effetto di limitare il dibattito parlamentare, alterando l'ordine delle votazioni. Cionondimeno, se la questione di fiducia viene posta nel corso della discussione può anche, accidentalmente, non incidere sull'illustrazione o votazione di altre proposte di emendamento.

è scritto – «il punto non è affatto incontroverso»⁵, anche per l'alleggerimento della *navette* che ne conseguirebbe.

In verità, però, che il porre la questione di fiducia in uno dei rami dopo l'approvazione da parte dell'altro, al fine di evitare qualsiasi modifica, sia un alleggerimento della *navette* è dubbio: infatti, l'argomento sembra provare troppo. A ragionar così, ogni volta che il Governo ponga la questione di fiducia in uno dei due rami potrebbe discutersi di alleggerimento della *navette*, almeno relativamente alla porzione del testo interessata dalla questione di fiducia. Ciò condurrebbe quindi a escludere del tutto la legittimità della questione di fiducia. Il che non pare condivisibile.

3. L'impossibilità di ricavare dalla previsione delle maggioranze speciali il divieto per il Governo di apporre la questione di fiducia.

Parimenti discutibile è la tesi per la quale la questione di fiducia non potrebbe essere legittimamente posta in tutti i casi nei quali a livello costituzionale è prescritta per la decisione parlamentare una maggioranza speciale.

Non pare che laddove siano previste maggioranze speciali sia escluso per ciò solo che il Governo ponga la questione di fiducia⁶. Benché, infatti, il *quorum* speciale rimandi all'esigenza di un'ampia condivisione in Parlamento, e sia concepito nel contesto contemporaneo come mezzo per tutelare le minoranze, esso garantisce queste ultime (e dunque l'opposizione) soltanto accidentalmente e cioè quando esse abbiano una consistenza numerica (e una coesione) tale da impedire la decisione. Pertanto, non c'è "contraddizione" tra consentire che venga posta la questione di fiducia e prevedere una maggioranza speciale per la deliberazione.

Pertanto, tra i *quorum* speciali sembrano da annoverare anche le maggioranze assolute, di modo che – se si esclude il caso dei cc.dd. "Governi di minoranza" – tale *quorum* è generalmente nella disponibilità dalla sola maggioranza che sostiene il Governo.

4. L'inammissibilità della questione di fiducia nel procedimento di formazione delle leggi di delegazione legislativa.

Quanto appena osservato non implica, però, che non esistano limiti costituzionali al ricorso alla questione di fiducia nel procedimento di formazione delle leggi ordinarie. Tali limiti sembrano potersi ricollegare a procedimenti mediante i quali il Parlamento, modificando e approvando proposte di legge, controlla il Governo. È questo il caso della legge di cui all'art. 76 Cost.

Agevolmente si comprende quanto sia importante che il procedimento di formazione della legge di delega si svolga in modo tale da consentire un adeguato e libero confronto sui contenuti della delega in Parlamento. Se, in nome di un mal inteso concetto di "governabilità"⁷, non si garantisce che il Parlamento possa definire con modalità consone al ruolo che la Costituzione gli assegna i contenuti della legge di delega, l'equilibrio dei poteri è messo a repentaglio e con ciò anche la libertà dei cittadini. Affermare che, per garantire tale equilibrio, debba escludersi la possibilità da parte del Governo di modificare la legge di delega con un proprio decreto, come comunemente si sostiene⁸, e

⁵ M. MANETTI, *Le modifiche tacite al disegno costituzionale del procedimento legislativo*, in *Quad. cost.*, n. 3/2001, 543.

⁶ *Contra* M. OLIVETTI, *La questione di fiducia nel sistema parlamentare italiano*, cit., 181.

⁷ Rilievi critici sui fraintendimenti legati al concetto di "governabilità" in G. FERRARA, *La crisi del neoliberalismo e della governabilità coatta*, in Costituzionalismo.it, n. 1/2013, 2 e A. PISANESCHI, *Brevi considerazioni su efficienza del governo e riforme costituzionali*, in [Rivista AIC](http://RivistaAIC.it), n. 4/2015, 4 ss.

⁸ La previsione della delega con decreto-legge è in aperto contrasto con il principio della separazione dei poteri. Proprio in quanto per il tramite della delega da parte del Parlamento quest'ultimo controlla *ex ante* l'operato del Governo, è inammissibile immaginare che con decreto-legge il Governo possa modificare la delega o – come si è già osservato –

poi consentire al Governo stesso di incidere, in modo determinante, sul procedimento di sua formazione appare per molti versi contraddittorio.

È frequente, a dispetto di ciò, vedere il Governo apporre la questione di fiducia sulle proposte di legge di delegazione⁹. Il problema non risiede – sia chiaro – nella scelta di legare la sopravvivenza dell'esecutivo all'approvazione di una legge di delega, ma nella inemendabilità conseguente alla decisione di ricorrere alla questione di fiducia¹⁰.

Negli ultimi anni il percorso seguito per importanti riforme è stato veramente difficile da giustificare in termini di diritto costituzionale. Si pensi al c.d. *Jobs Act*. In quella occasione, l'emanazione di un decreto-legge (sulla sussistenza dei presupposti del quale si potrebbe a lungo disquisire) fu seguita dalla presentazione di una proposta di legge di delega (sulla determinatezza dei contenuti della quale sono state avanzate perplessità), per consentire al Governo l'adozione di otto decreti legislativi (a loro volta rinviati ad ulteriori decreti). Venne posta la fiducia sia nelle due letture alla Camera, sia in quella al Senato, dove la proposta di legge-delega venne modificata con un maxi-emendamento assistito dalla questione di fiducia¹¹. Il caso, vale la pena di ripetere, non è isolato.

In dottrina si è rilevato come, non di rado, il Governo abbia posto la questione di fiducia in relazione a deleghe legislative¹². E, anzi, si è osservato come «nell'esperienza delle ultime Legislature, la questione di fiducia è stata sempre più utilizzata [...] in sede di conversione dei decreti-legge contenenti disposizioni di delega: prassi che al Senato è rimasta ammissibile – a differenza della Camera, la quale, pertanto, finisce per subirla – e che consegna, com'è evidente, un'autonomia straordinaria all'Esecutivo»¹³. È stato scritto che «si tratta di prassi che sottopongono a forte tensione il modello costituzionale della delegazione legislativa» e fanno sorgere almeno dei «dubbi circa la piena conformità costituzionale di questa procedura»¹⁴. Ciò non perché la legge di delega sia menzionata all'art. 72, comma 4, Cost. (del resto, la questione di fiducia venne posta su una legge ivi menzionata, in materia elettorale, sia pur tra le polemiche, già nel 1953); e neppure perché la questione di fiducia faccia venire meno la votazione articolo per articolo; ma in quanto essa comprime lo spazio del dibattito parlamentare rendendo inemendabile la proposta. E così – se come generalmente si sostiene la legge di delega è preordinata, per l'appunto, a un controllo *ex ante* del Parlamento sul Governo – viene a determinare un'ingerenza del “soggetto controllato”, il Governo, nell'opera del “soggetto controllore”, il Parlamento.

5. L'inammissibilità della questione di fiducia nel procedimento di formazione delle leggi di conversione.

Per ragioni non dissimili limiti al ricorso alla questione di fiducia potrebbero farsi valere anche in relazione al procedimento di formazione delle leggi di conversione dei decreti-legge.

A proposito della questione di fiducia, specialmente quando la proposta di legge di conversione consti di un unico articolo, la dottrina ha manifestato «non poche perplessità», soprattutto per gli effetti negativi sul potere di emendare la proposta stessa che si è definito «ineliminabile senza

conferirsi una delega, e ciò del tutto indipendentemente da ogni valutazione sulla sussistenza o meno dei presupposti di necessità ed urgenza indicati dall'art. 77 Cost. Si tratterebbe, infatti, di una violazione del principio della separazione dei poteri, in quanto il Governo cumulerebbe le funzioni di controllato e controllore. Cfr., per tutti, G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, Milano, 1984, 245 ss. Diversamente si orienta, invece, A.A. CERVATI, *Legge delega e delegata*, in *Enc. dir.*, XXIII, 1973, 944.

⁹ T. GUARNIER, *La legge delega e la questione di fiducia. Appunti su una convivenza sospetta*, in *Dir. soc.*, n. 1/2015, 51 ss.

¹⁰ Contrario ad ammettere la questione di fiducia in occasione della formazione delle leggi di delega M. OLIVETTI, *La questione di fiducia nel sistema parlamentare italiano*, cit., 183 s.

¹¹ F. ANGELINI, *Il governo, il lavoro e la Costituzione nel c.d. “Jobs Act”*, in Costituzionalismo.it, n. 1/2015, 10 ss.

¹² U. RONGA, *La delega legislativa. Recente rendimento del modello*, Napoli, 2020, 103.

¹³ U. RONGA, *La delega legislativa*, cit., 104.

¹⁴ U. RONGA, *La delega legislativa*, cit., 110.

modificare l'equilibrio tra parlamento e governo a garanzia del quale è posta la disciplina dettata dall'art. 77»¹⁵.

Non dirimente, in senso avverso a quanto qui si sostiene, la sent. [n. 391 del 1995](#) (nella quale la Corte costituzionale ha ritenuto non fondata una questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 72, comma 1, Cost., sollevata con riferimento a una legge di conversione sulla quale il Governo aveva posto la questione di fiducia), potendosi attribuire l'esito del giudizio all'errata individuazione del parametro. Pare, infatti, che a venire in rilievo sia la violazione degli artt. 77 e 71 Cost., nella misura in cui in tale ultimo articolo possa trovare fondamento (come riconosciuto dalla stessa giurisprudenza costituzionale) il potere dei parlamentari di presentare proposte di emendamento e dal primo possa ricavarsi la peculiare funzione di controllo insita nell'approvazione parlamentare della legge di conversione.

Non milita in senso contrario neppure la sent. n. [148 del 1999](#), perché in quel caso venne sì denunciata la violazione anche dell'art. 71 Cost., ma la Corte si limitò (discutibilmente) a un rinvio alla sent. n. [391 del 1995](#), senza offrire quindi alcuna motivazione in ordine all'art. 71 Cost. (quest'ultimo, come detto, invece invocato come parametro nella causa decisa nel 1999: v. p. 9 *cons. in dir.*).

Un ruolo significativo nel preservare il Parlamento da forzature scaturenti da questioni di fiducia poste sulle proposte di legge di conversione potrebbe pure giocare il Presidente della Repubblica. Non pare, infatti, che sia da escludere il rinvio della legge di conversione in ragione del breve termine previsto dall'art. 77 Cost.¹⁶: «L'osservazione che il rinvio potrebbe pregiudicare l'approvazione nei termini della legge di conversione si basa su una difficoltà di ordine pratico che non pare in grado di sottrarre la legge di conversione alla disciplina dettata in via generale dall'art. 74»¹⁷. D'altronde, le prerogative presidenziali non sono neppure scalfite, secondo la tesi che pare da preferire¹⁸, dal regime di *prorogatio* nel quale versino, eventualmente, le Camere, anche se dopo il rinvio potrebbe essere difficile, in concreto, arrivare a una nuova approvazione. Né il rischio di un'eventuale reiterazione del decreto, “generata” dal rinvio presidenziale, potrebbe condurre a una diversa conclusione, stante l'illegittimità (di regola) della reiterazione medesima.

6. *Il tandem maxi-emendamento e questione di fiducia.*

Strettamente correlato all'esigenza di un recupero della centralità del Parlamento in funzione della salvaguardia della libertà è l'orientamento per il quale il *tandem* questione di fiducia e maxi-emendamento è illegittimo. Esso davvero dà l'idea di una “signoria” del Governo sul procedimento di formazione delle leggi¹⁹.

Nel 2014 si era prospettata una riforma dei regolamenti parlamentari (part. artt. 79, comma 10 e 86, comma 1-*bis* r.C.) che avrebbe determinato l'irricevibilità degli “emendamenti interamente sostitutivi di un articolo e contestualmente soppressivi di altri o in ogni caso volti a introdurre una

¹⁵ G. PITRUZZELLA, *La legge di conversione del decreto legge*, Padova, 1989, 283, che però afferma (280) che «non hanno ragione di esistere perplessità sul potere del governo di porre la questione di fiducia in relazione alla votazione di un emendamento o di un subemendamento al disegno di legge di conversione del decreto legge».

¹⁶ G. GROTTANELLI DE' SANTI, *Art. 73-74*, in G. Branca, A. Pizzorusso (curr.), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1985, 204 s.; G. PITRUZZELLA, *La legge di conversione del decreto legge*, cit., 227 (che però ammette anche il rinvio in sede di emanazione del decreto-legge).

¹⁷ G. PITRUZZELLA, *La legge di conversione del decreto legge*, cit., 236. Contrario, invece, al rinvio della legge di conversione C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, 1976, 708.

¹⁸ G. GROTTANELLI DE' SANTI, *Art. 73-74*, cit., 216 s.

¹⁹ Si v. M. CARTABIA, *Il Governo “signore delle fonti?”* e A. SAIITA, *Distorsioni e fratture negli atti normativi del Governo: qualche riflessione di ortopedia costituzionale*, entrambi in AA.VV., *Gli atti normativi del governo tra Corte costituzionale e giudici*, a cura di M. Cartabia, E. Lamarque, P. Tanzarella, Torino, 2011, 485 ss. Secondo T. MARTINES (*Diritto costituzionale*, Milano, 2020, 340), il frequente ricorso alla questione di fiducia di per sé altera il normale svolgimento del rapporto maggioranza-Governo.

pluralità di modifiche, fra le quali non sussista una evidente consequenzialità logico-normativa”. Tale modifica – della quale nuovamente si è discusso nel corso della XVIII Legislatura²⁰ – non venne approvata.

Ma cosa dire del caso in cui il maxi-emendamento è presidiato dalla questione di fiducia?

La stessa Corte costituzionale (v. sent. n. [32 del 2014](#), p. 4.4 *cons. in dir.*), in relazione all’approvazione di un’altra importante legge di riforma (la c.d. “Fini-Giovanardi”), ebbe a sottolineare come «essa avrebbe richiesto un adeguato dibattito parlamentare, possibile ove si fossero seguite le ordinarie procedure di formazione della legge *ex art. 72 Cost.*», mentre la presentazione di una proposta di maxi-emendamento accompagnata dalla questione di fiducia, in quella come in altre occasioni, ha precluso «una discussione specifica e una congrua deliberazione sui singoli aspetti della disciplina», senza consentire «alle Commissioni di svolgere [...] l’esame referente richiesto dal primo comma dell’art. 72 Cost.».

Il *tandem* maxi-emendamento/questione di fiducia, in quanto tale, è stato aspramente criticato in dottrina²¹. Considerato in contrasto con l’espressione “autentica” della volontà del Parlamento²², è stato giudicato «per più versi in contrasto con l’art. 72, primo comma, Cost., in particolare laddove richiede l’approvazione “articolo per articolo” di ogni progetto di legge (almeno ove alla nozione costituzionale di articolo voglia darsi un qualche significato), e finisca altresì per rinnegare pressoché tutte le caratteristiche che dovrebbero essere proprie del procedimento legislativo parlamentare (pubblicità, partecipazione, responsabilità)»²³.

E ancora, si è scritto che, con il maxi-emendamento accompagnato dalla questione di fiducia, il Parlamento rischia di essere ridotto a «organo di mera ratifica»²⁴ e che viene meno «la necessaria verifica sulla sussistenza di una maggioranza che supporti ogni singola disposizione [...] e, impedendosi ogni forma di “tracciabilità” quanto alla paternità delle singole disposizioni legislative approvate, si ostacola altresì l’attribuzione delle relative responsabilità politiche»²⁵.

Al tempo stesso, però, si è rilevato che «di esso nessun Governo ha saputo fare a meno» e che «la stessa Corte costituzionale ha in qualche modo avallato lo strumento dei maxiemendamenti per come si è venuto configurando. In particolare, con la sentenza n. [391 del 1995](#) ha ritenuto derogabili i principi sanciti dall’art. 72, primo comma, Cost. ove il Governo ponga la questione di fiducia, così dando origine ad un procedimento “speciale” ai sensi del successivo secondo comma»²⁶. Pur non inquadrando il procedimento nel quale si ricorra al *tandem* maxi-emendamento/questione di fiducia come procedimento abbreviato *ex art. 72, comma II, Cost.*, è ciò nondimeno innegabile che l’argomento basato sulla nozione di articolo, invero non irresistibile, si scontra non solo con la prassi (dalla quale, si è scritto, «tutti gli attori del procedimento legislativo – al di là delle rituali

²⁰ Cfr. la proposta a prima firma dell’on. Giorgis, Doc. II, n. 22, per cui sono da considerare irricevibili le proposte di emendamento interamente sostitutive di un articolo e contestualmente soppressive di altri, nonché quelle volte a modificare uno o più articoli senza che fra le modifiche proposte sussista una evidente consequenzialità logico-normativa, così da codificare espressamente il divieto di presentazione dei maxiemendamenti sia in assemblea che in commissione, anche a prescindere dalla posizione della questione di fiducia.

²¹ G. PISTORIO, *Maxi-emendamento e questione di fiducia. Contributo allo studio di una prassi illegittima*, Napoli, 2018, *passim* e A. RUGGERI, *In tema di norme intrusive e questioni di fiducia, ovvero della disomogeneità dei testi di legge e dei suoi possibili rimedi*, in AA.VV., *Maxi-emendamenti, questione di fiducia, nozione costituzionale di articolo*, a cura di N. Lupo, Padova, 2010, 19 s., nonché ID., *Il “giusto” procedimento legislativo in attesa di garanzie non meramente promesse da parte della Consulta*, in *Rivista AIC*, n. 2/2019, 606.

²² M. LUCIANI, *Il “principio di sincerità” nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Pol. dir.*, n. 4/2010, 582 s.

²³ N. LUPO, *La lunga crisi del procedimento legislativo e l’impossibile qualità delle regole*, in *Anal. giurid. economia*, n. 2/2013, 428. Si v. anche S. CURRERI, *Sul conflitto di attribuzioni del singolo parlamentare a tutela del giusto procedimento legislativo: tanto tuonò che piovve?* in *Quad. cost.*, n. 2/2016, 371, per il quale i ricorsi presentati negli ultimi anni alla Corte dai parlamentari pongono «il problema di quale sia il contenuto minimo ed immediatamente precettivo dell’art. 72 Cost. in tema di iter legislativo».

²⁴ L. BUFFONI, *Processo e pluralismo nell’ordinamento costituzionale italiano. Apologia e limiti dell’universalismo procedurale*, Napoli, 2012, 286.

²⁵ N. LUPO, *I maxi-emendamenti e la Corte costituzionale (dopo l’ordinanza n. 17 del 2019)*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2019, 18.

²⁶ N. LUPO, *La lunga crisi del procedimento legislativo e l’impossibile qualità delle regole*, cit., 428 s.

dichiarazioni rese pubblicamente – finiscono per ricevere un qualche tornaconto»²⁷), ma anche con la giurisprudenza costituzionale²⁸.

Benché in alcune sentenze (es. n. [171 del 2007](#) e n. [22 del 2012](#)) possano scorgersi indicazioni per un mutamento di orientamento, altre sentenze corroborano quello poc' anzi richiamato (a partire dalla sentenza n. [237 del 2013](#)). Naturalmente, ciò non è in assoluto dirimente, ma sembra suggerire cautela nella considerazione del *tandem* come *tout court* incostituzionale. Ciò non dipende dal fatto che i maxi-emendamenti governativi talvolta riprendono i lavori in commissione (il che ha portato impropriamente a un accostamento al procedimento misto), perché ciò avviene unicamente per via della volontà del Governo; ma dal fatto che il vigoroso intervento di quest'ultimo nel procedimento legislativo potrebbe ancora (...al limite) ricondursi alle dinamiche proprie della forma di governo parlamentare (e a un procedimento di formazione delle leggi pure non caratterizzato da una "preminenza governativa"²⁹, ma nel quale comunque il Governo non è neppure «"comitato esecutivo" del parlamento»³⁰ e può discutersi di suoi poteri «ampi, per quanto sempre limitati, sullo svolgimento del lavoro legislativo»³¹).

Infatti, «in un sistema costituzionale come il nostro, che realizza la forma di governo parlamentare e che si ispira quindi ad un principio di costante cooperazione e quasi compenetrazione tra Governo e Parlamento, il Governo pur non ponendosi come il titolare diretto della funzione legislativa, che è attribuita alle Camere, ne è, in un modo tutto speciale, collegato strutturalmente all'esercizio»³².

D'altro canto, in alcuni casi l'intervento del Governo nel procedimento legislativo è stato inteso a comprimere (o addirittura saltare) l'esame in commissione (si pensi alla riforma sulle unioni civili e al ricorso presentato da alcuni senatori³³). In altri casi ancora, è stata la stessa commissione parlamentare a predisporre il maxi-emendamento sul quale poi il Governo ha apposto la fiducia, con ciò dando luogo (anche in occasione dell'approvazione della legge di bilancio) «ad una sorta di impropria redigente estrema»³⁴. In molte circostanze, poi, la previsione di un unico articolo dal contenuto estremamente eterogeneo in commissione ha consentito al Governo di limitarsi a porre la questione di fiducia sul suo mantenimento³⁵. In definitiva, dunque, è dubbio che il *tandem* maxi-emendamento/questione di fiducia sia, in quanto tale, compatibile a Costituzione.

7. L'inammissibilità della questione di fiducia in occasione del procedimento di formazione della legge di bilancio.

Se, in generale, possono aversi dubbi sulla legittimità costituzionale dell'uso congiunto di strumenti così incisivi rispetto ai lavori parlamentari, in casi particolari, e cioè quando per il tramite della formazione delle leggi, secondo quanto si è già osservato, si esercita la funzione di controllo del

²⁷ N. LUPO, *I maxi-emendamenti e la Corte costituzionale*, cit., 3.

²⁸ Si v. anche la sent. n. [398 del 1998](#) (sulla quale v. G. PICCIRILLI, *L'emendamento nel processo di decisione parlamentare*, Padova, 2009, 284) e la sent. n. [148 del 1999](#).

²⁹ A.A. CERVATI, *Art. 72*, in G. Branca, A. Pizzorusso (curr.), *Commentario della Costituzione*, cit., 145. Sulla classificazione delle forme di governo parlamentari in base ai rapporti tra rappresentanze popolari elettive e governo v. C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, trad. it. a cura di A. Caracciolo, Milano, 1984, 348 ss.; si v. anche P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, Milano, 1988, 172 ss.

³⁰ A. BALDASSARRE, *Le prospettive istituzionali per una "originale democrazia di popolo"*, in *Dem. dir.*, n. 3/1976, 479.

³¹ L. ELIA, *Il governo come comitato direttivo del parlamento*, in ID., *Costituzione, partiti, istituzioni*, Bologna, 2009, 16.

³² S. GALEOTTI, *Contributo alla teoria del procedimento legislativo*, Milano, 1957, 371.

³³ Cfr. S. CURRERI, *Sul conflitto di attribuzioni del singolo parlamentare a tutela del "giusto procedimento legislativo": tanto tuonò che piovve?* cit., 369 ss.

³⁴ G. LASORELLA, *Le garanzie interne al giusto procedimento legislativo. Presidente d'Assemblea e Comitato per la legislazione*, in *Quad. cost.*, n. 3/2021, 563.

³⁵ D. CASANOVA, *Il procedimento legislativo in ostaggio della questione di fiducia*, in [Costituzionalismo.it](#), n. 2/2021, 70 ss.

Parlamento sul Governo, il ricorso alla questione di fiducia (a maggior ragione se posta su un maxi-emendamento) pare senz'altro doversi escludere. O, almeno, così dovrebbe essere quando tale controllo si unisca, per Costituzione, al potere di apportare al testo da approvare delle modifiche sostanziali.

Questo, per fare un altro esempio, varrebbe per il caso della legge di bilancio. Le Camere, infatti, dovrebbero essere chiamate ad approvare il bilancio dello Stato, non a ratificare delle decisioni prese altrove³⁶. La complessità della manovra di bilancio costituisce già un ostacolo non di poco rilievo all'effettività del controllo. Se a questo si aggiunge un uso spregiudicato da parte del Governo della questione di fiducia (a maggior ragione se posta su una proposta di maxi-emendamento), allora il controllo da parte del legislativo è escluso e quello in Parlamento si riduce a un mero passaggio rituale³⁷.

La Corte costituzionale, del resto, ha riconosciuto la peculiarità del procedimento volto all'approvazione della legge di bilancio (v. sentt. nn. [184 del 2016](#) e [61 del 2018](#)), la cui importanza è accresciuta per via della ricomprensione in essa, in attuazione della legge costituzionale n. 1 del 2012, di una sessione a legislazione variata (cioè con contenuti in larga parte prima collocati nelle leggi finanziarie o di stabilità). Nell'ordinanza n. [17 del 2019](#), l'organo di giustizia costituzionale ha ricordato come per il tramite di questo procedimento vengano assunte decisioni che «costituiscono il nucleo storico delle funzioni affidate alla rappresentanza politica sin dall'istituzione dei primi parlamenti e che occorre massimamente preservare». E il fatto che oggi l'approvazione della legge di bilancio si inserisca nel quadro di una programmazione economica sovranazionale rende ancor più pressante l'esigenza di preservarle³⁸.

Si deve tener conto che il potere di presentare proposte di emendamento dei parlamentari è già limitato dai regolamenti parlamentari. Il regolamento della Camera (art. 121) prevede che in aula possano essere ripresentate solo le proposte di emendamento respinte in commissione o riferite a parti della proposta di legge modificate in commissione. Anche in Senato, possono essere presentate in assemblea solo le proposte di emendamento già respinte in commissione, ma il Presidente può ammetterne di nuove correlate a modifiche intervenute successivamente.

A fronte di ciò, però, l'orientamento della Corte volto a circoscrivere l'ammissibilità del ricorso per conflitto di attribuzione presentato da singoli parlamentari, esclusa non solo nel caso di censure concernenti violazioni o scorrette applicazioni dei regolamenti parlamentari, ma anche in quello di violazioni della Costituzione "non evidenti", appare discutibile³⁹. La Corte, per quanto qui interessa, avrebbe potuto distinguere tra approvazione delle leggi di bilancio e di altre leggi. Si è scritto che «si possono ben comprendere, da un lato, le ragioni che hanno portato la Corte a non utilizzare questa come l'occasione più propizia per colpire i maxi-emendamenti. Ancorché le violazioni registratesi in questo caso siano state particolarmente marcate (anche se almeno in parte legate ad un contesto istituzionale per più versi peculiare), una pronuncia siffatta avrebbe determinato rilevantissimi effetti

³⁶ V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II-1, Padova, 1971, 65 s., distingueva tra approvazione (che «si dà o non si dà») ed autorizzazione. L'uso dei vocaboli appare dunque qui rovesciato, in quanto il potere di presentare emendamenti è inteso come implicito nell'approvazione ed escluso, invece, nella mera autorizzazione (non il contrario).

³⁷ Non costituisce un rimedio la trasmissione della proposta di maxi-emendamento governativa alla commissione bilancio affinché informi l'assemblea (prassi che talora conduce il Governo a riformulazioni per adeguarsi ai rilievi della commissione): v. V. DI CIOLO, L. CIAURRO, *Il diritto parlamentare nella teoria e nella pratica*, Milano, 2013, 520. L'effetto prodotto dalla questione di fiducia sulla votazione delle proposte di emendamento può essere riguardato anche muovendo da un raffronto con gli effetti ascritti al parere contrario della commissione bilancio in Senato (motivato *ex art.* 81 Cost.), inidoneo a rendere non votabile la proposta di emendamento se quindici senatori facciano richiesta di metterla in votazione (art. 102-*bis*, reg. Sen.).

³⁸ Si v. part. G.L. CONTI, *Corte costituzionale e prerogative del Parlamento nei dintorni della decisione di bilancio*, in *Osservatorio delle fonti*, n. 1/2019, 6.

³⁹ Cfr. E. MALFATTI, *Il conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato*, in R. Romboli (cur.), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale*, Torino, 2020, 237 s., che denuncia «il rischio di porre, agli effetti, una camicia troppo stretta per le ipotesi di ricorso a venire». Come rilevato da A. RUGGERI, A. SPADARO (*Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2022, 350), a seguire la giurisprudenza costituzionale, peraltro, «il carattere *manifesto* della violazione deve apparire già in sede di giudizio di ammissibilità, con un evidente anticipo del giudizio di merito».

a cascata, dei quali la Corte avrebbe finito per portare una quota significativa di responsabilità»⁴⁰. Una responsabilità che, in vero, anche il Parlamento potrebbe assumersi⁴¹ (sebbene questo, come anche la giurisprudenza in tema di decretazione d'urgenza dimostra, di per sé, non escluda l'intervento della Corte⁴², né implichi una visione del Parlamento come mero «luogo di discussione di scelte politiche sostenute dall'istituzione-Governo»⁴³).

D'altronde, le argomentazioni impiegate dalla Corte sono in linea con alcune esternazioni del Presidente della Repubblica relative proprio alla legge di bilancio 2019. In sede di autorizzazione alla presentazione del relativo disegno di legge, il Capo dello Stato indirizzò al Presidente del Consiglio dei ministri una lettera, invitando il Governo a sviluppare, anche nel corso dell'esame parlamentare, un dialogo costruttivo con le istituzioni europee (lettera del 10 novembre 2018). Successivamente, in occasione del messaggio di fine anno, il Presidente sottolineò l'importanza di «avere scongiurato la apertura di una procedura di infrazione da parte dell'Unione europea per il mancato rispetto di norme liberamente sottoscritte», oltretutto di avere evitato l'esercizio provvisorio, pur auspicando per il futuro «condizioni adeguate di esame e confronto» ([messaggio del 31 dicembre 2018](#)).

Ed è davvero il caso di auspicarle, se si condivide il giudizio d'insieme di parte della dottrina, per la quale si assiste a «un procedimento legislativo che è senz'altro guidato dall'iniziativa governativa, ma nello stesso tempo sempre più esausto e robotizzato. Esausto, perché la produzione delle leggi è stata privata di quelle potenzialità che sono proprie della costante – seppure sempre faticosa – ricerca di posizioni comuni sulla base del dialogo e del confronto tra i diversi punti di vista. E robotizzato, perché la formazione delle leggi è stata impostata sull'impiego dei percorsi e degli strumenti procedurali sopra sintetizzati – decretazione d'urgenza, maxi-emendamenti e questione di fiducia – che hanno devitalizzato il confronto tra le forze parlamentari, al fine di assicurare «comunque» la produzione conclusiva del risultato prescrittivo»⁴⁴.

8. La questione di fiducia a livello regionale: critica dell'argomento per il quale l'inammissibilità si lederebbe alle maggioranze speciali previste in alcuni procedimenti.

Si è soliti sostenere l'ammissibilità della questione di fiducia nell'ordinamento delle regioni: sia pur incidentalmente, la Corte costituzionale (v. sent. [n. 2 del 2004](#)) è sembrata orientarsi in tal senso; del resto, la questione di fiducia è esplicitamente prevista in alcuni statuti (v. art. 34, comma 1, lett. f, St. Calabria, previa deliberazione della Giunta; art. 49 St. Campania e art. 44 St. Liguria, sulla base di una decisione del solo Presidente della Giunta)⁴⁵.

Come visto, parte della dottrina, con riferimento al livello nazionale, ha ritenuto di escludere la possibilità del ricorso alla questione di fiducia nel caso di proposte di legge da approvare con una maggioranza speciale⁴⁶. Tale tesi ha naturalmente delle implicazioni di sistema⁴⁷, in quanto ove

⁴⁰ N. LUPO, *I maxi-emendamenti e la Corte costituzionale*, cit., 8.

⁴¹ M.P. IADICICCO, *Rappresentanza politica e funzione di governo: brevi note sulle trasformazioni del sistema delle fonti*, in *Dem. dir.*, n. 3/2017, 143, che scrive di una «corresponsabilità» del Parlamento nella sua crisi.

⁴² Cfr. M. MANETTI, *La lunga marcia verso la sindacabilità del procedimento legislativo*, in *Quad. cost.*, n. 4/2008, 837 (che anzi, a proposito della sent. n. [171 del 2007](#), scrive dell'assunzione da parte della Corte costituzionale di un impegno «irretrattabile» a «custodire il ruolo del Parlamento») e M. RUBECCHI, *Il procedimento legislativo nel primo anno della XVI Legislatura*, in *Quad. cost.*, n. 3/2009, 682.

⁴³ M.P. IADICICCO, *Rappresentanza politica e funzione di governo*, cit., 145.

⁴⁴ G.M. SALERNO, *L'iniziativa legislativa dell'esecutivo: alcune riflessioni*, in [federalismi.it](#), n. 2/2017, 9.

⁴⁵ Gli statuti prevedono talora anche altri strumenti incisivi a disposizione dell'esecutivo: nello St. Piemonte, ad esempio, è previsto il c.d. «voto prioritario» su richiesta dell'esecutivo.

⁴⁶ Cfr. M. OLIVETTI, *La questione di fiducia nel sistema parlamentare italiano*, cit., 181.

⁴⁷ In tal senso A. D'ATENA (*Diritto regionale*, Torino, 2019, 321) che dopo aver richiamato la tesi di Olivetti, scrive: «Tra l'istituto della questione di fiducia e la regola della maggioranza assoluta sussiste un'inconciliabilità insuperabile. In conseguenza di ciò, al primo può riconoscersi diritto di cittadinanza a livello regionale alla sola condizione che se ne neghi la soggezione alla seconda (assumendo, ad esempio, che questa, essendo stabilita per le mozioni di sfiducia, non possa applicarsi analogicamente alle questioni di fiducia). In caso contrario – se, cioè, si ritiene che la regola della

accolta dovrebbe essere riferita anche all'ordinamento regionale⁴⁸. Pertanto, il ricorso alla questione di fiducia dovrebbe essere escluso in riferimento a tutte le leggi regionali per le quali è prescritto un *quorum* speciale. Questo sarebbe il caso delle leggi di approvazione e di modifica degli statuti ordinari (art. 123 Cost.)⁴⁹, ma anche delle leggi per le quali siano gli statuti stessi a prescrivere maggioranze speciali⁵⁰.

Il presupposto dell'intero ragionamento è nel significato attribuito al *quorum* speciale. Anzitutto, se – come già osservato – tra i *quorum* speciali deve essere ricompresa la maggioranza assoluta, va detto che essa non è ordinariamente fuori dalla portata della maggioranza di governo (a livello regionale per sfiduciare il Presidente serve, peraltro, la maggioranza assoluta). In secondo luogo, va rilevato che le maggioranze speciali tutte tutelano le minoranze soltanto *per incidens*, cioè relativamente alla loro consistenza numerica (idonea o meno, secondo i casi, a impedire il raggiungimento del *quorum*). Sembra quindi che dalla semplice previsione di maggioranze speciali non possa farsi discendere il divieto di porre la questione di fiducia, poiché tra le logiche sottese ai due istituti non c'è contraddizione. Per di più, se il *quorum* speciale non viene raggiunto l'esecutivo è costretto alle dimissioni: esso pone dunque la questione di fiducia “a suo rischio e pericolo”.

9. (segue): *critica dell'argomento per il quale l'inammissibilità dipenderebbe dalle peculiarità del procedimento di formazione delle leggi di modifica/approvazione degli statuti o del procedimento misto.*

Ci si potrebbe, tuttavia, chiedere se le “affinità” tra il procedimento di cui all'art. 123 Cost. e quello di cui all'art. 138 Cost. non debbano suggerire l'esclusione della questione di fiducia almeno in relazione al procedimento di formazione delle leggi regionali di approvazione e modifica degli statuti ordinari.

Invero, dando pure per acquisito che la questione di fiducia non possa essere posta nel caso della formazione delle leggi costituzionali (il che rimane comunque discusso), l'accostamento dei due procedimenti (*ex artt. 123 e 138 Cost.*) è solo in via approssimativa appropriato. Né a una diversa conclusione sembra dover condurre il fatto che, per alcuni aspetti, il procedimento previsto per la

maggioranza assoluta debba valere anche per le questioni di fiducia – non può sfuggirsi alla conclusione che queste ultime non siano ammissibili a livello regionale».

⁴⁸ Benché questo sia previsto espressamente soltanto per i legislativi sardo e valdostano (artt. 21 St. Sardegna e 21 St. Valle d'Aosta), anche le leggi regionali sembrano infatti doversi approvare per Costituzione, di regola, a maggioranza semplice. Questo non solo deriva dalla previsione delle maggioranze speciali come elementi di aggravio, ma anche dal fatto che il principio di maggioranza rispecchia l'eguale dignità dei componenti del collegio. Non pare dunque che gli statuti ordinari o i regolamenti consiliari possano disporre diversamente.

⁴⁹ Ci si è chiesti se la maggioranza assoluta richiesta dall'art. 123 Cost. per la prima e per la seconda approvazione, sia necessaria anche per l'approvazione dei singoli articoli e per le proposte di emendamento. Le soluzioni sposate dalle regioni sono eterogenee e alcuni statuti hanno preteso la maggioranza assoluta anche per il voto sui singoli articoli. Ad ogni modo, quest'ultima non è una soluzione costituzionalmente obbligata, ma «disponibile da parte della regione» (così R. BIN, G. FALCON, *Diritto regionale*, Bologna, 2018, 152).

⁵⁰ Negli statuti ordinari non di rado si prevede che alcune leggi debbano essere approvate con una procedura aggravata: a titolo meramente esemplificativo, può ricordarsi che in Abruzzo è richiesta la maggioranza assoluta, tra l'altro, per l'approvazione delle leggi elettorali e di bilancio. Maggioranze speciali (assolute) sono poi previste dallo Statuto siciliano per le leggi di cui agli artt. 8-*bis* (legge sulla conclusione anticipata della legislatura), 9 (leggi relative alla forma di governo), 13-*bis* (leggi relative ai *referendum*) e 41-*bis* (leggi statutarie di modifica dell'art. 9, commi 1, 2 e 4 e dell'art. 10). Lo Statuto della Sardegna, a sua volta, prevede maggioranze speciali per le leggi di cui all'art. 15. Lo Statuto del Trentino prevede la maggioranza assoluta per la legge provinciale che determina la forma di governo della Provincia autonoma e un aggravio del procedimento volto a sottoporla a *referendum* se approvata a maggioranza dei due terzi (art. 47). Nella Provincia autonoma di Bolzano, la stessa legge deve essere approvata a maggioranza dei due terzi, qualora preveda l'elezione del Presidente della Provincia a suffragio universale e diretto. Nello Statuto della Valle d'Aosta, l'art. 15 prevede la maggioranza assoluta per le leggi relative alla forma di governo (art. 15) e l'aggravio per sottoporle a *referendum* ove approvate a maggioranza dei due terzi (anche lo Statuto del Friuli, all'art. 12, prevede lo stesso).

formazione delle leggi di approvazione e modifica degli statuti ordinari è anche più aggravato rispetto a quello di cui all'art. 138 Cost. (la maggioranza assoluta è richiesta infatti non solo per la seconda, ma anche per la prima approvazione da parte del Consiglio e, indipendentemente dai voti a favore, è sempre possibile richiedere il *referendum*). Ciò in quanto il procedimento di cui all'art. 138 Cost. è volto all'approvazione di leggi idonee a modificare il sistema costituzionale, a differenza del procedimento di cui all'art. 123 Cost. (gli statuti ordinari sono atti sub-costituzionali). Una particolare esigenza di assicurare pienamente presentazione, illustrazione e votazione delle proposte di emendamento può riscontrarsi nel caso delle leggi *costituzionali*; non, invece, in relazione alle leggi ordinarie (statali e) regionali, ancorché approvate con un procedimento che contempla *quorum speciali*.

L'esclusione della questione di fiducia non può, poi, ricollegarsi nemmeno all'opzione, da parte del Consiglio regionale, per il procedimento misto. Essa potrebbe semmai essere argomentata unicamente per il procedimento decentrato (che tuttavia non pare dovrebbe prevedersi a livello regionale) in quanto in tale sede l'intero *iter* di formazione della legge regionale si svolge in commissione, e quindi in una sede ristretta (ancor più dopo la riduzione del numero dei consiglieri⁵¹) e con un regime di minor pubblicità dei lavori. Elementi questi, rispetto ai quali l'aggiunta della questione di fiducia si configurerebbe come un ulteriore (e perciò inaccettabile) indebolimento della dialettica interna al legislativo.

10. *L'illegittimità della questione di fiducia a livello regionale come conseguenza della forma di governo neoparlamentare?*

È, ciò nonostante, dubbio che, a livello regionale, possa ammettersi l'effetto che la questione di fiducia determina sul dibattito parlamentare.

Dalla giurisprudenza costituzionale (v. sentt. nn. [2](#) e [379 del 2004](#)) si apprende che gli effetti della questione di fiducia sarebbero da considerarsi «certamente inammissibili, ove pretendessero di produrre qualcosa di analogo ad un rapporto fiduciario» (p. 9 *cons. in dir.*). In verità, anche se «non vi è “silenzio” costituzionale (o, nel nostro caso, statutario) e forse neanche divieto esplicito che sia in grado di impedire ad un esecutivo di dimettersi a seguito di un voto contrario dell'assemblea su di una questione dichiarata cruciale per l'indirizzo politico»⁵², va riconosciuto che nel contesto di una forma neoparlamentare di governo «la capacità di “disciplinamento” della questione di fiducia nei confronti della maggioranza di sostegno del Presidente risulta amplificata se si considera che la sua eventuale reiezione determina l'operatività del *simul simul* e, quindi, lo scioglimento del Consiglio»⁵³.

⁵¹ Cfr. G. TARLI BARBIERI, *Esperienze e conseguenze della riduzione delle assemblee parlamentari regionali: i Consigli regionali in Italia*, in *le Regioni*, n. 6/2020, 1317, che ritiene che il numero particolarmente basso di componenti delle commissioni in alcune regioni (es. Molise, Calabria) sia «tale da suscitare non pochi dubbi in punto di rappresentatività delle commissioni permanenti, a maggior ragione per la centralità riconosciuta alle stesse dagli statuti e dai regolamenti interni dei Consigli regionali, con il riconoscimento di significative attribuzioni» e ricorda quale effetto della contrazione del numero dei consiglieri regionali la previsione della partecipazione degli stessi a più di un organo collegiale interno.

⁵² E. GIANFRANCESCO, *La questione di fiducia negli ordinamenti regionali*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2016, 5. In tal senso, v. anche P. CARETTI, G. TARLI BARBIERI, *Diritto regionale*, Torino, 2019, 146, i quali anzi sottolineano che «le limitazioni poste dagli Statuti circa l'utilizzazione della questione di fiducia non sembrano tali da contenere significativamente l'eventuale ricorso a questo strumento. Ciò vale soprattutto per le limitazioni attinenti all'approvazione di disegni di legge: da un punto di vista politico non è infatti possibile impedire al Presidente di condizionare la propria permanenza in carica (e con ciò anche quella del Consiglio!) all'approvazione di una propria proposta».

⁵³ E. GIANFRANCESCO, *La questione di fiducia negli ordinamenti regionali*, cit., 3.

Potrebbe forse dirsi, poi, che il rafforzamento del Presidente della Giunta⁵⁴, conseguente all'adozione della forma neoparlamentare di governo, deve trovare un contrappeso adeguato nell'attività di controllo del Consiglio, la quale pure si esplica attraverso l'approvazione di leggi⁵⁵. E, anzi, potrebbe sostenersi che, essendo in una forma di governo neoparlamentare più difficile la strada della sfiducia, dal momento che essa determina lo scioglimento contestuale del Consiglio, e non essendo neppure ammissibile la mozione di sfiducia individuale (sent. [12 del 2006](#)), tale controllo non possa in effetti che passare, in misura preponderante, dall'approvazione delle leggi regionali. Di modo che, per assicurare l'equilibrio tra i poteri a livello regionale, potrebbe forse ritenersi di escludere la questione di fiducia, la quale – a ragionare in tale prospettiva – appare tollerabile unicamente laddove vi sia un rapporto fiduciario, ma non vi sia correlazione giuridicamente necessaria tra dimissioni dell'esecutivo e nuove elezioni per il legislativo⁵⁶.

Peraltro, e benché si tratti di un mero argomento *ab inconvenienti*, ad ammettere la questione di fiducia, si pone il problema di capire se l'atto sul quale è posta debba allora essere approvato con lo stesso *quorum* previsto in Costituzione per la sfiducia (maggioranza assoluta) anziché con la maggioranza semplice di regola prevista. Se si nega l'innalzamento del *quorum* conseguente alla decisione dell'esecutivo di porre la questione di fiducia e l'atto sul quale la questione di fiducia è posta viene respinto a maggioranza semplice, ne dovrebbero seguire le dimissioni dell'esecutivo e lo scioglimento dello stesso Consiglio anche in assenza della maggioranza speciale richiesta dalla Carta costituzionale per la sfiducia⁵⁷. A non minori difficoltà conducono le soluzioni sposate dagli statuti (art. 37, comma 4, St. Calabria, art. 49, comma 3, St. Campania, art. 44, comma 2, St. Liguria) che contemplano per la rieiezione o la approvazione dell'atto sul quale è posta la questione di fiducia la maggioranza assoluta. Si è scritto, infatti, che «l'effetto di tali soluzioni è paradossale. Basti considerare che, nel primo caso (maggioranza assoluta per la rieiezione), la proposta sulla quale è posta la questione di fiducia – ad es. l'articolo di un disegno di legge – può essere *approvata* anche se i voti contrari superano quelli favorevoli; nel secondo caso (maggioranza assoluta per l'approvazione), per contro, la questione di fiducia può essere *respinta* (con conseguente effetto-sfiducia), anche se i voti favorevoli superano i voti contrari»⁵⁸ (cioè l'atto sul quale è stata posta la fiducia, ancorché sostenuto da una maggioranza semplice, non è approvato e l'esecutivo regionale deve dimettersi). Entrambe le soluzioni sono criticabili, ma non perché in contrasto con il principio di maggioranza⁵⁹ (infatti potrebbe dirsi che le maggioranze assolute – e speciali in genere – siano un'eccezione rispetto al principio di maggioranza). Lo sono, invece, la prima, perché riferendo il *quorum* deliberativo alla rieiezione dell'atto sembra determinare uno squilibrio eccessivo tra esecutivo e legislativo. Mutua, infatti, una soluzione talora prevista in altre forme di governo (es. Francia), ma senza le cautele che a essa generalmente si accompagnano e anzi in un quadro istituzionale segnato

⁵⁴ Come osservato da R. BIN, G. FALCON (*Diritto regionale*, cit., 174), l'assetto neoparlamentare della forma di governo suggerisce che proprio al Presidente (e non alla Giunta) debba essere rimessa la decisione di apporre la questione di fiducia.

⁵⁵ Da ultimo si è rilevata, in tal senso, una rinnovata capacità dei consigli regionali (P. CARETTI, G. TARLI BARBIERI, *Diritto regionale*, cit., 147): «Studi recenti sulla prassi relativa alle ultime legislature regionali non sembrano dimostrare il pieno radicamento della vocazione “presidenzialistica” della forma di governo regionale, né la presunta efficienza dello stesso; sembra cioè che i Consigli abbiano in qualche misura ritrovato un peso non irrilevante quantomeno sul terreno dell'esercizio della potestà legislativa: infatti, molte leggi approvate derivano da iniziative di consiglieri (in non pochi casi di gruppi diversi); le proposte della Giunta sono spesso emendate in sede consiliare e talvolta con il concorso non marginale dei gruppi di opposizione».

⁵⁶ In relazione alla forma di governo neoparlamentare delle regioni si è scritto (v. M. DELLA MORTE, L. RONCHETTI, *Simul stabunt simul... stabunt: a quale prezzo?* in *le Regioni*, n. 1-2/2021, 96) che essa ha creato «un vero e proprio rapporto di sudditanza dei Consigli regionali nei confronti degli organi di vertice che, infatti, si percepiscono e si comportano da esponenti isolati dell'indirizzo politico regionale».

⁵⁷ E. GIANFRANCESCO, *La questione di fiducia negli ordinamenti regionali*, cit., 17 ss.

⁵⁸ A. D'ATENA, *Diritto regionale*, cit., 321.

⁵⁹ Così, invece, A. D'ATENA, *Diritto regionale*, cit., 322.

dal necessario scioglimento del Consiglio regionale in caso di “reiezione”⁶⁰. La seconda, in quanto «viola la regola di cui intende fare applicazione, l’art. 126, comma II, Cost.»⁶¹, almeno nella misura in cui si sostenga che la razionalizzazione della forma di governo da esso contemplata non si riferisca unicamente al *quorum* speciale, ma al *quorum* unitamente alla (necessaria e unitaria) motivazione (in questo senso la sfiducia dovrebbe essere sempre espressa attraverso l’approvazione della mozione e non risultare dalla mancata approvazione a maggioranza assoluta di un atto sul quale è stata posta la questione di fiducia).

Non mancano quindi elementi per sostenere che la questione di fiducia non dovrebbe aversi nel quadro di una forma di governo neoparlamentare⁶².

Naturalmente, se l’esclusione della questione di fiducia si correla agli equilibri propri della forma di governo neoparlamentare, per coerenza, laddove le regioni optino per una forma di governo diversa⁶³, la questione di fiducia potrebbe ritenersi ammissibile. Questo è, in particolare, il caso della forma di governo parlamentare⁶⁴.

La ridotta composizione numerica dei Consigli regionali non costituisce un ostacolo alla previsione dell’istituto. La tesi per la quale se in una regione si opta per la forma di governo parlamentare la questione di fiducia è ammissibile non è in contraddizione con quella per la quale a livello regionale il procedimento decentrato non potrebbe essere concepito. Infatti, quest’ultima convinzione non si fonda unicamente sulla considerazione del ridotto numero dei componenti della commissione e, peraltro, in aula il numero dei consiglieri è naturalmente più alto che in commissione.

Ciò, però, non implica che in tutti i casi il ricorso da parte dell’esecutivo alla questione di fiducia, con quanto ne consegue in ordine all’esame delle proposte di emendamento, dovrebbe dirsi legittimo.

⁶⁰ La posizione della questione di fiducia in Francia determina l’approvazione dell’atto se l’Assemblea nazionale non approva a maggioranza assoluta una mozione di censura. Anche in questo caso, dunque, a meno che non vi sia una maggioranza assoluta disposta a sfiduciare l’esecutivo, l’atto è approvato (in Francia senza neppure bisogno di una votazione). Tuttavia, in Francia, l’approvazione della mozione di censura non determina lo scioglimento dell’Assemblea nazionale ed esistono precise limitazioni, quantitative e per materia, in ordine al ricorso alla questione di fiducia da parte del Governo. Limitazioni per materia sono in effetti previste dagli artt.: 37, comma 3, St. Calabria (che peraltro contempla anche la necessità dell’assenso da parte della Giunta sulla decisione presidenziale di apporre la questione di fiducia), 44 St. Liguria, 49 St. Campania, art. 52, comma 2, St. Basilicata.

⁶¹ A. D’ATENA, *Diritto regionale*, cit., 322.

⁶² *Contra*, però, P. CARETTI, G. TARLI BARBIERI, *Diritto regionale*, cit., 145 s., che considerano indubbiamente legittima la previsione negli statuti della questione di fiducia, pur osservando che «sembrano opportune previsioni statutarie o regolamentari dirette a contenere il rischio di un abuso del ricorso a questo strumento, sia allo scopo di non impedire il pieno dispiegarsi delle prerogative consiliari, sia allo scopo di limitare fenomenologie, come quelle dei “maxi emendamenti”, che hanno inciso pesantemente sulla qualità dei testi legislativi».

⁶³ Come osservato in dottrina (v. P. GIANGASPERO, *L’organizzazione costituzionale delle Regioni e il ruolo della legge regionale*, in *Le Regioni*, n. 1-2/2021, 130), «sotto questo profilo, come è noto, in realtà nulla è stato realizzato, in parte forse per la debolezza politica delle Regioni [...] Nessuna iniziativa [...] è stata concretamente assunta per declinare i rapporti Giunta Consiglio in termini di formule parlamentari (le uniche effettivamente consentite dai vincoli costituzionali inderogabili) realmente differenti, che pure in astratto sarebbero state possibili». Parte della dottrina propone un superamento della forma neoparlamentare di governo: v. M. DELLA MORTE, L. RONCHETTI, *Simul stabunt simul... stabunt: a quale prezzo?*, cit., 107. Si è pure paventato il rischio che il modello neoparlamentare regionale possa ispirare riforme relative alla forma di governo nazionale: per tutti, v. A. MORELLI, *Quale futuro per il regionalismo italiano?*, in *Le Regioni*, n. 1-2/2021, 164 s.

⁶⁴ Prima della riforma del Titolo V, la dottrina (v. per tutti L. PALADIN, *Diritto regionale*, Padova, 1992, 290-293) riteneva che il modo di concepire la responsabilità politica del Governo a livello nazionale avrebbe potuto (non dovuto) riproporsi anche a livello regionale. Quanto all’ordinamento vigente, per una parte della dottrina, in ogni caso la posizione di primazia del Presidente rispetto agli altri componenti della Giunta dovrebbe rimaner ferma anche laddove si optasse per una forma di governo parlamentare: v. A. D’ATENA, *Diritto regionale*, cit., 317. Questo è un elemento avverso all’opzione per una forma di governo parlamentare (a tendenza) assembleare (in tal senso, espressamente, v. 112), ma nasce da un’interpretazione dell’art. 121, comma IV, Cost. che tuttavia potrebbe essere revocata in dubbio. Secondo R. BIN, G. FALCON, *Diritto regionale*, cit., 171 le regioni possono adottare le forme parlamentare e assembleare – anche se «non sono praticabili [...] nelle forme pure del modello». A parte il tentativo naufragato compiuto in Veneto nel 2002, l’elezione del Presidente della Regione da parte del Consiglio regionale è prevista unicamente in Valle d’Aosta (ed è accompagnata dalla mozione di sfiducia costruttiva: l. reg. 7 agosto 2007, n. 21).

Infatti, per le stesse ragioni esaminate con riguardo al livello nazionale, essa potrebbe comunque non essere ammessa in ipotesi specifiche, come nel caso della formazione delle leggi di bilancio.

io di diritto espresso dal Consesso riunito nella [sentenza n. 9 del 2010](#); appare infatti lecito domandarsi se, in presenza di un sistema sostitutivo maggiormente aderente alle condizioni economiche del reo, non sarebbe corretto giustificare il diniego di sostituzione della pena detentiva con quella pecuniaria anche in forza dalla condizione economica del reo. Se il ragionamento della Corte di cassazione è ragionevole (sia pure non necessariamente condivisibile) al cospetto di un sistema che, nel prevedere il minimo del tasso di conversione nella somma di 250 euro, non consente un'effettiva valutazione della dimensione economica del condannato, quel ragionamento presenta tratti di irragionevolezza se riferito a un meccanismo sostitutivo sensibile alla condizione del reo: qualora le difficoltà economiche in cui versa lo rendano comunque insolubile, sembra opportuno procedere alla sostituzione con le altre sanzioni rinvenibili nell'ordinamento, nell'intenzione di evitare che un eccessivo indulgenzialismo possa ostacolare sia il perseguimento delle finalità cui la pena tende, sia, con riguardo alla sanzione pecuniaria, l'effettiva valorizzazione della stessa all'interno del sistema sanzionatorio.

Damiano Florenzano

**La disciplina dell'assegnazione delle concessioni di grande derivazione idroelettrica:
una competenza legislativa primaria "sui generis" delle Province Autonome
La definizione può attendere, nel mentre si applicano i limiti comunque desumibili dalla
legislazione statale vigente***

ABSTRACT: *The paper examines the judgment of the Constitutional Court that deals for the first time with the subject and the limits of the legislative competence of the Autonomous Provinces in the matter of the allocation of large hydroelectric concessions. The coordinates used to resolve the issues of constitutional legitimacy devolved to prove that there is little room in this area for the legislator of special autonomies.*

SOMMARIO: 1. La competenza legislativa delle Province autonome in materia di assegnazione di grandi derivazioni a scopo idroelettrico, introdotta con il rinnovellato art. 13 dello Statuto speciale, tra incertezze di contenuti e di forme. – 2. Lo spazio riconosciuto dalla previgente disciplina statutaria. – 3. L'assimilazione, con riserva, alla competenza primaria. – 4. Lo spazio per il Legislatore provinciale (e ordinario) in difetto di disciplina statale difforme. – 5. La norma fondamentale di grande riforma economico sociale: il "principio del procedimento unico".

1. La competenza legislativa delle Province autonome in materia di assegnazione di grandi derivazioni a scopo idroelettrico, introdotta con il rinnovellato art. 13 dello Statuto speciale, tra incertezze di contenuti e di forme.

Con la [sentenza 10 maggio 2022, n. 117](#), la Corte ha avuto l'occasione di esaminare il primo fra i contenziosi instaurati dal Governo avverso una legge delle Autonomie, avente ad oggetto la disciplina delle modalità di affidamento delle concessioni di grande derivazione elettrica¹. Ossia un tema che, seppur contrassegnato da un ambito limitato, si segnala per gli effetti di natura economica, ed oggi pure, a seguito dei recenti deprecabili avvenimenti, strategica.

Al di là delle questioni sollevate, invero meno numerose di quelle che hanno contrassegnato altri contenziosi pendenti in riferimento a leggi di altre Regioni, la sentenza si segnala, innanzitutto, per aver affrontato, per la prima volta, la qualificazione della competenza legislativa spettante alle Province autonome nella materia di cui era lite.

E sì, perché la sentenza si è dovuta interrogare sulla natura della competenza legislativa assegnata dall'art. 13 dello Statuto, nei contenuti introdotti dall'art. 1, comma 833, L. 27 dicembre 2017, n. 205², a differenza di quanto sia previsto per le altre Autonomie, per le quali il riferimento è sempre e solo l'art. 117, comma 3, Cost., così come attuato dall'art. 12 del d.lgs. n. 79 del 1999.

Con tale rinnovellata disposizione lo Statuto aveva stabilito che «*le province disciplinano con legge provinciale le modalità e le procedure di assegnazione delle concessioni per grandi derivazioni d'acqua a scopo idroelettrico, stabilendo in particolare norme procedurali per lo svolgimento delle*



¹ Risultano ad oggi pendenti i giudizi relativi alle seguenti leggi regionali: Piemonte 29 ottobre 2020, n. 26, e Basilicata 26 luglio 2021, n. 29. Quello relativo alla legge reg. Lombardia 8 aprile 2020 n. 5, si è concluso con la rinuncia da parte ricorrente e spedito alla camera di consiglio del 6 luglio u.s., dopo che la Regione aveva ampiamente modificato la legge impugnata approvando la legge 4 novembre 2021, n. 19 ([Corte cost., ord. n. 185 del 2022](#)).

² Sulla revisione statutaria e sui contenuti della competenza prevista dall'art. 13 dello Statuto si vedano S. MANICA e M. DEL CARMEN JIMÉNEZ PLAZA, *Le concessioni di grande derivazione idroelettrica nella Regione Trentino-Alto Adige/Südtirol: lo stato dell'arte alla luce della legislazione provinciale e della recente modifica dello Statuto speciale di Autonomia*, in [Diritto dei servizi pubblici](#), 12 settembre 2018; F. GUELLA e S. MANICA, "A metà del guado, dalla norma di attuazione alla legge costituzionale: competenze sull'energia idroelettrica e revisione dello Statuto del Trentino-Alto Adige/Südtirol" in *le Regioni*, anno XLVI, numero 2, aprile 2018, pagg. 340 e ss.

gare, i termini di indizione delle stesse, i criteri di ammissione e di aggiudicazione, i requisiti finanziari, organizzativi e tecnici dei partecipanti. La legge provinciale disciplina inoltre la durata delle concessioni, i criteri per la determinazione dei canoni di concessione per l'utilizzo e la valorizzazione del demanio idrico e dei beni patrimoniali costituiti dagli impianti afferenti le grandi derivazioni idroelettriche, i parametri di sviluppo degli impianti nonché le modalità di valutazione degli aspetti paesaggistici e di impatto ambientale, determinando le conseguenti misure di compensazione ambientale e territoriale, anche a carattere finanziario».

E nel precisare il tipo di competenza, lo Statuto ha stabilito altresì – riguardo ai limiti che tradizionalmente contribuiscono a qualificare la competenza delle Regioni – che la stessa si svolge *«Nel rispetto dell'ordinamento dell'Unione europea e degli accordi internazionali, nonché dei principi fondamentali dell'ordinamento statale...».*

Non vi è chi non veda che la predetta elencazione, per quanto ellittica, contiene un limite finora non utilizzato negli statuti speciali (e, per il vero, nemmeno nella Costituzione), un vero proprio “intruso”; un limite mai definito né dal Legislatore di attuazione, e, tantomeno, dall’opera ricostruttiva della giurisprudenza e della dottrina (i cd. “*principi fondamentali dell'ordinamento statale*”).

Ora, va detto che, se con tale espressione – non accompagnata da alcuna indicazione – il Legislatore statutario abbia inteso riferirsi ad un nuovo limite, ovvero ai principi fondamentali della legislazione vigente (in materia), utilizzando una locuzione inedita, non era, né è, dato desumerlo od escluderlo con certezza. Certo è che nella disposizione considerata compariva solo la menzione ai predetti “*principi fondamentali dell'ordinamento statale*” e non compariva il riferimento ai “*principi fondamentali dell'ordinamento statale*”.

Ad aggravare l’incertezza soggiungeva, a distanza di pochi mesi dalla predetta revisione statutaria, la nuova disciplina introdotta dal medesimo Parlamento (evidentemente dotato di fervida capacità inventiva), che con l’art. 12, comma 1-ter, del d.lgs. n. 79 del 1999, introdotto con la legge 11 febbraio 2019, n. 12, di conversione del d.l. 14 dicembre 2018, n. 135, aveva indicato il medesimo “inedito” limite per precisare i limiti alla competenza legislativa delle Regioni ordinarie nella medesima materia (*«Nel rispetto dell'ordinamento dell'Unione europea e degli accordi internazionali, nonché dei principi fondamentali dell'ordinamento statale e delle disposizioni di cui al presente articolo»*), la quale, come noto, si qualifica, senza incertezze, quale competenza “concorrente” ex art. 117, comma 3, Cost. E ciò senza richiamare, anche in tal caso, i cd. “*principi fondamentali della legislazione vigente*”, tra i vari limiti.

Da qui, le intuibili incertezze in tema di ascrivibilità della competenza legislativa provinciale alla categoria concorrente, ovvero a quella primaria.

Infatti, se è pur vero che nella disposizione statutaria non compariva alcun riferimento al limite dei cd. principi fondamentali della legislazione vigente – limite inequivocabile della competenza concorrente – era pur vero che la disposizione non indicava tutti i limiti della competenza primaria (a differenza dell’art. 4 del medesimo Statuto), sicché non era escludibile *a priori* che il limite, pur se “nuovo”, si annettesse comunque ad una competenza concorrente, seppure “*sui generis*”.

Come se non bastasse, a rendere ancora più problematica la ricostruzione della competenza e soprattutto una collocazione della medesima “verso l’alto” (primaria), sovvenivano ulteriori ragioni, connesse proprio alle modalità con cui era avvenuta la revisione statutaria nel 2017.

Va tenuto presente che l’art. 13 dello Statuto, nei contenuti di cui si discute, era stato introdotto con legge ordinaria, previa intesa con le Autonomie; ciò a mente dell’art. 104, comma 1, dello Statuto T.A.A., che prevede che *«Fermo quanto disposto dall'articolo 103 le norme del titolo VI e quelle dell'art. 13 possono essere modificate con legge ordinaria dello Stato su concorde richiesta del Governo e, per quanto di rispettiva competenza, della regione o delle due province».*

Orbene, va pure tenuto conto che, nell’ambito dello Statuto della Regione Alpina, l’art. 13 non è una disposizione che, in precedenza, aveva raccolto le norme sulla competenza legislativa delle Province Autonome, tanto più in detta materia, delle grandi derivazioni idroelettriche. Tutt’altro! Era

stata, invece, una disposizione che, sin dalle origini del cd. Secondo Statuto (1971)³, aveva disciplinato principalmente l'istituto di natura patrimoniale/finanziaria della devoluzione della quota di energia prodotta dai concessionari di grande derivazione in favore delle Province (in natura e/o per equivalente), ivi compresa la previsione di una mera competenza normativa di attuazione, in merito all'utilizzo di detta energia elettrica (solo quella acquisita coattivamente); inoltre, aveva disciplinato alcuni aspetti partecipativi e alcune prerogative delle Autonomie, in riferimento ai procedimenti amministrativi relativi all'assegnazione delle concessioni, al tempo, di sicura spettanza statale⁴. Ed è proprio in ragione di detto circoscritto contenuto, connesso principalmente alla finanza provinciale o a procedimenti amministrativi comunque riferiti allo sfruttamento di tali risorse (quindi suscettibile di necessari e ripetuti adeguamenti), che l'articolo dello Statuto era rientrato, al pari del Titolo VI del medesimo Statuto (rubricato "*Finanza della regione e delle province*"), tra le disposizioni cd. "depotenziate", ossia quelle modificabili con la procedura legislativa ordinaria "negoziata", ai sensi dell'art. 104 dello Statuto.

Nel mentre, le disposizioni sulla competenza legislativa delle Province erano state collocate negli artt. 8 e 9 dello Statuto; ed in esse campeggiava, come tuttora, la disposizione di cui al punto 9) dell'art. 9, che, nell'assegnare competenza legislativa concorrente alle Province in punto di "*utilizzazione delle acque pubbliche*", precisa, tuttora, che da questa sono «*escluse le grandi derivazioni a scopo idroelettrico*». Una disposizione, mai abrogata, ma solo derogata a mente del combinato art. 117 Cost. e art. 10 della legge cost. n. 3 del 2001, con il quale era stata riconosciuta ad entrambe le Province la (medesima) competenza concorrente riconosciuta alle Regioni ordinarie nella materia di «*produzione, trasporto e distribuzione nazionale della energia*»⁵.

Ora, come visto, l'art. 13 dello Statuto, nei contenuti qui rilevanti, era stato, appunto, introdotto con la legislazione cd. "negoziata" (legge ordinaria previa intesa con le Autonomie), a mente dell'art. 104 dello Statuto.

Da qui, il dubbio che tale procedura non fosse idonea ad innovare una parte dello Statuto non modificabile a mente dell'art. 104 medesimo, e, soprattutto, che si potesse raggiungere il descritto esito (introduzione di una nuova competenza legislativa primaria) mercé l'introduzione, con legislazione contrattata, di una disposizione statutaria, altamente innovativa, in una preesistente disposizione depotenziata, ma dal contenuto, sostanzialmente, alieno.

Da qui, ragioni per consigliare una qualificazione della competenza più coerente alla disciplina costituzionale e statutaria vigente, poiché l'attenuazione della portata innovativa della disposizione avrebbe certamente attenuato, se non escluso, i dubbi circa la legittimità della revisione statutaria richiamata.

³ Nel cd. primo Statuto del 1948 esisteva un'analogia disciplina contenuta nell'art. 10 che, peraltro, riservava le dette prerogative patrimoniali alla Regione TAA.

⁴ Il testo originario dell'art. 13 dello Secondo Statuto approvato con la legge costituzionale 10 novembre 1971 n. 1 e poi riversato nel noto *Testo unico delle leggi costituzionali concernenti lo statuto speciale per il Trentino-Alto Adige* (d.p.r. 31 agosto 1972, n. 670) era il seguente: "*Nelle concessioni di grande derivazione a scopo idroelettrico, i concessionari hanno l'obbligo di fornire annualmente e gratuitamente alle province di Bolzano e di Trento - per servizi pubblici e categorie di utenti da determinare con legge provinciale - 220 kWh per ogni KW di potenza nominale media di concessione, da consegnare all'officina di produzione, o sulla linea di trasporto e distribuzione ad alta tensione collegata con l'officina stessa, nel punto più conveniente alla provincia. Le province stabiliscono altresì con legge i criteri per la determinazione del prezzo dell'energia di cui sopra ceduta alle imprese distributrici, nonché i criteri per le tariffe di utenza, le quali non possono comunque superare quelle deliberate dal CIP. I concessionari di grandi derivazioni a scopo idroelettrico dovranno corrispondere semestralmente alle province lire 6,20 per ogni kWh di energia da esse non ritirata. Il compenso unitario prima indicato varierà proporzionalmente alle variazioni, non inferiori al 5 per cento del prezzo medio di vendita della energia elettrica dell'ENEL, ricavato dal bilancio consuntivo dell'ente stesso. Sulle domande di concessione per grandi derivazioni idroelettriche presentate, nelle province di Trento e di Bolzano, in concorrenza dall'ENEL e dagli enti locali, determinati in base a successiva legge dello Stato, provvede il Ministro per i lavori pubblici di concerto col Ministro per l'industria, il commercio e l'artigianato e d'intesa con la provincia territorialmente interessata*".

⁵ [Corte cost., sent. 14 ottobre 2005, n. 383.](#)

2. Lo spazio riconosciuto dalla previgente disciplina statutaria.

Orbene, nella sentenza il tema è stato affrontato e risolto, almeno così sembra, a vantaggio della maggiore autonomia della Provincia Autonoma, complice, va detto sin da subito, la carenza di contraddittorio sul punto. Anche il Governo ricorrente non aveva messo in dubbio la natura primaria della competenza legislativa della Provincia Autonoma, anche se poi, con il consueto approccio, ne aveva contestato il concreto esercizio, attingendo abbondantemente alla disciplina di legge ordinaria per denunciare la violazione dei parametri costituzionali.

È interessante ripercorrere in sintesi i principali passi dell'argomentazione della sentenza, la quale è costretta ad affrontare il tema della qualificazione della competenza e dei relativi limiti, ai fini di decidere quella che, tra le questioni devolute, era di maggiore momento, ossia la verifica se il Legislatore provinciale avesse potuto derogare al modello di "procedimento unico", asseritamente ricavabile dall'art. 12, comma 1-ter, lett. m), del d.lgs. n. 79 del 1999, in ipotesi assumibile tra i «*principi fondamentali dell'ordinamento statale*».

In merito, la Corte anticipa i 5 punti del proprio argomentare, tra i quali, appunto, la verifica dell'effettiva «*portata dell'art. 13 dello statuto speciale di autonomia così come risultante dalle rilevanti modifiche introdotte nel 2017.*» Dopodiché, avvia una ricostruzione invero ampia, seppure sinteticamente esposta.

Da una parte, ripercorre le tappe dell'evoluzione del quadro normativo concernente la competenza del Legislatore provinciale in tema di derivazioni idroelettriche (grandi e piccole), rilevando che sino alla recente modifica, la potestà legislativa provinciale, in punto di affidamento di grandi concessioni, si presentava identica a quelle delle regioni di diritto comune in forza della clausola di maggior favore di cui all'art. 10 della legge cost. n. 3 del 2001 ([sentenze n. 64 del 2014](#) e [383 del 2005](#)). Parallelamente aveva richiamato anche i contenuti delle norme di attuazione, pure approvate dopo la revisione del Titolo V della seconda Parte della Costituzione.

Dall'altra, ha proceduto a richiamare le coordinate evincibili dalla sua giurisprudenza in punto di limiti alla suddetta competenza, principalmente evincibili dal II comma dell'art. 117 Cost. (primo fra tutti quello ancorato alla «*tutela della concorrenza*») ⁶.

In questo ampio lavoro ricostruttivo, per il vero, l'esame degli articoli 9 e 13 dello Statuto, pur valutati, è risultato un po' sacrificato, al punto da condurre ad una descrizione ellittica e non completamente esaustiva.

Nella sentenza, le due disposizioni vengono quasi giustapposte, come se si occupassero di ambiti comparabili ed omogenei; l'art. 9 viene richiamato come la disposizione avente ad oggetto la definizione degli ambiti materiali di spettanza della competenza legislativa concorrente, tra cui la materia della «*utilizzazione delle acque pubbliche*»; l'art. 13, pur nella versione originaria, viene considerato come una disposizione riguardante, *tout court*, le grandi concessioni idroelettriche, pure contemplando, ivi, *in nuce*, una competenza normativa generale ad esse riferita.

Sicché sembra affiorare nella sentenza una lettura secondo la quale l'esclusione della competenza legislativa provinciale per le grandi derivazioni ad uso idroelettrico, pur prescritta espressamente dall'art. 9 dello Statuto, potrebbe non intendersi come un interdetto assoluto, posto al tempo, al Legislatore provinciale in materia, ma potrebbe intendersi solo come un interdetto limitato alla sola competenza legislativa concorrente, senza pregiudizio, così, in ipotesi, per altri tipi di competenza (si legge nella sentenza: «*l'art. 9, numero 9), dello statuto, relativo alle materie di competenza*

⁶ Si legge nella sentenza: «*In tale complessivo contesto, questa Corte ha affermato che spettava, dunque, «allo Stato intervenire in via esclusiva sugli aspetti riconducibili agli ambiti di cui all'art. 117, secondo comma, Cost. (come per le procedure di assegnazione delle concessioni, che rientrano nella tutela della concorrenza: [sentenza n. 1 del 2008](#)), nonché stabilire i principi fondamentali (come per la produzione, il trasporto e la distribuzione nazionale dell'energia: [sentenza n. 383 del 2005](#)); dall'altro [...] alle Province autonome regolare tutti gli altri profili, quali, ad esempio, l'uso delle acque, la trasparenza delle concessioni e la disciplina delle funzioni amministrative» ([sentenza n. 28 del 2014](#))*».

concorrente, continua oggi ad escludere che le Province possano legiferare sulle grandi derivazioni a scopo idroelettrico utilizzando questo genere di competenza»).

Il che non sembra allineato ai contenuti originari dello Statuto ed alla complessiva sistemazione che era stata data nel 1971 alle competenze delle Autonomie nelle materie energetiche con l'approvazione del secondo Statuto, all'esito delle note vicende di rilievo internazionale (che traggono linfa e fondamento dalle Misure 24, 30 e 118 nell'ambito del più ampio "Pacchetto", che era stato approvato dal Parlamento italiano nel 1969 per scongiurare il contenzioso con la Repubblica d'Austria dinanzi alle Nazioni Unite)⁷.

La disposizione, come si sa, era espressiva di una netta e generale estromissione della Province, e delle rispettive legislazioni, dall'ambito dell'assegnazione delle grandi derivazioni idroelettriche, riconducibile allo Statuto; tanto più perché, al tempo, le relative funzioni amministrative erano saldamente in mano statale, come confermato, appunto, dal medesimo art. 13 dello Statuto; da qui, la difficoltà di riconnettere alla disposizione di cui all'art. 9 un significato di esclusione circoscritto alla sola competenza legislativa concorrente delle Province. Tanto più che sarebbe stato curioso che lo Statuto avesse inteso riconoscere una competenza legislativa provinciale di tipo concorrente per le piccole derivazioni idroelettriche e, nel contempo, avesse consentito la prospettiva, in ipotesi, di una competenza primaria per la disciplina delle grandi derivazioni⁸.

Ora, la preclusione di cui all'art. 9 dello Statuto, per quanto superato/derogato⁹ in favore dell'autonomia, mercé il combinato tra art. 117, comma 3, Cost e l'art. 10 della legge cost. n. 3 del 2001¹⁰, è tuttora vigente e non pare suscettibile della soprariportata, restrittiva, lettura, riferita alla medesima disposizione, mai abrogata.

Così come l'art. 13, nella sua versione originaria del secondo Statuto, prima della modifica del 2017, non era di certo la disposizione posta per contenere, essa, le norme sulle grandi derivazioni, né, tantomeno la previsione di competenze legislative nella relativa "materia" ovvero sul "mercato" dell'energia elettrica; al contrario, era stato il luogo di raccolta di episodiche discipline riferite alle

⁷ Sulle cronache della vicenda approvativa da parte dei due Parlamenti del Pacchetto di Misure, tra i tanti: P. AGOSTINI, A. ZENDRON, *Quarant'anni tra Roma e Vienna*, Roma 1987; A. BERLOFFA, *Gli anni del pacchetto: ricordi raccolti da Giuseppe Ferrandi*, Bolzano, 2004; G. Faustini, H. Kucera (a cura di), *Un patto per la convivenza - 20 anni di nuova autonomia in Alto Adige*, Bolzano, 1992; A. GATTINI, *La chiusura della controversia italo-austriaca sull'Alto Adige*, in *Riv. dir. internaz.*, 1992, 348 ss.; K. ZELLER, *Das Problem der völkerrechtlichen Verankerung des Südtirol-Paketes und die Zuständigkeit des Internationalen Gerichtshofs*, Wien, 1989; C. NOLET, *La provincia difficile. Vent'anni di cronache politiche (1961-1980)*, Bolzano, 1980.

⁸ Sulla disciplina contenuta nel secondo Statuto in materia energetica sugli spazi di competenza legislativa scaturiti si veda G. CAIA, *Stato e autonomie nella gestione dell'energia*, Milano, 1984, 197 e ss., e sia consentito fare rinvio anche a D. FLORENZANO, *La disciplina delle Attività elettriche nelle Regioni ad Autonomia speciale* in *IL GOVERNO DELL'ENERGIA TRA STATO E REGIONI*, TRENTO, 2009, 164 e ss.

⁹ Con riferimento alla potestà amministrativa, il quadro era stato già in favore delle Regioni ad opera del Legislatore statale già prima della revisione costituzionale di cui alla legge cost. 3/2001. L'art. 30 del d.lgs. n. 112 del 1998 aveva delegato alle Regioni "le funzioni amministrative in tema di energia, ivi comprese quelle relative alle fonti rinnovabili, ..." e l'art. 29 aveva previsto che solo fino alla entrata in vigore delle norme di recepimento della direttiva 96/1992/CE (quelle che sarebbero state approvate con il d.lgs. 98 del 1999: cd. decreto Bersani), le concessioni di grandi derivazioni per uso idroelettrico sarebbero state rilasciate dallo Stato d'intesa con la regione interessata. Con ciò il Legislatore aveva dischiuso la prospettiva dell'assegnazione della competenza amministrativa alle Regioni, prima dell'approvazione del nuovo art. 117 Cost. Sul versante delle Autonomie provinciali era intervenuto, all'indomani del decreto di recepimento, la Norma di attuazione di cui al d.lgs. 463 del 1999 che aveva, al tempo, sancito - sulla falsariga del modello di cui agli artt. 29 e 30 del d.lgs. n. 112 dianzi citato e a fronte del già intervenuto decreto di recepimento della direttiva - la "delega" *sic et simpliciter* alle Province autonome di Trento e di Bolzano, dell'esercizio delle funzioni statali in materia di grandi derivazioni (art. 1-bis, comma 1). Per una ricostruzione della competenza amministrativa in tema di grandi derivazioni in conseguenza delle riforme di fine anni Novanta e dopo il rinnovellato art. 117 Cost, nelle province autonome si veda Corte cost. sent. [1° aprile 2014 n. 64](#).

¹⁰ È proprio in forza della clausola di maggior favore che la Corte sin dalla [sentenza n. 383 del 2005](#) ha ritenuto che le Province avessero acquisito un più ampio di competenza, in precedenza non conosciuto in forza dello Statuto vigente (così successivamente [sentt. 24 febbraio 2014. n. 28](#), e [1° aprile 2014 n. 64](#)).

grandi derivazioni (il prelievo forzoso e la partecipazione al procedimento amministrativo statale per il rilascio delle concessioni); Nulla a che vedere con un inquadramento organico dell'ambito.

Anche la previsione di competenza normativa (cd integrativa/attuativa), ivi prevista riguardava solo la gestione dell'energia elettrica sottratta ai concessionari dalla Provincia e non una disciplina dell'intera energia prodotta (la formula dell'art. 13 è chiarissima: «*Le province stabiliscono altresì con legge i criteri per la determinazione del prezzo dell'energia di cui sopra ceduta alle imprese distributrici, nonché i criteri per le tariffe di utenza, le quali non possono comunque superare quelle deliberate dal CIP.*»).

Probabilmente la suddetta incompleta lettura non ha consentito alla Corte di cogliere, appieno, non la solo la singolarità, ma anche la problematicità dell'inserimento nell'art. 13 della nuova disciplina, mercé il procedimento *ex art.* 104 dello Statuto.

Sicché, non mettendo in dubbio la legittimità della novella statutaria - anche a fronte dell'omogeneità di vedute tra le Parti in giudizio - la Corte ne ha rilevata solo la singolarità («*singolare elemento riformatore*») ed ha incentrato l'attenzione sul contenuto dell'inedito limite. Ciò anche perché la difesa provinciale, per il vero sorprendentemente, aveva preteso connotare la predetta competenza (sicuramente primaria) di caratteri *sui generis* (più ampi), anche rispetto alla competenza legislativa primaria¹¹.

A fronte dell'estemporaneità del limite, mai accompagnato da un'esatta, consapevole definizione in sede legislativa, la Corte ha evitato di pregiudicare la futura ricostruzione, affrontando il tema con un approccio prudente. La sentenza non trasforma il duplice esame, volto alla verifica di due incognite (il contenuto del limite nuovo e, di conseguenza, la qualificazione della competenza), in un sistema per rivelarne entrambi i contenuti, ma offre le indicazioni essenziali, conseguite per approssimazione e su piani paralleli.

In primo luogo, enfatizza la singolarità dell'espressione lessicale, assumendo che la locuzione non può esser scambiata né con quella descrittiva dei limiti indicati all'art. 4 dello Statuto per la competenza primaria, né *a fortiori* con quella ricognitiva dei principi fondamentali della legislazione vigente.

E tanto basta per escludere la natura concorrente della competenza, che viene configurata come una competenza tra quelle primarie, seppure *sui generis*, appunto, per l'esistenza del peculiare limite (*ex art.* 13 dello Statuto).

Dopodiché, dovendo declinare il contenuto del limite, la Corte non si espone. Ragionando *a contrario*, rileva che «*In ogni caso, attribuire all'espressione in esame, rispetto a quella utilizzata dagli artt. 4 e 8 dello statuto, una decisiva funzione distintiva, avrebbe una conseguenza sistematica di notevole momento: significherebbe, cioè, conferire alle Province, nella materia delle concessioni per grandi derivazioni d'acqua, una autonomia più accentuata rispetto a quella di cui esse godono in ogni altra materia assegnata loro in competenza primaria. Proprio ragioni di ordine sistematico e, come si dirà, anche testuale, non consentono tuttavia di pervenire a simili conclusioni*».

Quindi il gioco è fatto: il limite dei principi fondamentali dell'ordinamento statale, sicuramente diverso, viene solo definito in negativo: non determina l'introduzione di una competenza più ampia di quella primaria; anzi, alla predetta competenza devono applicarsi tutti i limiti tipici della competenza primaria. Nulla di più.

Seguono considerazioni per confermare questo assunto¹². Ma il limite resta non definito.

¹¹ Si legge nella decisione «*Per parte sua, la resistente ragiona di uno «specifico ambito di competenza legislativa», delineata tramite ricorso ad una espressione che si differenzia da quelle utilizzate, tanto dall'art. 4, quanto dall'art. 5 dello statuto per definire, rispettivamente, i vincoli alla autonomia legislativa primaria e secondaria*».

¹² La decisione, facendo leva sulla singolarità e sui limiti della procedura modificativa dello Statuto (procedura negoziata), desume l'impossibilità di qualificare questa competenza in una posizione peggiore rispetto a quella primaria. E soggiunge, ricorrendo alla prospettazione del paradosso che qualora si assumesse un «*significato distintivo della formula utilizzata per l'art. 13, si giungerebbe al paradosso per cui, nella materia in esame, si dovrebbe ritenere esonerata la Provincia dal rispetto della stessa Costituzione – che l'art. 13 non menziona, a differenza dell'art. 4 – o*

3. L'assimilazione, con riserva, alla competenza primaria.

Se ci si aspettava un intervento didascalico sul punto, la sentenza provoca un po' di insoddisfazione, ma non è difficile scorgere in tale ellitticità il prudente contegno della Corte, che, evidentemente, ha ritenuto di trovarsi in una fase non matura, anche a causa di un contegno perplessivo del Legislatore (negoziato e ordinario *tout court*), da preferire di non ipotecare gli sviluppi con l'apposizione di specifiche coordinate.

La sentenza ha comunque rilievo; ha confermato:

i) che l'art. 13 dello Statuto ha introdotto una competenza legislativa delle Province in materia di «modalità e... procedure di assegnazione delle concessioni per grandi derivazioni d'acqua a scopo idroelettrico»;

ii) che tale competenza, per quanto *sui generis*, deve essere assimilata, quanto ai limiti, a quella primaria;

iii) che la medesima soggiace altresì ad un limite che si differenzia da quelli conosciuti ed è, quindi, “nuovo” («*principi fondamentali dell'ordinamento statale*»), del quale non vengono declinati i contenuti, e del quale, pertanto, si rinvia la perimetrazione a precisazioni future.

Questa, si auspica, potrà avvenire, con il contributo del Legislatore, innanzitutto, in sede di futura disciplina statutaria, ed anche in sede di Norme di attuazione ai sensi dell'art. 107 dello Statuto. Ovviamente senza escludere che una più precisa declinazione del limite potrà riemergere in future decisioni, le quali - se assai difficilmente, in futuro, metteranno in dubbio l'affermazione della natura “primaria” della predetta competenza legislativa - potranno in ogni caso dare linfa per individuare specifiche coordinate per definire i limiti deducibili, appunto, dai cd. “*principi fondamentali dell'ordinamento statale*”.

Resta che la legislazione provinciale (futura) dovrà soggiacere, quantomeno, ai limiti, ben noti, propri della competenza primaria.

Pertanto, la medesima sarà sottoposta, innanzitutto, tanto alla disciplina costituzionale/statutaria, quanto a quella comunitaria/europea. E quanto tali limiti possano essere pervasivi emerge dalla medesima sentenza con la quale la Corte ha utilizzato, quale parametro, principi e norme di diritto europeo sulla libertà di stabilimento ed in materia di appalti pubblici, per valutare (e rigettare) le questioni di legittimità prospettate su alcune disposizioni della legge provinciale trentina.

Dall'altra parte, se la legislazione provinciale **non sarà sottoposta** ai cd. “*principi fondamentali*” della legislazione statale nella materia, non sarà precluso alla legislazione ordinaria dello Stato, ancorché di dettaglio, di integrare il parametro e il limite delle disposizioni di legge provinciale. Ciò perché, come noto, la competenza primaria delle Regioni/Province Autonome, soggiace, purtuttavia, alle cd. “*norme di grande riforma economico sociale*”, che si evincono, anch'esse, dalla legislazione dello Stato.

Non a caso è avvenuto, proprio in occasione della decisione in esame, che la Corte, dovendo affrontare nel merito alcune questioni sollevate, non ha esitato a rinvenire, nelle disposizioni dell'art. 12 del d.lgs. n. 79 del 1999, “*norme di grande riforma economico sociale*”, ritenendole così suscettibili di imporsi sulla Legge provinciale; nel caso, riconoscendo tale natura e contenuto ad una regola di sicuro dettaglio, quale quella che prescrive il cd. “Procedimento unico” (ma su ciò si dirà *amplius infra*)

Ciononostante, resta comunque che, trattandosi di una competenza più ampia di quella cd. “concorrente”, dovrebbe potersi fondatamente ritenere che non tutte le disposizioni della legge statale possano ergersi a limite della competenza legislativa delle Province, pena lo snaturamento della natura “primaria”.

delle norme fondamentali delle riforme economico-sociali della Repubblica – ugualmente non menzionate in termini formali e purtuttavia rilevanti anche in tal caso, come si dirà.”

Senonché, tale asserzione, sicuramente esatta in generale, rischia di non trovare un'effettiva declinazione nel caso di specie.

E sì, perché la pur limitata disciplina statale nel predetto ambito (si pensi, contenuta principalmente in un articolo – il 12 – del d.lgs. n. 79 del 1999), si annette quasi integralmente ad ambiti di sicura spettanza statale (tutela della concorrenza, tutela dell'ambiente ed ordinamento civile), che finiscono per esprimere precetti riconducibili ai limiti statutari, quali, ovviamente, la Costituzione, i principi dell'ordinamento giuridico, obblighi internazionali, e, soprattutto, norme fondamentali delle riforme economico-sociali.¹³ Così determinando una rilevante compressione della competenza legislativa provinciale, anche “primaria”; e ciò pure a “principi fondamentali dell'ordinamento statale” inattivati.

La recente confluenza della disciplina di modifica dell'art. 12 del d.lgs. n. 79 del 1999 (e, contestualmente, pure dell'art. 13 dello Statuto T.A.A., con altro episodio di legislazione ordinaria negoziata), nella legge annuale sulla concorrenza, conferma, al di là di ogni evidenza, l'annessione della disciplina ad ambiti di sicura spettanza statale, appunto quelli della “tutela della concorrenza”.

Non solo, l'obiettivo importanza “strategica” del settore – oggi amplificata dalla prospettiva di crisi nel reperimento delle risorse energetiche – potrà suffragare, in futuro, interventi del Legislatore concretizzanti una tendenza riaccentratrice, a valere anche per la competenza dell'Autonomia speciale, attraverso la valorizzazione, in sede legislativa ed interpretativa, delle cd. “*norme di grande riforma economico sociale*”.

Il seguito della sentenza ne offre un esempio efficace.

4. *Lo spazio per il Legislatore provinciale (e ordinario) in difetto di disciplina statale difforme.*

Orbene il ricorso del Governo aveva sollevato alla Corte l'esame di tre questioni di legittimità, tutte, per il vero, fondate, principalmente, constatazione della divergenza della disciplina locale con la disciplina dell'art. 12 del d.lgs. n. 79 del 1999.

La Corte le ha esaminate senza decampare dalla traccia appena segnata e, quindi, laddove ritenute ammissibili (le prime due), ha verificato se le contestazioni avessero rivelato, in effetti, la violazione di limiti gravanti appunto sulla competenza legislativa cd. primaria.

Con riferimento alla prima questione, la Corte ha assolto con formula piena il Legislatore trentino. Era questione se il Legislatore provinciale potesse riconoscere all'Amministrazione provinciale, nella definizione del contenuto dei bandi, la spettanza di prescrivere puntuali obblighi di esecuzione in capo al concessionario, vincitore dell'esperimento concorsuale. Ciò introducendo contenuti non previsti dalla disciplina nazionale.

Ora, va tenuto presente che l'art. 1-bis 1, comma 2, della legge provinciale trentina 6 marzo 1998, n. 4, aveva previsto, nello specifico, che «*Il bando di gara per l'assegnazione della concessione di grande derivazione a scopo idroelettrico: (omissis) s) prevede che entro 180 giorni dall'aggiudicazione il concessionario si doti di una sede operativa nel territorio provinciale avente in dotazione risorse umane e strumentali idonee in relazione alle caratteristiche della concessione oggetto della procedura di gara*».

¹³ Riecheggia ancora il chiaro orientamento della Corte ribadito nella recente [sentenza n. 23 del 2022](#) riferita ad altra competenza legislativa provinciale primaria (in materia di appalti di lavori), con il quale si è ribadito che i limiti delle cd. materie trasversali *ex art. 117, comma 2. Cost.*, in ipotesi non rientranti tra i limiti statutari alla competenza legislativa primaria, hanno la naturale attitudine a contribuire “a selezionare” nell'ambito della disciplina statale di riferimento che abbia un “contenuto riformatore di un rilevante settore della vita economico-sociale le “norme fondamentali che si impongono quali limiti alla citata competenza legislativa primaria della Provincia autonoma.” Da qui l'attitudine di dette disposizioni di legge statale a tramutarsi anche in limiti alla competenza legislativa provinciale primaria, assumendo le forme di limiti statutari (già in precedenza affermato con le [sentt. nn. 166 del 2019](#), [n. 263 del 2016](#), [n. 36 del 2013](#), [n. 74 del 2012](#), [n. 328](#), [n. 184](#) e [n. 114 del 2011](#), [n. 221](#) e [n. 45 del 2010](#)).

Orbene, a fronte di questa chiara ed opportuna previsione, il Governo, non trovando analoga prescrizione nella disciplina statale, aveva ritenuto, sorprendentemente, di poterne contestare la legittimità, andando a rinvenire, addirittura, nell'art. 49 TFUE, e pure nell'art. 14, paragrafo unico, numero 3), della direttiva 2006/123/CE, i parametri violati. E ciò perché, come noto, l'art. 14 fa divieto agli Stati membri di apprestare «*restrizioni della libertà, per il prestatore, di scegliere tra essere stabilito a titolo principale o secondario, in particolare l'obbligo per il prestatore, di avere lo stabilimento principale sul loro territorio o restrizioni alla libertà di scegliere tra essere stabilito in forma di rappresentanza, succursale o filiale*» e secondo il Governo, la previsione impugnata avrebbe compreso proprio la libertà degli operatori economici di «*scegliere tra essere stabiliti[i] a titolo principale o secondario*».

Con ciò, all'evidenza, confondendo i piani; confondendo tra i requisiti di partecipazione che possono, in effetti, sortire efficacia dissuasiva, con i contenuti degli obblighi di esecuzione che gravano sul vincitore, i quali, invece, si presentano intollerabili ed in contrasto con i parametri europei e nazionali, solo se sproporzionati e/o non appropriati.

La Corte sul punto non si è lasciata confondere dalle argomentazioni di parte Ricorrente, ed ha svolto una lineare e convincente argomentazione, che ha svelato l'inconsistenza della contestazione, anche perché non poteva sfuggire che non era per nulla illogico pretendere che il futuro concessionario - che deve sorvegliare, ad esempio, la tenuta di una diga - debba avere una sede operativa *in loco* e non possa essere facoltizzato a dirigere la sua organizzazione logistica a grande distanza.

Si legge nella sentenza: «*La richiesta di dotarsi di una sede operativa non riguarda tutti gli aspiranti alla concessione, ma è riferita unicamente all'aggiudicatario della concessione. Essa non può quindi esercitare, almeno non in via diretta, in capo agli aspiranti concessionari, un effetto di dissuasione, conseguente a valutazioni negative quanto al rapporto tra costi da sostenere per partecipare alla gara e probabilità di conseguire l'utilità attesa. Da questo punto di vista, la disciplina impugnata appare coerente con la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea. Quest'ultima distingue con chiarezza tra previsioni che impongono all'operatore di disporre di una sede o di un altro stabilimento sul territorio dello Stato, ancor prima che gli sia affidata la concessione – pretesa che dà vita ad una disciplina dissuasiva, incompatibile con la libertà di stabilimento – e previsioni di «un requisito di stabilimento [...] quando si applichi dopo la concessione dell'autorizzazione d'esercizio e prima che l'imprenditore avvii l'esercizio» dell'attività cui si riferisce il provvedimento concessorio (Corte di giustizia dell'Unione europea, terza sezione, sentenza 22 dicembre 2010, in causa C-338/09, Yellow Cab Verkehrsbetriebs GmbH; nello stesso senso, seconda sezione, sentenza 27 febbraio 2019, in causa C-563/17, Associação Peço a Palavra ed altri. Più in generale, questa stessa giurisprudenza considera legittimo richiedere che l'operatore possieda requisiti che indichino (o favoriscano) la sussistenza di una qualche sua relazione con il territorio, a condizione che essi siano proporzionati e necessari per il conseguimento dello scopo perseguito mediante l'organizzazione della gara, così da perdere ogni ingiustificato carattere di mera discriminazione e di compressione della libertà di stabilimento (in questo senso, la già citata sentenza della CGUE, Associação Peço a Palavra). ...In definitiva, la richiesta all'operatore di approntare una sede "operativa" in prossimità con l'impianto da gestire, o anche in coincidenza con esso, è misura necessaria per la tutela di evidenti esigenze di sicurezza pubblica, idonea a raggiungere il fine perseguito, e, infine, proporzionata, tanto in termini di bilanciamento tra vantaggi e costi per l'imprenditore, quanto in riferimento al rapporto tra obiettivi assicurati e possibili effetti sulla concorrenza.».*

La decisione, dunque, affronta e risolve il dubbio, utilizzando gli approdi europei, governando così il limite del diritto comunitario, di certo, impattante su qualsiasi competenza legislativa, non esclusa quella primaria.

Certo è che questa motivazione, e la conseguente statuizione di rigetto, hanno un rilievo che va ben oltre la specifica questione esaminata (legittimità dell'eventuale prescrizione del bando che impone al vincitore l'obbligo di dotarsi di sede operativa nel territorio provinciale), rilievo sul quale

sia qui consentito accennare. In primo luogo, ha sicuro rilievo la conferma della sussistenza di uno spazio a disposizione del Legislatore locale (anche ordinario, si può ritenere) per definire i contenuti del bando e, soprattutto, dei contenuti della concessione, nei casi in cui il Legislatore interno abbia, comunque, omesso qualsivoglia coordinata e la disciplina regionale/provinciale appaia conforme ai principi del diritto europeo in materia di concorrenza.

L'ulteriore rilievo va colto "tra le righe", osservando l'argomentazione che la Corte ha utilizzato e, in particolare, la selezione accurata dei contenuti motivazionali:

a) la Corte ha affrontato la questione richiamandosi ad orientamenti giurisprudenziali eurounitari, formati anche in materia di appalti; il che esprime, implicitamente, che secondo la Corte sono suscettibili di applicazione, nell'ambito *de quo* (concessioni demaniali), coordinate formatesi in un settore sottoposto ad un processo di maggiore avvicinamento tra le legislazioni, di quanto non lo sia stato in quello delle concessioni di beni pubblici, in ipotesi, escluso pure dall'applicazione della "direttiva concessioni" (vedi il "considerando" n. 15);

b) la Corte ha omesso prudentemente di pronunziarsi sulla applicabilità, al caso di specie, della direttiva 2006/123/CE (cd. "direttiva Bolkenstein"), sebbene il Governo ne avesse assunto la violazione unitamente all'art. 49 del TFUE; la Corte si è limitata a richiamare gli orientamenti giurisprudenziali nella parte in cui erano idonei a superare l'interpretazione presupposta dalla Ricorrente, non intervenendo su un tema complesso, che ancora attende un'esatta e definitiva collocazione da parte degli Organi Europei (Commissione e Corte di giustizia)¹⁴, con ciò peraltro non allineandosi a quegli orientamenti di alcuni Giudici nazionali, che, forse con un eccesso di anticipo, ne hanno dischiuso la prospettiva di applicabilità nell'ambito *de quo*¹⁵.

5. La norma fondamentale di grande riforma economico sociale: il "principio del procedimento unico".

Analogo approccio la Corte ha seguito con la seconda questione, anche se questa si è conclusa con una statuizione di accoglimento.

¹⁴ Il rilievo era stato espresso nella lettera di costituzione in mora del 7 marzo 2019 per sette Stati europei (Austria, Francia, Germania, Polonia, Portogallo, Regno Unito e Svezia) e nella lettera complementare di contestazione inviata all'Italia (infrazione 2011/2026) del 7 marzo 2019. Come si sa, le contestazioni sono state successivamente archiviate (per l'Italia il 23 settembre 2021) impedendo così che si avesse modo di approfondire il punto circa l'applicabilità della disciplina della "direttiva Bolkenstein" che, in tal modo, non ha trovato, per il vero, né conferma né smentita.

¹⁵ Sulla scia della nota sentenza della Corte di Giustizia che ha riguardato l'assegnazione degli arenili per le attività di stabilimento balneare (Sentenza 14 luglio 2016 C-458/14 e C-67/15), sembra affiorare il convincimento in alcune pronunzie della Corte di cassazione e del Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche che detta disciplina europea possa riguardare anche la concessioni di acque pubbliche a scopo idroelettrico (TSAP 13 dicembre 2018 n. 1 e più di recente 18 gennaio 2022, n. 7, nonché Cass. SS.UU 6 luglio 2021 n. 19029, quest'ultima non ne esclude l'applicabilità almeno *pro futuro* con salvezza dei diritti acquisiti; con ciò estendendo l'obbligo di gara pubblica alle procedure per l'assegnazione delle cd. piccole derivazioni). Tale posizione è stata espressa con toni più netti e assertivi dall'Autorità garante della concorrenza (AGCM, Nota del 3 settembre 2020 AS1697 – *Disciplina in materia di rilascio delle concessioni di grande derivazione idroelettrica*). E ciò sebbene, la stessa Commissione Europea il 2 maggio 2012 aveva espresso il suo convincimento su interrogazione del deputato Michel Barnier negando la applicabilità della direttiva Bolkenstein ai procedimenti per l'assegnazione delle concessioni di acque minerali (con chiarezza: *La direttiva 2006/123/CE si applica ai servizi forniti dai prestatori stabiliti in uno Stato membro, come previsto all'articolo 2, paragrafo 1, della direttiva. Qualsiasi attività economica autonoma, effettuata dietro pagamento di un compenso, come quella di cui all'articolo 57 del TFUE, costituisce un servizio. Pertanto, le disposizioni della direttiva «servizi» sono applicabili alle prescrizioni relative all'accesso o all'esercizio di un'attività di servizi e non alle prescrizioni applicabili ai beni in quanto tali. Ebbene, le attività descritte dall'onorevole parlamentare, cioè lo sfruttamento di una sorgente di acqua minerale, non costituiscono prestazioni di servizi ai sensi della direttiva, bensì un'attività di produzione primaria che non comporta prestazioni di servizi. Di conseguenza, le disposizioni della direttiva «servizi» non sono applicabili a tali attività. Peraltro, come precisato al considerando 33 della direttiva, quest'ultima è applicabile alle attività di distribuzione*).

Qui la questione verteva sulle modalità di svolgimento delle attività di valutazione e di selezione delle proposte/offerte in sede della gara per l'assegnazione delle concessioni.

Orbene, l'art. 12 del d.lgs. n. 79 del 1999 - a seguito delle numerose modifiche, e, soprattutto, di quelle apportate dall'art. 11-*quater*, comma 1, lett. a), d.l. 14 dicembre 2018, n. 135, conv., con modif., nella l. 11 febbraio 2019, n. 12 - aveva disposto al comma 1-*ter*, con formula non proprio impeccabile, che «... *le regioni disciplinano con legge... le modalità e le procedure di assegnazione delle concessioni di grandi derivazioni d'acqua a scopo idroelettrico, stabilendo in particolare:m) le modalità di valutazione, da parte dell'amministrazione competente, dei progetti presentati in esito alle procedure di assegnazione, che avviene nell'ambito di un procedimento unico ai fini della selezione delle proposte progettuali presentate, che tiene luogo della verifica o valutazione di impatto ambientale, della valutazione di incidenza nei confronti dei siti di importanza comunitaria interessati e dell'autorizzazione paesaggistica, nonché di ogni altro atto di assenso, concessione, permesso, licenza o autorizzazione, comunque denominato, previsto dalla normativa statale, regionale o locale; a tal fine, alla valutazione delle proposte progettuali partecipano, ove necessario, il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, il Ministero dello sviluppo economico, il Ministero per i beni e le attività culturali e gli enti gestori delle aree naturali protette di cui alla legge 6 dicembre 1991, n. 394; per gli aspetti connessi alla sicurezza degli invasi di cui al decreto-legge 8 agosto 1994, n. 507, convertito, con modificazioni, dalla legge 21 ottobre 1994, n. 584, e all'articolo 6, comma 4-bis, della legge 1° agosto 2002, n. 166, al procedimento valutativo partecipa il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti*».

Come è altrettanto noto, le Regioni che hanno avviato le iniziative legislative in esecuzione si erano confrontate, tutte, con le problematiche scaturenti da questa prescrizione.

Innanzitutto, con la problematicità di lettura, poiché, alla lettera, non è proprio chiaro se il procedimento unico dovesse contrassegnare l'intera procedura di comparazione, ovvero – come forse più ragionevole – solo la fase valutativa della proposta/offerta migliore, selezionata dall'Amministrazione regionale/provinciale.

In secondo luogo, le Regioni hanno riscontrato un'ampia serie di problematiche di attuazione, nel caso di applicazione della prima interpretazione, ossia qualora si fosse ritenuto che il modello del procedimento unico avesse dovuto conformare, integralmente, tutta la procedura di assegnazione, sin dalla valutazione delle proposte.

E ciò perché l'implementazione del modello “procedimento unico”, all'intera procedura di assegnazione, avrebbe comportato all'evidenza:

- un inutile aggravio delle procedure (prescrivendo il coinvolgimento di tutte le amministrazioni, anche per pronunziarsi su offerte prive di alcuna cifra di concretezza e carenti di pregio);
- un allungamento ed una complicazione delle fasi e dei tempi della procedura, in violazione ai noti principi di semplificazione, concentrazione e proporzionalità;
- la difficoltà (se non la fisiologica inidoneità della legge regionale) a governare le azioni e gli apporti degli organi statali al “procedimento unico” (regionale/provinciale).
- la difficoltà di calibrare una procedura che consenta di eseguire dette attività con la partecipazione di tutte le dette amministrazioni, nell'ambito di una procedura comparativa che integra una gara pubblica e non un mero procedimento autorizzatorio; prima fra tutti, la problematicità di contemperare detta plurima partecipazione con le esigenze di riservatezza, se non di segretezza che contrassegnano le fasi valutative. Sia consentito ricordare che il procedimento unico, ad esempio, con riferimento alle fonti rinnovabili, si applica ai procedimenti autorizzatori che non scaturiscono all'esito di procedure comparative e che, ad esempio, nel Codice dei contratti, che pur conosce l'ipotesi della conferenza unificata, da svolgersi sui progetti (ad es., artt. 27 e 183 del d.lgs. n. 50 del 2016), quest'ultima si svolge a valle dell'individuazione del progetto giudicato, provvisoriamente, migliore;
- la conseguente esplosione in 21 modi diversi delle modalità con le quali detti Organi statali saranno tenuti a partecipare alle differenziate e complesse procedure di conio regionale.

Ma era chiaro quale poteva essere - ed è - l'obiettivo sotteso all'unificazione procedimentale e alla concentrazione del procedimento: non è la semplificazione e il coordinamento, bensì il mero riaccentramento della competenza amministrativa in parola (affidamento di concessioni di grandi derivazioni) verso lo Stato; un riaccentramento che, per il vero, appare assai singolare, se non contraddittorio, posto che viene disposto nel mentre si è assegnata alle Regioni la competenza legislativa per regolare le predette procedure; e cioè dopo aver superato quell'approdo - con il quale, in precedenza, il Legislatore e la Corte avevano posto un rigido argine alla competenza della Autonomie - secondo il quale la disciplina di una procedura di gara pubblica appartiene, comunque, alla competenza statale, poiché annesso alla materia della "tutela della concorrenza"¹⁶.

È per questo che la Provincia Autonoma di Trento, anche assumendo di essere dotata di una propria, più ampia, competenza, e, soprattutto, in ragione della sussistenza degli profili di irragionevolezza di una siffatta, per quanto plausibile, lettura - aveva inteso normare in senso parzialmente diverso, limitandosi ad implementare il modello di "procedimento unico" solo sulla proposta giudicata migliore, al fine, appunto, di consentire a tutte le Amministrazioni competenti, anche statali, la condivisione della fase valutativa, ai sensi ed agli effetti della disciplina, sopra indicata; ritenendo così di aver salvaguardato, comunque, il fine della tutela dei molteplici e rilevanti interessi, di cui queste ultime sono esponenziali.

E così, in particolare, la Provincia Autonoma di Trento aveva rinviato alla fase successiva alla comparazione, un'ulteriore fase volta alla adozione di un non meglio denominato "provvedimento unico", che avrebbe consentito, appunto, la condivisione da parte di tutte le amministrazioni interessate, anche statali, nessuna esclusa.

Orbene, anche un'altra Regione (Lombardia) aveva introdotto un'analogha disciplina, che era stata attinta anche essa dall'inevitabile gravame governativo, ritirato nelle more del giudizio, a fronte di una significativa revisione del testo normativo¹⁷.

Orbene, affrontando per la prima volta la questione, il giudice costituzionale non ha rilevato i profili di irragionevolezza qui evidenziati - per il vero, a quanto consta, nemmeno poi tanto illustrati nelle difese della Provincia - ed affidandosi al rilievo dell'interpretazione letterale della disposizione, ha statuito, in sintesi, nei seguenti termini:

a) innanzitutto, ha ritenuto che *«la disposizione statale stabilisce con chiarezza che il procedimento unico deve comprendere anche la fase di selezione delle offerte («ai fini della selezione delle proposte»);*

b) la partecipazione delle istituzioni statali chiamate *«alla valutazione delle proposte»* deve essere intesa come riferita alle caratteristiche concrete della concessione, ed alle necessità specifiche che nascono per l'esercizio dell'impianto;

c) la portata della prescrizione statale non contiene una disposizione di mero dettaglio, ma afferma il principio del procedimento unico, che deve ricomprendere anche la fase della selezione delle offerte;

d) il principio si fonda sulla necessità che *«gli interessi rappresentati dalle amministrazioni (locali e statali) vengano in rilievo già in fase di selezione delle offerte, così che le valutazioni finali possano giovare anche di considerazioni comparative, e sia comunque ampio il controllo pubblico e istituzionale in materie, come quella in esame, segnate da interessi relevantissimi»;*

e) il principio del procedimento unico, per come configurato dal Legislatore statale, deve essere inteso quale *“norma fondamentale di grande riforma economico sociale”* nella materia in esame.

Cosicché, secondo la Corte, la disposizione statale esprime un principio che si ascrive alle *“norme fondamentali di grande riforma”* e il predetto vieta alle Province - *a fortiori* le Regioni, dotate di mera competenza concorrente - di precludere alle amministrazioni non provinciali, preposte alla tutela degli interessi di primaria rilevanza costituzionale, sopra richiamati (ambiente, paesaggio, territorio,

¹⁶ [Corte cost. sent. 14 gennaio 2008, n. 1.](#)

¹⁷ Il riferimento è, come detto sopra, alla legge regionale Lombardia 8 aprile 2020, n. 5, poi modificata con la legge regionale 4 novembre 2021, n. 19: modifica, che ha portato al superamento del contenzioso.

sicurezza), di partecipare al procedimento di valutazione e comparazione delle proposte. In altre parole, esse devono partecipare a pieno titolo alle fasi di valutazione comparativa.

E ad evidenziare che in punto di definizione della procedura ben poco sia rimesso alla scelta legislativa delle Regioni/Province, per gran parte erosa da detto “ingombrante” principio, la Corte ha soggiunto che **l’annullamento della normativa provinciale non determina alcun vuoto normativo**, *«potendo trovare immediata applicazione, in sostituzione delle disposizioni caducate, sia la stessa disciplina statale richiamata a parametro interposto, recata dall’art. 12, comma 1-ter, lettera m), del d.lgs. n. 79 del 1999, nel testo modificato dall’art. 11-quater del d.l. n. 135 del 2018, come convertito (per analoga soluzione si veda la sentenza n. 114 del 2011; si vedano, anche, le sentenze n. 166 del 2019 e n. 263 del 2016), sia, ove necessario, la pertinente normativa statale in tema di garanzia partecipativa delle amministrazioni interessate.»*.

Dinanzi a queste conclusioni, nei limiti di questa sede, siano consentite due sole osservazioni, espresse in forma di interrogativo.

Si è proprio sicuri che una regola procedurale che presenta tali e tanti profili di irragionevolezza e singolarità, che ingenera aggravii procedurali, che rende più complessa l’osservanza della riservatezza/segretezza delle fasi valutative di una gara pubblica e che, sicuramente, rallenterà (se non impedirà) lo svolgimento delle tanto attese gare pubbliche, meriti la patente di “principio” e possa addirittura assurgere a norma di grande riforma economico sociale?

Si è altrettanto sicuri che questo principio, comunque espresso dal Legislatore ordinario e che comporta la secca erosione della competenza provinciale, possa essere, così facilmente, opposto alla medesima Autonomia speciale, trascurando di considerare o quantomeno di valutare che l’art. 1-bis, comma 1, del d.p.r. n. 235 del 1977, introdotto con d.lgs. 7 novembre 2006, n. 289 – che è Norma di attuazione statutaria ex art. 107 dello Statuto – prevede, senza eccezioni e limiti, che *«Spetta alle Province autonome di Trento e di Bolzano, per il rispettivo territorio, secondo quanto disposto dall’articolo 01 e nel rispetto degli obblighi comunitari, l’esercizio delle funzioni già esercitate dallo Stato in materia di grandi derivazioni a scopo idroelettrico»?* E che tale disposizione, forse *praeter statutum* in passato, acquista oggi un valore dirimente se si assume, come la decisione ha assunto, che le Province abbiano potestà legislativa “primaria”?

Marco Ladu

Le più recenti esternazioni del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella e il problematico andamento del sistema di governo italiano* **

ABSTRACT: *The paper tries to offer an interpretation of the statements by Sergio Mattarella, President of the Italian Republic, made during its seven-years' office. It highlights how his statements affect the governing system, eventually influencing its performance. A context analysis is, indeed, compulsory since today the Head of the State is acting as a "deputy" facing the disruption of the political system, thus becoming a point of reference of the mediation activity between political forces. The tendency of the institutional role of the Parliament, increasingly recessive before the governmental hegemony, as well as the growing mistrust of the electoral body in its representatives, well highlighted by the growing abstentionism, serve as a substrate on which a political function of the President of the Republic is cultivated and called upon to intervene in some sensitive passages of the institutional life of Italy.*

SOMMARIO: 1. Il rapporto di proporzionalità diretta tra la sovraesposizione del Presidente della Repubblica, la flessione del ruolo politico-istituzionale del Parlamento e la caduta del sistema partitico. – 2. Il potere di esternazione quale strumento e metodo consolidato di interlocuzione tra il capo dello Stato e l'opinione pubblica. – 3. L'incidenza e la pervasività delle esternazioni del Presidente Sergio Mattarella sull'andamento del sistema di governo italiano: dalla "grande" riforma renziana al Governo Draghi. – 4. Le prese di posizione del Presidente Mattarella contro la rielezione del Capo dello Stato e le giustificazioni che hanno sorretto il suo secondo mandato. – 5. Lo scioglimento anticipato del luglio 2022 e le "sconsolate" dichiarazioni del Presidente Mattarella. – 6. Considerazioni conclusive.

1. Il rapporto di proporzionalità diretta tra la sovraesposizione del Presidente della Repubblica, la flessione del ruolo politico-istituzionale del Parlamento e la caduta del sistema partitico.

Per meglio comprendere la portata delle esternazioni rese dal Presidente Sergio Mattarella nel corso del suo primo settennato – e alla luce della sua rielezione – non è superfluo osservare il ruolo del capo dello Stato dalla prospettiva di una dualità insopprimibile nell'esercizio delle proprie funzioni: le attività formali e le attività informali. Partire da questo dato significa, anzitutto sotto il profilo metodologico, guardare con particolare attenzione alla prassi e, ancor più nello specifico, significa indagare da vicino i meccanismi di funzionamento del sistema di governo parlamentare, verificando le modalità con le quali le disposizioni costituzionali intersecano il piano concreto della loro attuazione (e, talvolta, invero, della loro parziale, tardiva o mancata attuazione).

Pertanto, il filo conduttore dell'analisi che qui si propone consiste nel tenere ben fermo il presupposto dello svolgimento di attività formali e informali da parte del Presidente della Repubblica.

Le coordinate costituzionali, sul punto, sono da rinvenirsi sostanzialmente nelle parole impiegate dalla Corte costituzionale nel 2013, in occasione di un noto e peculiare conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato¹. Nel merito, il Presidente della Repubblica, nella veste di «garante dell'equilibrio



** Il presente contributo nasce dalla rielaborazione e dall'ampliamento di considerazioni anticipate nel volume a cura di A. Apostoli, M. Gorlani, *Il primo settennato di Sergio Mattarella. Dentro la Presidenza della Repubblica: fatti, atti, considerazioni*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2022.

¹ Nello specifico, si è trattato del giudizio per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato di cui alla [sent. n. 1 del 2013](#), sorto a seguito dell'attività di intercettazione telefonica svolta nell'ambito di un procedimento penale pendente dinanzi alla Procura della Repubblica presso il Tribunale ordinario di Palermo, effettuata su utenza di altra persona, nel

costituzionale e di magistratura di influenza», è chiamato necessariamente a porre in essere attività informali che – a detta della Consulta – sono «inestricabilmente connesse a quelle formali; inoltre, la Corte ha osservato che «Non occorrono molte parole per dimostrare che un'attività informale di stimolo, moderazione e persuasione – che costituisce il cuore del ruolo presidenziale nella forma di governo italiana – sarebbe destinata a sicuro fallimento, se si dovesse esercitare mediante dichiarazioni pubbliche. La discrezione, e quindi la riservatezza, delle comunicazioni del Presidente della Repubblica sono pertanto coesenziali al suo ruolo nell'ordinamento costituzionale»².

La sentenza ora richiamata segna certamente un momento di passaggio e, a ben vedere, traccia una netta linea di demarcazione tra il modello del capo dello Stato “disegnato” in Costituzione e la figura di un Presidente della Repubblica attento agli avvenimenti politico-istituzionali che caratterizzano la vita del Paese. In altre e, forse, più efficaci parole – come si cercherà di mettere in evidenza nel prosieguo – la figura del capo dello Stato non è esente dal mutamento e dalle degenerazioni che da tempo investono il sistema parlamentare italiano, tanto che sembra possibile evidenziare un vero e proprio rapporto di proporzionalità diretta tra la sovraesposizione funzionale del Presidente della Repubblica e lo “stato di salute” del sistema politico di riferimento.

La [sentenza n. 1 del 2013](#) della Consulta non si discosta da un indirizzo che la Corte costituzionale aveva inteso già abbozzare nel 2004 e, anzi, lo conferma e, se così si può dire, lo “scolpisce” senza troppe esitazioni. Con la precedente [sentenza n. 154 del 2004](#), la Corte risolveva altro conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato, che vedeva coinvolto l'allora Presidente della Repubblica Francesco Cossiga³. Nel merito, con la statuizione appena richiamata la Consulta ha inteso chiarire la difficoltà nel scindere le dichiarazioni rese del capo dello Stato nell'esercizio delle sue funzioni da quelle estranee alle sue attribuzioni e la delicatezza di un ruolo connotato da momenti di necessaria *riservatezza*.

Ed è proprio in questo contesto e sui presupposti di un Presidente della Repubblica libero nello svolgimento dell'attività informale, e altrettanto libero nell'esternare il proprio pensiero fuori dall'esercizio dei poteri costituzionalmente previsti, che anche Sergio Mattarella, in continuità con i suoi predecessori (almeno a partire, come si dirà, dalla fine degli anni Ottanta), si è reso protagonista di una sua sovraesposizione funzionale, immergendosi nell'agorà politica con toni e modalità estremamente ponderati, ma intrinsecamente idonei a incidere profondamente sull'assetto politico. In ogni caso, quale che sia il grado concretamente raggiunto di questa sovraesposizione, è opportuno notare che essa si manifesta soprattutto con il ricorso frequente al potere di esternazione, cui corrisponde, inevitabilmente, una riduzione dell'impiego dei poteri formali del Presidente della Repubblica. Difatti, se il capo dello Stato si espone, anche politicamente, spendendo parole su

corso della quale sono state captate conversazioni del Presidente della Repubblica. Il conflitto è stato promosso dall'allora Capo dello Stato Giorgio Napolitano.

² [Corte costituzionale, sentenza del 15 gennaio 2013, n. 1](#), § 8.3 del *Considerato in diritto*.

³ Il giudizio in questione era stato promosso per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato sorto a seguito di due sentenze emesse dalla Corte di cassazione con la quale venivano annullate con rinvio di due decisioni della Corte d'appello di Roma concernenti la irresponsabilità dell'allora Presidente della Repubblica Francesco Cossiga relativamente alle opinioni espresse nei confronti dei parlamentari Sergio Flamigni e Pierluigi Onorato. Il conflitto era stato sollevato proprio da Francesco Cossiga. Nell'articolata motivazione che ha portato a dichiarare il ricorso in parte non fondato e in parte inammissibile, la Corte osserva che «Nemmeno può condividersi, sul piano sostanziale, la tesi secondo cui anche gli atti extrafunzionali, o almeno tutte le dichiarazioni non afferenti esclusivamente alla sfera privata, del Presidente della Repubblica dovrebbero ritenersi coperti da irresponsabilità, a garanzia della completa indipendenza dell'alto ufficio da interferenze di altri poteri, o in forza della impossibilità di distinguere, in relazione alle esternazioni, il *munus* dalla persona fisica. [...] Si può riconoscere che operare la distinzione, nell'ambito delle 'esternazioni', fra quelle riconducibili all'esercizio delle funzioni presidenziali e quelle ad esse estranee può risultare, in fatto, più difficile di quanto non sia distinguere nel campo dei comportamenti o degli atti materiali, o anche di quanto non sia distinguere fra opinioni 'funzionali' ed 'extrafunzionali' espresse dai membri di un'assemblea rappresentativa, che si differenzia dagli individui che ne fanno parte, laddove nel caso del Presidente l'organo è impersonato dallo stesso individuo: ma l'eventuale maggiore difficoltà della distinzione non toglie che essa sia necessaria» ([Corte costituzionale, sentenza 26 maggio 2004, n. 154](#), § 6 del *Considerato in Diritto*).

circostanze e accadimenti o intenzioni di natura politica, egli in qualche modo “consuma” (o “riduce”) la sua possibilità di intervenire successivamente: intervenire prima, come osservato da autorevole dottrina, significa precludersi la possibilità (o comunque ridurla notevolmente) di intervenire poi⁴.

La facoltà di esternazione del Presidente della Repubblica e, in ciò, il primo settennato di Sergio Mattarella non fa eccezione, si conferma essere uno strumento molto utilizzato nella prassi e oggi la possibilità di esternare, interloquendo con l’opinione pubblica e con le forze politiche, è certamente facilitata dall’utilizzo delle nuove tecnologie e dai nuovi mezzi di comunicazione⁵. E sono proprio questi ultimi, non lo si può certo nascondere, che fungono da lente di ingrandimento rispetto alle vicende che vedono coinvolto il capo dello Stato, sempre più “protagonista” e al centro della scena politica. Una tendenza, quella dei mezzi di informazione, a “lanciare” notizie ben oltre il diritto di informazione, al punto da accrescere nell’opinione pubblica un senso di attesa che altro non fa se non allertare le forze politiche e le istituzioni e assecondando le non infrequenti accelerazioni nel divenire a scelte che forse meriterebbero più tempo e maggiore ponderazione.

Al netto di queste ultime considerazioni, è evidente la volontà del Presidente della Repubblica di parlare e di rivolgersi direttamente alla Nazione e alle forze politiche e questo anche a causa della caduta del sistema politico e del dissolvimento graduale della forma tradizionale del partito. A questi fenomeni, segue tendenzialmente quella che si è soliti definire la “crisi” della rappresentanza politica e che, almeno a detta di chi scrive, forse dovrebbe considerarsi una delle varie forme (degenerative) di espressione delle istituzioni democratiche. In tal senso, la democrazia – in senso figurato – è una “fisarmonica” che alterna, con una certa cadenza, momenti di florida espansione a momenti di inevitabile compressione. Le Carte costituzionali, in un simile contesto, fungono però da argine, da guida e di qui l’importanza di attenersi al rispetto irrinunciabile di quel “minimo” che esse prevedono al fine di non travalicare i confini tra una forma di Stato (e, perché no, tra una forma di governo) e l’altra.

Ai fini argomentativi, merita attenzione la circostanza in base alla quale più il contesto politico è frammentato, maggiore è l’incisività del ruolo del Presidente della Repubblica in un sistema di governo di tipo parlamentare come quello italiano.

Su queste considerazioni poggia il significato di una lettura e di un approfondimento delle dichiarazioni rese dal Presidente Sergio Mattarella, attribuendo loro una forte connotazione politica, laddove esse siano concretamente incidenti sull’andamento del sistema di governo. Non si può prescindere, infatti, da un’analisi di contesto che vede nella figura del capo dello Stato un punto di riferimento nella mediazione politica e nel ruolo di “supplenza” a fronte della disgregazione del sistema politico. Come osservato da parte della dottrina e come si dirà meglio nel successivo paragrafo del presente contributo, è possibile ipotizzare un rapporto di proporzionalità diretta tra l’incidenza del ruolo del Presidente della Repubblica e lo “stato di salute” del sistema politico di riferimento: ad una sofferenza della politica corrisponde l’espansione delle attribuzioni dei poteri degli organi di garanzia e viceversa⁶.

⁴ In merito, è Antonio D’Andrea a considerare che «qualsiasi eccesso nell’esercitare forme di *moral suasion*, indirizzata nei confronti del Governo, proprio partendo dalla constatazione molto pratica che tale organo può comunque disporre a suo piacimento della maggioranza parlamentare, costituisce una sostanziale rinuncia a esercitare, a tempo debito e con i mezzi di cui il Presidente può disporre secondo il dettato costituzionale, il potere di controllo anche in chiave dichiaratamente correttiva delle delibere governative (è il caso dell’emanazione degli atti normativi dell’Esecutivo) o di quelle legislative (è il caso del rinvio della legge alle Camere). In sostanza, l’esercizio dei suoi poteri formali consentirebbe al capo dello Stato di essere certamente meno coinvolto in scelte governative che in realtà gli vengono anticipate per timore di un controllo successivo sfavorevole all’Esecutivo» (A. D’ANDREA, *La deformazione del sistema di governo parlamentare italiano. Qualche suggerimento su ciò che sarebbe utile fare, seguendo le nitide tracce di Valerio Onida*, in *Rivista AIC*, fasc. 3/2011, 8).

⁵ Vedi, sul punto, D. CHINNI, *Sulle esternazioni del Presidente della Repubblica al tempo dei new media. Spunti a partire dalla prassi del Presidente Napolitano*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, 1921 ss.

⁶ Tale circostanza è confermata dal ruolo che un altro organo di garanzia ha assunto e continua ad assumere da qualche tempo a questa parte, la Corte costituzionale. Basti pensare agli interventi recenti sul tema del fine vita, con i quali la

L'inclinazione del ruolo istituzionale del Parlamento, sempre più recessivo dinanzi all'egemonia governista, nonché la crescente sfiducia del corpo elettorale nei propri rappresentanti, messa bene in luce dal crescente astensionismo, fungono poi da substrato sul quale viene coltivata una *funzione politica* del Presidente della Repubblica, chiamato a intervenire in passaggi delicati della vita istituzionale del nostro Paese.

2. Il potere di esternazione quale strumento e metodo consolidato di interlocuzione tra il Capo dello Stato e l'opinione pubblica.

Il potere di esternazione del Presidente della Repubblica, nell'ordinamento italiano, è stato oggetto di numerosi studi da parte della dottrina costituzionalistica⁷ e, invero, non sono mancate osservazioni critiche circa le modalità e i contenuti che di volta in volta hanno contraddistinto le dichiarazioni dei Capi di Stato succedutisi, sino ad ora, nel corso della storia repubblicana.

Prima di condurre l'analisi di alcune delle più significative esternazioni che hanno caratterizzato i primi sette anni della presidenza Mattarella⁸, con particolare riferimento all'andamento del sistema di governo italiano, si reputa necessario richiamare altresì, seppur brevemente e senza pretesa di esaustività, i tratti caratteristici della figura delle c.d. esternazioni atipiche, vale a dire di quelle dichiarazioni od opinioni che il capo dello Stato esprime al di là delle ipotesi, costituzionalmente previste, dei messaggi di cui all'art. 87, comma 2, Cost.⁹, e di tutte le dichiarazioni di

Corte ha dovuto a lungo supplire all'inerzia del legislatore. Ma la circostanza emerge in modo netto e inequivoco anche se si guarda alle modalità comunicative della Corte: con l'attuale Presidenza, infatti, sono state introdotte diverse modalità di interlocuzione popolare tra le quali, ad esempio, le conferenze stampa rese in occasione delle decisioni sull'ammissibilità dei referendum sulla giustizia e dei referendum sulla cannabis e sull'eutanasia legale. Modalità, queste, nuove per la Corte costituzionale e che sembrano avviare una stagione in cui il Giudice delle leggi intende emergere dall'anonimato e rendere fruibili le sue decisioni, che sono già pubbliche, ma che non restano più soltanto affidate ai comunicati e alle motivazioni delle decisioni assunte. Lo stesso Presidente Giuliano Amato, sul punto, ha chiarito che «Abbiamo ritenuto giusto ripristinare un'usanza che c'era stata in anni molto lontani che prevede, dopo impegni di questo tipo che hanno un risultato plurimo che desta forte interesse nell'opinione pubblica e quindi in voi [giornalisti] che dovete informare, di fare una conferenza stampa nella quale spieghiamo quello che abbiamo fatto, cosa che secondo me è sempre utile quella, dopo decisioni importanti o meno importante, di spiegare» (G. AMATO, *Conferenza stampa del Presidente della Corte costituzionale Giuliano Amato sul giudizio di ammissibilità degli 8 referendum*, 16 febbraio 2022, disponibile all'indirizzo www.cortecostituzionale.it).

⁷ Per una ricostruzione del potere (o della facoltà) di esternazione del Presidente della Repubblica si vedano, tra i numerosi studi, A. I. ARENA, *L'esternazione del pubblico potere*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019; G. DELLEDONNE, L. GORI, *Le presidenze della Repubblica rilette dal Quirinale. Potere di esternazione ed esigenze di continuità istituzionale*, in *Quaderni Costituzionali*, 2021, 321-353; G. D'ORAZIO, *Sul nuovo corso delle esternazioni presidenziali*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1983; M. DOGLIANI, *Il potere di esternazione del Presidente della Repubblica*, in M. Luciani, M. Volpi (a cura di), *Il Presidente della Repubblica*, Il Mulino, Bologna, 1997; G. FILIPPETTA, *Le esternazioni del Capo dello Stato tra controfirma ministeriale e "sindacato" parlamentare*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1992, 3218-3243; M. GORLANI, *Libertà di esternazione e sovraesposizione funzionale del Capo dello Stato. Ricadute recenti sulla forma di governo italiana*, Giuffrè, Milano, 2012; M. C. GRISOLIA, *Le esternazioni presidenziali*, in *Rivista AIC*, fasc. 1, 2011; ID., *Potere di messaggio ed esternazioni presidenziali*, Giuffrè, Milano, 1986; T. MARTINES, *Il potere di esternazione del presidente della Repubblica*, in G. Silvestri (a cura di), *La figura ed il ruolo del Presidente della Repubblica nel sistema costituzionale italiano*, Giuffrè, Milano, 1985; M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Note sul cosiddetto potere di esternazione del Capo dello Stato*, in *Studi in onore di Ignazio Scotto*, Edizioni Italedi, Roma, 1992; G. MOTZO, *Il potere presidenziale di esternazione e di messaggio (appunti)*, in *Archivio giuridico*, 1957, 19 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Il potere di esternazione del Presidente della Repubblica*, in *Il Corriere giuridico*, fasc. 7, 1991.

⁸ Difatti, il 29 gennaio 2022 è intervenuta, come è noto, la rielezione del Presidente Mattarella, il cui secondo mandato ha preso formalmente avvio il successivo 3 febbraio.

⁹ Il presente messaggio non va però confuso con il messaggio di cui all'articolo 74, comma 1, Cost., che espressamente prevede che «Il Presidente della Repubblica, prima di promulgare la legge, può con messaggio motivato alle Camere chiedere una nuova deliberazione». Naturalmente, quanto alla forma, si tratta in entrambi i casi di messaggi, ma l'articolo 87, comma 2, Cost. prevede un potere ampio del Presidente della Repubblica, il quale resta difatti libero di inviare

accompagnamento ad altri atti presidenziali tipici¹⁰. Per meglio comprendere cosa si intenda per esternazioni presidenziali appare congruo muovere da considerazioni di carattere etimologico. In generale, “esternare” significa rivolgere al pubblico il proprio pensiero e, laddove il termine sia riferito alla carica del Presidente della Repubblica – o, in ogni caso, ad alte cariche pubbliche (a titolo di esempio si pensi, quanto agli organi di garanzia, alla Corte costituzionale e alla figura del suo Presidente ovvero, con riguardo al potere esecutivo, ai singoli Ministri e al Presidente del Consiglio) – esternare significa in buona misura esercitare concretamente il pubblico potere¹¹, senza che sia definita la forma di estrinsecazione delle affermazioni espresse sotto il profilo normativo e senza che queste si possano ricondurre a dichiarazioni di “accompagnamento” nell’esercizio di altre attribuzioni costituzionali.

A ben vedere, il tratto distintivo delle esternazioni presidenziali è quello di riguardare questioni politico-istituzionali, in ciò distinguendosi da tutte quelle affermazioni riconducibili sempre e comunque alla libertà di manifestazione del pensiero di cui all’art. 21 Cost., di cui lo stesso Presidente della Repubblica appare destinatario in quanto libero cittadino. In poche parole, il Capo dello Stato esprime in modo libero il proprio pensiero, ma alla luce della peculiare posizione di rappresentante dell’unità nazionale, quando quel tipo di affermazioni investono il piano politico e istituzionale egli sta, in generale, esercitando il suo potere di esternazione.

Guardando alla prassi, il potere in questione, nel senso appena richiamato, si sostanzia in lettere, interviste, discorsi o messaggi rivolti alla Nazione e, come già accennato, costituiscono esternazioni presidenziali tutte le manifestazioni di pensiero del Presidente della Repubblica che non si concretizzano in atti tipici¹². Invero, autorevole dottrina ha avuto modo di soffermarsi sul potere di esternazione e di individuare, in modo analitico, le diverse tipologie di esternazione¹³, osservando, in particolare, che «le esternazioni problematiche sotto il profilo costituzionale [...] sono dichiarazioni (espressioni di pensiero e/o di volontà) che presentano tre caratteri essenziali: sono informali; hanno effetti politici; sono pubbliche»¹⁴. L’assunto merita di essere ripreso e, per quanto d’interesse, l’accento può essere posto con riguardo agli effetti politici prodotti dalle esternazioni presidenziali e, come si è detto all’informalità che spesso caratterizza l’agire del capo dello Stato. Difatti, se si guarda

messaggi alle Camere al di là dell’ipotesi, che potremmo definire *speciale*, di messaggio emesso a seguito dell’esercizio del potere di rinvio (anche detto di *veto sospensivo*) e, almeno astrattamente, di qualsiasi genere e afferenti a qualsiasi ambito materiale.

¹⁰ Non è infrequente che il Presidente della Repubblica si esprima al compimento di atti tipici (ad esempio, la concessione della grazia o il conferimento di onorificenze) con dichiarazioni volte a rendere noto il contenuto dell’atto o semplicemente a divulgare le ragioni che lo hanno spinto ad assumere quella determinazione. In questo caso, tuttavia, pur essendo dinanzi a forme di esternazione, è preferibile tracciare una linea di demarcazione tra queste dichiarazioni, connesse all’esercizio di poteri tipici o nominati, e le dichiarazioni rese al di fuori delle attribuzioni costituzionali esplicitamente previste, le quali configurano, come detto, esternazioni atipiche.

¹¹ Come è stato correttamente osservato, «Le esternazioni possono essere riguardate da una duplice prospettiva. Da una parte, infatti, esse costituiscono un frammento o un segmento della sfera pubblica, per tale intendendosi quella zona della vita sociale nella quale si dibattono questioni di interesse collettivo mediante il metodo della argomentazione. Dall’altra, esternare equivale, al tempo stesso, ad esercitare pubblico potere. Entrambe le prospettive meritano una particolare attenzione da parte dei costituzionalisti. Considerare le esternazioni come potere pubblico non esclude che esse possano e debbano essere studiate anche in una luce diversa, cioè come parte integrante della sfera pubblica (per così dire, come opinioni pubbliche tra le opinioni pubbliche). [...] L’esternazione può dunque dirsi “del pubblico potere” non solo in senso soggettivo, cioè in quanto imputabile agli organi pubblici, ma anche in senso oggettivo, quale espressione di una pubblica funzione» (A. I. ARENA, *L’esternazione del pubblico potere*, in [Rivista del Gruppo di Pisa](#), 2017, 3).

¹² In questo senso, si veda per tutti R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto Pubblico*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2021.

¹³ Nello specifico è Mario Dogliani a indicare ben sette tipologie di esternazione di seguito riportate: 1) i messaggi introduttivi (letti dopo il giuramento); 2) le forme anomale di messaggio; 3) le dichiarazioni pubbliche prive di significato politico; 4) le dichiarazioni pubbliche implicanti conseguenze di natura politica; 5) le dichiarazioni pubbliche rese nell’ambito delle funzioni tipiche o nominate; 6) le dichiarazioni inerenti un orientamento che il Presidente ha seguito o intende seguire (aventi ricadute politiche); 7) le dichiarazioni, rese ex art. 21 cost., frutto dell’esposizione pubblica del Capo dello Stato (v. M. DOGLIANI, *Il potere di esternazione del Presidente della Repubblica*, cit., 221-225).

¹⁴ M. DOGLIANI, *Il potere di esternazione del Presidente della Repubblica*, cit., 234.

quantomeno alla peculiare posizione del Presidente della Repubblica e alle attribuzioni espressamente conferitegli dalla Costituzione è evidente che la delicatezza del ruolo del capo dello Stato implichi una certa libertà dell'agire, quale si manifesta, senza dubbio, anche attraverso interlocuzioni riservate e da cui, talvolta, possono trapelare indiscrezioni, pur sempre indicative della sensibilità presidenziale.

Al netto di queste osservazioni, tuttavia, se ci si attiene al piano formale delle esternazioni note al pubblico, è possibile cogliere elementi niente affatto estranei all'indirizzo politico espresso, da un lato, dalla maggioranza di Governo e, dall'altro, dalla maggioranza parlamentare, sul presupposto che la figura del Presidente della Repubblica è da tempo investita da quella che in dottrina è stata definita una «crescita politica»¹⁵, la quale sottende l'emergere di un concreto ruolo del capo dello Stato nel contesto della politica nazionale (e, guardando all'esperienza nostrana, anche europea). Non è un caso, infatti, che il Presidente della Repubblica, in frequenti occasioni, esprima il suo gradimento o la sua preoccupazione rispetto a temi, spesso complessi, che coinvolgono il piano politico e che si riducono sovente all'elaborazione di riforme di sistema o interventi ritenuti urgenti, i quali necessitano di un ampio consenso politico in un contesto partitico sempre più frammentato, caratterizzato da maggioranze sempre meno nette e da un ruolo molto incisivo del Presidente della Repubblica nel procedimento di formazione dei Governi¹⁶.

Muovendo da tali premesse e giungendo gradualmente al merito delle esternazioni sul sistema di governo che hanno segnato i primi sette anni della Presidenza Mattarella, è necessario tenere a mente il mutamento che ha portato il Capo dello Stato ad assolvere il proprio ruolo con un crescente senso di *responsabilità politica*. Si tratta, come anticipato, di un'epoca marcata, almeno a partire dagli anni Ottanta, da una sovraesposizione funzionale della figura del Presidente della Repubblica¹⁷, sui

¹⁵ In particolare, compiendo uno studio analitico sul potere di messaggio e di esternazione del Presidente della Repubblica (e soffermandosi sulle prime prassi introdotte dal Presidente Francesco Cossiga), Maria Cristina Grisolia ha osservato che «*Nulla quaestio* [...] circa l'ammissione di una realtà istituzionale che sembra ormai autonomamente regolarsi su norme che riflettono [...] il definitivo consolidarsi del nostro sistema di un potere di esternazione che, sorto in alternativa ad un disposto costituzionale in definitiva sclerotizzato su alcune fattispecie particolari (v. i messaggi di insediamento ed i messaggi commemorativi), ha scandito in questi anni i tempi della crescita politica del Capo dello Stato» (M. C. GRISOLIA, *Potere di messaggio ed esternazioni presidenziali*, Giuffrè, Milano, 1986, 187-188).

¹⁶ Determinante, in questo senso, la scelta di meccanismi elettorali che, sino ad ora, non sembrano essere stati in grado di favorire maggioranze parlamentari durature e capaci di sostenere Governi solidi. Al di là della retorica della c.d. governabilità (a tutti i costi), è innegabile che un sistema di tipo parlamentare come quello italiano verrebbe favorito da leggi elettorali idonee a tradurre il complesso quadro partitico (in altri termini, l'attuale multipartitismo italiano) in una composizione dell'arco parlamentare che, tenuto fermo il necessario pluralismo, riesca ad esprimere un indirizzo di maggioranza. Il Presidente della Repubblica, va da sé, è chiamato a svolgere un ruolo molto diverso a seconda che il sistema sia polarizzato o, viceversa, caratterizzato dalla presenza di molti partiti e dalla contemporanea assenza di una netta emersione di forze politiche di maggioranza (il riferimento è, inevitabilmente, alla gestione presidenziale della fase delle consultazioni e dell'intero procedimento di formazione del governo). In questo senso, Michela Manetti, con riferimento alla Presidenza Ciampi e al contesto politico del periodo 2001-2006, ha avuto modo di osservare che «Anziché lottare strenuamente per aggiudicarsi un Presidente disposto a sostenere un determinato quadro politico, i partiti mostravano di confidare nella capacità dell'assetto bipolare di realizzare autonomamente le condizioni della stabilità, chiedendo al Capo dello Stato semplicemente di rispettarle e garantirle. In questo senso nell'investitura apolitica di Ciampi si può intravedere l'aspirazione o la spinta verso l'autopropulsione del sistema politico, grazie alla quale sarebbero stati cancellati tutti i fattori che avevano legittimato il crescente protagonismo del Capo dello Stato» (M. MANETTI, *I due Presidenti. Il settennato di Ciampi alla prova del bipolarismo della Repubblica*, in *Rivista di diritto costituzionale*, fasc. 12, 2007, 1). Ciò dimostra che lo stesso ruolo del Presidente della Repubblica è fortemente influenzato dal contesto politico e dai sistemi elettorali vigenti.

¹⁷ Così l'ampia riflessione di Mario Gorlani, il quale ha avuto modo di sottolineare che «Un conto [...] è evidenziare "intrinseca e inevitabile vicinanza alla politica del Presidente della Repubblica - politici essendo "la sua legittimazione", i "suoi interlocutori istituzionali", " parametri della sua azione, che è indirizzata anche da apprezzamenti di opportunità generale" - in un quadro nel quale, però, rimane chiara l'occasionalità e frammentarietà delle funzioni presidenziali, il cui esercizio è scandito e condizionato, anche dal punto di vista della tempistica, dai fini costituzionali che le giustificano; altro conto è constatare come, attraverso la quotidianità delle esternazioni, la figura del Capo dello Stato abbia assunto una valenza politica a tutto tondo, protagonista dell'attuazione diretta dei valori costituzionali e libera nei fini che, proprio

presupposti della crescente frammentarietà del quadro politico-istituzionale e di quella che potremmo definire la “caduta” del sistema partitico tradizionale.

Il Presidente della Repubblica, però, non è l’unica figura istituzionale caratterizzata da questa sovraesposizione, poiché, dall’altro lato, osserviamo una Corte costituzionale, soprattutto per mezzo del suo Presidente¹⁸, molto attenta alle dinamiche politiche. A tal proposito, negli ultimi anni, la Corte ha mostrato la sua capacità di incidere profondamente nell’ordinamento sotto il profilo politico e, infatti, sono notevolmente cresciuti i c.d. moniti al legislatore¹⁹; per converso, viceversa, la Corte ha mostrato la sua “timidezza” nell’intervenire su prassi procedurali non in linea con il dettato costituzionale (si pensi ai c.d. maxi emendamenti)²⁰ e l’impressione che si ricava è quella di voler salvaguardare la tenuta della maggioranza di governo, che in molti casi è la stessa sostenuta dal capo dello Stato e frutto del suo intervento volto a ricomporre la crisi (ne è un esempio quella del Governo Draghi).

Si delinea, dunque, un ruolo di *compensazione e protezione* che viene assolto anche, ma non soltanto, dal Presidente della Repubblica e che si sostanzia, in misura prevalente, nell’assiduo ricorso alle esternazioni. Se, difatti, si guarda alle origini della prassi delle esternazioni, il primo esempio emblematico di esternazione atipica può essere fatta risalire al 15 giugno del 1978, con il clamoroso annuncio in diretta televisiva delle dimissioni dell’allora Presidente Giovanni Leone. Precisamente, alle ore 20:15 venne trasmesso il messaggio – registrato poco prima dallo stesso Leone – con cui egli comunicava l’intento di lasciare la Presidenza della Repubblica, ritenendo ormai insostenibile la situazione venutasi a creare sotto il profilo non soltanto politico, ma anche personale²¹. L’atto di dimissione del Presidente della Repubblica – che resta certamente un atto formale e personale – ci restituisce, alla luce delle *modalità* e del *contenuto* delle dichiarazioni espresse, l’idea di un contesto di sofferenza politica e che, attraverso le sue esternazioni di fatto, il Presidente Leone non abbia inteso far passare inosservata e, anzi, abbia voluto mettere in risalto, condividendo le sue preoccupazioni con l’intera Nazione.

La prassi delle esternazioni si fa, poi, lentamente strada e si consolida dapprima con l’esperienza della Presidenza Pertini, di cui è celebre l’intervento pronunciato in occasione del terremoto in Irpinia²² e, successivamente, con l’azione del Presidente Francesco Cossiga, la cui Presidenza appare

attraverso le esternazioni, intende perseguire» (M. GORLANI, *Libertà di esternazione e sovraesposizione funzionale del Capo dello Stato. Ricadute recenti sulla forma di governo italiana*, cit., 369).

¹⁸ Sul punto si segnala l’interessante studio monografico di M. BUQUICCHIO, *Contributo allo studio delle esternazioni del presidente della Corte costituzionale*, Cacucci Editore, Bari, 2000.

¹⁹ I dati raccolti, a partire dall’anno 2018, dal Servizio Studi della Corte costituzionale sul tema del “*Dialogo con il legislatore e gli organi di governo: moniti, auspici, inviti e richiami nella giurisprudenza costituzionale*” dimostrano il ricorso crescente ai moniti rivolti al legislatore da parte della Consulta, i quali sono passati dai 10 del 2018 ai 20 del 2019 e dai 25 del 2020 ai 29 del 2021. Rispetto al 2018, dunque, il numero di decisioni in tal senso è pressoché triplicato. I dati sono liberamente consultabili all’indirizzo www.cortecostituzionale.it, sezione *Studi e ricerche*.

²⁰ Per una riflessione compiuta sul tema si vedano, tra gli altri, i contributi di A. D’ANDREA, A. LAURO, *La “modulazione” delle pronunce della Corte costituzionale: quando la prudenza (apparente) fa da sponda all’indirizzo politico*, in *Rassegna Parlamentare*, n. 1/2021, 7 ss.; L. SPADACINI, *Decreto-legge e alterazione del quadro costituzionale. Distorsioni del bicameralismo, degenerazione del sistema delle fonti e inefficacia dei controlli*, Cacucci Editore, Bari, 2022.

²¹ Si riporta di seguito uno stralcio del messaggio alla Nazione richiamato e che si reputa particolarmente suggestivo: «Se oggi mi sono deciso a compiere questo passo è perché ritengo assolutamente preminente, su quello personale, l’interesse delle istituzioni. Infatti, finché le insinuazioni, i dubbi, le accuse, hanno formato oggetto di attacchi giornalistici non suffragati da alcuna circostanza, ho potuto far pesare sulla bilancia la necessità di non drammatizzare, imponendomi un riserbo che mi è stato rimproverato come silenzio, che mi è costato amarezza e che risponde forse a tempi sorpassati. Ma nel momento in cui la campagna diffamatoria sembra aver intaccato la fiducia delle forze politiche, la mia scelta non poteva essere che questa» (G. LEONE, *Discorso pronunciato in occasione delle dimissioni*, 15 giugno 1978, il cui testo è liberamente consultabile e scaricabile dal *Portale storico della presidenza della Repubblica*, raggiungibile attraverso il collegamento www.archivio.quirinale.it).

²² Il 26 novembre 1980, l’allora Presidente Pertini si rivolse alla Nazione, con un discorso trasmesso a reti unificate e del quale si riporta di seguito un significativo passaggio: «Nel 1970 in Parlamento furono votate leggi riguardanti le

assai ricca di esternazioni anche sferzanti²³, per poi proseguire, senza battute d'arresto, con tutti i Presidenti della Repubblica successivi.

Queste prassi consentono, sin d'ora, di agganciare il tema delle esternazioni presidenziali a quello dell'interlocuzione, divenuta ormai una regola, tra le alte cariche dello Stato e l'opinione pubblica. Il potere di esternazione, in questo senso, conferma la precisa volontà dei Presidenti della Repubblica di volersi rivolgere alla Nazione, senza filtri e senza la intermediazione degli altri organi espressivi dei poteri statali, esercitando il loro potere di influenza²⁴. Lo stesso Sergio Mattarella, in occasione del primo discorso pronunciato il giorno del giuramento (il 3 febbraio 2015) ha avuto occasione di elencare alcuni punti dell'agenda politica sui quali sarebbe poi stata «misurata la vicinanza delle istituzioni al popolo», ponendo dunque al centro il tema del dialogo tra coloro i quali detengono il potere (le istituzioni) e coloro i quali legittimamente lo subiscono (il Popolo)²⁵.

In questo stato di cose, se ci si sofferma sulla natura del potere di influenza esercitato dai Presidenti della Repubblica, si può notare che esso deriva non soltanto da un modello costituzionale teorico che ritaglia una precipua funzione di garanzia del Presidente, ma altresì da elementi caratteristici della figura del Capo dello Stato, tra cui, indubbiamente, ritroviamo la necessaria autorevolezza e levatura, il senso di rispetto e di fiducia senza cui assisteremmo, con ogni probabilità, ad una svalutazione del ruolo della più alta carica dello Stato. Quelli ora richiamati, quindi, sono tratti distintivi di cui deve godere il Presidente della Repubblica affinché la sua opera sia efficace e persuasiva e affinché egli possa sempre comparire agli occhi del Popolo un autorevole garante dello Stato e della Costituzione²⁶.

Se si guarda al potere di esternazione, nel senso fino ad ora inteso, con la Presidenza Mattarella si conferma l'assiduo ricorso a dichiarazioni e messaggi riconducibili a tale facoltà e non sembrano esservi elementi per ricavare una contrazione nell'impiego delle esternazioni. Al contrario, la prassi

calamità naturali. Vengo a sapere adesso che non sono stati attuati i regolamenti di esecuzione di queste leggi. E mi chiedo: se questi centri di soccorso immediati sono stati istituiti, perché non hanno funzionato? Perché a distanza di 48 ore non si è fatta sentire la loro presenza in queste zone devastate? [...] Le somme necessarie furono stanziare. Mi chiedo: dove è andato a finire questo denaro? Chi è che ha speculato su questa disgrazia del Belice? E se vi è qualcuno che ha speculato, io chiedo: costui è in carcere, come dovrebbe essere in carcere? Perché l'infamia maggiore, per me, è quella di speculare sulle disgrazie altrui [...] Ed allora: non vi è bisogno di nuove leggi, la legge esiste. Ecco perché io ho rinunciato ad inviare, come era mio proposito in un primo momento, un messaggio al parlamento. Si applichi questa legge e si dia vita a questi regolamenti di esecuzione, e si cerchi subito di portare soccorsi ai superstiti e di ricoverarli non in tende ma in alloggi dove possano passare l'inverno e attendere che sia risolta la loro situazione» (S. PERTINI, *Sul terremoto verificatosi nell'Italia meridionale*, discorso del 26 novembre 1980, disponibile all'indirizzo www.archivio.quirinale.it).

²³ Vedi, *ex multis*, F. MARTINI, *Dalla ramanzina di Pertini sui ritardi in Irpinia al "Non ci sto" di Scalfaro: quando i presidenti della Repubblica parlano agli italiani*, articolo del 6 marzo 2020 e disponibile in [La Stampa](http://LaStampa).

²⁴ Un potere di influenza che, più in generale, riguarda gli organi di garanzia costituzionale (Cfr. E. CHELI, *Il Presidente della Repubblica come organo di garanzia costituzionale*, in A. Pace (a cura di), *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Giuffrè, 1999, 301-315; C. FUSARO, *Italia: un presidente contropotere di influenza*, in G. Passarelli (a cura di), *Presidenti della Repubblica. Forme di governo a confronto*, Giappichelli, Torino, 2010, 204 e ss.; A. PIROZZOLI, *Il potere di influenza degli organi di garanzia costituzionale*, Jovene Editore, Napoli, 2013; G. SILVESTRI, *Le garanzie della Repubblica*, Giappichelli, Torino, 2009).

²⁵ Di seguito il passaggio, appena richiamato, del discorso pronunciato dal Presidente Mattarella il 3 febbraio 2015, in occasione del giuramento: «La lunga crisi, prolungatasi oltre ogni limite, ha inferto ferite al tessuto sociale del nostro Paese e ha messo a dura prova la tenuta del suo sistema produttivo. Ha aumentato le ingiustizie. Ha generato nuove povertà. Ha prodotto emarginazione e solitudine. Le angosce si annidano in tante famiglie per le difficoltà che sottraggono il futuro alle ragazze e ai ragazzi. Il lavoro che manca per tanti giovani, specialmente nel Mezzogiorno, la perdita di occupazione, l'esclusione, le difficoltà che si incontrano nel garantire diritti e servizi sociali fondamentali. Sono questi i punti dell'agenda esigente su cui sarà misurata la vicinanza delle istituzioni al popolo. Dobbiamo saper scongiurare il rischio che la crisi economica intacchi il rispetto di principi e valori su cui si fonda il patto sociale sancito dalla Costituzione» (S. MATTARELLA, *Messaggio del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella al Parlamento nel giorno del giuramento*, 3 febbraio 2015, disponibile all'indirizzo www.quirinale.it).

²⁶ Sul punto, Antonio D'Andrea ha osservato come sia evidente che «per il Presidente della Repubblica, organo monocratico, contano più che mai le caratteristiche personali e le specifiche sensibilità che lo possono orientare a svolgere il suo compito di garante con prudente riserbo ovvero con maggiore interventismo» (A. D'ANDREA, *La deformazione del sistema di governo parlamentare italiano*, cit., 8).

sembra restituirci un dato allarmante: il Presidente Mattarella ha esercitato (e continua ad esercitare), al pari di altri Presidenti, un'influenza decisiva in relazione a momenti cruciali della vita del sistema parlamentare italiano attraverso un metodo di interlocuzione ormai consolidato.

3. L'incidenza e la pervasività delle esternazioni del Presidente Sergio Mattarella sull'andamento del sistema di governo italiano: dalla "grande" riforma renziana al Governo Draghi.

Come si è anticipato, il concreto ruolo del Presidente della Repubblica in relazione al sistema di governo italiano molto dipende dalla capacità dell'intero sistema di esprimere solide maggioranze parlamentari e, conseguentemente, governi capaci di assicurarsi il sostegno di quella stessa, auspicabilmente per l'intero corso della legislatura. Ecco, dunque, che non è possibile guardare al ruolo di Sergio Mattarella sguanciandosi dall'intero quadro politico-istituzionale, così come imprescindibile sembra essere tenere in considerazione la situazione di emergenza sanitaria nel quale il nostro Paese ha versato fino al marzo 2022 (venuta meno, formalmente, con la revoca dello stato di emergenza) e che, indubbiamente, ha finito per condizionare le scelte assunte dallo stesso Mattarella nel risolvere le crisi di governo che si sono verificate²⁷.

Il primo mandato del Presidente Mattarella, avviatosi il 3 febbraio 2015 e conclusosi il 2 febbraio 2022, è stato caratterizzato dal susseguirsi di quattro Governi a cavallo di due differenti legislature (la XVII e la XVIII) e numerose sono state le esternazioni che hanno accompagnato la gestione delle crisi²⁸. Qui ci si limiterà a sottolineare i passaggi cruciali di formazione dei nuovi Governi, mettendo in luce quanto le esternazioni di Sergio Mattarella abbiano disvelato la loro netta incidenza e pervasività sull'andamento del sistema di governo.

Nel corso della XVII Legislatura (dal 15 marzo 2013 al 22 marzo 2018), il Presidente Mattarella si è ritrovato anzitutto a gestire la crisi del governo guidato fino a quel momento da Matteo Renzi (*leader* politico del Partito Democratico), il quale giunse a rassegnare le proprie dimissioni a seguito della disfatta consistita nella bocciatura popolare del "grande" progetto di riforma della Costituzione²⁹. Sul tema della riforma costituzionale, si deve segnalare l'attenzione posta sul punto dallo stesso Sergio Mattarella, ancora una volta nel discorso tenuto al momento del giuramento il 3 febbraio del 2015. All'atto del suo insediamento, infatti, il Presidente Mattarella aveva preso posizione rispetto al percorso riformista che Governo e Parlamento avevano da poco intrapreso e non si era certo limitato a richiamare la possibilità di una riforma, ma ne ha auspicato il buon esito³⁰.

Se da un lato il Presidente Mattarella non tornerà più sul tema della riforma costituzionale, è altrettanto evidente che la bocciatura della riforma ha costituito un primo problema di gestione della crisi di governo, affrontata da Mattarella con tempestività, dopo le dimissioni rassegnate da Matteo Renzi. In occasione del primo ed unico giro di consultazioni, il Presidente ha affermato la necessità di avere in tempi brevi un nuovo Esecutivo, così da poter far fronte agli importanti adempimenti cui il Governo era chiamato e, con l'occasione, Mattarella ha ricordato l'importanza di armonizzare il

²⁷ Sul punto, però, sia consentita una nota critica: non sono mancate occasioni in cui l'emergenza sanitaria ha rappresentato l'occasione per giustificare scelte peculiari e non sempre del tutto in linea con i principi costituzionali.

²⁸ Per un'ampia e approfondita lettura delle prime due crisi di governo della XVIII Legislatura si rinvia, per tutti, a M. PODETTA, *L'interventismo presidenziale nelle crisi di governo della complessa XVIII Legislatura*, in A. APOSTOLI, M. GORLANI, *Il primo settennato di Sergio Mattarella*, cit., 2022, 55 ss.

²⁹ In argomento, v. almeno P. Costanzo (cur.), *Referendum costituzionale: uno sguardo d'insieme sulla riforma Renzi-Boschi* (Serie: Gli Speciali della Giurisprudenza Italiana), Wolters Kluwer, Milano, 2016

³⁰ In particolare, di seguito le parole pronunciate da Sergio Mattarella: «È significativo che il mio giuramento sia avvenuto mentre sta per completarsi il percorso di un'ampia e incisiva riforma della seconda parte della Costituzione. Senza entrare nel merito delle singole soluzioni, che competono al Parlamento, nella sua sovranità, desidero esprimere l'auspicio che questo percorso sia portato a compimento con l'obiettivo di rendere più adeguata la nostra democrazia. Riformare la Costituzione per rafforzare il processo democratico» (S. MATTARELLA, *Messaggio del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella al Parlamento nel giorno del giuramento*, cit., disponibile all'indirizzo www.quirinale.it).

sistema di elezione delle due Camere, in quanto la nuova legge elettorale, il c.d. Italicum³¹, era nel frattempo intervenuto a disciplinare l'elezione della sola Camera dei Deputati, essendo il progetto di riforma del sistema elettorale strettamente collegato alla ormai naufragata riforma costituzionale renziana, che prevedeva, tra le altre cose, il superamento del bicameralismo paritario e l'estromissione del Senato dal circuito fiduciario³².

Il giorno successivo alle dichiarazioni di chiusura delle consultazioni, Paolo Gentiloni accetterà con riserva l'incarico di formare un nuovo Governo conferitogli dal Presidente Mattarella. Il Governo Gentiloni, come è noto, resterà in carica fino al termine della XVII Legislatura e nel marzo del 2018 si provvederà ad un'ulteriore tornata elettorale.

A seguito dell'esito del voto, aprendosi ufficialmente la XVIII Legislatura (il 23 marzo 2018), la scena politica risulta contraddistinta dalla presenza di una grande coalizione di centrodestra (più votata in quanto coalizione) e dalla presenza di due altri partiti, il Movimento 5 stelle (il partito più votato) e il Partito Democratico (secondo partito più votato).

In questo contesto, si apre ufficialmente un lungo periodo caratterizzato da molteplici esternazioni presidenziali. Difatti, il Presidente Mattarella si ritroverà a gestire più giri di consultazioni e soltanto il 1° giugno 2018 giurerà il nuovo Esecutivo, nato dall'alleanza tra il Movimento 5 stelle e La Lega (formalizzata con il c.d. Contratto per il Governo del cambiamento). Nella lunga fase delle consultazioni, che si dipana tra il marzo e il giugno 2018, le esternazioni presidenziali sono caratterizzate dall'esigenza di uscire, ancora una volta, in tempi rapidi dalla fase di stallo. In particolare, al termine delle consultazioni del 4 e 5 aprile 2018, il Presidente della Repubblica pone l'attenzione sull'esito delle elezioni e sulla circostanza secondo la quale nessun partito riuscirebbe, da solo, a ottenere la fiducia del Parlamento e a procedere alla formazione di un Esecutivo stabile³³. I toni del Presidente della Repubblica, tuttavia, crescono con il passare del tempo e si fanno più duri con il discorso pronunciato all'esito delle consultazioni del 7 maggio 2018. Soprattutto, il Presidente Mattarella richiama la necessità di non poter più attendere oltre e, quali che siano le scelte dei partiti, egli rammenta che in assenza di intese l'unica soluzione percorribile resterà quella di nuove elezioni, a seguito dello scioglimento anticipato delle Camere. Il Presidente, inoltre, avverte che nuove elezioni presupporrebbero il loro svolgimento in autunno e, come fosse un'avvertenza o un monito, ribadisce che sarebbe la prima volta nella storia della Repubblica che una legislatura non giungerebbe al termine. Per arrivare alle elezioni, infine, il Presidente si farebbe carico della formazione di un Governo neutrale³⁴.

³¹ Che sarà successivamente dichiarato parzialmente illegittimo dalla Corte costituzionale (cfr. [Corte costituzionale, sentenza del 25 gennaio 2017, n. 35](#))

³² «Il nostro Paese ha bisogno, in tempi brevi, di un governo nella pienezza delle sue funzioni: vi sono di fronte a noi adempimenti, impegni e scadenze che vanno affrontati e rispettati. Si tratta di adempimenti, impegni e scadenze di carattere interno, europeo e internazionale. In questi incontri è emersa, come prioritaria, un'esigenza generale di armonizzazione delle due leggi per l'elezione della Camera e del Senato, condizione questa indispensabile per procedere allo svolgimento di elezioni» (S. MATTARELLA, *Dichiarazione del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella al termine delle consultazioni successive alle dimissioni del Governo Renzi*, 10 dicembre 2016, testo disponibile all'indirizzo www.quirinale.it).

³³ Di seguito uno stralcio delle dichiarazioni del Presidente Mattarella: «Le elezioni che abbiamo celebrato un mese fa hanno visto un ampio aumento di consenso per due partiti - uno dei quali alleato con altri - ma non hanno assegnato a nessuna parte politica la maggioranza dei seggi in Parlamento, né alla Camera né al Senato, dove sono presenti tre schieramenti politici. Nessun partito, né schieramento politico dispone, quindi, da solo, dei voti necessari per formare un governo e sostenerlo. È indispensabile, quindi - in base alle regole della nostra democrazia - che vi siano delle intese tra più parti politiche per formare una coalizione che possa avere la maggioranza in Parlamento e quindi far nascere e sostenere un governo» (S. MATTARELLA, *Dichiarazione del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella al termine delle consultazioni del 4 e 5 aprile 2018 per la formazione del nuovo governo*, 5 aprile 2018, testo disponibile all'indirizzo www.quirinale.it).

³⁴ Il Presidente Mattarella, precisamente, ha osservato quanto segue: «Quali che siano le decisioni che assumeranno i partiti è, quindi, doveroso dar vita a un nuovo governo. Non si può attendere oltre [...] Mi auguro che dalle varie forze politiche giunga una risposta positiva, nel senso dell'assunzione di responsabilità nell'interesse dell'Italia, tutelando, in

Il monito del Presidente Mattarella, innegabilmente, produrrà una brusca accelerata nella gestione della situazione politica e il dialogo delle forze partitiche, a seguito di ulteriori consultazioni, porterà, come anticipato, alla nascita del Governo giallo-verde, con alla guida il Premier Giuseppe Conte. Nell'ambito del procedimento di formazione del Governo Conte I, tuttavia, occorre segnalare le dichiarazioni del Presidente Mattarella del 27 maggio 2018, a valle del dialogo con il Premier incaricato Giuseppe Conte. In quella occasione, vagliata la lista dei Ministri proposti da Conte, Mattarella si rifiuterà di procedere alla nomina di Ministro dell'Economia di Paolo Savona, esercitando un inedito potere di veto³⁵ e provocando un'aspra discussione tra le forze politiche, la quale si placherà con la resa da parte di Conte e la nomina di una diversa personalità per quell'incarico ritenuto da Mattarella cruciale, anche tenuto conto delle politiche economiche, per lui necessariamente europeiste, del Governo nascente³⁶.

Il Governo Conte I verserà presto in uno stato di crisi che ne determinerà, nell'agosto 2019, la definitiva caduta. Anche in questa circostanza il Presidente Mattarella, chiamato a gestire l'ennesima crisi, porrà al centro delle sue esternazioni, svolte a cavallo di due giri di consultazioni, la necessità di formare presto un nuovo Esecutivo, in vista di importanti e incombenti scadenze, anche a livello europeo³⁷. Nascerà, quindi, una nuova alleanza tra il Movimento 5 stelle e il Partito Democratico, che darà vita al c.d. Governo giallo-rosso.

Infine, la quarta e ultima crisi di governo risolta dal presidente Mattarella nasce dalla caduta del Governo Conte II (conseguente ad una scelta politica di Matteo Renzi), in piena pandemia, e dopo un primo giro di consultazioni il Presidente chiederà espressamente a Conte di uscire dalla crisi rapidamente (*comme d'habitude*)³⁸ e tentare di ricomporre una maggioranza parlamentare in grado di

questo modo, il voto espresso dai cittadini il 4 marzo. Laddove questo non avvenisse, il nuovo governo, politicamente neutrale, resterebbe, come ho detto, in carica per le elezioni, da svolgere o in piena estate, ovvero in autunno, con i rischi che ho ricordato prima. Sarebbe la prima volta nella storia della Repubblica che una legislatura si conclude senza neppure essere avviata. La prima volta che il voto popolare non viene utilizzato e non produce alcun effetto» (S. MATTARELLA, *Dichiarazione del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella al termine delle consultazioni del 7 maggio 2018 per la formazione del nuovo governo*, 7 maggio 2018, testo disponibile all'indirizzo www.quirinale.it).

³⁵ Una recente e puntuale ricostruzione della vicenda è rinvenibile in M. FRAU, *Il caso Savona: la progressiva deriva dualistica del potere presidenziale di nomina dei ministri e i suoi potenziali riflessi sulla struttura del regime parlamentare italiano*, in A. APOSTOLI, M. GORLANI, *Il primo settennato di Sergio Mattarella*, cit., 91 ss.

³⁶ «Questo pomeriggio il professor Conte - che apprezzo e che ringrazio - mi ha presentato le sue proposte per i decreti di nomina dei ministri che, come dispone la Costituzione, io devo firmare, assumendomene la responsabilità istituzionale. In questo caso il Presidente della Repubblica svolge un ruolo di garanzia, che non ha mai subito, né può subire, imposizioni. Ho condiviso e accettato tutte le proposte per i ministri, tranne quella del ministro dell'Economia. La designazione del ministro dell'Economia costituisce sempre un messaggio immediato, di fiducia o di allarme, per gli operatori economici e finanziari. Ho chiesto, per quel ministero, l'indicazione di un autorevole esponente politico della maggioranza, coerente con l'accordo di programma. Un esponente che - al di là della stima e della considerazione per la persona - non sia visto come sostenitore di una linea, più volte manifestata, che potrebbe provocare, probabilmente, o, addirittura, inevitabilmente, la fuoruscita dell'Italia dall'euro. Cosa ben diversa da un atteggiamento vigoroso, nell'ambito dell'Unione europea, per cambiarla in meglio dal punto di vista italiano. A fronte di questa mia sollecitazione, ho registrato - con rammarico - indisponibilità a ogni altra soluzione, e il Presidente del Consiglio incaricato ha rimesso il mandato» (S. MATTARELLA, *Dichiarazione del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella al termine del colloquio con il professor Giuseppe Conte*, 27 maggio 2018, disponibile all'indirizzo www.quirinale.it).

³⁷ In particolare, Sergio Mattarella ha affermato quanto segue: «Con le dimissioni presentate dal Presidente Conte - che ringrazio, con i ministri, per l'opera prestata - si è aperta la crisi di governo, con una dichiarata rottura polemica del rapporto tra i due partiti che componevano la maggioranza parlamentare. La crisi va risolta all'insegna di decisioni chiare; e in tempi brevi. Lo richiede l'esigenza di governo di un grande Paese come il nostro. Lo richiede il ruolo che l'Italia deve avere nell'importante momento di avvio della vita delle istituzioni dell'Unione Europea per il prossimo quinquennio. Lo richiedono le incertezze, politiche ed economiche, a livello internazionale» (S. MATTARELLA, *Dichiarazione del Presidente Mattarella al termine delle consultazioni del 21 e 22 agosto*, 21 agosto 2019, disponibile all'indirizzo www.quirinale.it).

³⁸ REDAZIONE, *Mattarella ha chiesto a Conte di uscire in fretta dall'incertezza sul futuro del governo*, articolo del 13 gennaio 2021, disponibile in AGI.

sostenerlo³⁹. Tuttavia, evaporata la possibilità di dare vita ad un terzo Governo guidato da Conte e a seguito di ulteriori interlocuzioni con le forze politiche, il Presidente della Repubblica porrà queste ultime davanti ad un bivio: o nuove elezioni o formazione di un Governo definito dallo stesso Mattarella “di alto profilo”⁴⁰. Nascerà così, sulla scorta di quest’ultima via, il Governo Draghi, frutto di un’ampia partecipazione delle forze politiche, eccezion fatta per Fratelli d’Italia, partito guidato da Giorgia Meloni, che resterà all’opposizione.

4. *Le prese di posizione del Presidente Mattarella contro la rielezione del capo dello Stato e le giustificazioni che hanno sorretto il suo secondo mandato.*

Meritano di essere annoverate tra le esternazioni sull’andamento del sistema di governo italiano pronunciate da Mattarella, le dichiarazioni rese dal Presidente, sia nel corso del suo primo mandato sia nel corso del c.d. semestre bianco, che hanno investito la sua rielezione. Non può passare in secondo piano la circostanza secondo la quale il Presidente Mattarella, in tempi non sospetti e sulla scorta del precedente “bis” di Napolitano⁴¹, aveva escluso, l’opportunità che il Presidente della Repubblica si facesse carico di due mandati.

Sul punto è davvero significativa, si potrebbe dire quasi *prodromica*, un’intervista rilasciata da Sergio Mattarella al Corriere della Sera nel lontano 1998, in vista della scadenza del mandato presidenziale di Oscar Luigi Scalfaro. All’epoca, infatti, fu proprio Sergio Mattarella a proporre un “bis” di Scalfaro, addirittura non escludendo la possibilità che la rielezione del capo dello Stato potesse essere funzionale all’attesa di un nuovo meccanismo elettorale⁴². Insomma, il precedente Napolitano e l’idea di una rielezione subordinata all’avveramento di determinate “condizioni” politiche⁴³ tutti avrebbe dovuto meravigliare fuorché lo stesso Mattarella.

³⁹ All’esito delle consultazioni, il 29 gennaio 2021, Mattarella dichiarerà quanto segue: «Come è evidente, le tre emergenze – sanitaria, sociale, economica - richiedono immediati provvedimenti di governo. È doveroso, quindi, dar vita - presto - a un governo, con adeguato sostegno parlamentare, per non lasciare il nostro Paese esposto agli eventi in questo momento così decisivo per la sua sorte. Dai colloqui, svolti qui al Quirinale - in queste trentadue ore - con le forze politiche e parlamentari, è emersa la prospettiva di una maggioranza politica, composta a partire dai gruppi che sostenevano il governo precedente. Questa disponibilità – a me manifestata nel corso delle consultazioni - va peraltro, doverosamente, verificata nella sua concreta praticabilità» (S. MATTARELLA, *Dichiarazione del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella al termine delle consultazioni*, 29 gennaio 2021, disponibile all’indirizzo www.quirinale.it).

⁴⁰ C. VECCHIO, *Affonda il Conte ter, Mattarella chiama Draghi: “Ora governo di alto profilo”*, articolo del 2 febbraio 2021, disponibile in la Repubblica. In coda alle consultazioni, in data 2 febbraio 2021, Mattarella dichiarerà quanto segue: «Dalle consultazioni al Quirinale era emersa, come unica possibilità di governo a base politica, quella della maggioranza che sosteneva il Governo precedente. La verifica della sua concreta realizzazione ha dato esito negativo. Vi sono adesso due strade, fra loro alternative. Dare, immediatamente, vita a un nuovo Governo, adeguato a fronteggiare le gravi emergenze presenti: sanitaria, sociale, economica, finanziaria. Ovvero quella di immediate elezioni anticipate. Questa seconda strada va attentamente considerata, perché le elezioni rappresentano un esercizio di democrazia [...] Credo che sia giusto aggiungere un’ulteriore considerazione: ci troviamo nel pieno della pandemia. Il contagio del virus è diffuso e allarmante; e se ne temono nuove ondate nelle sue varianti. Va ricordato che le elezioni non consistono soltanto nel giorno in cui ci si reca a votare ma includono molte e complesse attività precedenti per formare e presentare le candidature. [...] Avverto, pertanto, il dovere di rivolgere un appello a tutte le forze politiche presenti in Parlamento perché conferiscano la fiducia a un Governo di alto profilo, che non debba identificarsi con alcuna formula politica Conto, quindi, di conferire al più presto un incarico per formare un Governo che faccia fronte con tempestività alle gravi emergenze non rinviabili che ho ricordato» (S. MATTARELLA, *Dichiarazione del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella al termine delle consultazioni*, 2 febbraio 2021, disponibile all’indirizzo www.quirinale.it).

⁴¹ Vedi, tra le varie opere, F. GIUFFRÈ, I. A. NICOTRA, *L’eccezionale bis del Presidente della Repubblica Napolitano*, Giappichelli, Torino, 2014; M. Gorlani, N. Maccabiani (a cura di), *Il bis di Napolitano*, Bibliofabbrica, Brescia, 2013.

⁴² F. VERDERAMI, *Mattarella: perché non rieleggiamo Scalfaro al Quirinale?* articolo del 28 agosto 1998 pubblicato sul Corriere della Sera online.

⁴³ Nel secondo discorso di insediamento, infatti, Giorgio Napolitano mise al centro il tema della durata dell’ulteriore mandato: «Mi accingo al mio secondo mandato, senza illusioni e tanto meno pretese di amplificazione “salvifica” delle mie funzioni; eserciterò piuttosto con accresciuto senso del limite, oltre che con immutata imparzialità, quelle che la

Non sono poi mancate circostanze in cui, nel corso del primo settennato, il capo dello Stato abbia ricordato l'inopportunità di una rielezione del Presidente della Repubblica. Anzi, proprio Mattarella, seppur attraverso le parole di Antonio Segni, ha ricordato – nel discorso tenuto al Quirinale in occasione dei 130 anni dalla nascita di quest'ultimo – che potesse essere opportuno introdurre in Costituzione «il principio della “non immediata rieleggibilità”». La proposta, infatti, avrebbe lo scopo evidente di introdurre, una volta per tutte in Costituzione, un limite che buona parte della dottrina auspica da tempo.

Nonostante ciò, la posizione di Mattarella – su di una apertura alla rielezione del capo dello Stato – troverà conferma tanto con il messaggio di fine anno 2021, pronunciato a poche settimane di distanza dall'avvio delle votazioni parlamentari per la scelta del nuovo Presidente della Repubblica⁴⁴, quanto dalle indiscrezioni trapelate a livello mediatico e dal non certo irrilevante episodio – reso noto attraverso i canali di informazione e, in particolare, mediante i *social network* – del trasloco che Sergio Mattarella era in procinto di compiere per passare dal Palazzo del Quirinale ad un'abitazione ubicata in Roma e presso la quale, all'uopo, si era recato in visita.

Ecco, dunque, che menzionati questi precedenti, la vicenda della rielezione del Presidente Mattarella assume rilevanza niente affatto secondaria rispetto all'andamento del sistema di governo italiano laddove si tenga conto che il rinnovo del mandato presidenziale di Mattarella ha consentito al Governo Draghi di proseguire – almeno in quella fase – senza soluzione di continuità, sfatando il rischio di una ennesima crisi nell'arco della XVIII Legislatura, una crisi che, con ogni probabilità, sarebbe sorta all'esito delle votazioni finalizzate alla scelta di un diverso Presidente (o, magari, di una diversa Presidente). Inoltre, tra i “papabili” rientrava lo stesso Mario Draghi, il quale, nel caso di elezione, sarebbe passato direttamente dalla Presidenza del Consiglio alla Presidenza della Repubblica, lasciando peraltro qualche dubbio interpretativo circa le procedure di formazione del nuovo Governo⁴⁵.

In coda al settimo scrutinio per la elezione del nuovo capo dello Stato, tuttavia, era fin troppo evidente la mancanza di un accordo tra le forze politiche⁴⁶. Di qui la scelta, che arditamente potremmo definire “di comodo”, di optare per un nuovo “*bis*” presidenziale, questa volta di Sergio Mattarella.

Costituzione mi attribuisce. E lo farò fino a quando la situazione del paese e delle istituzioni me lo suggerirà e comunque le forze me lo consentiranno. Inizia oggi per me questo non previsto ulteriore impegno pubblico in una fase di vita già molto avanzata; inizia per voi un lungo cammino da percorrere, con passione, con rigore, con umiltà. Non vi mancherà il mio incitamento e il mio augurio» (G. NAPOLITANO, *Discorso nel giorno del giuramento davanti alle Camere*, 22 aprile 2013, disponibile all'indirizzo www.quirinale.it). Lo stesso non avvenne con il secondo discorso di insediamento tenuto da Sergio Mattarella, nel quale il capo dello Stato non ha fatto menzione alcuna ad una eventuale scadenza anticipata del suo incarico: «È per me una nuova chiamata – inattesa - alla responsabilità; alla quale tuttavia non posso e non ho inteso sottrarmi. Ritorno dunque di fronte a questa Assemblea, nel luogo più alto della rappresentanza democratica, dove la volontà popolare trova la sua massima espressione. Vi ringrazio per la fiducia che mi avete manifestato chiamandomi per la seconda volta a rappresentare l'unità della Repubblica. Adempirò al mio dovere secondo i principi e le norme della Costituzione, cui ho appena rinnovato il giuramento di fedeltà, e a cui ho cercato di attenermi in ogni momento nei sette anni trascorsi» (S. MATTARELLA, *Messaggio del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella al Parlamento nel giorno del giuramento*, cit., disponibile all'indirizzo www.quirinale.it).

⁴⁴ Proprio in apertura del messaggio di fine anno 2021 il Presidente Mattarella ha ricordato il termine della sua esperienza come capo dello Stato. Di seguito l'incipit del messaggio: «Care concittadine, cari concittadini, ho sempre vissuto questo tradizionale appuntamento di fine anno con molto coinvolgimento e anche con un po' di emozione. Oggi questi sentimenti sono accresciuti dal fatto che, tra pochi giorni, come dispone la Costituzione, si concluderà il mio ruolo di Presidente» (S. MATTARELLA, *Messaggio di Fine Anno del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella*, 31 dicembre 2021, testo disponibile all'indirizzo www.quirinale.it).

⁴⁵ In merito si veda, tra gli altri, A. LAURO, *Da Chigi al Quirinale, un trasloco da organizzare*, in laCostituzione.info, articolo dell'8 dicembre 2021, il quale esprime delle perplessità sulla organizzazione della “successione” nel caso in cui il collegio elettorale non individuò il nuovo Presidente in epoca precedente alla supplezza presidenziale.

⁴⁶ Una precisa e attenta ricostruzione delle vicende che hanno condotto alla rielezione del Presidente Mattarella è svolta da Antonio D'Andrea, cui si rimanda per tutti. Vedi, al proposito, A. D'ANDREA, *Il ruolo del Parlamento: una centralità ritrovata?* in Osservatorio costituzionale, fascicolo 2/2022.

Andando alla ricerca delle giustificazioni che hanno sorretto la rielezione del Presidente Mattarella, ancora una volta è necessario richiamare la condizione di “stallo” politico nella quale versa il nostro Paese e, almeno a detta di chi scrive, è opportuno tenere a mente il “culto” della *leadership* non soltanto partitica, ma *lato sensu* politica, che investe e connota l’esperienza della c.d. Seconda Repubblica. Se, difatti, sul piano partitico è evidente la tendenza delle forze politiche a individuare figure di riferimento della propria azione, costruendo attorno ad esse centri di interesse, è altrettanto evidente che la spinta verso “il capo” non riguarda esclusivamente i partiti e i movimenti politici. Si tratta, forse, di un tratto “genetico” che segna le vicende della forma di governo parlamentare italiana e che ha un’origine storica mondiale e non soltanto italiana (il riferimento è alla storia che ha macchiato il Secolo scorso).

La figura del Presidente della Repubblica (e, quindi, la sua individuazione) non fa eccezione al culto del “capo”.

In sintesi, la rielezione del Presidente Mattarella interviene in un momento in cui l’autorevolezza dei nomi in gioco non è sufficiente, ma è necessario, onde scongiurare l’ennesima crisi di governo, mutare il meno possibile, evitando perciò di alterare quei precari e delicati equilibri faticosamente raggiunti, anche grazie all’*endorsement* e all’ennesima “fatica” dello stesso Mattarella.

Nella relazione di accompagnamento al progetto della Costituzione, l’On. Ruini ebbe a ricordare il compito affidato al capo dello Stato: «nel nostro progetto, il Presidente della Repubblica non è l’evanescente personaggio, il motivo di pura decorazione, il maestro di cerimonie che si volle vedere in altre costituzioni. Mentre il Primo Ministro è il capo della maggioranza e dell’esecutivo, il Presidente della Repubblica ha funzioni diverse, che si prestano meno ad una definizione giuridica di poteri. Egli rappresenta ed impersona l’unità e la continuità nazionale, la forza permanente dello Stato al di sopra delle mutevoli maggioranze»⁴⁷. La Costituzione, quindi, affida al capo dello Stato il delicato ruolo di rappresentante dell’unità nazionale, di garante della Costituzione e dei principi democratici posti a fondamento della Repubblica ed oggi, invece, egli gioca un ruolo diverso, molto lontano dal “disegno” immaginato dall’Assemblea costituente.

5. Lo scioglimento anticipato del luglio 2022 e le “sconsolate” dichiarazioni del Presidente Mattarella.

L’epilogo della XVIII Legislatura – cui si è giunti a seguito della frattura interna al Movimento V Stelle (con l’abbandono di Luigi Di Maio) e, concretamente, in conseguenza della crisi del Governo Draghi provocata da Giuseppe Conte – è segnato dal decreto di scioglimento anticipato delle Camere emanato dal Presidente Mattarella il 21 luglio 2022. All’uopo, sono significative le ragioni che hanno indotto il capo dello Stato ad interrompere la Legislatura, la cui naturale scadenza era fissata al marzo 2023.

Un provvedimento, quello dello scioglimento anticipato *ex art. 88 Cost.*, che Sergio Mattarella, nel gestire le precedenti crisi, sembrava faticare ad adottare, interpretando in modo stringente l’interruzione anticipata del mandato parlamentare (proprio quale *extrema ratio*), ritenuta dallo stesso percorribile soltanto dopo aver vagliato tutte le strade e le maggioranze configurabili in Parlamento. Se si guarda, però, ai Governi della XVIII Legislatura – come si è detto in precedenza – il Governo Draghi, a differenza dei due Governi Conte, è ascrivibile alla famiglia (sempre ammesso che abbia un senso così definirla) degli Esecutivi “tecnici” o, forse preferibilmente, degli Esecutivi “del Presidente”, tanto che il Capo dello Stato, nell’incaricare Draghi, aveva chiaramente invitato le forze politiche a partecipare tutte, nessuna esclusa, all’impegno di governo.

⁴⁷ M. RUINI, *Relazione di accompagnamento al Progetto di Costituzione della Repubblica Italiana*, presentata alla Presidenza dell’Assemblea Costituente il 6 febbraio 1947 e il cui testo è liberamente all’indirizzo www.nascitacostituzione.it.

Senza soffermarsi sulle tappe della crisi del Governo Draghi, qui sembra opportuno riprendere il discorso che Sergio Mattarella ha pronunciato in costanza dello scioglimento anticipato delle Camere⁴⁸ poiché il suo contenuto rivela, ancora una volta, la problematicità dell'andamento del nostro sistema di governo. Se da un lato, infatti, Mattarella – con le sue dichiarazioni – ha lasciato trapelare il suo “sconforto” nel prendere atto del fallimento di un Governo da lui fortemente voluto (e che avrebbe dovuto presupporre un alto senso di responsabilità delle forze politiche, unite tra loro da uno spirito di leale collaborazione), dall'altro lato non ha esitato ad indicare, seppur a grandi linee, un programma politico per il Governo uscente, tenuto conto degli adempimenti incombenti e del periodo emergenziale (e qui risuona la “eco” di altre crisi). Insomma, il Governo Draghi, tanto caro a Mattarella, seppur investito dalla sfiducia sostanziale, sembra legittimato – stando alle parole del capo dello Stato – a proseguire in (quasi) tutti i suoi impegni, incoraggiato dallo stesso Presidente.

A quello che è parso fin da subito un allargamento delle maglie nell'interpretazione della formula “in carica per il disbrigo degli affari correnti” è però corrisposta una circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri (datata 21 luglio 2022, il medesimo giorno in cui è stato adottato il decreto di scioglimento anticipato)⁴⁹, sottoscritta da Mario Draghi, e all'interno della quale sono puntualmente indicati gli impegni che il Governo assumerà di qui alle nuove elezioni (programmate per il 25 settembre 2022). La circolare, in particolare, indica diverse aree di intervento e si sofferma sugli adempimenti relativi tanto all'attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (P.N.R.R.) quanto allo stato di emergenza da Covid-19 nonché agli oneri derivanti dalla partecipazione dell'Italia all'Unione Europea e alle altre organizzazioni internazionali.

Ciò che appare ben chiaro è che i continui cambi di governo, a fronte degli inarrestabili impegni, necessitano di una gestione sempre più rapida delle crisi e sempre maggiormente caratterizzata da una continuità nell'azione politica e amministrativa, senza che ci si lasci troppo condizionare dalle scelte della maggioranza parlamentare.

Che ne è, dunque, della centralità del Parlamento e della imprescindibilità del rapporto fiduciario tra Esecutivo e Legislativo se vi è un Governo uscente legittimato e incoraggiato dall'alto nel proseguire la sua azione politica?

⁴⁸ Di seguito il testo integrale delle dichiarazioni di Mattarella. «Come è stato ufficialmente comunicato, ho firmato il decreto di scioglimento delle Camere affinché vengano indette nuove elezioni entro il termine di settanta giorni indicato dalla Costituzione. Lo scioglimento anticipato del Parlamento è sempre l'ultima scelta da compiere, particolarmente se, come in questo periodo, davanti alle Camere vi sono molti importanti adempimenti da portare a compimento nell'interesse del nostro Paese. Ma la situazione politica che si è determinata ha condotto a questa decisione. La discussione, il voto e le modalità con cui questo voto è stato espresso ieri al Senato hanno reso evidente il venir meno del sostegno parlamentare al Governo e l'assenza di prospettive per dar vita a una nuova maggioranza. Questa condizione ha reso inevitabile lo scioglimento anticipato delle Camere. Il Governo ha presentato le dimissioni. Nel prenderne atto ho ringraziato il Presidente del Consiglio Mario Draghi e i Ministri per l'impegno profuso in questi diciotto mesi. È noto che il Governo, con lo scioglimento delle Camere e la convocazione di nuove elezioni, incontra limitazioni nella sua attività. Dispone comunque di strumenti per intervenire sulle esigenze presenti e su quelle che si presenteranno nei mesi che intercorrono tra la decisione di oggi e l'insediamento del nuovo Governo che sarà determinato dal voto degli elettori. Ho il dovere di sottolineare che il periodo che attraversiamo non consente pause negli interventi indispensabili per contrastare gli effetti della crisi economica e sociale e, in particolare, dell'aumento dell'inflazione che, causata soprattutto dal costo dell'energia e dei prodotti alimentari, comporta pesanti conseguenze per le famiglie e per le imprese. Interventi indispensabili, dunque, per fare fronte alle difficoltà economiche e alle loro ricadute sociali, soprattutto per quanto riguarda i nostri concittadini in condizioni più deboli. Indispensabili per contenere gli effetti della guerra della Russia contro l'Ucraina sul piano della sicurezza dell'Europa e del nostro Paese. Indispensabili per la sempre più necessaria collaborazione a livello europeo e internazionale. A queste esigenze si affianca – con importanza decisiva – quella della attuazione nei tempi concordati del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, cui sono condizionati i necessari e consistenti fondi europei di sostegno. Né può essere ignorato il dovere di proseguire nell'azione di contrasto alla pandemia, che si manifesta tuttora pericolosamente diffusa. Per queste ragioni mi auguro che - pur nell'intensa, e a volte acuta, dialettica della campagna elettorale - vi sia, da parte di tutti, un contributo costruttivo, riguardo agli aspetti che ho indicato; nell'interesse superiore dell'Italia» (S. MATTARELLA, [Dichiarazione del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella dopo la firma del decreto di scioglimento delle Camere, 21 luglio 2022](#), testo disponibile nelle [Cronache dalle Istituzioni](#) 2022 di questa [Rivista](#).

⁴⁹ [Circolare Presidenza del Consiglio dei Ministri, USG 0006090 P-1.1. del 21.07.2022.](#)

Ciò che resta è forse il rispetto del dettato formale della Costituzione, ma la realtà ci restituisce un quadro in cui le “crisi” e le “emergenze” paiono giustificare tanto l’avanzamento degli organi di garanzia verso un terreno squisitamente politico quanto l’accentuazione di prassi disformi che conducono ad uno slittamento verso forme di governo ibride, la cui stabilità resta tutta da dimostrare.

6. Considerazioni conclusive.

In conclusione, tenuto conto della complessità delle vicende parlamentari che hanno segnato il primo mandato del Presidente Mattarella, è possibile senza esitazioni confermare una lettura che da tempo anima il dibattito dei costituzionalisti: il Presidente della Repubblica non può più considerarsi un mero garante della Costituzione e un potere neutro⁵⁰. La figura “manualistica” del capo dello Stato inteso quale organo *superpartes* fatica a trovare un riscontro nella prassi applicativa. Se, come ricordato in apertura del presente contributo, è pur vero che la Corte costituzionale, in linea con lo spirito costituente, ha ribadito il ruolo di “magistrato di influenza” del Presidente della Repubblica, alla luce delle considerazioni fin qui svolte è possibile, senza indugio, sottolineare la presenza di una penetrante attività di “influenza”, la quale, tuttavia, si spinge ben oltre quello che forse dovrebbe essere consentito al “magistero” della più alta carica dello Stato in un ordinamento parlamentare.

La funzione del capo dello Stato dovrebbe risolversi, difatti, in un coacervo di attività formali e informali volte però a garantire il rispetto della Costituzione, di quei principi tanto ispiratori della concessione di diritti e libertà quanto informatori dell’organizzazione dello Stato repubblicano, in un continuo bilanciamento tra poteri pubblici diversamente distribuiti.

Invece, più che potere *neutro* si può dire che il Presidente della Repubblica eserciti sempre più un pubblico potere capace di *neutralizzare* le asprezze che derivano dall’acceso confronto politico tra forze sempre meno capaci di giungere a soluzioni mediate e frutto di condivisione. In questo, la *moral suasion*⁵¹ del Presidente della Repubblica passa attraverso il ricorso a numerose esternazioni e il capo dello Stato appare detentore di un potere *neutralizzante* le posizioni politiche, anche in relazione ai rapporti di forza tra maggioranza e opposizione. Questo potere di neutralizzazione si accompagna, poiché in qualche misura ne fa parte, ad una specifica *funzione politica* che va da tempo assumendo la figura del Presidente della Repubblica nell’ordinamento italiano.

Quanto, specificamente, alle esternazioni del Presidente Mattarella sull’andamento del sistema di governo, esse confermano l’intrusività e la pervasività del ruolo esercitato nella prassi dal capo dello Stato, il che è reso palese anche di recente, con la caduta di quell’Esecutivo fortemente voluto dal capo dello Stato e che avrebbe dovuto reggere fino al termine della Legislatura, nello spirito dell’unità nazionale. Eppure, così non è, a dimostrazione che l’atomizzazione che caratterizza il sistema politico e partitico, la spinta maggioritaria e l’esaltazione della *leadership* non trovano un loro bilanciamento neppure nell’attività di Esecutivi “del Presidente” e, almeno per ciò che attiene alla XVIII Legislatura, hanno condotto ad una deflagrazione istituzionale e alla cessazione anticipata del mandato parlamentare.

⁵⁰ Massimo Luciani, in relazione al ruolo del Presidente della Repubblica nel nostro ordinamento, ha sostenuto che «sembra opportuno qualificare come garanzie solo quegli organi o quegli istituti che - specificamente costruiti a questo scopo - tutelano la Costituzione con atti non meramente politici, esemplari o persuasivi (qualunque forza politica o sociale filo-costituzionale sarebbe, altrimenti, garanzia), ma con atti giuridici definitivi e vincolanti e che forniscono questa prestazione reagendo *ex post* ad una violazione della Costituzione, e non già prevenendo *ex ante* la violazione medesima (se così non fosse, infatti, qualunque meccanismo procedimentale rivolto ad assicurare la regolarità costituzionale sarebbe «garanzia»»)» (M. LUCIANI, *Introduzione. Il Presidente della Repubblica: oltre la funzione di garanzia della Costituzione*, in M. Luciani, M. Volpi (a cura di), *Il Presidente della Repubblica*, cit., 18).

⁵¹ Vedi, tra gli altri, C. NEGRI, *La moral suasion del Presidente della Repubblica nella forma di governo italiana*, Giappichelli, Torino, 2018.

Utilizzando le parole di autorevole dottrina, «Del “silenzioso notaio” delle istituzioni a cui la manualistica tradizionale ci aveva formato non è rimasta davvero più traccia alcuna. Il Presidente della Repubblica incarna ormai, a pieno titolo, il ruolo di protagonista attivo, e non più soltanto quello di garante esterno, di “potere neutro” chiamato a sorvegliare il rispetto delle regole da parte degli altri organi costituzionali»⁵². Così trovano giustificazione scelte della più alta carica dello Stato, non certo esenti da critiche, ma pur sempre rimaste indiscusse e, forse, rese indiscutibili proprio dalla circostanza secondo la quale tali determinazioni sono state assunte dal Presidente della Repubblica, la più alta carica dello Stato. Basti pensare al peso che ha prodotto sul sistema di governo la vicenda collegata alla nomina di Savona e di cui si è detto in precedenza.

A ben vedere, inoltre, a sorreggere la tesi concorre anche la modalità di esercizio di altri poteri formalmente attribuiti dalla Costituzione al Presidente della Repubblica. Si assiste ad una *neutralizzazione* di vicende che potrebbero destare malumori tra le forze politiche, ad esempio, in occasione della concessione della grazia ai sensi dell'art. 87, comma 11 Cost. In merito, autorevole dottrina ha correttamente osservato che «È evidente [...] che il consolidamento di una prassi che spinge il Capo dello Stato a esporsi politicamente in casi controversi come quello in commento, appare difficilmente reversibile. Infatti, se agli occhi dello studioso tale modo di interpretare l'art. 87, comma 11, Cost., può apparire incoerente e sbilanciato, non altrettanto può risultare nelle concrete dinamiche politiche, in quanto il Ministro della Giustizia e, più in generale il Governo, possono ridurre il rischio di essere trascinati in scontri politici determinati da provvedimenti di clemenza spinosi e problematici»⁵³.

Si conferma quindi, anche in relazione ad altri poteri formali, un intervento politico del Presidente della Repubblica, la cui autorevolezza consente di scongiurare aspre polemiche tra i partiti e, in armonia con la maggioranza politica del momento, il capo dello Stato si fa comunque carico di decisioni che andrebbero riservate a quest'ultima.

In definitiva, la figura del capo dello Stato, sotto la lente di ingrandimento del costituzionalista, esercita indubbiamente un *potere di influenza* reso conoscibile principalmente attraverso le esternazioni e le conseguenze politiche della sua azione di *persuasore* appaiono evidenti *ictu oculi*, riverberandosi sull'intero sistema parlamentare italiano.

⁵² Cit. M. GORLANI, *Il Capo dello Stato dentro la crisi del sistema politico e costituzionale italiano*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#) (rassegna), 2011, 3.

⁵³ Cit. A. DEFFENU, *L'esercizio presidenziale del potere di grazia per ragioni politiche: considerazioni critiche a partire dal caso De Sousa*, in [Costituzionalismo.it](#), fasc. 2/2017, 211. Vedi anche, ID., *La grazia (anche) “politica” come atto formalmente e sostanzialmente presidenziale: la “slogatura” interpretativa dell'art. 87, comma 11, Cost. nella prassi dell'ultimo Napolitano*, in [Costituzionalismo.it](#), fasc. 3/2015, 1 e ss.; ID., *L'interpretazione del potere di grazia nelle prime decisioni del Presidente Mattarella: verso il consolidamento (preoccupante) di una prassi distorta*, in *Studium Iuris*, fasc. 10/2016, 1117 e ss.; P. COSTANZO, *Il potere di grazia chiave di decifrazione per rinnovati scenari istituzionali?*, in A. Giorgis, E. Grosso e J. Luther (curr.), *Il costituzionalista riluttante (Studi per Gustavo Zagrebelsky)*, Einaudi, Torino, 2016, 303.

Michele Francaviglia

Sulle traiettorie divergenti della Corte costituzionale e del Presidente della Repubblica sulla decretazione d'urgenza.

Un tentativo di analisi sinottica a margine di [Corte cost., sent. n. 8 del 2022*](#)

ABSTRACT: *The essay intends to jointly examine the institutional and jurisprudential trajectories drawn by the President and the Constitutional Court in the matter of urgent decree, with particular reference to the concept of homogeneity. The paper analyzes and compares some recent statements by the Head of State and [the Court's ruling no. 8 of 2022](#) in order to reconstruct the limits and potentialities deriving from the overall concurrence of these two 'parallel jurisprudences'.*

SOMMARIO: 1. Una premessa di contesto e di metodo: i limiti e le virtualità di un dialogo 'silente' tra Capo dello Stato e Corte costituzionale sulla decretazione d'urgenza. – 2. L'antefatto: le lettere del Capo dello Stato dell'11 settembre 2020 e del 23 luglio 2021. – 2.1. Le dichiarazioni del Capo dello Stato in tema di decretazione d'urgenza nella prassi delle cc.dd. promulgazioni osservate: verso nuovi criteri di classificazione? – 2.2. La battaglia del Quirinale per l'omogeneità dei decreti-legge e delle leggi di conversione. – 3. La [sentenza della Corte costituzionale n. 8 del 2022](#) nell'ambito della sua più recente giurisprudenza "à la carte" in tema di decretazione d'urgenza. – 3.1. I termini della questione e le criticità dell'ordinanza di rimessione. – 3.2. La declinazione del requisito dell'omogeneità nella sentenza in esame e nella pregressa, oscillante, giurisprudenza costituzionale. – 3.3. Oltre l'alternativa tra disomogeneità palese e non: l'omogeneità come 'standard'. – 4. Un tentativo di analisi sinottica delle traiettorie della Corte costituzionale e del Presidente della Repubblica sulla decretazione d'urgenza: assonanze e dissonanze. – 5. Una breve postilla: il governo eteronomo delle attività parlamentari di conversione dei decreti-legge.

1. *Una premessa di contesto e di metodo: i limiti e le virtualità di un dialogo 'silente' tra Capo dello Stato e Corte costituzionale sulla decretazione d'urgenza.*

A più di due anni dall'inizio dell'emergenza pandemica, si può affermare che le attuali disfunzioni dei processi di produzione normativa del Governo non vi hanno trovato l'origine – in alcuni casi assai più risalente –, ma le condizioni ideali per la loro stabilizzazione e permanenza¹.

Da questo punto di vista, la decretazione d'urgenza rappresenta una plastica conferma di questa tendenza, giacché su di essa si sono scaricate, sin dalle prime battute di questa crisi, le inevitabili – e ben note – tensioni tra l'urgenza del provvedere e «l'interesse ad un'ordinata ed efficiente regolamentazione dell'emergenza»², con esiti non sempre soddisfacenti sotto il profilo del rispetto dei limiti posti dalla Costituzione.

Ciò che potrebbe, invece, costituire un elemento di novità rispetto a precedenti stagioni emergenziali è il ruolo non secondario ricoperto, ciascuno nei limiti della propria sfera di attribuzioni costituzionali, dalla Corte costituzionale e dal Capo dello Stato, i quali, proprio con riferimento alla decretazione d'urgenza, hanno peraltro seguito traiettorie parallele, se non divergenti.



¹ Su questi profili v. da ultimo la completa ricostruzione offerta da A. CARDONE, *Modello costituzionale e trasformazione del sistema delle fonti nelle crisi economica e pandemica. Emergenza e persistenza*, bozza della relazione introduttiva del Convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa", Firenze, 17-18 giugno 2022, reperibile sul [sito](#) dell'Associazione "Gruppo di Pisa", *passim*.

² Così il Capo dello Stato nell'ambito della lettera del 23 luglio 2021, sulla quale v. *infra* il § 2.

In quest'ultimo biennio, infatti, le due Istituzioni in parola, sebbene accomunate dall'obiettivo di garantire l'effettiva osservanza dell'art. 77 Cost., hanno richiamato l'attenzione di Governo e Parlamento su profili diversi, e in qualche modo complementari, di quell'articolo, lasciando così intravedere non solo la loro diversa sensibilità sul tema, ma anche le crescenti difficoltà rispetto alla costruzione di un modello costituzionale di decretazione d'urgenza realmente condiviso (e utilizzabile nell'esercizio delle rispettive funzioni) da parte dei due organi di garanzia.

I punti di emersione di queste 'traiettorie parallele' sono essenzialmente due e ruotano entrambi intorno alla declinazione del concetto di omogeneità: da un lato, vi sono le cc.dd. promulgazioni ' motivate' di leggi di conversione dei decreti-legge, nell'ambito delle quali il Capo dello Stato – sempre più di frequente e in modo puntuale – ha richiamato l'attenzione su disposizioni potenzialmente 'intruse' rispetto all'intervento normativo del Governo³, e dall'altro vi è la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale che, al di là della svolta impressa all'estensione del proprio sindacato sull'evidente mancanza dei requisiti di necessità e di urgenza – suscettibile, com'è noto, di estendersi alla legge di conversione (e alle eventuali addizioni parlamentari)⁴ –, stenta a maturare un

³ Il fenomeno in parola è ormai oggetto di specifiche analisi in dottrina; per esse, senza pretesa di completezza, v. G.M. SALERNO, "Preoccupazioni e sollecitazioni" del Presidente della repubblica a garanzia della corretta tecnica legislativa, in *Rass. parl.*, 2009, 757, A. RUGGERI, *Verso una prassi di leggi promulgate con "motivazione" ...contraria?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali* del 1° luglio 2002, ID., *Ancora un caso di promulgazione con "motivazione" ... contraria (a proposito del mancato rinvio della legge sulla sicurezza)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali* del 24 luglio 2009; M.E. BUCALO, *La prassi presidenziale in tema di controllo sulle leggi e sugli atti con forza di legge: riflessioni sul sistema delle fonti e sui rapporti fra Presidente della Repubblica, Parlamento e Governo*, in P. Caretti (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2008. La legge Parlamentare oggi*, Torino, 2010, 139; R. ROMBOLI, *Il rinvio delle leggi*, in *Rivista AIC*, fasc. 1/2011; M. FERRARA, *La promulgazione "presidenzialmente osservata" della novella sulla legittima difesa e l'inattualità del potere di rinvio alle camere*, in *Osservatorio costituzionale*, fasc. 3/2019; ID., *La posizione e il ruolo del Capo dello Stato nell'emergenza pandemica*, in L. Bartolucci-L. Di Majo (a cura di), *Le prassi delle istituzioni in pandemia*, Napoli, 2022, 17 ss.; con specifico riferimento alle due note presidenziali qui esaminate v. poi in particolare L. TRUCCO, "Omogeneità" normativa e decretazione d'urgenza tra moral suasion presidenziale e giurisprudenza costituzionale, in *Rass. Parl.*, fasc. n. 2/2020, 285 ss.; D. CHINNI, *Una promulgazione con lettera a governo e Parlamento, ma rivolta a giudici e Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, fasc. 4/2020, 820, nonché C. MERLANO, *Quando il Presidente scrive. I messaggi "di accompagnamento" del Capo dello Stato e le loro ricadute sugli equilibri istituzionali*, in *Osservatorio costituzionale*, fasc. 2/2021.

⁴ Il riferimento è chiaramente a Corte cost., [sentt. nn. 171 del 2007](#) e [22 del 2012](#). Su questa giurisprudenza, i cui prodromi si rinvencono in Corte cost. [sent. n. 29 del 1995](#), la letteratura è ormai amplissima: senza pretesa di completezza, sulla pronuncia del 2007, cfr. F. SORRENTINO, *Ancora sui rapporti tra decreto-legge e legge di conversione: sino a che punto i vizi del primo possono essere sanati dalla seconda?* in *Giur. cost.*, fasc. 3/2007, 1679; C. PINELLI, *Un sistema parallelo. Decreti-legge e ordinanze d'urgenza nell'esperienza italiana*, in *Dir. Pubbl.*, n. 2/2009, 317; M. LUCIANI, *Atti normativi e rapporti fra Parlamento e Governo davanti alla Corte costituzionale. Tendenze recenti*, in *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, 2011, 1154; sulla seconda del 2008, v., invece, R. ZACCARIA, *L'omogeneità dei decreti legge: vincolo per il Parlamento o anche per il Governo?* in *Giur. cost.*, fasc. 1/2012, 283; M. MANETTI, *La via maestra che dall'inemendabilità dei decreti legge conduce all'illegittimità dei maxiemendamenti*, in *Rivista AIC*, fasc. n. 3/2012; GIO. SERGES, *La tipizzazione della legge di conversione del decreto-legge ed i limiti agli emendamenti parlamentari*, in *Giur. It.* 2012, 2494; R. DICKMANN, *La Corte sanziona la "evidente estraneità" di disposizioni di un decreto-legge inserite con la legge di conversione. Error in procedendo o vizio di ragionevolezza?* in [federalismi.it](#), n. 5 del 2012; C. DOMENICALI, *La sentenza n. 22 del 2012: la Corte costituzionale sanziona "l'abuso dei mezzi di conversione"*, in *Quad. Cost.* n. 2 del 2012, 398; A. SPERTI, *La sentenza n. 22 del 2012: la Corte costituzionale "chiude il cerchio"*, in *Quad. cost.*, n. 2/2012, 395, e, volendo, M. FRANCAVIGLIA, *Decretazione d'urgenza e rispetto del riparto delle competenze legislative tra stato e regioni nei giudizi di legittimità costituzionale in via principale. Cronaca della sentenza della corte costituzionale n. 22 del 2012*, in *Rivista AIC*, fasc. n. 2/2012; sugli sviluppi di questa giurisprudenza, rappresentati *ex plurimis* da Corte cost. [sentt. nn. 128 del 2008](#), [220](#) e [237 del 2013](#), [32](#) e [251](#) del 2014, [145](#) e [154](#) del 2015, [244 del 2016](#), [169](#) e [170 del 2017](#), [5](#) e [137 del 2018](#), [33](#), [181](#), [226](#) e [247 del 2019](#), [115](#), [149](#) e [186 del 2020](#), [30 del 2021](#), cfr. in dottrina A. RUGGERI, *La impossibile "omogeneità" di decreti-legge e leggi di conversione, per effetto della immissione in queste ultime di norme di delega (a prima lettura di Corte cost. n. 237 del 2013)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali* del 3 dicembre 2013; D. NOCILLA, *"Inesistenza" della legge di conversione?* in *Giur. cost.*, fasc. 1/2014, 715; A. SIMONCINI-E. LONGO, *Dal decreto-legge alla legge di conversione: dal controllo potenziale al sindacato effettivo di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, fasc. n. 3/2014; G. PICCIRILLI, *La sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014: legge di conversione e articoli aggiuntivi eterogenei*, in *Quad. cost.* 2014, 398; D. CHINNI,

indirizzo univoco proprio sul requisito dell'omogeneità delle norme contenute nel decreto-legge (ovvero di quelle aggiunte in sede di conversione) rispetto alla «*ratio* dominante l'intervento normativo d'urgenza»⁵, e in particolare su quegli indici che – almeno *ex post* – dovrebbero manifestarne l'assenza.

La recente esperienza ha già dimostrato che questi due crinali istituzionali, rivelando accenti e – cosa più importante – finalità differenti, difficilmente potranno trovare dei punti di contatto o di intersezione tali da influenzare sistematicamente l'uno l'operato dell'altro⁶; tale circostanza, però, non è causa sufficiente a escludere che tra gli organi in questione si possa comunque intuire un dialogo 'silente' (o, per così dire, '*per facta concludentia*'), i termini del quale sarebbe utile chiarire soprattutto nell'ottica di ricostruire i limiti e le virtualità derivanti dal complessivo *concorso* di queste due 'giurisprudenze parallele'.

A tal riguardo, gli arresti più recenti di queste ultime possono individuarsi, da un lato, nelle lettere inviate dal Capo dello Stato al Parlamento e al Governo – rispettivamente l'11 settembre 2020 e il 23 luglio 2021 – in occasione della promulgazione delle leggi di conversione dei DD.LL. nn. 76/2020 e 73/2021, e dall'altro nella [sentenza n. 8 del 2022](#)⁷ della Corte costituzionale, nell'ambito della quale è stata scrutinata *ex art. 77 Cost.* una disposizione contenuta proprio nel d.l. n. 76/2020.

Sotto il profilo metodologico, il presente lavoro, dapprima, analizzerà questi materiali e li collocherà nei rispettivi contesti istituzionali e/o giurisprudenziali; alla luce di tale ricostruzione sarà, poi, possibile enucleare le posizioni, assunte rispettivamente dal Capo dello Stato e dalla Corte costituzionale, in tema di omogeneità del decreto-legge e mettere le stesse in comparazione, evidenziandone le differenze e le possibili sinergie.

2. *L'antefatto: le lettere del Capo dello Stato dell'11 settembre 2020 e del 23 luglio 2021.*

Prima di esaminare la [sentenza n. 8 del 2022](#) della Corte costituzionale (e di procedere alla comparazione di cui si è detto nel paragrafo precedente), occorre, in primo luogo, esaminare il contenuto delle note del Capo dello Stato dell'11 settembre 2020 e del 23 luglio 2021; esse, infatti, costituiscono un prologo ineliminabile sia per ragioni banalmente cronologiche, sia (e soprattutto) per la parziale coincidenza del materiale normativo in esse 'scrutinato'.

Non solo. Al fine di cogliere il senso ultimo di quelle dichiarazioni, sarà altresì necessario collocarle nella più ampia prassi delle cc.dd. promulgazioni 'osservate' (o 'con motivazione').

Con riguardo alla lettera del settembre 2020, v'è da osservare come in essa il Capo dello Stato si sia spinto a indicare in modo puntuale le disposizioni che, a suo giudizio, «non risultano riconducibili alle [...] finalità [specificate nel preambolo del d.l. n. 76/2020] e non attengono a materia originariamente disciplinata dal provvedimento», stigmatizzando peraltro come le stesse siano state

La limitata emendabilità della legge di conversione del decreto-legge tra interventi del Presidente della Repubblica e decisioni della Corte costituzionale, in [federalismi.it](#), 2014; GIU. SERGES, 'Decisioni rinneganti', interpretazione conforme, omogeneità normativa e rilevanza del titolo del decreto-legge, in *Giur. cost.*, fasc. 3/2016, 875, C. DOMENICALI, *Conferme (e future aperture?) in tema di sindacato costituzionale sulla decretazione d'urgenza*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), fasc. 4/2017, 430; e, volendo, M. FRANCAVIGLIA, *L'apparente univocità della giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di omogeneità del decreto-legge e della legge di conversione*, in *Giur. cost.*, fasc. 5/2019, 2673.

⁵ La locuzione è ricorrente nella giurisprudenza in esame e risale a Corte cost., [sent. n. 32 del 2014](#), per la quale cfr. F. MODUGNO, *Decretazione d'urgenza e giurisprudenza costituzionale. Una riflessione a ridosso della sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale*, in [federalismi.it](#), 2014.

⁶ Su questo profilo, v. *infra* § 2.2.

⁷ Sulla pronuncia in parola v. in dottrina i commenti di C. DOMENICALI, *A chi spetta l'onere di motivare i presupposti del decreto-legge? Riflessioni sulla sent. n. 8 del 2022 della Corte costituzionale*, in [Osservatorio costituzionale](#), fasc. 3/2022, 228; C. SICCARDI, *Anticorruzione e PNRR: profili costituzionali*, in questa [Rivista](#), [Studi 2022/II](#), spec. 328 ss.; A. SPERTI, *La Corte costituzionale ritorna sul controllo sui vizi formali del decreto-legge. Riflessioni a margine della sent. n. 8 del 2022*, in [Nomos](#), fasc. 1/2022.

introdotte in sede parlamentare attraverso un unico emendamento di carattere sostitutivo, sul quale il Governo ha poi posto la questione di fiducia. A fronte di queste criticità di ordine procedurale, il Capo dello Stato dava atto di aver comunque promulgato quella legge di conversione «soprattutto in considerazione della rilevanza del provvedimento nella difficile congiuntura economica e sociale» e, al contempo, formulava un duplice, generico, appello: *i)* al Governo «affinché nel corso dell'esame parlamentare dei decreti legge non vengano inserite norme palesemente eterogenee rispetto all'oggetto e alle finalità dei provvedimenti d'urgenza»⁸; *ii)* al Parlamento, affinché «l'attività emendativa si svolga in piena coerenza con i limiti di contenuto derivanti dal dettato costituzionale». Lo schema della seconda nota del luglio 2021 è sostanzialmente analogo a quello della precedente dichiarazione: il Presidente della Repubblica, da un lato, chiarisce che la promulgazione della legge di conversione è giustificata dal rischio di pregiudicare, in caso di rinvio *ex art.* 74, comma 1, Cost., «l'erogazione di sostegni essenziali per milioni di famiglie e imprese»⁹; dall'altro, rappresenta l'esigenza di «sollecitare nuovamente Parlamento e Governo ad assicurare che, nel corso dell'esame parlamentare, vengano rispettati i limiti di contenuto dei provvedimenti d'urgenza». Come la lettera precedente, anche questa si conclude con il duplice invito, al Parlamento e al Governo, «a riconsiderare le modalità di esercizio della decretazione d'urgenza», i cui profili critici «hanno ormai assunto dimensioni e prodotto effetti difficilmente sostenibili»; in questa occasione, però, il Capo dello Stato va oltre e arriva a richiamare, per il futuro, la «facoltà prevista dall'articolo 74 della Costituzione», con tutto ciò che ne potrebbe discendere anche con riferimento al potere di reiterazione del decreto-legge, a quel punto, decaduto. Tra le due lettere vi è, poi, un'altra significativa differenza. Nel messaggio del 2021, il Capo dello Stato non si è limitato solo a segnalare quelle disposizioni che, inserite dalle Camere in sede di conversione, destavano perplessità rispetto ai limiti di emendabilità del decreto-legge affermati dalla più recente giurisprudenza costituzionale, ma ha collegato siffatte addizioni parlamentari al «significativo incremento del ricorso alla decretazione d'urgenza verificatosi durante l'emergenza COVID», a sua volta produttivo di ulteriori prassi distorsive¹⁰, come la sovrapposizione e l'intreccio di fonti normative ovvero la confluenza nelle leggi di conversione di altri decreti-legge. Si è, dunque, di fronte a una ricostruzione analitica delle principali criticità della decretazione d'urgenza, la cui soluzione, secondo il Capo dello Stato, non può che consistere in una corretta e coerente valorizzazione del concetto di omogeneità: «i decreti-legge devono presentare *ab origine* un oggetto il più possibile definito e circoscritto per materia». E tale obbiettivo deve essere perseguito anche «nei casi in cui l'omogeneità di contenuto è perseguita attraverso l'indicazione di uno scopo», evitando appunto che detta finalità «risulti estremamente ampia».

2.1. *Le dichiarazioni del Capo dello Stato in tema di decretazione d'urgenza nella prassi delle cc.dd. promulgazioni osservate: verso nuovi criteri di classificazione?*

La prassi delle cc.dd. 'promulgazioni osservate' (o con motivazione) è indagato, da tempo, dalla dottrina¹¹, specie sotto il profilo della funzione in concreto svolta da questa tipologia di messaggi del Presidente, nonché delle virtualità connesse a siffatta tecnica di *moral suasion*.

⁸ L'invito in questione sembra assumere le sembianze di una clausola di stile: al fine di impedire in modo efficace l'introduzione – mediante emendamenti – di disposizioni eterogenee nel corpo di un disegno di legge di conversione, ci si chiede, infatti, quali strumenti giuridico-parlamentari residuino nelle mani del Governo oltre alla proposizione di un emendamento sostitutivo con posizione sul medesimo della questione di fiducia (come avvenuto nel caso di specie, giacché l'emendamento all'art. 49, D.L. n 76/2020 era stato dapprima approvato, come richiamato dallo stesso Capo dello Stato, dalla Commissione di merito al Senato in prima lettura).

⁹ Il punto è colto e messo in connessione con la pandemia da M. FERRARA, *La posizione e il ruolo del Capo dello Stato nell'emergenza pandemica*, cit., 29 ss.

¹⁰ Si noti, dunque, che per il Presidente del Capo dello Stato è il ricorso abnorme allo strumento del decreto-legge che determina siffatte prassi distorsive, e non i casi di straordinaria urgenza e necessità (in quel caso, venivano menzionate la crisi pandemica ma anche le esigenze di attuazione del PNRR) che ne costituiscono il presupposto costituzionale.

¹¹ Con riguardo alla prassi in esame v., senza pretesa di completezza, la dottrina citata *sub* nota 3.

Com'è noto, nella ricostruzione del fenomeno in parola, è stato individuato un criterio di distinzione fondato sul merito delle posizioni assunte dal Capo dello Stato rispetto al testo promulgato, potendo così discernere quelle dichiarazioni che tendono «ad indicare le ragioni per le quali il Capo dello Stato non ha ritenuto di dover effettuare il rinvio della legge alle camere» da quelle che, invece, esprimono «le ragioni che avrebbero potuto giustificare il rinvio della legge, in quanto del tutto simili o analoghe a quelle poste appunto a motivazione di rinvii presidenziali»¹².

Senonché, tale sistemazione merita forse di essere integrata da altri due criteri discretivi, fondati su evidenze (e ricorrenze) di carattere empirico provenienti proprio dalla ricca e qualificata prassi emersa sotto la Presidenza Mattarella: da un lato, si possono distinguere le dichiarazioni del Capo dello Stato in base alla loro *struttura interna* e, in particolare, a seconda che si concludano con un invito esplicito, rivolto al Parlamento e al Governo, a intervenire sulle specifiche criticità contenute nell'atto legislativo promulgato¹³, ovvero che si limitino a un generico monito/appello circa le future attività di produzione normativa¹⁴; dall'altro, sembra possibile e opportuno distinguere le dichiarazioni del Presidente della Repubblica a seconda che accompagnino la promulgazione di comuni leggi ordinarie ovvero di leggi di conversione.

Come già sostenuto altrove¹⁵, queste due classificazioni – tra loro complementari e combinabili – consentono, infatti, di rendere maggiormente intellegibile le diverse *rationes* dell'esternazione presidenziale, nonché di misurare con maggiore precisione le prestazioni di garanzia costituzionale esercitate dal Capo dello Stato in relazione al singolo caso.

Con la prima distinzione è possibile enucleare quelle dichiarazioni presidenziali nelle quali il successivo (e immediato) intervento del Governo e/o del Parlamento (*rectius*: della maggioranza) su determinate disposizioni promulgate costituisce la ragione principale dell'omesso rinvio *ex art. 74*, comma 1, Cost. – circostanza tale da impegnare, quindi, gli altri due organi ben oltre il perimetro della leale collaborazione¹⁶ –, da quelle in cui il Capo dello Stato si limita a ribadire, attraverso generici moniti alla 'buona legislazione', la propria neutralità dinanzi all'opinione pubblica rispetto al contenuto dell'atto promulgato ovvero alle modalità con cui si è addivenuti all'approvazione di quest'ultimo¹⁷.

¹² Così R. ROMBOLI, *Il rinvio delle leggi*, cit., 10-13.

¹³ Rientrano in questa tipologia, per quanto concerne la Presidenza Mattarella, le comunicazioni dell'8 agosto 2019 (c.d. decreto sicurezza bis), del 25 luglio 2018 (c.d. decreto terremoto) e del 17 ottobre 2017 (c.d. codice antimafia); sotto la presidenza Napolitano, v. la comunicazione del 22 maggio 2010 (c.d. decreto incentivi); sotto la presidenza Ciampi v. la nota comunicazione del 15 giugno 2002, relativa alla promulgazione della legge conversione in legge del D.L. 63/2002, sul cui impatto v. C. DE FIORES, *Il rinvio delle leggi tra principio maggioritario e unità nazionale*, in *Riv. dir. cost.*, 2002, 216 ss.; S. LABRIOLA, *Il Presidente della Repubblica da garante ad arbitro? (qualche riflessione sull'avvento del maggioritario e forma di governo)*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Livio Paladin*, Napoli, 2004, 1233 ss.; nonché M. MANETTI, *Procedimenti, controlli costituzionali e conflitti nella formazione degli atti legislativi*, in *Decisione, conflitti, controlli. Procedure costituzionali e sistema politico*, Convegno annuale AIC, Parma 29-30 ottobre 2010, 18.

¹⁴ Rientrano in questa tipologia, per quanto concerne la Presidenza Mattarella, le comunicazioni dell'11 settembre 2019 (c.d. decreto semplificazioni) e del 26 aprile 2019 (legittima difesa); per quanto riguarda la Presidenza Napolitano, v. le lettere del 30 dicembre 2010 (sulla c.d. Legge Gelmini) e del 15 luglio 2009 (disposizioni in materia di pubblica sicurezza), nonché la notissima comunicazione del 23 luglio 2008 (sul c.d. Lodo Alfano).

¹⁵ Per questa ricostruzione, volendo, v. M. FRANCAVIGLIA, *La recente evoluzione delle promulgazioni 'con riserva' delle leggi di conversione alla prova del giudizio di costituzionalità: il caso del c.d. Decreto sicurezza bis*, in *Giur. cost.*, fasc. 2/2021, 281 ss.

¹⁶ Questo è tanto più vero se, parallelamente, il Governo si impegna dinanzi al Parlamento a intervenire su quelle criticità; sul punto cfr. M. MANETTI, *voce Capo dello Stato*, in *Enc. Dir.*, Roma, 2017, 149 ss., la quale evidenzia come strategie di questo tipo ledano le prerogative parlamentari, restringendo «al Capo dello Stato e al Governo il confronto relativo ai vizi della legge pur promulgata».

¹⁷ Ricostruisce in questi termini l'intera prassi in esame G. SCACCIA, *La funzione presidenziale di controllo sulle leggi e sugli atti equiparati*, in *Rivista AIC*, fasc. 1/2011, 8, secondo il quale essa «appare unicamente diretta a separare, dinanzi al tribunale dell'opinione pubblica, la responsabilità del Capo dello Stato da quella del Governo o a circostanziare i motivi della controfirma, al fine di sottrarre l'istituzione presidenziale al gioco mediatico della vicendevoles delegittimazione fra le parti»; sul cfr. poi R. ROMBOLI, *Il rinvio delle leggi*, cit., 13, secondo il quale invece «questa prassi pare confermare la

Con la seconda distinzione è possibile invece apprezzare l'effettivo condizionamento esercitato dallo speciale *ciclo funzionale* del decreto-legge¹⁸ sul potere di rinvio *ex art. 74*, comma 1, Cost., stante l'effetto decadenziale legato al decorso del termine di cui all'art. 77, comma 2, Cost.¹⁹: più precisamente, dalla promulgazione 'osservata' di una legge di conversione – a differenza dell'ipotesi riguardante una comune legge ordinaria – è possibile ricavare gli esiti del peculiare bilanciamento effettuato dal Capo dello Stato tra il rispetto del dettato costituzionale e l'esigenza di non alterare gli ordinari processi di allocazione delle responsabilità politiche legate a provvedimenti normativi urgenti. Un bilanciamento, è appena il caso di notare, che si riflette in modo diretto sui concreti assetti della forma di governo.

Queste classificazioni possono essere applicate contemporaneamente e, combinandole fra loro, si è avuto modo di osservare che proprio le promulgazioni ' motivate' aventi ad oggetto leggi di conversione sono le stesse che contengono anche inviti espliciti, all'indirizzo di Governo e Parlamento, a intervenire – spesso “in tempi necessariamente brevi” – sulle disposizioni oggetto di critica²⁰; da questa coincidenza è stato dunque possibile trarre la specifica finalità di siffatte dichiarazioni, da intendersi come strumento – alternativo al rinvio della legge di conversione e alla conseguente decadenza del decreto-legge – di effettiva *responsabilizzazione* del circuito Governo-maggioranza in ordine a specifiche criticità di rilievo costituzionale, contenute nel testo promulgato.

natura flessibile dell'istituto del rinvio presidenziale e la sua adattabilità alle diverse esigenze e situazioni politico-istituzionali del paese»; nonché I. PELLIZZONE, *Contributo allo studio sul rinvio presidenziale delle leggi*, Milano, 2011, 244 ss.; caso esemplare di utilizzo della promulgazione osservata per la finalità indicata nel testo è la comunicazione del 23 luglio 2008 del Presidente Napolitano sul c.d. Lodo Alfano; su quella vicenda – e sulla nota presidenziale – v. in dottrina, per tutti, le considerazioni critiche di F. MODUGNO, *Introduzione a La legge Alfano sotto la lente del costituzionalista*, in *Giur. it.*, 2009, 767 ss.; L. ELIA, *Sul c.d. lodo Alfano*, al [sito](#) dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti; G. AZZARITI, *Sospensione dei processi per le Alte cariche dello Stato e comunicati irrituali della Presidenza della Repubblica: “Su ciò, di cui non si può parlare, si deve tacere”*, in *Giur. cost.*, fasc. 5/2009, 3999.

¹⁸ Cfr. sul punto la nota distinzione in «cicli funzionali rispettivamente del decreto legge e della legge formale» offerta da G. SILVESTRI, *Alcuni profili problematici dell'attuale dibattito sui decreti-legge*, in *Pol. dir.*, 1996, 429.

¹⁹ Com'è noto, il rinvio di una legge di conversione si avvicina non poco, quanto ad effetti, al diniego parlamentare di conversione, il che rappresenta una delle principali ragioni per cui esso è considerato, sia dal Capo dello Stato che dalla dottrina, una *extrema ratio*; su questa posizione v. F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Padova, 2015, 142; *contra* S. CICONETTI, *Un caso di inammissibilità del potere presidenziale di rinvio della legge alle camere*, in *Giur. cost.*, 2002, 3097 ss. Sull'ammissibilità, in generale, del rinvio della legge di conversione, il dibattito è ancora sostanzialmente aperto; al riguardo, su posizioni negative cfr. C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, 1976, 708, F. SORRENTINO-G. CAPORALI, voce *Legge (atti con forza di)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, IV ed., vol. IX, Torino, 1994, 127, nonché, parzialmente, C. ESPOSITO, voce *Decreto-legge*, in *Enc. Dir.*, Roma, 1962, 862; su posizioni che ammettono invece tale potere, sebbene da esercitarsi con cautela, L. PALADIN, voce *Art. 77*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1979, 78; M.C. GRISOLIA, *Il rinvio presidenziale delle leggi*, in *Quad. cost.*, 1992, 230 ss.; G. PITRUZZELLA, *La legge di conversione del decreto legge*, Padova, 1989, 236; per una ricostruzione del dibattito v. da ultimo D. CHINNI, *Decretazione d'urgenza e poteri del Presidente della Repubblica*, Napoli, 2015, 130 ss.; sempre al riguardo cfr. poi R. ROMBOLI, *Il rinvio delle leggi*, cit., 5, per il quale, sebbene «l'esercizio del potere di rinvio comporti, quasi sempre, la decadenza del decreto legge», tale circostanza non impedirebbe «al parlamento di riapprovare una legge con lo stesso contenuto del decreto decaduto», il che, per l'A., varrebbe a dimostrare che «non si tratta comunque di un veto assoluto all'approvazione di una determinata legge». Ferma la praticabilità di tale soluzione, è appena il caso di osservare, però, che essa, da un lato, in nulla sembrerebbe distinguersi dalla fattispecie di cui all'art. 77, ult. comma, Cost., e dall'altro non elide in ogni caso la circostanza che, per effetto del rinvio presidenziale, *quel* decreto-legge decaduto – al di là della sorte riservata alla disciplina in esso contenuta – non possa *più* essere convertito in legge. A diversa soluzione, peraltro, sembra essere giunto il Presidente Mattarella il quale, nella nota del 23 luglio 2021 (e prima di lui il Presidente Napolitano nella lettera del 22 febbraio 2011), osserva che «il rinvio alle Camere di un disegno di legge di conversione porrebbe in termini del tutto peculiari alla luce della stessa giurisprudenza della Corte costituzionale il tema dell'esercizio del potere di reiterazione»; detti termini peculiari altro non sono che il ridotto spazio lasciato aperto dalla Corte costituzionale in tema di iterazione e reiterazione dei decreti-legge: quest'ultima prassi sarebbe, infatti, illegittima solo nel caso di mancata conversione del decreto-legge da parte delle Camere, e non anche rispetto all'ipotesi di decadenza indirettamente cagionata dal rinvio presidenziale (cfr. Corte cost., [sent. nn. 360/1996](#) e [398/98](#)).

²⁰ V., *supra*, le comunicazioni del Capo dello Stato indicate *sub* nota 12; sul punto, volendo, v. M. FRANCAVIGLIA, *La recente evoluzione delle promulgazioni 'con riserva'*, cit., 283.

2.2. La battaglia del Quirinale per l'omogeneità dei decreti-legge e delle leggi di conversione.

Le due note presidenziali prese in esame si pongono in netta discontinuità rispetto al *pattern* e ad alla *ratio* da ultimo descritti: all'individuazione di puntuali criticità – specie sotto il profilo dell'estraneità di determinate disposizioni, inserite in sede di conversione, rispetto alle finalità o all'oggetto del decreto-legge – non ha fatto seguito un invito al Governo e al Parlamento a intervenire *ex post* sulle stesse.

La ragione di questa omissione risiede nella circostanza che gli attriti segnalati dal Capo dello Stato attengono *esclusivamente* all'art. 77 Cost., e in particolare alla speciale natura della legge di conversione che esso, implicitamente, stabilisce (e non anche ad altre disposizioni o principi costituzionali di carattere sostanziale). Proprio perché evidenziano vizi del procedimento normativo di conversione (anziché delle disposizioni da esso prodotte), questi messaggi presidenziali – e in particolare quello del 23 luglio 2021 – da un lato perderebbero molto del loro senso se si risolvessero in una richiesta di intervento di natura sostitutiva (o ripristinatoria), e dall'altro presentano una *ratio* ancora diversa rispetto a quelle più sopra individuate.

Sotto quest'ultimo profilo, l'intervento presidenziale cessa di essere uno strumento di controllo flessibile²¹, volto a preservare la complessiva *razionalità* dei processi di produzione normativa mediante la 'trasfigurazione' del potere di rinvio²², per divenire manifestazione di una nuova – e più stringente – impostazione del Capo dello Stato in tema di decretazione d'urgenza, specie con riferimento al requisito dell'omogeneità delle disposizioni inserite in sede di conversione.

La circostanza che tale impostazione emerga in sede di promulgazione di una legge di conversione – e che per il suo presidio venga evocato il potere di rinvio – non deve, poi, trarre in inganno circa il *momento* della sua concreta applicazione: sia il tenore della soluzione indicata dalla Presidenza della Repubblica (*id est* la delimitazione e il 'contenimento' *ab origine* dell'oggetto o dello scopo del decreto-legge), sia il fatto che molte delle disfunzioni segnalate attengono all'*iter* di approvazione della legge di conversione, suggeriscono che il Capo dello Stato interverrà in modo informale proprio in quest'ultima fase²³ ovvero nell'ambito dello stesso procedimento di adozione del decreto-legge²⁴. Interventi e contesti, peraltro, nei quali – *a fortiori* – gli interlocutori esclusivi del Presidente della Repubblica restano il Governo e il Parlamento²⁵, sicché quest'ultimi – e non anche la Corte – devono ritenersi i principali destinatari di queste dichiarazioni.

Con ciò non si ignora che quest'ultime finiscano per impingere – inevitabilmente – su ambiti e concetti trattati dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, ma ciò, vale chiarirlo sin da subito, non sembra sufficiente per qualificarle come un tentativo di instaurare un dialogo esplicito con il

²¹ In quanto sganciato dall'alternativa tra rinvio e semplice promulgazione.

²² Cfr. M. FERRARA, *La promulgazione "presidenzialmente osservata"*, cit., 60, che vede nella prassi in esame «un ulteriore passaggio del processo di trasfigurazione del potere *ex art.* 74, comma 1, Cost., dal piano formale a quello informale».

²³ Come del resto già accaduto sotto la presidenza Napolitano con la nota del 22 febbraio 2011, inviata al Presidente del Consiglio e ai Presidenti delle Camere *durante* l'esame al Senato del disegno di legge di conversione del decreto-legge n. 225/2010 (c.d. decreto milleproroghe).

²⁴ Come accaduto nel noto caso 'Englaro'; sulla connessa questione circa il potere del Presidente di rifiutare l'emanazione del decreto-legge, v. in dottrina, nel senso di riconoscere tale attribuzione, C. ESPOSITO, voce *Decreto legge*, cit., 856; M. LUCIANI, *L'emanazione presidenziale dei decreti-legge (spunti a partire dal caso E.)*, in *Astrid*, 3 del *paper*; D. CHINNI, *Decretazione d'urgenza e poteri*, cit., 140 ss.; *contra*, cfr. A. MORELLI, *Notazioni sulle novità della riforma costituzionale riguardo alla decretazione d'urgenza e al rinvio presidenziale delle leggi di conversione*, in federalismi.it, fasc. 11/2016, 9 ss.

²⁵ Al riguardo, cfr. M. MANETTI, voce *Capo dello Stato*, op cit., 149, secondo la quale tale opera di razionalizzazione dei processi di produzione normativa, per quanto auspicabile, «non può invero presentarsi se non sotto forma di stimolo all'attività parlamentare: tramite i messaggi o le esternazioni, in via generale e preventiva; con il rinvio della legge, in via successiva».

giudice costituzionale²⁶ (né come forma di indirizzo/appello indirettamente rivolto agli stessi giudici *a quibus*²⁷).

3. La [sentenza della Corte costituzionale n. 8 del 2022](#) nell'ambito della sua più recente giurisprudenza "à la carte" in tema di decretazione d'urgenza.

Venendo alla [sentenza n. 8 del 2022](#) della Corte costituzionale, è possibile osservare come uno dei suoi perni è costituito proprio dal concetto di omogeneità, declinato peraltro in relazione al decreto-legge (e non alle disposizioni introdotte in sede di conversione in legge).

Al riguardo, sarebbe ingenuo ritenere che la Corte non avesse ben presente, al momento della sua decisione, il contenuto delle note del Capo dello Stato che si sono esaminate più sopra: da un lato, il silenzio serbato su di esse dalla sentenza in commento è alquanto significativo, mentre dall'altro alcuni passaggi della motivazione rappresentano una implicita risposta non solo alla lettera dell'11 settembre 2020 (avente ad oggetto il medesimo decreto-legge oggetto di scrutinio), ma soprattutto a quella del luglio 2021, in quanto caratterizzata da affermazioni più esplicite in tema di omogeneità dei decreti-legge.

3.1. I termini della questione e le criticità dell'ordinanza di rimessione.

Con la sentenza in parola la Corte ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 23, comma 1, del decreto-legge n. 76/2020 (recante Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale), convertito, con modificazioni, nella legge 11 settembre 2020, n. 120, con riferimento agli art. 3, 97 e 77 Cost.; in particolare, la disposizione indubbiata ha rimodellato – in senso restrittivo – il perimetro delle condotte penalmente rilevanti ai fini dell'integrazione del reato di abuso d'ufficio (art. 323 c.p.): in virtù di siffatta novella, infatti, la prefata fattispecie incriminatrice non si realizzerebbe più in presenza di condotte genericamente in contrasto con «norme di legge o di regolamento», ma solo allorquando sia accertata la violazione «di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità».

Per quanto di interesse in questa sede, il Tribunale ordinario di Catanzaro ha dubitato della legittimità costituzionale dell'art. 23, comma 1, d.l. cit. in relazione all'art. 77 Cost., svolgendo due autonomi ordini di argomentazioni in punto di non manifesta infondatezza: *i*) la disposizione censurata sarebbe del tutto estranea sia alla «materia disciplinata dalle altre disposizioni del d.l. n. 76 del 2020», sia alle finalità giustificatrici del complessivo intervento normativo del Governo, «legate alla ritenuta necessità di introdurre misure di semplificazione amministrativa e di rilancio economico del Paese, per far fronte alle ricadute economiche conseguenti all'emergenza epidemiologica da COVID-19»²⁸; *ii*) la disposizione difetterebbe in modo palese dei presupposti di straordinaria necessità e urgenza, giacché per interventi di depenalizzazione come quello in esame difficilmente (o in «ipotesi residuali») potrebbe sostenersi quell'urgenza del provvedere legittimante l'adozione di un decreto-legge, specie «tenuto conto dei tempi di svolgimento dei processi penali e dell'assenza di ricadute delle singole vicende penali sul piano della semplificazione amministrativa».

²⁶ Così A. MORELLI, *La promulgazione "abrogante" della legge sulla legittima difesa e la fiducia del Presidente*, in [lacostituzione.info](#) del 28 aprile 2019, nonché cfr. D. CHINNI, *Una promulgazione con lettera*, cit., 819, secondo cui tali esternazioni avrebbero potuto costringere la Corte «a uno scrutinio sulla omogeneità della legge di conversione più stretto di quanto spesso non sia accaduto».

²⁷ Al riguardo, cfr. la posizione di D. CHINNI, *Una promulgazione con lettera*, ult. loc. cit., secondo il quale queste dichiarazioni possono essere interpretate come un «parlare a Governo e Parlamento perché giudici e Corte intendano».

²⁸ Cfr. Corte cost., [sent. n. 8/2022](#), punto 1 cons. in dir.

Dopo un'ampia ricostruzione della «travagliata vicenda normativa e giurisprudenziale» dell'abuso di ufficio – volta a evidenziare una costante tendenza del legislatore a contrastare, tramite una progressiva definizione delle condotte rilevanti, «un'ingerenza pervasiva del giudice penale sull'operato dei pubblici amministratori», a sua volta resa possibile da «interpretazioni estensive [...], atte [...] a riaprire ampi scenari di controllo [...] sull'attività discrezionale» e all'origine del fenomeno della “burocrazia difensiva” (c.d. “paura della firma”)²⁹ –, la Corte colloca l'art. 23 cit. a valle della stessa, chiarendone senza indugio il nesso finalistico rispetto agli obiettivi di semplificazione amministrativa e di rilancio degli investimenti perseguiti dal decreto-legge n. 76/2020³⁰.

Per la Corte si tratta, infatti, di «un eterogeneo provvedimento d'urgenza», vale a dire di un complesso di misure teleologicamente orientate, rispetto al quale la disposizione censurata non si pone in termini eccentrici; essa – osserva la Corte – si inserisce in modo organico all'interno del Capo IV del Titolo II, intitolato «[r]esponsabilità», che si occupa «delle due principali fonti di “timore” per il pubblico amministratore (e, dunque, dei suoi “atteggiamenti difensivistici”): la responsabilità erariale e la responsabilità penale»³¹.

Probabilmente, anche alla luce della sua pregressa giurisprudenza su casi ben più sospetti³², tale sforzo argomentativo sarebbe bastato per respingere una questione di legittimità costituzionale articolata in modo assai opinabile.

Su quest'ultima è, infatti, appena il caso di svolgere due sintetiche osservazioni.

In primo luogo, colpisce l'uso maldestro da parte del Tribunale di Catanzaro della nota giurisprudenza costituzionale in tema di carenza dei presupposti di necessità e urgenza, e in particolare delle [sentenze nn. 171 del 2007](#) e [128 del 2008](#) richiamate nell'ordinanza di rimessione: secondo il rimettente, detto orientamento «collega il riconoscimento dell'esistenza dei presupposti fattuali di cui all'art. 77, secondo comma, Cost., ad una intrinseca coerenza delle norme contenute in un decreto-legge, o dal punto di vista oggettivo e materiale, o dal punto di vista funzionale e finalistico»³³.

Duole osservare, però, che così non è: quelle sentenze hanno avuto, infatti, il *diverso* merito di indicare degli indici intrinseci ed estrinseci alla luce dei quali verificare la carenza del requisito della straordinarietà del caso di necessità e d'urgenza di provvedere; in base ad essi, infatti, è oggi possibile motivare «l'evidente estraneità» di una disposizione sulla base, da un lato, del silenzio serbato su di essa nel preambolo del decreto-legge³⁴, e dall'altro della sua eccentricità rispetto a una sostanziale unitarietà dell'oggetto/materia disciplinata³⁵.

Inoltre, una lettura attenta di quei casi ne avrebbe rivelato le cospicue differenze rispetto al decreto-legge n. 76/2020: *a*) quest'ultimo consiste in un provvedimento d'urgenza a contenuto *ab origine* plurimo, in quanto caratterizzato da finalità ampie e articolate – che, dunque, richiedono interventi su distinte materie –, sicché era arduo (se non impossibile) individuare un oggetto – o un ambito di

²⁹ Cfr. Corte cost., [sent. n. 8/2022](#), punto 2 cons. in dir.

³⁰ Obiettivi a loro volta ritenuti straordinariamente necessari e urgenti a cagione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19.

³¹ Cfr. Corte cost., [sent. n. 8 del 2022](#), punto 2.5 cons. in dir.

³² Cfr. per esempio v. di recente Corte cost., [sentt. n. 226 del 2019](#) e [149 del 2020](#); su questa giurisprudenza v. *infra* §§ 3.2 e 3.3. e la letteratura ivi citata.

³³ Il passaggio in questione, com'è noto, non è rinvenibile nelle sentenze citate dal rimettente ma risale a Corte cost., [sent. n. 22 del 2012](#), per poi essere ciclicamente ribadito nella giurisprudenza successiva; con riferimento a quest'ultima cfr., senza pretesa di completezza, Corte cost., [sentt. nn. 32 e 251 del 2014](#), [145](#) e [154](#) del 2015, [244 del 2016](#), [169](#) e [170 del 2017](#), [137 del 2018](#), [181](#), [226](#) e [247 del 2019](#), [115](#) e [149 del 2020](#), e, ovviamente, la decisione in commento; nonché v. [ordinanze n. 204 del 2020](#), n. [93 del 2020](#) e n. [34 del 2013](#).

³⁴ In questi termini Corte cost., [sent. n. 171/2007](#).

³⁵ In questi termini Corte cost., [sent. n. 128/2008](#).

intervento – unitario sul quale commisurare (ed enucleare) una norma intrusa o disomogenea³⁶; b) contrariamente a quanto asserito dal rimettente³⁷, lo stesso preambolo del d.l. 76/2020 (a differenza dei due casi menzionati dal rimettente) collegava espressamente l'introduzione di «interventi di semplificazione in materia di responsabilità del personale delle pubbliche amministrazioni» – cui *ictu oculi* può essere ricondotta la disposizione impugnata – alla straordinaria necessità e urgenza «di fronteggiare le ricadute economiche conseguenti all'emergenza epidemiologica da Covid-19», il che, secondo quella giurisprudenza costituzionale del 2007-2008, costituisce elemento sufficiente per esonerare la Corte dall'esercitare uno scrutinio più penetrante circa i presupposti indicati dall'art. 77 Cost.³⁸.

Il rimettente, nel pretermettere questi dati testuali (e giurisprudenziali), ha così distorto il concetto di omogeneità, intendendolo non come indice di un esercizio illegittimo (o comunque abusivo) della *funzione* (*id est* del potere delle Camere di convertire il decreto in legge), ma come requisito di validità dell'*atto*, senza peraltro avvedersi che tale impostazione avrebbe tramutato l'ordinanza di rimessione in una (inammissibile) richiesta di sindacato da parte della Corte sulle scelte di merito effettuate dal Governo³⁹.

In secondo luogo, e con riferimento alla pretesa insussistenza dei requisiti di necessità ed urgenza, gli argomenti utilizzati dal rimettente sono ancora più impalpabili: da un lato, la censura della «assoluta mancanza di una motivazione contenuta nel preambolo dell'atto normativo in ordine alla straordinaria necessità, che rendeva urgente [...] la riscrittura del delitto di abuso d'ufficio», è sconfessata *per tabulas* dal medesimo preambolo che, come più sopra osservato, indicava nella crisi economica connessa alla pandemia la ragione dell'urgenza di intervenire in senso restrittivo sulla responsabilità dei pubblici amministratori; dall'altro, l'esclusione dell'eccezionale urgenza di provvedere mercé l'argomento della necessaria applicazione 'differita' della nuova disciplina dell'abuso di ufficio – attesi «i fisiologici tempi di svolgimento di qualsivoglia procedimento penale» – rivela il fraintendimento della nota distinzione espositiana tra 'necessità relativa' e 'necessità assoluta', nonché della ormai pacifica acquisizione per cui l'art. 77 Cost. contempla solo la prima⁴⁰.

³⁶ Secondo il rimettente, invece, la disposizione indubbiata risultava «diversa per materia e per finalità, [e] denota la sua evidente estraneità rispetto ai contenuti e agli obiettivi del decreto-legge in cui detta norma è stata inserita. La predetta disposizione reca un contenuto i cui elementi di eterogeneità si pongono in netta cesura con il resto del corpo normativo in cui sono contenute. Del resto, la disomogeneità della disposizione impugnata rispetto al decreto-legge che l'ha introdotta assume caratteri di assoluta evidenza», determinano in tesi «una insanabile discrasia di contenuto, finalità e *ratio* tra le restanti norme contenute nel decreto- legge e la disposizione qui censurata, non potendo ravvisarsi alcuna strumentalità tra la disposizione abrogatrice del delitto di abuso d'ufficio e la necessità di semplificare le procedure amministrative volte a velocizzare gli investimenti». Da questi passaggi emerge in modo chiaro l'errore logico in cui incorre il rimettente laddove ritiene di individuare nel D.L. n. 76/2020 un oggetto e/o delle finalità sufficientemente circoscritti e unitari sui quali parametrare l'art. 23.

³⁷ Secondo il rimettente, infatti, con riferimento all'art. 23 cit. sarebbe riscontrabile «l'assenza di qualsivoglia indicazione [...] nel preambolo posto in epigrafe al decreto, dove vengono enucleate le ragioni giustificatrici di tale intervento normativo d'urgenza».

³⁸ Al riguardo, è un dato ormai pacifico – sia in giurisprudenza che in dottrina – quello per cui un'adeguata enucleazione delle ragioni di necessità e urgenza del decreto-legge (ovvero della singola disposizione impugnata dinanzi la Corte), delineandone al contempo gli obbiettivi normativi, esime infatti il giudice delle leggi da uno scrutinio stretto sui medesimi requisiti di necessità e urgenza; cfr. al riguardo F. SORRENTINO, *Ancora sui rapporti tra decreto-legge e legge di conversione*, cit., 1679.

³⁹ Sul punto cfr. le dense considerazioni di Cfr. G. SILVESTRI, *Alcuni profili problematici*, cit., 430, secondo il quale «un eventuale giudizio sulla sussistenza di questo vizio della legge di conversione appare molto delicato, se a chi giudica sta a cuore la salvaguardia della separazione dei poteri, sotto il profilo della necessaria distinzione tra valutazione della legittimità e del merito degli atti».

⁴⁰ Sulla nota distinzione tra 'provvedimento urgente' e 'urgenza del provvedere', laddove la seconda – cui assolve il decreto-legge – ben può essere soddisfatta anche attraverso disposizioni di non immediata applicazione/attuazione, v. C. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, Milano, 1964, 139, spec. nota 206. Il punto peraltro è, oggi, pacifico anche nella giurisprudenza della Corte, per la quale cfr. la [sent. n. 16 del 2017](#): «la straordinaria necessità ed urgenza non postula inderogabilmente un'immediata applicazione delle disposizioni normative contenute nel decreto-legge, ma ben può fondarsi sulla necessità di provvedere con urgenza, anche laddove il risultato sia per qualche aspetto necessariamente

3.2. *La declinazione del requisito dell'omogeneità nella sentenza in esame e nella pregressa, oscillante, giurisprudenza costituzionale.*

Alla luce di siffatte criticità dell'ordinanza di rimessione, non stupisce che la Corte, nel voler approfondire l'ipotizzata violazione dell'art. 77 Cost., ne tratteggi l'infondatezza con toni netti, se non severi.

In primo luogo, la Corte fissa le coordinate di fondo del proprio scrutinio, ricostruendo in modo compiuto la propria giurisprudenza in tema di sindacato sulla ricorrenza dei presupposti costituzionali della decretazione d'urgenza: in base ad essa, *i*) il suo controllo è circoscritto alla “mancanza evidente” di quei presupposti e *ii*) il carattere dell'omogeneità – tanto del decreto-legge che delle successive addizioni parlamentari – è strumentale al mantenimento di quel nesso logico-giuridico «tra la valutazione fatta dal Governo dell'urgenza del provvedere ed “i provvedimenti provvisori con forza di legge”, di cui alla norma costituzionale citata»⁴¹.

Tanto premesso, il Giudice delle leggi, nel rigettare il primo ordine di censure *ex art. 77 Cost.*, osserva che, con specifico riferimento a decreti-legge *ab origine* a contenuto plurimo – per i quali «quel che rileva è il profilo teleologico»⁴² –, il parametro alla luce del quale verificare l'eventuale disomogeneità di una disposizione è rappresentato dalla *ratio* dominante dell'intervento normativo d'urgenza, sicché il suo sindacato è obbiettivamente limitato ai soli casi di “rottura evidente” del collegamento tra la singola norma e la situazione di necessità ed urgenza⁴³. In altri termini, in caso di decreti-legge strutturalmente eterogenei, il concetto di omogeneità degraderebbe a nesso di mera plausibilità – ovvero di logica inferenza – tra tutte le disposizioni contenute nell'atto normativo urgente e i presupposti fattuali assunti dal Governo ai sensi e per gli effetti dell'art. 77 Cost., di modo che, solo laddove non sia possibile ricondurre (e dunque giustificare) in alcun modo la disposizione a detti presupposti, quel nesso deve ritenersi interrotto; in tal caso, il decreto-legge ovvero la singola disposizione che si è sottratta alle complessive finalità (*rectius*: alle ragioni giustificatrici) dell'atto risulterebbero viziati da eccesso di potere legislativo, stante l'alterazione del peculiare *ciclo funzionale* stabilito dalla norma costituzionale.

Secondo questa impostazione, la disomogeneità di una disposizione non rappresenta quindi un indice univoco e definibile *ex ante*, sulla base del quale ritenere l'insussistenza dei presupposti di necessità ed urgenza (come erroneamente ritenuto dal rimettente), ma al contrario l'esito dell'accertamento negativo di quest'ultimi (in relazione a una determinata norma), nei limiti della struttura del provvedimento – a seconda che abbia un contenuto *ab origine* plurimo o meno – e sulla base di criteri (o indici), questi sì, oggettivi e univoci, quali il titolo del decreto-legge, il tenore del preambolo, i lavori parlamentari relativi alla legge di conversione, l'univocità ovvero l'ampiezza

differito». Con riferimento, poi, al contiguo profilo della qualificazione del caso come (straordinariamente) urgente e necessario, cfr. la lettura estensivo-soggettiva, ormai classica e condivisa, di C. ESPOSITO, voce *Decreto-legge*, cit., 834 ss.; cfr. poi sul tema C. PINELLI, *Il decreto-legge e la teoria costituzionale: profili introduttivi*, in A. Simoncini (a cura di), *L'emergenza infinita. La decretazione di urgenza in Italia*, Macerata, 2006, 57.

⁴¹ Cfr. Corte cost., [sent. n. 8 del 2022](#), punto 6.1 cons. in dir.; si tratta, com'è noto, di un passaggio ormai tralazio di questa giurisprudenza, risalente a Corte cost., [sent. n. 22 del 2012](#).

⁴² Sul punto cfr. anche Corte cost., sentt. nn. [244 del 2016](#) e [149 del 2020](#), nell'ambito delle quali la Corte esamina la categoria dei “provvedimenti *ab origine* a contenuto multiplo”, descrivendoli come atti nei quali «le molteplici disposizioni che li compongono, ancorché eterogenee dal punto di vista materiale, presentano una sostanziale omogeneità di scopo».

⁴³ Cfr. Corte cost., [sent. n. 8 del 2022](#), punto 6.1 cons. in dir.; anche quello della *ratio* dominante dell'intervento normativo urgente è un parametro ormai consolidato all'interno di questa giurisprudenza della Corte; per esso cfr. *ex plurimis* Corte cost., [sentt. nn. 30 del 2021](#), [247 del 2019](#), [32 del 2014](#); Corte cost., [sent. n. 22 del 2012](#) (punto 3.4 cons. in dir.) fa invece riferimento al concetto analogo – ma non identico – di ‘*ratio unitaria*’.

delle finalità perseguite dal decreto-legge, la straordinarietà delle misure in esso contenute, o il complessivo disegno tracciato dall'insieme delle misure contenute nell'atto⁴⁴.

Dal momento, peraltro, che è la *struttura* dell'atto a determinare il grado di penetrazione di tale scrutinio, e che l'assenza di certi indici di omogeneità di una disposizione ben può essere compensata dalla presenza di altri elementi, va da sé che il carattere omogeneo (o l'estraneità) di una norma costituisca l'esito applicativo di un criterio *composito* ed elastico, da modellare sulle caratteristiche del caso concreto.

Che un simile assetto precluda ogni possibilità di edificare una 'dottrina dell'omogeneità' è evidente, così come è concreto il rischio che la Corte possa modulare a suo piacimento questo peculiare criterio, privilegiandone – a seconda dei casi – alcuni elementi a discapito di altri, con tutto ciò che ne discende, poi, in termini di scarsa organicità della sua giurisprudenza sul punto.

Sotto questo profilo, il caso di specie rappresenta una puntuale conferma di quanto da ultimo paventato: la Corte, infatti, pur riconoscendosi la possibilità di esercitare un sindacato limitato alla 'evidente rottura' del nesso funzionale tra l'art. 23 cit. e le ragioni giustificatrici del d.l. n. 76/2020, decide di 'andare oltre' e di compiere un'ampia ricognizione degli altri indici dell'omogeneità della disposizione impugnata.

Più precisamente, il Giudice delle leggi non solo richiama il preambolo del d.l. n. 76/2020 e i lavori parlamentari per la sua conversione, ma, ritenendo gli stessi poco generosi nel dar conto del nesso tra la disposizione impugnata e la «traiettoria finalistica portante del decreto», arriva a menzionare il «convincimento espresso dal Presidente del Consiglio dei ministri nel presentare il decreto», alla luce del quale emergerebbe «l'idea che la ripresa del Paese possa essere facilitata da una più puntuale delimitazione delle responsabilità. "Paura della firma" e "burocrazia difensiva", indotte dal timore di un'imputazione per abuso d'ufficio, si tradurrebbero, in quanto fonte di inefficienza e immobilismo, in un ostacolo al rilancio economico, che richiede, al contrario, una pubblica amministrazione dinamica ed efficiente»⁴⁵.

Tuttavia uno sforzo argomentativo di questo genere non è privo di insidie: un esame troppo ravvicinato della *ratio* dominante l'intervento normativo urgente – tendenzialmente coincidente con il merito di quest'ultimo – finisce infatti per offuscare il confine (di per sé labile) tra l'intrinseca *coerenza* della disposizione rispetto ai presupposti di necessità e urgenza del decreto-legge⁴⁶ e la sua intrinseca *ragionevolezza*, quest'ultima intesa come aderenza interna delle singole disposizioni alla complessiva "causa normativa" dell'atto⁴⁷.

⁴⁴ Sul punto cfr. *ex plurimis* Corte cost., [sent. nn. 33 del 2019](#) e [5 del 2018](#).

⁴⁵ Cfr. Corte cost., [sent. n. 8 del 2022](#), punto 6.2. cons. in dir.; com'è noto, la Corte costituzionale ha già fatto uso di dichiarazioni di natura politica del Presidente del Consiglio al fine di rinvenire – in assenza di altri (e più oggettivi) indici estrinseci o intrinseci dell'atto – i presupposti di necessità ed urgenza nella recente [sent. n. 149/2020](#); per un commento della decisione che coglie questo aspetto cfr. A. SPERTI, *La Corte costituzionale e il controllo sui vizi formali del decreto-legge. Riflessioni sulla sent. n. 149 del 2020*, in questa [Osservatorio costituzionale](#), fasc. n. 6/2020, 376 ss.

⁴⁶ Siffatta intrinseca coerenza si sostanzierebbe, a ben vedere, nella verifica della congruità tra mezzi predisposti e obbiettivi da perseguire, la cui carenza si rifletterebbe in un esercizio illegittimo da parte delle Camere del potere di convertire il decreto in legge, secondo lo schema logico dell'eccesso di potere; per questa ricostruzione cfr. Corte cost. [sent. n. 22 del 2012](#), nonché, ancor prima di essa (e non a caso), G. SILVESTRI, *Alcuni profili problematici*, cit., 428 ss, ad avviso del quale «l'uso del potere di conversione per fini diversi da quelli di controllo previsti dalla Costituzione [integrerebbe] un caso di *détournement de pouvoir*». Per la differente ricostruzione di questa patologia del procedimento legislativo di conversione nei termini della carenza assoluta di potere cfr. Corte cost. [sent. n. 32 del 2014](#), punto 4.5 del cons. in dir.; sui problemi connessi alla configurabilità nel caso di specie della figura della incompetenza assoluta (o carenza di potere) delle Camere cfr. per tutti D. NOCILLA, *"Inesistenza" della legge di conversione?*, cit., 720 ss.; in generale, sui problemi connessi alla c.d. omogeneità finalistica dei decreti-legge v. G.M. SALERNO, *La Corte consolida i principi in tema di omogeneità tra decreto-legge e legge di conversione*, in *Giur. cost.*, fasc. n. 2/2013, 640.

⁴⁷ Per tale accezione cfr. per essa cfr. *ex plurimis* Corte cost., [sent. n. 89/1996](#), nonché G. SILVESTRI, *L'abuso nel diritto costituzionale*, in [Rivista AIC](#), fasc. 2/2016, 8 ss.

Sebbene lo stesso giudice delle leggi abbia più volte ribadito la necessità di tenere distinti i due piani, nel caso di specie, l'impressione – condivisa da alcuni in dottrina⁴⁸ – è che il rigetto della censura sia in realtà motivato proprio sul profilo della ragionevolezza della disposizione impugnata e non su quello della sua coerenza con gli obiettivi del decreto-legge (*rectius*: con i presupposti di necessità e urgenza). Del resto, come si argomenterà più avanti nel testo⁴⁹, quest'ultimo aspetto può essere correttamente verificato solo mediante una serie di elementi o indici rinvenibili nell'atto normativo⁵⁰ – ivi incluso il tenore delle altre disposizioni in esso contenute⁵¹ – ovvero nel suo procedimento di formazione⁵², senza dunque l'impiego di argomenti esterni a tale perimetro o attinenti al contesto politico del singolo decreto-legge⁵³.

Con riferimento, poi, alla seconda censura *ex art. 77 Cost.* – in base alla quale un intervento di depenalizzazione non potrebbe rivestire i caratteri di straordinaria necessità e urgenza –, la Corte si sofferma brevemente, liquidandola come un «assunto apodittico e non sorretto da adeguata base logica»⁵⁴: se è vero, infatti, che la necessità di riformare l'art. 323 c.p. è anteriore alla crisi sanitaria, «è l'esigenza di far “ripartire” celermente il Paese dopo il prolungato blocco imposto per fronteggiare la pandemia che – nella valutazione del Governo (e del Parlamento, in sede di conversione) – ha impresso ad essa i connotati della straordinarietà e dell'urgenza. Valutazione, questa, che non può considerarsi manifestamente irragionevole o arbitraria». Collocata nella più ampia giurisprudenza della Corte in tema di omogeneità dei decreti-legge, la sentenza in commento non risulta, dunque, eccentrica rispetto ai precedenti più recenti: la sua lettura conferma, infatti, il moto oscillatorio di questa peculiare giurisprudenza della Corte, la quale, pur muovendo da un *acquis* ormai ampio e consolidato, non lascia concreti spazi di razionalizzazione e di predicibilità, indispensabili per l'enucleazione di un modello teorico convincente⁵⁵.

3.3. Oltre l'alternativa tra disomogeneità palese e non: l'omogeneità come 'standard'.

Scendendo ancor più nel dettaglio, si può osservare inoltre come la [sent. n. 8 del 2022](#) si collochi fra quelle che ritengono sindacabili solo le disposizioni affette da disomogeneità *evidente* (o palese)

⁴⁸ Cfr. in tal senso C. DOMENICALI, *A chi spetta l'onere di motivare i presupposti del decreto-legge?*, cit., 240 ss.

⁴⁹ V. *infra* § 3.3.

⁵⁰ Come già espresso nel testo, detti criteri, alla luce della giurisprudenza della Corte sin qui richiamata (e in particolare dalla nota 'svolta' del 2007-2009, per quale v. *supra sub* nota 4), coincidono – sinora – con il titolo del decreto-legge, il tenore del preambolo, l'univocità ovvero l'ampiezza delle finalità perseguite dal decreto-legge, la straordinarietà delle misure in esso contenute, il complessivo disegno tracciato dall'insieme delle misure contenute nell'atto.

⁵¹ Ed è, infatti, in questo senso che deve essere letto il richiamo effettuato dalla Corte, nella sentenza in commento, alle altre disposizioni contenute nell'apposito capo del D.L. 76/2020 dedicato alle «[r]esponsabilità» (il Capo IV del Titolo II) e volte «a “tranquillizzare” i pubblici amministratori rispetto all'altro rischio che accompagna il loro operato: vale a dire la responsabilità erariale». Proprio la presenza di queste disposizioni, secondo la Corte, esclude che la norma impugnata sia una “monade” isolata, avulsa dal contesto normativo nel quale è inserita.

⁵² Sotto questo profilo, rappresentano un criterio rilevante nella giurisprudenza costituzionale in esame anche i lavori parlamentari relativi alla legge di conversione; mentre, è assai significativo che tale rilievo non è ugualmente riconosciuto alle note del Presidente della Repubblica (di accompagnamento della promulgazione di leggi di conversione, ovvero inviate al Governo e al Parlamento durante tale *iter legis*), fatta l'eccezione del messaggio del Presidente Ciampi del 29 marzo 2002, sulla necessaria omogeneità degli emendamenti al decreto-legge, richiamato dalla Corte nell'ambito della [sentenza n. 22 del 2012](#).

⁵³ Cfr. sul punto C. DOMENICALI, *A chi spetta l'onere di motivare i presupposti del decreto-legge?*, cit., *passim*.

⁵⁴ Cfr. Corte cost., [sent. n. 8 del 2022](#), punto 6.3. cons. in dir.; sul punto la Corte cita un suo precedente diametralmente opposto a siffatto assunto del rimettente ([sent. n. 330 del 1996](#)).

⁵⁵ Sul moto oscillante di questa giurisprudenza, e sulle difficoltà teoriche che su di essa si addensano, v. D. NOCILLA, *L'andirivieni concettuale della Corte*, in *Giur. cost.*, fasc. 3/2014, 2900; cfr. poi P. CARNEVALE, *Giuridificare un concetto: la strana storia della 'omogeneità normativa'*, in [federalismi.it](#) - Focus “Fonti del diritto” 1/2014, 11 ss.; M. FRANCAVIGLIA, *L'apparente univocità*, cit., 2681.

rispetto al testo complessivo del decreto-legge⁵⁶; del resto, è noto che anche su questo profilo si sono registrate delle incertezze, determinate da alcune pronunce nelle quali, invece, la Corte ha censurato anche il difetto di omogeneità non “evidente”⁵⁷.

La scelta in ordine al carattere necessariamente evidente o meno dell’estraneità non è priva di conseguenze, riflettendosi in modo diretto sul *tipo* di sindacato della Corte.

Se il difetto di omogeneità costituzionalmente rilevante fosse solo quello *palese* o *evidente*, va da sé che lo scrutinio della Corte sull’intrinseca coerenza della disposizione rispetto all’oggetto o alla *ratio* dell’intervento normativo urgente sarebbe meno penetrante; tale assetto avrebbe senz’altro il pregio di collocare il controllo di costituzionalità a ‘distanza di sicurezza’ rispetto al *merito* dell’atto governativo, ma anche il difetto di svilire quel necessario collegamento tra la disposizione e i presupposti di necessità e urgenza, riducendolo *sistematicamente* a un nesso di mera plausibilità. Se, al contrario, ai fini della declaratoria di incostituzionalità fosse sufficiente la semplice disomogeneità della disposizione, ancorché non evidente, il giudizio della Corte potrebbe estendersi di molto, ma i suoi esiti – oltre a lambire profili attinenti, forse, alla ragionevolezza della norma – potrebbero risultare decisamente opinabili, specie a fronte di provvedimenti d’urgenza caratterizzati da contenuti multisettoriali e/o da finalità molto ampie e generiche.

Proprio gli inconvenienti legati a ciascuna di queste prospettive potrebbero costituire la ragione della permanente oscillazione della Corte sul punto⁵⁸; un’incertezza che, forse, potrebbe essere risolta *superando* il dilemma in questione, attraverso una declinazione ‘ponderata’ del concetto di omogeneità, vale a dire che tenga conto non solo degli elementi e degli indici più sopra indicati, ma anche del *tipo* di decreto-legge sottoposto al suo giudizio e/o dell’*origine* della disposizione censurata.

Sulla base di questa impostazione, e a condizione che concorrano (almeno in parte) gli altri indici già menzionati, la disomogeneità costituzionalmente rilevante sarà – in via tendenziale – solo quella di tipo evidente (o palese) per quelle disposizioni previste direttamente dal decreto-legge⁵⁹ ovvero per quelle inserite in sede di conversione di un decreto blandamente caratterizzato sotto il profilo contenutistico o teleologico: nella prima ipotesi, infatti, uno scrutinio più approfondito del nesso logico giuridico tra la norma e i presupposti di necessità e urgenza si avvicinerebbe molto a uno scrutinio sulle valutazioni soggettive formulate sul punto dal Governo al momento dell’adozione dell’atto, mentre nella seconda è la stessa *struttura* del decreto-legge – come rivela l’esperienza degli ultimi anni – a determinare un inevitabile affievolimento del vincolo dell’omogeneità degli emendamenti parlamentari al testo del decreto-legge da convertire.

Al contrario, sarà possibile censurare il difetto di omogeneità *tout court* laddove la disposizione – a prescindere dalla sua origine, governativa o parlamentare – si collochi all’interno di un *corpus*

⁵⁶ Secondo questo orientamento, ai fini della declaratoria di incostituzionalità, la mancanza di ogni nesso di interrelazione tra la disposizione impugnata (sia essa contenuta nel decreto ovvero aggiunta in sede di conversione) e i presupposti del decreto-legge deve essere «evidente o manifesta»; cfr. in tal senso Corte cost., [sentt. nn. 22 del 2012](#), [251 del 2014](#), [145](#) e [186 del 2015](#), [169 del 2017](#), [5 del 2018](#), [33](#), [181](#), [226](#) e [266 del 2019](#), e [186 del 2020](#).

⁵⁷ Per questo orientamento, al momento meno ricorrente, cfr. Corte cost., [sentt. nn. 32 del 2014](#), [154 del 2015](#), [94 del 2016](#); sul punto v. GIU. SERGES, “*Decisioni rinneganti*”, cit., 876 ss.

⁵⁸ Sebbene si possa intuire una netta tendenza della Corte a privilegiare un approccio meno rigoroso (o meno esigente) rispetto al requisito dell’omogeneità, imperniato dunque su di una disomogeneità di tipo ‘palese’ o ‘evidente’ e con conseguente *self restraint* dello scrutinio svolto dallo stesso giudice costituzionale; rileva questo dato anche nella sentenza in commento A. SPERTI, *La Corte costituzionale ritorna sul controllo sui vizi formali*, cit., 12 e ss.

⁵⁹ In tal caso, infatti, la verifica dell’omogeneità delle singole disposizioni rispetto agli obbiettivi complessivi dell’intervento normativo urgente si avvicina molto a un sindacato sulle valutazioni soggettive del Governo in ordine sia ai presupposti di necessità e urgenza legittimanti l’atto, sia alla individuazione delle singole misure straordinarie e ‘congruenti’ da inserire nel testo del decreto-legge per farvi fronte (ivi inclusa la stessa scelta dell’esecutivo di configurare un provvedimento a contenuto *ab origine* plurimo o meno).

normativo caratterizzato da un oggetto univoco (o monosettoriale) ovvero da finalità (*id est* da presupposti fattuali di urgenza e necessità) ben circoscritte e definite⁶⁰.

Tale impostazione, intervenendo sull'*intensità* dello scrutinio della Corte, avrebbe il pregio di salvaguardare e valorizzare la natura *logico-giuridica* di quel nesso «tra la valutazione fatta dal Governo dell'urgenza del provvedere»⁶¹ e la disposizione oggetto del giudizio: il suo accertamento, anche in contesti di ampia discrezionalità del 'legislatore motorizzato', resterebbe comunque affidato solo a quei criteri, *concreti e giuridicamente rilevanti*, più sopra indicati e strettamente attinenti all'atto normativo, così che non vi possa essere spazio per ricostruzioni *astratte*, meramente formali ovvero ancorate a elementi estrinseci e di varia natura (non giuridica).

In questo contesto, il concetto in esame assumerebbe la più verosimile fisionomia di uno *standard* o *canone*, alla luce del quale valutare con un certo grado di razionalità – e sulla base dei diversi elementi o indici che lo compongono – l'intrinseca coerenza delle disposizioni contenute sia nel decreto-legge⁶², sia nella legge di conversione: se quest'ultime non superano detto *standard* scatta il sindacato della Corte costituzionale⁶³.

Tuttavia, la sentenza commentata conferma un quadro che è ben lungi dall'essere messo a sistema (qualsiasi esso sia), con la conseguenza che il concetto di omogeneità – specie se riferito a decreti-legge *ab origine* eterogenei e/o connotati da finalità ampie – non solo non rappresenta un argine efficace rispetto a possibili abusi da parte del Governo⁶⁴, ma risulta ormai uno strumento funzionale alle sole necessità della Corte costituzionale, divenendo così impossibile la sua ricostruzione come «nozione ontologica e perciò autoevidente»⁶⁵.

4. Un tentativo di analisi sinottica delle traiettorie della Corte costituzionale e del Presidente della Repubblica sulla decretazione d'urgenza: assonanze e dissonanze.

Un primo dato che emerge dalle vicende sin qui esaminate è che sia il Capo dello Stato (nella sua lettera dell'11 settembre 2020), sia la Corte costituzionale (nell'ambito della [sentenza n. 8/2022](#)) non hanno ravvisato un attrito dell'art. 23, comma 1, d.l. n. 76/2020 con l'art. 77 Cost.; un secondo elemento di riflessione è che entrambi – il primo implicitamente e la seconda in modo esplicito – sono giunti a tale conclusione sulla base del concetto di omogeneità.

⁶⁰ Cfr. sul punto, sebbene da una prospettiva in parte diversa, da D. CHINNI, *Decretazione d'urgenza*, cit., 232, il quale rileva, appunto, che «il regime di emendabilità della legge di conversione sarà più o meno stringente a seconda del *genus* di omogeneità di cui sia portatore il decreto-legge».

⁶¹ Così Corte cost., [sent. n. 22 del 2012](#).

⁶² Cfr. sul punto Corte cost., [sent. n. 22 del 2012](#), punto 3.3 cons. in dir., nell'ambito della quale si precisa che il decreto-legge va «inteso come un tutto unitario, atto normativo fornito di intrinseca coerenza, anche se articolato e differenziato al suo interno».

⁶³ Cfr. C. PINELLI, *Un sistema parallelo*, op cit., 320, per il quale è proprio l'impiego dell'aggettivo 'manifesta' o 'evidente', riferito alla mancanza dei requisiti costituzionali della decretazione d'urgenza, è funzionale, «non a rimandare a una nozione ontologica e perciò autoevidente, bensì [ad] accreditare *standard* di ragionevolezza corrispondenti alla discrezionalità legislativa superati i quali può entrare in gioco la giurisdizione costituzionale. Peraltro, l'equazione qui ipotizzata fra "manifesta irragionevolezza" ed "evidente mancanza" [dei requisiti costituzionali della decretazione d'urgenza] si riferisce al solo profilo del limite di cognizione del giudice costituzionale, non anche agli strumenti dallo stesso impiegati al fine di vagliarne il rispettivo ricorrere»; *contra* P. CARNEVALE, *Pandemia e sistema delle fonti a livello statale. Qualche riflessione di ordine sistematico*, in [Corti supreme e salute](#), fasc. n. 1/2021, 48, secondo il quale, almeno per i decreti-legge che hanno fronteggiato l'emergenza pandemica, potrebbe essere invocata l'omogeneità teleologica «essendo indiscutibile ed auto-evidente».

⁶⁴ Il profilo è ammesso da N. LUPO, *L'omogeneità dei decreti-legge (e delle leggi di conversione): un nodo difficile ma ineludibile per limitare le patologie della produzione normativa*, in [Astrid Rassegna](#), n. 153, 2 passim.

⁶⁵ Così C. PINELLI, *Un sistema parallelo*, ult. loc. cit.

Le similarità, tuttavia, sembrano terminare qui. Siffatto requisito viene, infatti, declinato in modo assai diverso dai due organi costituzionali, di modo che le rispettive traiettorie istituzionali non solo risultino parallele ma anche orientate verso diversi approdi.

I fattori di questo fenomeno sono essenzialmente due e attengono, da un lato, agli interlocutori di queste attività istituzionali e, dall'altro, al momento in cui quest'ultime intervengono.

Con riferimento alle dichiarazioni del Capo dello Stato in tema di omogeneità, lo si è visto più sopra, esse hanno come destinatari esclusivi il Governo e il Parlamento, né dalle medesime può ricavarsi l'intenzione di influenzare in modo diretto i giudici comuni (e men che meno la stessa Corte costituzionale) in ordine alle criticità ivi segnalate. Dette dichiarazioni, peraltro, non perseguono neanche lo scopo di sollecitare un immediato intervento 'correttivo' da parte del Legislatore⁶⁶, ma quello di rendere edotti tutti gli attori del circuito Governo-maggioranza parlamentare della diversa impostazione alla luce della quale verrà condotta l'attività di controllo sui decreti-legge da parte del Capo dello Stato, con tutto ciò che ne discende in termini di rivitalizzazione – non tanto del potere di rinvio della legge di conversione quanto – della facoltà di rifiutare l'emanazione dell'atto stesso.

È, inoltre, lo stesso momento in cui sono intervenute quelle dichiarazioni – *id est* con la promulgazione della legge di conversione – a rivelare gli obbiettivi ultimi di siffatta impostazione, consistenti nel recupero della centralità del Parlamento rispetto alla (futura) produzione normativa primaria⁶⁷. Tale esigenza, infatti, può essere soddisfatta solo attraverso un'adeguata conformazione – 'a monte' – dei procedimenti relativi alla decretazione d'urgenza, ben *prima* dunque del controllo presidenziale della legge di conversione *ex art. 73 Cost.* In questo senso, le note presidenziali in parola sembrano allora riguardare il procedimento stesso di adozione dei decreti-legge e, in particolare, i *principi* che dovrebbero sovrintendere la configurazione dell'oggetto e delle finalità dell'atto; quest'ultimi, pur scontando una naturale flessibilità, devono essere applicati 'il più possibile'⁶⁸ e la loro totale pretermissione potrebbe costituire una lacuna censurabile (*ex ante*) da parte del Presidente mediante il rifiuto di emanazione, con evidenti effetti sui concreti assetti della nostra forma di governo⁶⁹.

Con riguardo alla Corte costituzionale, la sentenza in commento è particolarmente utile nel rivelare l'unica prospettiva dalla quale essa traguarda il carattere dell'omogeneità, vale a dire quella processuale: il concetto in esame costituisce l'esito di un peculiare scrutinio (*ex post*) sul nesso logico-giuridico tra la disposizione indubbiata e i requisiti fattuali di necessità e urgenza previsti dall'art. 77 Cost., e tale valutazione – forse inevitabilmente, atteso il momento in cui interviene – finora ha risentito in grande misura delle specificità del caso sottostante all'ordinanza di rimessione, tanto da impedire la ricorrenza di quelle regolarità empiriche essenziali per la costruzione di un modello scientificamente attendibile.

Alla luce di quanto sin qui esposto, il concetto di omogeneità sembra allora perdere anche il carattere ontologico dell'identità: sarebbe, infatti, molto più realistico parlare di due distinte

⁶⁶ V. *supra* sub § 2.2.

⁶⁷ Su questo profilo v. da ultimo l'articolata analisi di A. CARDONE, *Modello costituzionale e trasformazione del sistema delle fonti*, cit., 12 del *paper*; secondo l'A. «si può affermare che quello delle fonti è stato concepito come “un sistema” il cui “modello” risulta imperniato sulla centralità dell'Assemblea rappresentativa come sede della composizione politica dei conflitti di interesse e dimensione nazionale ovvero come luogo di raggiungimento del compromesso politico-partitico a garanzia dell'unità della Repubblica, in una prospettiva secondo la quale la disciplina costituzionale del sistema delle fonti è, innanzitutto, il cuore dei processi e dei meccanismi di integrazione politica».

⁶⁸ Sul punto si rinvia alla notissima concezione di principio giuridico quale *precepto di ottimizzazione* (*Optimierungsgebote*), dovuta principalmente a R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, 1985, trad. it. *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012, *passim*; in base ad essa, qualsiasi principio non è suscettibile di essere applicato in modo assoluto e automatico, ma soltanto per gradi, dipendendo la misura della sua realizzazione, oltre che dalle concrete possibilità fattuali, dalle stesse 'possibilità giuridiche' in un dato ordinamento, a loro volta determinate da altre regole e altri principi con esso collidenti.

⁶⁹ Sul punto cfr. per tutti le considerazioni di M. MANETTI, *La via maestra che dall'inemendabilità*, cit., 2, secondo la quale il decreto-legge rappresenta ormai lo strumento principale del Governo per scandire le tappe del suo programma, «individuando *coram populo* le misure politicamente più urgenti».

omogeneità, *i*) l'una – impiegata dal Presidente della Repubblica – da intendersi come canone della legislazione urgente e volto a influire sulla concreta conduzione da parte del Governo dell'indirizzo politico mediante la decretazione d'urgenza, e *ii*) l'altra – emersa nella giurisprudenza della Corte ma che ancora stenta ad affermarsi – da intendersi quale *standard* alla luce del quale impostare il sindacato della Corte sulla ricorrenza dei presupposti di necessità e urgenza.

Tuttavia c'è una tenue assonanza, una sorta di *fil rouge*, che lega queste due polarità e le rende tra loro complementari: entrambe queste concezioni dell'omogeneità condividono il medesimo 'punto di atterraggio', rappresentato dalla *struttura* del decreto-legge e in particolare dall'esigenza di circoscrivere il più possibile *ab origine* il suo oggetto e, soprattutto, le sue finalità; sul punto, si può osservare come entrambi gli organi costituzionali – a prescindere dalla prospettiva prescelta e sebbene con andamento altalenante – dimostrino, infatti, la chiara consapevolezza del rapporto di diretta proporzionalità che intercorre tra quest'ultimo profilo e l'affievolimento del vincolo dell'omogeneità gravante sulle singole disposizioni.

È dunque la configurazione dei contenuti e delle finalità dell'atto normativo urgente da parte del Governo il terreno nell'ambito del quale risulta necessaria un'inversione di tendenza radicale, ma un simile passaggio ne implica un altro ancor più importante e difficile, vale a dire l'abbandono del decreto-legge quale strumento normativo funzionale all'ordinaria gestione dell'indirizzo politico dell'Esecutivo.

Rispetto a quest'ultima problematica – distinta ma strettamente connessa a quella esaminata –, le diversità e le assonanze che si è cercato di ricostruire più sopra non danno alcuna indicazione, tuttavia il loro intrecciarsi, nello sviluppo quotidiano delle prassi, rivela sinergie e virtualità senz'altro positive ai fini della piena osservanza dei limiti costituzionali alla decretazione d'urgenza, la cui efficacia, però, dipende in una certa misura dalle capacità di *self restraint* del complessivo circuito Governo-maggioranza parlamentare⁷⁰.

5. Una breve postilla: il governo eteronomo delle attività parlamentari di conversione dei decreti-legge.

In un quadro così complesso non stupisce, purtroppo, la posizione marginale (se non passiva) assunta dal Parlamento, sostanzialmente avulso – nonostante i ripetuti tentativi di un sostanziale coinvolgimento da parte del Capo dello Stato – dalle attuali strategie di recupero della sua centralità con riferimento alla decretazione d'urgenza.

Al riguardo, e con specifico riferimento al biennio dell'emergenza pandemica, può registrarsi l'eccezione rappresentata dal Comitato per la legislazione presso la Camera dei deputati (specie sotto il quarto turno di presidenza⁷¹), nei lavori del quale – non a caso – è emersa in modo chiaro

⁷⁰ Tentativi in questa direzione, per vero, non sono mancati: si pensi, ad es., alla recente vicenda relativa all'attuazione legislativa degli obiettivi delineati dal noto P.N.R.R.; sul punto, è intervenuto in termini espliciti il Comitato per la legislazione presso la Camera dei deputati – nell'ambito di un parere sul disegno di legge C 3354 di conversione del decreto-legge n. 152/2021, reso il 17 novembre 2021 – raccomandando «una riflessione sull'opportunità, con riferimento al PNRR, di una programmazione legislativa condivisa tra Parlamento e Governo che eviti per il futuro di avvicinarsi alle scadenze previste dal PNRR con un numero significativo di provvedimenti legislativi ancora da approvare, il che rende inevitabile, come nel caso in esame, il ricorso a decreti-legge di ampie dimensioni, con possibile pregiudizio di un'adeguata istruttoria legislativa». Detto auspicio sembrerebbe essere stato recepito dal Governo che, nella prima relazione sull'attuazione del PNRR, presentata al Comitato il 23 dicembre 2021, ha assunto l'impegno di «assicurare il dialogo con il Parlamento per definire, nell'ambito della programmazione dei lavori delle Camere, una organica trattazione delle misure normative da adottare che assicuri il rispetto delle prossime scadenze previste evitando il più possibile il ricorso alla decretazione d'urgenza».

⁷¹ Il quarto turno, presieduto dall'On. Ceccanti, ha avuto inizio il 6 gennaio 2021 ed è terminato il 5 novembre 2021. I lavori del Comitato in questo periodo sono analiticamente documentati nel relativo *Rapporto sull'attività svolta dal Comitato per la legislazione*, pubblicato il 15 febbraio 2022 e reperibile sul sito istituzionale della Camera dei deputati.

quell'esigenza di limitare *ab origine* oggetto e finalità del decreto-legge, già indicata da Corte costituzionale e Capo dello Stato.

In molti pareri del Comitato viene, infatti, stigmatizzata in modo specifico «la difficoltà di individuazione di una *ratio* unitaria di intervento del provvedimento»⁷², e, facendo eco alla Corte, si raccomanda al Governo di evitare «la commistione e la sovrapposizione, nello stesso atto normativo, di oggetti e finalità eterogenei»⁷³.

A fronte di questo sforzo di razionalizzazione dei processi di normazione in via d'urgenza⁷⁴, si deve tuttavia prendere atto dei dati certamente non incoraggianti circa il tasso di recepimento di siffatti pareri e raccomandazioni⁷⁵ da parte del Governo (e della maggioranza).

Da questo punto di vista, i numeri confermano – quanto meno – lo stato di patologica eterodirezione nella quale, non da oggi, versano le Camere con riguardo, non solo alla conversione dei decreti-legge, ma più in generale alla complessiva programmazione delle attività legislative; il che, a ben vedere, mette sotto tutt'altra luce le possibili esternalità negative connesse agli altri rimedi più sopra indicati, vale a dire un sindacato più stretto – a determinate condizioni e con certi criteri – della Corte sui presupposti di straordinaria necessità e urgenza ovvero l'ampliamento delle ipotesi legittimanti il rifiuto di emanare un decreto-legge da parte del Presidente della Repubblica.

⁷² Così *Rapporto sull'attività svolta dal Comitato*, cit., 16-17, *passim*.

⁷³ Così *Rapporto sull'attività svolta dal Comitato*, ult. loc. cit., dove si richiama il parere del Comitato sul decreto-legge n. 41 del 2021, cd. “ristori 1”, del 12 maggio 2021. Sempre nel citato parere, si sottolinea inoltre come il Comitato abbia in più occasioni sottolineato anche le più recenti perplessità espresse dalla Corte, nell'ambito della [sentenza n. 247 del 2019](#), in ordine ai decreti-legge teleologicamente orientati solo sotto il profilo finanziario: una *ratio* unitaria di questo tipo – identificabile solo nella “materia finanziaria”, di per sé “concettualmente anodina” – risulta eccessivamente ampia, cioè capace di riempirsi «dei contenuti definitivi più vari [...], dal momento che ogni intervento normativo può, in sé, generare profili che interagiscono anche con aspetti di natura “finanziaria”». In quel caso, la Corte aveva infatti ritenuto che «il riferimento a tale materia, come identità di *ratio*, risulta in concreto non pertinente a fronte di una disposizione i cui effetti finanziari sono indiretti rispetto all'oggetto principale che essa disciplina», aggiungendo inoltre che «– ove così non fosse – le possibilità di “innesto” in sede di conversione dei decreti-legge di norme “intruse” rispetto al contenuto ed alla *ratio* complessiva del provvedimento di urgenza risulterebbero, nei fatti, privata di criteri e quindi anche di scrutinabilità costituzionale». Tale ultima osservazione sembra, dunque, confermare la correlazione, osservata nel presente lavoro (v. *supra* § 4), tra l'ampiezza delle finalità del decreto-legge e la misura della sua scrutinabilità ai sensi dell'art. 77 Cost.

⁷⁴ A riguardo dei quali, e in particolare delle più recenti disfunzioni, cfr., senza alcuna pretesa di completezza, le ricostruzioni offerte da A. VERNATA, *Governo e parlamento nella produzione normativa. evoluzioni o consolidamento di una nuova costituzione materiale?* in *Rivista AIC*, fasc. n. 3/2020, 55 ss.; C. DOMENICALI, *La decadenza dei decreti-legge nella prassi. Dalla provvisorietà dell'atto alla transitorietà delle norme*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2021, 1298 e ss.

⁷⁵ Sul punto cfr. *Rapporto sull'attività svolta dal Comitato*, cit., 13, ove si legge che il dato complessivo di recepimento dei pareri del Comitato è pari al 32,1% delle condizioni e al 24,6% delle osservazioni (chiaramente «sul tasso di recepimento influisce peraltro la circostanza che dei 45 pareri espressi 13 sono stati espressi in “ultima lettura”, cioè in seconda lettura su testi che non hanno conosciuto un'ulteriore lettura al Senato; calcolato al netto di questi il tasso di recepimento sale al 39,13% per le condizioni e al 31,95% per le osservazioni»).

Lorenzo Sottile

**L'intervento manipolativo della Corte costituzionale nel quadro della
conformazione costituzionale del diritto di difesa nell'esecuzione penale
(riflessioni a margine della [sentenza n. 18 del 2022](#))***

ABSTRACT: *In the judgment no. 18/2022 the Constitutional Court deals with the legitimacy of the article 41 bis, para. 2 quater, e) of the penitentiary law that does not exclude from censorship the correspondence between prisoners under the special regime and their lawyers. Resorting to the arguments developed by the previous judgment no. 143/2013 the Court based his decision on the right of defense, that overcomes in the balance against the demands of public order and security. By references to the European Court of Human Rights judgments and to the soft-law instruments, the Court declares unconstitutional the contested provision, after ruling out the possibility of a constitutionally oriented interpretation.*

SOMMARIO: 1. Una prima lettura della sentenza. – 2. La (mancata) ricostruzione della topografia del conflitto. – 3. Dall'iniziale posizione di debolezza del diritto di difesa alla sua piena affermazione nella giurisprudenza costituzionale. Le radici della [sentenza n. 18 del 2022](#). – 4. Considerazioni finali a partire dalla tecnica decisoria.

1. *Una prima lettura della sentenza.*

La Corte costituzionale, con la [sentenza n. 18 del 2022](#), ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 41-bis, comma 2-quater, lett. e), della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Ordinamento penitenziario), nella parte in cui non escludeva dalla sottoposizione a visto di censura la corrispondenza intrattenuta con i difensori.

La pronuncia della Corte si iscrive nell'opera di costruzione e massima espansione del significato costituzionale del diritto di difesa, enunciato all'art. 24 della Costituzione, rivolgendo l'attenzione alla fase dell'esecuzione penale. La formulazione granitica di tale diritto, già connotata da un «marcato tasso di genericità»¹, tende, difatti, ad assumere contorni ancor più sfumati in relazione alla condizione di restrizione in carcere, sino a veder affievolita la sua forza valoriale con riferimento ai soggetti destinatari del regime di detenzione *ex art. 41-bis ord. penit.*

La necessità di affermare la prevalenza delle esigenze difensive sulle istanze di sicurezza ha indotto i giudici costituzionali ad operare alcune scelte di campo: innanzitutto, un'attenzione “totale” dedicata ai profili dell'art. 24 della Costituzione e alla precedente giurisprudenza sia propria, sia della Corte europea dei diritti dell'uomo, ha determinato l'assorbimento delle ulteriori censure². In secondo luogo, l'impiego della tecnica decisoria, nel caso di specie una sentenza di accoglimento di tipo additivo, ha reso manifesta la volontà di privilegiare la certezza “orizzontale” del diritto rispetto ad uno sforzo di interpretazione conforme alla Costituzione³.

Muovendo dal caso del trattenimento, per la supposta ambiguità del suo contenuto, di un telegramma indirizzato da un detenuto in regime di massima sicurezza al proprio difensore di fiducia,



¹ Così, V. MANES – V. NAPOLEONI, *Incostituzionali le restrizioni ai colloqui difensivi dei detenuti in regime di “carcere duro”*: nuovi tracciati della Corte in tema di bilanciamento dei diritti fondamentali, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), n. 4/2013, 337.

² Il riferimento va agli artt. 3, 15, 111 e 117, comma 1, della Costituzione.

³ Tale finalità è stata riconosciuta da F. MANNELLA, *La Corte costituzionale torna sulla garanzia del diritto di difesa dei detenuti in regime di cui all'art. 41 bis nelle comunicazioni con il proprio difensore. Commento alla sentenza Corte cost. n. 18 del 2022*, in [Osservatorio costituzionale](#), n. 3/2022, 251. L'A. ha sottolineato come gli effetti *erga omnes* della sentenza di accoglimento siano funzionali alla semplificazione e all'uniformità dell'attività interpretativa dei giudici e delle amministrazioni penitenziarie.

la Corte riflette sulla complessa cornice entro la quale sono andati ad inserirsi gli interventi legislativi in tema di limitazioni e forme di controllo sulla corrispondenza dei detenuti e degli internati.

Inizialmente, la Corte prova a mettere ordine attraverso una ricomposizione del quadro normativo⁴, ripercorrendo le vicende relative all'introduzione e alle novelle dell'art. 41-*bis* ord. penit., al fine di chiarire il rapporto che intercorre tra il comma 2-*quater*, lett. *e*), di tale disposizione e l'art. 18-*ter*, comma 2, ord. penit., che richiama espressamente l'art. 103, quinto comma, c.p.p. A differenza, infatti, di quanto disposto dalle due disposizioni da ultimo menzionate, un'evidente problematicità viene ravvisata nell'esclusione, da parte dell'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. *e*), ord. penit., del difensore dal novero dei soggetti per cui non è prevista la sottoposizione a visto di censura della corrispondenza⁵.

Persuasa dalla soluzione interpretativa offerta dall'ordinanza di rimessione⁶, la Corte configura la disposizione, della cui legittimità si discute, quale *lex specialis*⁷, riconoscendone la funzione derogatoria e recuperando, quindi, parzialmente l'*iter* argomentativo sviluppato nella [sentenza n. 143 del 2013](#), di cui la decisione in commento è stata definita «naturale “seguito”»⁸; ritiene, inoltre, che la misura concernente il controllo preventivo delle comunicazioni tra il detenuto in regime di 41-*bis* e il proprio difensore appaia «certamente eccessiva rispetto allo scopo perseguito»⁹. Pertanto, all'esito del bilanciamento – cui concorre anche l'opinione scritta presentata dall'associazione “Italiastatodidiritto” in qualità di *amicus curiae* –, è stata dichiarata l'incostituzionalità dell'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lettera *e*), ord. penit., per contrasto con l'art. 24 della Costituzione, così eliminandosi l'insostenibile presunzione assoluta di pericolosità relativa all'esercizio della professione forense.

2. La (mancata) ricostruzione della topografia del conflitto.

Prima di ripercorrere la giurisprudenza costituzionale e di Strasburgo in merito alla dimensione costituzionale del diritto alla difesa tecnica, pare opportuna una riflessione sulla genesi della «topografia del conflitto»¹⁰.

La Corte costituzionale procede, in via preliminare, ad una ricostruzione cronologica delle vicende legate alla presenza nel nostro ordinamento dell'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, ord. penit. e dell'art. 18-*ter*, ord. penit., per giungere, in conclusione, ad escludere la possibilità di un'interpretazione conforme alla Costituzione della norma censurata sulla base del suo dato letterale¹¹.

⁴ Appare tralasciato, tuttavia, il d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123, il cui art. 3, comma 1, lett. *a*) ha modificato l'art. 18-*ter*, comma 3, lett. *b*), ord. penit.

⁵ Solamente, infatti, i membri del Parlamento e le autorità europee e nazionali aventi competenza in materia di giustizia vengono esplicitamente sottratti alla restrizione.

⁶ Corte di cassazione, I sez. pen., ordinanza del 21 maggio 2021, iscritta al n. 96 del registro ordinanze 2021 e pubblicata nella *G.U.* n. 27, 1a s.s., del 2021.

⁷ Di segno contrario l'interpretazione di M. RUOTOLO, *Visto di censura della corrispondenza e diritto di difesa. Un esito nella sostanza condivisibile, raggiunto con una discutibile tecnica decisoria*, in [DIRITTO DI DIFESA](#), 4 marzo 2022, 5, che nel caso di specie non rileva l'esistenza di un'antinomia, bensì di una lacuna da colmare ricorrendo all'art. 18-*ter*, in linea con l'orientamento implicito maturato nella precedente giurisprudenza.

⁸ M. RUOTOLO, *Visto di censura della corrispondenza e diritto di difesa*, cit., 1.

⁹ Sul punto, v., *infra*, il paragrafo 3.

¹⁰ Con questa espressione si intende «la descrizione delle modalità con cui, nel caso specifico, la norma che tutela un determinato interesse incide nell'ambito di tutela dell'interesse concorrente»: R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1992, 62.

¹¹ Nella [sent. n. 253 del 2020](#) (punto 6, *Considerato in diritto*), la Corte costituzionale aveva affermato, sulla base di un orientamento consolidato, che «l'interpretazione adeguatrice [...] ha pur sempre un insuperabile limite nel dato letterale della disposizione». A titolo di esempio, si vedano, *ex plurimis*, le [sentenze nn. 174 del 2019](#), [82 del 2017](#), [36 del 2016](#).

Per comprendere, tuttavia, approfonditamente i profili di interazione reciproca, l'analisi che si propone è incentrata sulla *ratio* dell'introduzione delle predette disposizioni nel nostro sistema, le cui difficoltà derivano soprattutto dal differente principio ispiratore della normativa emergenziale.

Per quanto riguarda l'art. 18-*ter*, ord. penit., introdotto con la legge n. 95 del 2004, si tratta di un «delicato punto di equilibrio»¹² raggiunto dal legislatore, dopo le condanne inflitte all'Italia dalla Corte europea dei diritti dell'uomo per violazione dell'art. 8 CEDU¹³. Se, infatti, le ragioni di sicurezza o di ordine dell'istituto – accanto alle esigenze attinenti le indagini o investigative o di prevenzione dei reati – enunciate al primo comma dell'art. 18-*ter*, ord. penit., consentono di limitare la corrispondenza epistolare e telegrafica e la ricezione della stampa, di sottoporre la corrispondenza a visto di controllo e di verificare il contenuto delle buste che racchiudono la corrispondenza, senza lettura della medesima, queste stesse previsioni cedono, però, dinanzi alle esigenze difensive, come sottolineato dal disposto del secondo comma. Quest'ultimo, infatti, esclude le restrizioni menzionate quando la corrispondenza sia indirizzata ai soggetti indicati nell'art. 103, comma 5, c.p.p., tra i quali sono ricompresi i difensori¹⁴. È possibile, quindi, constatare una sorta di “allineamento” allo spirito che permea il Codice di procedura penale, diretto alla tutela delle garanzie dell'accusato a scapito dell'accertamento della colpevolezza al di fuori di ogni limite procedurale. Ciò è altresì testimoniato – per quanto qui interessa – dalla lettura del sesto comma dell'art. 103 c.p.p., ove si stabilisce il divieto di sequestro e controllo della corrispondenza tra imputato e difensore.

Presupposti differenti caratterizzano, invece, l'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, ord. penit. Come già preannunciato dalla “storia normativa” dell'art. 41-*bis*, comma 2, ord. penit.¹⁵ e da un modello penitenziario non più costituzionalmente orientato attestato dalle riforme degli anni Novanta¹⁶, anche gli interventi della prima decade degli anni Duemila si sono distinti per l'inasprimento del regime detentivo speciale.

Nel contesto di una rinnovata preferenza per l'impostazione custodialistica¹⁷, la legge n. 279 del 2002 ha introdotto il comma 2-*quater* nell'art. 41-*bis* ord. penit., prevedendo una serie di restrizioni – tra cui, alla lettera *e*), la sottoposizione a visto di censura della corrispondenza. Successivamente, con la modifica del comma 2-*quater* da parte della legge n. 94 del 2009, la stretta repressiva ha assunto tratti ancor più evidenti con l'annullamento del margine di discrezionalità che l'Amministrazione conservava nella scelta delle limitazioni e l'applicazione automatica e cumulativa delle stesse.

¹² Cfr. Corte cost., [sent. n. 20 del 2017](#) (punto 4, *Considerato in diritto*).

¹³ Tra le varie sentenze citate dalla Corte costituzionale nella [sentenza](#) che si annota, si ricordano i casi *Labita c. Italia* (2000), *Musumeci c. Italia* (2005) e *Stolder c. Italia* (2009).

¹⁴ Oltre agli investigatori privati autorizzati e incaricati in relazione al procedimento, ai consulenti tecnici e loro ausiliari.

¹⁵ Il regime detentivo speciale – introdotto dal d.l. 8 giugno 1992, n. 306 e convertito con modificazioni in legge 7 agosto 1992 n. 356 – era sorto come una misura di carattere eccezionale con un periodo di efficacia di tre anni dalla sua entrata in vigore, per fronteggiare il fenomeno della criminalità organizzata. Tale requisito venne, tuttavia, disatteso con una serie di proroghe legislative, sino alla stabilizzazione del regime con la legge n. 279 del 2002. Da L. PACE, *Libertà personale e pericolosità sociale: il regime degli articoli 4-bis e 41-bis dell'ordinamento penitenziario*, in M. Ruotolo – S. Talini (a cura di), *Dopo la riforma. I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, vol. II, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, 455-456.

¹⁶ In tal senso, C. FIORIO, *La stabilizzazione delle “carceri-fortezza”*: modifiche in tema di ordinamento penitenziario, in O. Mazza – F. Viganò (a cura di), *Il “pacchetto sicurezza” 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. In legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, Torino, Giappichelli, 2009, 396-397; B. GUAZZALOCA, *Differenziazione esecutiva e legislazione d'emergenza in materia penitenziaria*, in *Dei delitti e delle pene*, 3/1992, 124 e ss., ha sottolineato la totale disaffezione del legislatore nei confronti di una sanzione penale finalizzata alla risocializzazione dell'autore del reato, comprovata da una disciplina penitenziaria improntata alla massima severità.

¹⁷ A. DELLA BELLA, *Il carcere duro tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, Milano, Giuffrè, 2016, 111-112, ha evidenziato come il regime detentivo speciale avesse affiancato alla sua funzione propria di prevenzione dei contatti tra i detenuti e le associazioni criminali di appartenenza, una funzione impropria di repressione. Le prime applicazioni lasciavano «quasi pensare ad una “ritorsione dello Stato”, il quale, “attaccato brutalmente” aveva in quel momento la necessità di dimostrare la sua forza».

Il contrasto tra il finalismo rieducativo, consacrato nell'art. 27, comma 3, della Costituzione e la stessa *ratio* dell'istituto, volto a tutelare le esigenze di ordine e sicurezza, svelava, dunque, l'obiettivo di attenuazione della portata degli interventi giurisprudenziali più garantisti di rilettura dell'art. 41-*bis* ord. penit.¹⁸.

Su tali premesse, ben dovrebbe comprendersi la distanza che intercorre, nell'ambito dell'ordinamento penitenziario, tra la previsione dell'art. 18-*ter*, e quella dell'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. e), laddove le istanze securitarie sottese a quest'ultima disposizione palesano un attrito "insuperabile", che rende arduo ipotizzare non solo la sua pacifica convivenza con l'altra disposizione, ma fors'anche concepirne una piana sopravvivenza nell'ordinamento.

Al proposito, non sembra, del resto, fuori luogo rilevare come il difetto di coordinamento sia ricorrente nella legislazione emergenziale, connotata sovente da improvvisazione, carenza di preoccupazione sistematica e, nei casi più critici, recessione in termini di garanzie¹⁹. Non sorprende quindi che tali elementi si ritrovino nella lotta alla criminalità organizzata, quando espressione di un riformismo nevrotico e "a getto continuo"²⁰ e di un uso «demagogico e congiunturale del diritto penale»²¹.

Alla luce di questi spunti dovrebbe, dunque, essere riletta la ricostruzione del quadro normativo offerta dalla sentenza in commento²², specialmente allorché venga a delinearsi l'annoso problema interpretativo.

3. Dall'iniziale posizione di debolezza del diritto di difesa alla sua piena affermazione nella giurisprudenza costituzionale. Le radici della [sentenza n. 18 del 2022](#).

La previsione del visto di censura della corrispondenza *ex* art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. e), ord. penit., costituisce uno degli elementi della strategia di contrasto alla criminalità organizzata volta principalmente a recidere il legame tra i ristretti e l'organizzazione criminale di appartenenza²³.

Come già accennato, negli interventi emergenziali degli anni Settanta, da una visione della pena focalizzata sulla soggettività²⁴ sembrò emergere una decisa preferenza per il profilo afflittivo-retributivo della sanzione penale rispetto a quello risocializzante. L'irrigidimento del regime di detenzione speciale, con l'indiscriminata applicazione delle restrizioni contenute nell'art. 41-*bis*, comma 2-*quater* ord. penit., si pose, quindi, in linea con lo spirito che aveva forgiato il connubio tra l'art. 4-*bis*, comma 1, e l'art. 41-*bis*, commi 2 e seguenti, basato sul metodo della tipizzazione per titoli di reato²⁵ e sulla graduazione delle ipotesi di presunzione di pericolosità sociale.

Di qui anche la singolare traslazione di tale presunzione sul ruolo del difensore²⁶, operata dalla disposizione censurata, con un plateale *vulnus* al diritto di difesa.

¹⁸ Si vedano le [sentenze della Corte cost., nn. 349 del 1993, 410 del 1993, 351 del 1996, 376 del 1997](#).

¹⁹ Così, S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, II ed., Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2000, 53.

²⁰ G. FIANDACA, *Scarcerazioni per motivi di salute, lotta alla mafia e opinione pubblica*, in [Sistema Penale](#), 19 maggio 2020, 8.

²¹ L'espressione è stata ripresa da L. FERRAJOLI, *Il populismo penale nell'età dei populismi politici*, in [Questione Giustizia](#), n. 1/2019, 79.

²² V. Corte cost., [sent. n. 18 del 2022](#) (da punto 2 a punto 2.6, *Considerato in diritto*).

²³ Tuttavia, non bisogna sottovalutare gli obiettivi "collaterali", quali la pressione finalizzata ad ottenere un atteggiamento di collaborazione con la giustizia e l'impiego di mezzi di prevenzione generale nei confronti degli affiliati in libertà. Così, L. BRESCIANI, *Art. 2, comma 25, l. 15 luglio 2009, n. 94*, in AA. VV., *Commentario al "Pacchetto Sicurezza". L. 15 luglio 2009, n. 94*, Torino, Utet Giuridica, 2011, pp. 281 ss.

²⁴ M. PALMA, *Il diritto opaco*, in *Antigone. Quadrimestrale di critica del sistema penale e penitenziario*, Dossier *Emergenze e libertà*, anno I n. 1 del 2006, 18.

²⁵ Più volte enunciato dalla Corte costituzionale nella [sentenza n. 306 del 1993](#).

²⁶ Nell'opinione scritta proposta dall'associazione "Italiastatodidiritto", la presunzione assoluta di pericolosità dell'esercizio della funzione difensiva forense che caratterizza il visto di censura è stata definita «una manifestazione

Del resto, seppur considerato alla stregua degli altri diritti inviolabili, il diritto di difesa ha subito (e subisce) l'assenza di un sostrato ontologicamente esistente che prescinda dalla relativa disciplina normativa²⁷, facendogli assumere una posizione di "debolezza" nel bilanciamento con altre esigenze costituzionalmente rilevanti²⁸ e, nel tempo, una compressione in tutte le sue declinazioni²⁹, persino in quella a conferire con il proprio difensore.

Al fine di fornire un quadro dettagliato del contesto in cui si inserisce la [sentenza n. 18 del 2022](#), sono ora necessari alcuni cenni alla giurisprudenza costituzionale più risalente.

Inizialmente, l'atteggiamento della Corte costituzionale si era attestato su posizioni conservative: esemplarmente, la [decisione n. 26 del 1972](#) aveva privilegiato gli interessi rintracciabili nelle finalità della carcerazione preventiva, quali l'evenienza che l'inquisito o l'imputato potesse distorcere i fatti o inquinare le prove³⁰, avallando la previsione dell'art. 135 del previgente codice di procedura penale, da cui si deduceva, *a contrario*, l'impossibilità per l'imputato di conferire con il difensore prima dell'interrogatorio.

Soltanto grazie all'adozione del nuovo codice, e per merito degli avanzamenti, in termini garantistici, della giurisprudenza costituzionale e della Corte EDU, è stato possibile un cambio di rotta. In tale prospettiva, a partire dagli anni Ottanta³¹, la Corte costituzionale ha contribuito a dare sostanza alla qualificazione del diritto di difesa come "principio supremo" dell'ordinamento costituzionale³², affermando che lo stesso ricomprende, in quanto ad esso inerente, il diritto di conferire con il difensore³³.

Nell'ambito dell'esecuzione penale, un ruolo decisivo per una lettura costituzionalmente orientata del diritto di difesa è stato assolto dalla [sentenza n. 212 del 1997](#). Il silenzio del legislatore in merito ai colloqui difensivi del detenuto destinatario di una sentenza di condanna definitiva aveva, infatti, incoraggiato una prassi che aveva assimilato questi ultimi ai colloqui con persone diverse dai congiunti e dai conviventi, assoggettandoli all'autorizzazione discrezionale del direttore dell'istituto³⁴. La Corte costituzionale, tuttavia, intervenne con la decisione menzionata dichiarando l'illegittimità dell'art. 18 ord. penit., nella parte in cui non prevedeva esplicitamente che il detenuto condannato in via definitiva avesse il diritto di conferire con il difensore fin dall'inizio dell'esecuzione della pena. In tal modo, fu sottolineato come lo stato di detenzione non potesse comprimere o

distonica rispetto allo statuto delle garanzie costituzionali [...] che mortifica la solennità e valenza del giuramento forense».

²⁷ V. MANES – V. NAPOLEONI, *Incostituzionali*, cit., 337.

²⁸ La stessa Corte costituzionale ha manifestato a più riprese la necessità di operare un bilanciamento tra le facoltà difensive ed altre istanze di rilevanza costituzionale che con esse potrebbero confliggere. Sul punto, *ex plurimis*, [sentenze nn. 173 del 2009](#) e [297 del 2008](#).

²⁹ Come rilevato dalla Corte cost. nella [sentenza n. 175 del 1971](#), l'art. 24, secondo comma, della Costituzione, tutela l'interesse ad ottenere il riconoscimento della completa innocenza [...], ultimo e vero oggetto della difesa, rispetto al quale le altre pretese al giusto procedimento assumono funzione strumentale». M. SCAPARONE, *Il II comma dell'art. 24: Il diritto di difesa nel processo penale*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione. Art. 24-26*, Bologna, Zanichelli – Roma, Società Editrice del Foro Italiano, 1981, 83, attraverso una ricostruzione della giurisprudenza costituzionale degli anni Sessanta e Settanta, ha ricompreso tra tali pretese i vari aspetti del diritto al contraddittorio, quali il diritto dell'imputato ad essere informato dell'apertura di un procedimento penale a suo carico, dell'imputazione e delle eventuali richieste formulate dall'accusa, il diritto di preparare ed enunciare la propria tesi difensiva [...], nonché il diritto di farsi assistere o sostituire da un difensore.

³⁰ Cfr. Corte cost., [sent. n. 26 del 1972](#) (punto 2, *Considerato in diritto*).

³¹ Preme, tuttavia, sottolineare che già con le [sentenze nn. 29 del 1962](#) e [69 del 1970](#), la Corte costituzionale aveva iniziato a demolire gradualmente il codice di procedura penale del 1930 in merito alla necessità della presenza del difensore nelle varie fasi procedurali. Da A. POLICE, *Art. 24*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione. Vol. I, art. 1-54*, Torino, Utet Giuridica, 2006, 513.

³² Cfr. Corte cost., [sent. n. 18 del 1982](#).

³³ Cfr. Corte cost., [sent. n. 216 del 1996](#).

³⁴ F. DELLA CASA, *Il colloquio con il difensore in sede esecutiva: da "graziosa concessione" a "diritto"*, in *Diritto penale e processo*, 1998, n. 2/2018, 210, ha fortemente criticato sia l'atteggiamento rinunciatario del legislatore sia l'inadeguatezza dell'art. 35, primo comma, del regolamento d'esecuzione dell'ordinamento penitenziario.

condizionare siffatto diritto³⁵, svincolando i colloqui in questione sia dal provvedimento autorizzatorio dell'amministrazione, sia da limitazioni di frequenza e durata³⁶.

Ciononostante, rilevanti profili di criticità sono ugualmente emersi quando il difensore è stato interpretato come potenziale canale di comunicazione tra i detenuti sottoposti al regime speciale di detenzione e l'organizzazione criminale di appartenenza. In particolare, la legge n. 94 del 2009, oltre a prevedere la sottoposizione a visto di censura anche della corrispondenza indirizzata ai difensori, aveva aggiunto alla lettera *b*) dell'art. 41-*bis*, comma 2-*quater* ord. penit. un limite quantitativo dei colloqui difensivi, nella misura di un massimo di tre volte alla settimana. Prescindendo dalla «singolare articolazione logico-sintattica»³⁷ del precetto risultante dalla modifica – frutto di quell'approssimazione tipicamente “emergenziale” a cui si è accennato –, è possibile evidenziare, nel testo novellato, una significativa compressione delle esigenze difensive del detenuto non giustificata dall'accrescimento di tutela degli interessi legati all'ordine pubblico e alla sicurezza dei cittadini. Proprio su questa base la Corte costituzionale ha fondato il percorso argomentativo della [sentenza n. 143 del 2013](#), concentrandosi unicamente sul parametro dell'art. 24 della Costituzione. Partendo dalle considerazioni della particolare rilevanza delle esigenze difensive della persona *in vinculis*, specialmente dei detenuti al c.d. regime di “carcere duro”³⁸, è stato operato un bilanciamento che vede primeggiare il diritto di difesa, altrimenti sacrificato³⁹, effettuando «una valutazione in termini di ragionevolezza delle restrizioni»⁴⁰. Prima di giungere alla dichiarazione di incostituzionalità della norma attraverso una sentenza di tipo ablativo che ha “eliminato” le restrizioni quantitative, la Corte ha, inoltre, “vivificato” la sua argomentazione richiamando, nell'ottica dell'integrazione delle tutele, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo e, come subito meglio si dirà, atti di *soft law* in funzione di strumenti ermeneutici della Costituzione⁴¹.

La [sentenza del 2013](#) ha rappresentato il solco in cui si è incanalata la [sentenza n. 18 del 2022](#). La Consulta si è trovata nuovamente ad intervenire sull'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, ord. penit., per valutare la tenuta costituzionale della restrizione di cui alla lettera *e*). Qui la sottoposizione a visto di censura della corrispondenza con il difensore è stata ritenuta una misura ancor più gravosa rispetto a quella giudicata costituzionalmente illegittima in precedenza⁴². La relativa procedura, comportando, infatti, l'apertura, l'integrale lettura e l'eventuale trattenimento della missiva, con un notevole rallentamento o, addirittura, un impedimento nella comunicazione, è stata ritenuta dalla Corte come un vistoso ostacolo al diritto di difesa⁴³, non rispondente ai canoni di ragionevolezza e proporzionalità e potenzialmente in grado di vanificare l'effettività dell'assistenza tecnica garantita al detenuto.

Se, sempre entro le solide coordinate tracciate dalla [sentenza n. 143 del 2013](#), vengono rinnovati costanti rimandi alla giurisprudenza della Corte EDU⁴⁴ ed effettuato un bilanciamento che porta ad

³⁵ V. Corte cost., [sent. n. 212 del 1997](#) (punto 3, *Considerato in diritto*).

³⁶ V. MANES – V. NAPOLEONI, *Incostituzionali*, cit., 340.

³⁷ Cfr. Corte cost., [sent. n. 143 del 2013](#) (punto 4, *Considerato in diritto*).

³⁸ M. RUOTOLO, [Le irragionevoli restrizioni al diritto di difesa dei detenuti in regime di 41-bis](#), in questa [Rivista](#), [2013](#), (08.10.13), 2-3, concorda con la lettura dei giudici costituzionali, i quali hanno prospettato l'eventualità dell'insufficienza del limite quantitativo dei colloqui difensivi, in virtù del fatto che potrebbero sussistere una pluralità di procedimenti particolarmente complessi.

³⁹ La Corte ha difatti affermato, al punto 7 del *Considerato in diritto*, che «nel caso in esame [...] alla compressione – indiscutibile – del diritto di difesa indotta dalla norma censurata non corrisponde, *prima facie*, un paragonabile incremento della tutela del contrapposto interesse alla salvaguardia dell'ordine pubblico e della sicurezza dei cittadini».

⁴⁰ M. RUOTOLO, [Le irragionevoli restrizioni](#), cit., 4.

⁴¹ In tal senso, V. MANES – V. NAPOLEONI, *Incostituzionali*, cit., 347 e M. RUOTOLO, [Le irragionevoli restrizioni](#), cit., 5-6.

⁴² Corte cost., [sent. n. 18 del 2022](#) (punto 4.4.2, *Considerato in diritto*).

⁴³ Corte cost., [sent. n. 18 del 2022](#) (punto 4.3, *Considerato in diritto*). M. RUOTOLO, *Visto di censura della corrispondenza e diritto di difesa*, cit., 2, ha parlato di sacrificio forse persino “totale” del diritto di difesa.

⁴⁴ A titolo di esempio, si citano i casi *Schönenberger e Durmaz contro Svizzera* (1988), *Öcalan contro Turchia* (2005), *Ekinci e Akalin contro Turchia* (2007) e *Zagaria contro Italia* (2007).

esiti analoghi, occorre però anche sottolineare alcuni profili innovativi che conferiscono importanti meriti alla pronuncia in commento.

In primo luogo, la Corte espande il riferimento alle fonti internazionali di *soft law*: alla Raccomandazione R (2006)2 del Consiglio d'Europa sulle «Regole penitenziarie europee»⁴⁵, si affianca il rinvio alla Regola 61 delle “United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of prisoners”, laddove prevede che «ai detenuti siano fornite adeguate opportunità, tempo e mezzi per essere visitati, comunicare e consultarsi con il difensore di fiducia o d'ufficio, su ogni questione legale, senza ritardo, intercettazione o censura e in piena riservatezza, in conformità con la legge domestica applicabile. I colloqui dovranno avvenire senza il controllo audiovisivo da parte del personale penitenziario». Inoltre, si segnala il richiamo all'art. 8, paragrafo 2, lettera *d*), della Convenzione americana sui diritti umani, che sancisce il diritto dell'accusato di difendersi personalmente o di essere assistito da un difensore di sua scelta e di comunicare con lui liberamente e in privato.

In secondo luogo, oltre a stigmatizzare nuovamente la presunzione di collusione del difensore con il sodalizio criminale, eleva coloro che esercitano la professione forense a custodi dello stato di diritto. Attraverso il contatto continuo con i propri assistiti, i difensori vengono responsabilizzati nell'esercizio di una sorta di “monitoraggio” degli istituti di pena, anche se indiretto, mirato anche a prevenire qualsiasi forma di abuso.

Infine, particolare attenzione viene dedicata alla situazione dei detenuti meno abbienti, nei confronti dei quali il *vulnus* al diritto di difesa appare più evidente. A tal proposito, la sentenza rileva che, in caso di traduzione del detenuto in un istituto di pena distante dalla sede del difensore di fiducia, la comunicazione epistolare potrebbe costituire la modalità prevalente di comunicazione, il che genererebbe una disparità non solo rispetto ai detenuti “comuni”, ma anche rispetto a coloro che sono sottoposti al regime speciale di detenzione con maggiori disponibilità economiche.

4. Considerazioni finali a partire dalla tecnica decisoria.

Nel quadro descritto, l'importanza della [sentenza n. 18 del 2022](#) emerge sotto più di un profilo.

Si consideri, anzitutto, il ruolo della pronuncia nella graduale conformazione costituzionale del diritto di difesa. Dove la garanzia dell'inviolabilità di tale diritto è stata ripetutamente vanificata per assicurare l'effettività di interessi antagonisti, in particolar modo le istanze di ordine pubblico e sicurezza, ritenute prioritarie nell'ambito dell'esecuzione penale, la decisione ha invece il merito di invertire il paradigma dominante del “diritto alla sicurezza” muovendosi verso il modello della “sicurezza dei diritti”⁴⁶.

Ma se attraverso la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. *e*), ord. penit. si giunge ad un esito sperato e pacificamente accolto dalla dottrina, permangono, tuttavia, dubbi intorno alla tecnica decisoria impiegata. Si è sostenuto⁴⁷, infatti, che il tentativo di un'interpretazione conforme a Costituzione del giudice *a quo*, così come la motivazione della Corte, difettino di un certo sforzo, in controtendenza rispetto all'orientamento per cui la dichiarazione di illegittimità costituzionale dovrebbe rappresentare una *extrema ratio*⁴⁸. Nell'opinione di alcuni Autori, pertanto, sarebbe stato preferibile l'utilizzo di una pronuncia interpretativa di rigetto, mentre l'esperimento di una interpretazione conforme sarebbe stato reso possibile dall'opposizione –

⁴⁵ Citate, peraltro, solamente in altre quattro sentenze della Corte costituzionale.

⁴⁶ A. BARATTA, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, in S. Anastasia – M. Palma (a cura di), *La bilancia e la misura*, Milano, FrancoAngeli, 2001, 19 e ss. L'elaborazione teorica è stata poi ripresa da M. RUOTOLO, *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà. Dal "diritto alla sicurezza" alla "sicurezza dei diritti"*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012 e da G. PISTORIO, *La sicurezza giuridica. Profili attuali di un problema antico*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021.

⁴⁷ M. RUOTOLO, *Visto di censura della corrispondenza e diritto di difesa*, cit., 3 e ss.

⁴⁸ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, Il Mulino, 2008, 257.

tutt'altro che insuperabile – del dato letterale e del diritto vivente⁴⁹. In tal senso, ricorrendo al contenuto dell'art. 18-ter ord. penit. e all'art. 18.1 della circolare del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria n. 3676/6126, che vieta limitazioni e/o controlli sulla corrispondenza cd. “per giustizia”, i giudici costituzionali avrebbero potuto prediligere una tecnica decisoria alternativa.

Sebbene tale argomentazione possa essere condivisibile in punto di “stretta” giustizia costituzionale, si vuole qui proporre un ragionamento che valuti la tecnica decisoria della [sentenza n. 18 del 2022](#) attraverso una differente prospettiva. In primo luogo, è essenziale sottolineare la diversa conseguenza sul piano pratico e la rilevanza “psicologica”⁵⁰ dell'accoglimento della questione nella forma della pronuncia additiva. In presenza di un conflitto tra le istanze securitarie e un diritto fondamentale, quale il diritto di difesa, occorre interrogarsi se siano sufficienti le fatiche interpretative del giudice comune o dei giudici costituzionali, o sia necessaria la maggiore incisività di una dichiarazione d'incostituzionalità con valenza *erga omnes*. Si tratta, nella sostanza, di trovare il punto d'equilibrio tra una indispensabile operazione ermeneutica e la centralità del ruolo assegnato al Giudice delle Leggi nel nostro ordinamento⁵¹.

In merito, è doveroso richiamare i precedenti interventi della giurisprudenza costituzionale in riferimento all'art. 41-bis, ord. penit., che, sin dalla sua introduzione, è stato sottoposto più volte all'attenzione della Corte costituzionale, la quale, in un primo momento, aveva “reagito” con una serie di sentenze interpretative di rigetto⁵². Se, da un lato, ad esse si riconosce il pregio di aver reso la disciplina maggiormente conforme a Costituzione, dall'altro, deve rilevarsi come, in tal modo, sia stata garantita la sua sopravvivenza⁵³, prestando il fianco a quell'inasprimento del regime verificatosi poi con la legge n. 94 del 2009.

Queste riflessioni, congiuntamente all'analisi della *ratio* sottesa al regime di detenzione speciale e alla trattazione sulla complessa espansione delle garanzie relative al diritto di difesa, suggeriscono di dare incondizionata accoglienza all'intervento manipolativo della Corte costituzionale, sia pure con la riserva dettata dall'assenza di alcuni riferimenti che avrebbero potuto rafforzare il percorso argomentativo della Corte⁵⁴.

Innanzitutto, il diritto alla difesa tecnica non è stato inquadrato come presupposto per la tutela ed il ripristino degli altri diritti del detenuto, aspetto ricavabile dal combinato disposto degli articoli 2, 24 e 27, comma 3, della Costituzione, che avrebbe conferito maggior peso nell'operazione di bilanciamento. Infatti, i rallentamenti derivanti dalla sottoposizione a visto di censura della corrispondenza con il difensore si mostrano in grado di compromettere, in astratto, anche la salvaguardia di un ampio ventaglio di diritti, in altro modo difficilmente “giustiziabili”.

Qualche cenno in più avrebbe meritato, altresì, il diritto alla libertà e alla segretezza della corrispondenza. Le restrizioni previste per coloro che sono sottoposti al c.d. “carcere duro”, per le finalità di contrasto alla criminalità che perseguono, impongono un regime ancor più limitativo delle

⁴⁹ M. RUOTOLO, *L'interpretazione conforme a Costituzione torna a casa?* in questa *Rivista*, 2019/III, 591-595, ha dichiarato che «ove il giudice ritenga l'ostacolo “insuperabile”, ma la Corte lo valuti invece “superabile” [...], la soluzione ben potrà essere la sentenza interpretativa di rigetto», criticando la strategia “antistorica” che riconosce la prevalenza assoluta della “lettera” della disposizione.

⁵⁰ Espressioni mutate da F. MODUGNO, *Inammissibilità della quaestio legitimitatis per omessa interpretazione costituzionalmente conforme e bilanciamento in concreto di diverse esigenze costituzionali*, in *Giur. Cost.*, 2009, 2411.

⁵¹ In questi termini, S. TALINI, *Il tentativo del funambolo. Le presunzioni assolute di adeguatezza della custodia cautelare in carcere tra Corte costituzionale e giudici*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2013, 524.

⁵² Cfr. Corte cost., [sentenze nn. 349 e 410 del 1993](#), [351 del 1996](#) e [376 del 1997](#).

⁵³ Così, L. PACE, *Libertà personale*, cit., 457, e V. MANES – V. NAPOLEONI, *Incostituzionali*, cit., 341.

⁵⁴ Va valutata criticamente anche la menzione della circolare del DAP, come avvenuto in dottrina e nella stessa [sentenza n. 18 del 2022](#). Pur apprezzando la concretizzazione dei precetti costituzionali da parte di un atto dell'amministrazione penitenziaria, non può sottostimarsi il rischio di “futuri” rimandi ad atti eventualmente diretti a comprimere i diritti fondamentali a vantaggio di esigenze securitarie. Al contrario, il riferimento agli strumenti di *soft law* e ad altri contesti regionali di tutela dei diritti umani, aggiunge un *quid pluris* ad una motivazione che ricalca, quasi pedissequamente, quella contenuta nel “precedente naturale” della [sentenza n. 143 del 2013](#).

“ordinarie” condizioni di reclusione. Tra i rari momenti sottratti al controllo dell’amministrazione possono essere annoverate proprio le interazioni con il difensore; quindi, anche esulando dagli adempimenti legati alla consulenza tecnica, l’inviolabilità della corrispondenza con il difensore potrebbe rappresentare quel residuo di libertà «che è tanto più prezioso in quanto costituisce l’ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale»⁵⁵.

Tale “criterio” ha, del resto, ispirato anche le più recenti decisioni del Giudice delle Leggi che hanno tentato di dare un volto costituzionale all’art. 41-*bis*, comma 2-*quater* ord. penit.: le sentenze di accoglimento [n. 186 del 2018](#) e [n. 97 del 2020](#), relative rispettivamente al divieto di cuocere cibi e al divieto di scambio di oggetti tra detenuti appartenenti al medesimo gruppo di socialità, recuperano la dimensione risocializzante dei gesti di normalità quotidiana con l’obiettivo di eliminare i tratti esclusivamente afflittivi che connotano la disposizione emergenziale. Questo stesso scopo coincide senz’altro con quello che ha animato la [sentenza n. 18 del 2022](#), nonostante sia assente qualsiasi richiamo alle pronunce appena citate.

In quest’ottica è possibile, dunque, apprezzare l’azione manipolativa operata dalla Corte costituzionale, diretta all’affermazione dei diritti fondamentali in assenza di un radicale intervento del legislatore, la cui inerzia si protrae da un arco di tempo alquanto prolungato.

⁵⁵ Cfr. Corte cost., [sent. n. 349 del 1993](#) (punto 4.2, *Considerato in diritto*).

Giorgia Nicolò

Riflessioni sul principio di proporzionalità nella vita della sanzione penale*

Abstract: *Judgment no. 63 of 2022, by means of which the judges of the Italian Constitutional Court declared the illegality of the aggravating circumstance referred to in art. 12 co. 3 letr. d) first part of Legislative Decree 286 of 1998, judging it in contrast with the principles of equality and proportionality, offers the opportunity to reflect, in a broader sense, on the principle of proportionality of the sentence. The examination, which is based on the relationship between punishment and proportionality, makes us question the possibility of recognizing the principle of proportionality even in the executive phase, leading us to the conclusion that this principle permeates the entire life of the criminal sanction.*

Sommario: 1. Introduzione – 2. Il principio di proporzionalità e le geometrie possibili – 3. La proporzionalità e la vita della pena – 3.1. Proporzionalità e preclusioni: variabilità del *quantum* di afflizione, pur nella invarianza formale della pena? – 3.2 Proporzionalità ed esecuzione – 4. Cenni conclusivi.

1. Introduzione.

La [sentenza n. 63 del 2022](#)¹ – con la quale la Corte costituzionale si è pronunciata sul dubbio di legittimità avente a oggetto l'art. 12, comma 3, lett. d), d.lgs. n. 286 del 1998, nella parte in cui prevede, quali circostanze aggravanti speciali del favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, l'utilizzo di servizi internazionali di trasporto ovvero documenti contraffatti o alterati o comunque illegalmente ottenuti – offre l'occasione per riflettere, in senso più ampio, sul principio di proporzionalità della sanzione penale.

Segnatamente, il Tribunale rimettente si trovava a giudicare la responsabilità penale di un'imputata di origini congolese, alla quale veniva contestato il reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina ex art. 12, comma 1, t.u. dell'immigrazione, aggravato ai sensi del comma 3 lett. d) del medesimo articolo, in concorso con il delitto di possesso di documenti di identificazione falsi, aggravato ex art. 61, comma 2 c.p., poiché l'imputata, presentatasi alla frontiera di Bologna in arrivo con volo proveniente da Casablanca, esibiva un passaporto poi rivelatosi essere falso e accompagnava due infraquattordicenni per le quali mostrava passaporti anch'essi falsi.

Il rimettente, nel circoscrivere i più ampi dubbi di costituzionalità manifestati dalla difesa, sollevava questione di legittimità delle aggravanti in questione, denunciandone la violazione del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost. e di quello di proporzionalità derivante dal congiunto operare degli artt. 3 e 27, comma 3, Cost. Dette ipotesi, qualificate come circostanze aggravanti a effetto speciale², comportano un considerevole innalzamento di pena rispetto all'ipotesi base di cui al comma 1 – punita con la pena detentiva da uno a cinque anni –, quintuplicandola nel minimo e triplicandola nel massimo. Si perviene, dunque, a una forbice edittale che va da cinque a quindici anni di reclusione, ai quali si aggiunge un'ingente pena pecuniaria.

A detta dell'autorità rimettente, se l'aumento di pena risulta giustificato per quelle fattispecie di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare «caratterizzate da scopo di lucro», come disposto dalla fattispecie aggravante di cui al comma 3-ter, lo stesso non può ritenersi in merito all'ipotesi *de qua*, esente da finalità economiche. Più precisamente, al terzo comma il legislatore ha disciplinato diverse ipotesi aggravate, aventi natura plurioffensiva e caratterizzate dalla sottoposizione dello straniero a



¹ [Corte cost., sent. n. 63 del 2022](#).

² Cass., Sez. Un., 21 giugno 2018, pm in c. Mizanur, in *CED Cass.*, n. 273937, con commento di F. Basile, *Favoreggiamento aggravato dell'immigrazione illegale: circostanza aggravante o reato autonomo? Una partita ancora aperta*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, n. 4, 484 ss.

pericoli per la propria vita e per l'integrità fisica, a trattamenti inumani e degradanti, o connotate dall'uso di esplosivi o armi. La parificazione sanzionatoria tra l'ipotesi di cui alla lett. d) seconda parte, attuata «secondo un mezzo di per sé lecito – l'impiego di un vettore di trasporto – oppure attraverso un'ulteriore condotta delittuosa – reati di falso – (...)», e le aggravanti dianzi indicate, contraddistinte da un comportamento violento e intrinsecamente pericoloso, tanto per l'ordine pubblico e per la sicurezza dei confini, quanto per l'incolumità dei soggetti trasportati, appariva – ad avviso del giudice *a quo* – del tutto irragionevole posto che si assisterebbe a un'ingiustificata parificazione sanzionatoria di agiti contraddistinti da diverso disvalore penale³.

In conformità a quanto riportato, il tribunale di Bologna, nel ritenere violati i principi di eguaglianza-ragionevolezza e quello di proporzionalità, auspicava la rimozione della fattispecie aggravata di cui al menzionato comma 3, tenuto conto che la condotta contestata all'imputata sarebbe ricondotta alla fattispecie base di cui al comma 1 e la falsità di documenti al reato di cui all'art. 497-*bis* c.p.

I giudici di Palazzo della Consulta hanno chiarito che gli aumenti di pena di cui alle ipotesi aggravate *ex* comma 3, 3-*bis*, 3-*ter* dell'art. 12 sono ricollegabili al carattere plurioffensivo delle fattispecie in questione, «il cui fronte di tutela trascende di gran lunga quello dell'ordinata gestione dei flussi migratori»⁴. Quanto riportato risulterebbe particolarmente evidente in relazione alle fattispecie aggravate di cui alla lett. a) del comma 3-*bis* e alle lett. b) e c) del comma 3 integrate da una condotta atta a reclutare persone da destinare alla prostituzione ovvero allo sfruttamento sessuale o lavorativo, a esporre a pericolo la vita della persona trasportata o la sua incolumità e a porre in essere atteggiamenti inumani e degradanti⁵. Le considerazioni svolte per le ipotesi aggravate di cui sopra non potrebbero, invece, essere estese a quelle oggetto della censura in esame⁶.

In ossequio a quanto dianzi indicato, la Corte, con una pronuncia ablativa, espressione di un intervento di chirurgia costituzionale, ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 12, comma 3, lett. d) d.lgs.

³ Ord. di rimessione iscritta al n. 92 del registro ordinanze 2021, in cui si legge che «la condotta consistente nel far viaggiare lo straniero nascosto nella cella frigorifera di un camion o (...) accompagnarlo attraverso impervi sentieri di montagna, in entrambi i casi con il rischio per la vita o l'incolumità del migrante, viene punita allo stesso modo di chi invece faccia viaggiare lo straniero con un volo di linea o limitandosi a procurargli un passaporto o un visto falso».

⁴ La Corte costituzionale, a seguito di un ampio inquadramento delle modifiche legislative che hanno riguardato l'art. 12 t.u. immigrazione, ha precisato che l'intera gamma di ipotesi delittuose riconducibili al menzionato articolo è posta a tutela di un bene strumentale, l'ordinata gestione dei flussi migratori, attraverso la cui salvaguardia il legislatore perviene alla tutela di beni giuridici finali, quali gli equilibri del mercato del lavoro, le risorse del sistema di sicurezza sociale, l'ordine e la sicurezza pubblica, ovvero interessi tutelati dalla fattispecie di cui al primo comma del menzionato articolo. Si veda [Corte cost., sent. n. 142 del 2017](#), in cui si legge che le disposizioni di cui ai commi 3 e 3-*ter* art. 12 t.u. immigrazione «sono volte anzitutto, anche se non esclusivamente, a tutelare le persone trasportate, che spesso versano in uno stato di bisogno anche estremo».

⁵ Una condotta plurioffensiva sarebbe ravvisabile anche ai sensi delle lett. a), d) prima parte ed e) del comma 3, poiché esse – evocando l'ingresso nel territorio di cinque o più persone, l'ipotesi in cui il fatto sia commesso da tre o più soggetti e la disponibilità di armi e materie esplosive – sono contraddistinte dal coinvolgimento di organizzazioni criminali attive nel traffico internazionale di migranti.

⁶ In merito all'utilizzo di servizi internazionali di trasporto non risulterebbe ravvisabile alcun *surplus* di disvalore rispetto alla generalità di fatti riconducibili alla fattispecie base: una tale modalità di commissione non offenderebbe alcun bene giuridico ulteriore rispetto a quello dell'ordinata gestione dei flussi migratori – tutelato dal comma 1 dell'art. 12 –, né rappresenterebbe una modalità di condotta particolarmente insidiosa, tale da creare problemi di accertamento alla polizia di frontiera. Quanto all'uso di documenti contraffatti, l'aggravante *de qua* conferirebbe al comportamento una connotazione offensiva ulteriore dal momento che, rispetto all'ipotesi base, mina la fede pubblica; tuttavia, l'entità dello scarto «tra la pena prevista per la fattispecie base e quella ora all'esame», sostiene il giudice delle leggi, «sfugge a ogni plausibile giustificazione». Salve eccezioni, infatti, i reati di falso risultano sanzionati con pene detentive che, nel minimo, non superano un anno di reclusione. A ciò si aggiunga che il giudice delle leggi, intendendo corroborare quanto dianzi espresso, ha elaborato considerazioni ancorate sugli autori delle condotte incriminate e sui soggetti immigrati coinvolti. Si veda, [Corte cost., sent. n. 63 del 2022](#), *Considerato in diritto* n. 4.4.1, in cui la Corte respinge l'argomentazione dell'Avvocatura dello Stato vertente sulla ritenuta sottrazione dei vettori internazionali a penetranti controlli, asserendo, per converso, la sistematica sottoposizione a controlli da parte di chi si avvale di servizi internazionali di trasporto.

286 del 1998, limitatamente alle parole «o utilizzando servizi internazionali di trasporto ovvero documenti contraffatti o alterati o comunque illegalmente ottenuti», giudicandolo in contrasto con i principi di eguaglianza e proporzionalità.

Poiché è stato (anche) il principio di proporzionalità a orientare il giudice delle leggi nel percorso logico-argomentativo approdato alla declaratoria in discorso, il prosieguo dell'analisi si soffermerà sul tale principio, al fine di sondarne il rapporto con l'intera "vita" della sanzione penale, dalla "nascita" per mano del legislatore (comminatoria edittale) all'esecuzione della stessa, passando attraverso la fase di commisurazione ed irrogazione *ope iudicis*.

2. Il principio di proporzionalità e le geometrie possibili.

La disamina condotta della Corte, che si impenna sulla lamentata violazione degli artt. 3 e 27, comma 3, Cost., si articola secondo uno schema prevalentemente relazionale (proporzionalità c.d. ordinale⁷), pronunciandosi, i giudici di Palazzo della Consulta, sulla censurata violazione del principio di eguaglianza inteso nel senso di un controllo sulla legittimità della differenziazione, o parificazione trattamentale tra fattispecie poste a confronto, non potendosi rinvenire il medesimo disvalore nella condotta *de qua* rispetto a quello sotteso alle altre ipotesi disciplinate alle lettere a), b), c) d) prima parte ed e) del comma 3⁸. La Corte, individuato l'interesse alla ordinata gestione dei flussi migratori quale comune denominatore delle fattispecie di cui all'art. 12 t.u. immigrazione, svolge uno stringente confronto fra le circostanze aggravanti di cui al menzionato articolo, non ravvisando nell'utilizzo di vettori internazionali uno scenario di traffico organizzato di migranti. Parimenti, in merito all'utilizzo di documenti contraffatti, viene rilevata una distonia rispetto alla risposta punitiva associata ai reati contro la fede pubblica⁹. Detta impostazione è ravvisabile sin dall'ordinanza di rimessione: la violazione del principio di eguaglianza e la conseguente lesione del principio di proporzionalità sono prevalentemente ancorate, da un lato, all'indebita – a detta dell'autorità rimettente – differenziazione sanzionatoria rispetto a chi si sia reso autore di un'ipotesi base di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina *ex* comma 1 dell'art. 12 t.u. immigrazione; dall'altro lato, alla parificazione alla previsione punitiva prevista per le ipotesi aggravate di cui al comma 3 del medesimo articolo, connotate da differente disvalore penale. In questo senso, sembra opportuno ritenere che le fattispecie assunte a *tertium comparationis*, più che un mero espediente

⁷ F. Viganò, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Giappichelli, 2021, 162 ss. in cui si legge che la proporzionalità ordinale, o relativa, deriva dal principio di eguaglianza e mira ad esprimere – attraverso la misura della pena – «il disvalore relativo di ciascun reato agli occhi dell'ordinamento». I suoi corollari sono: l'esigenza che a reati di disvalore comparabile corrispondano pene di severità comparabile (*parity*); l'esigenza che a reati più gravi seguano pene più severe, e viceversa (*rank-ordering*); l'esigenza che, nel caso in cui un reato sia significativamente più grave di un altro, anche la sua pena risulti significativamente più severa, e viceversa (*spacing of penalties*). In merito ai limiti della proporzionalità *de qua* si veda 164 ss.

⁸ Cfr. F. Palazzo, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Costituzione, diritto e processo penale. I quarant'anni della Corte costituzionale*, a cura di G. Giostra-G. Insolera, Giuffrè, 1998, 41 ss. Sul principio di eguaglianza, e sul suo contenuto tendenzialmente relazionale, cfr. almeno A. Cerri, *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Giuffrè, 1976, *passim*; L. Paladin, *Corte costituzionale e principio generale d'eguaglianza: aprile 1979-dicembre 1983*, in *1956 – 2006 Cinquant'anni di Corte costituzionale*, Tomo II, Corte costituzionale, 1103 ss. Sul principio di ragionevolezza, che si traduce in un giudizio "irrelato" di ragionevolezza intrinseca, si vedano, tra gli altri, G. Scaccia, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, 2000, 27 ss.; A. Morrone, *Il "custode" della ragionevolezza*, Giuffrè, 2001, 131 ss.

⁹ S. Zirulia, *La Corte costituzionale sul favoreggiamento dell'immigrazione irregolare: illegittima l'aggravante che parifica il trattamento sanzionatorio dei trafficanti a quello di coloro che prestano aiuto per finalità altruistiche*, in *Sistema Penale*, 23 marzo 2022.

argomentativo dotato di carattere ancillare, atto a rinvenire un più solido sedime su cui fondare la decisione, fungano da presupposto logico della pronuncia in commento¹⁰.

La lesione del principio di proporzionalità, sebbene consenta di ravvisare un latente sindacato condotto in termini assoluti sull'entità del minimo sanzionatorio, risulta più propriamente ancorata a una logica comparativa, fondata su un approccio di tipo relazionale. Per detta ragione, nonostante l'evocazione della [sentenza n. 236 del 2016](#)¹¹, tanto da parte dell'autorità rimettente, quanto della Corte stessa, la decisione in esame non condivide il medesimo assetto ravvisabile nella [sentenza del 2016](#), nella quale i giudici di Palazzo della Consulta, nel pronunciarsi sul reato di alterazione di stato mediante false dichiarazioni di cui all'art. 567, comma 2, c.p., valorizzavano il principio di proporzionalità avulso da rigidi schemi comparativi (proporzionalità cardinale¹²).

La questione di legittimità orbitava attorno al *quantum* sanzionatorio comminato dal legislatore per il reato di alterazione di stato mediante false certificazioni, false attestazioni e altra falsità, fissato nella cornice edittale da cinque a quindici anni di reclusione. La previsione punitiva, ritenuta eccessivamente orientata verso l'alto, avrebbe integrato, quindi, una lesione dei principi di ragionevolezza, di colpevolezza e del finalismo rieducativo della pena. Segnatamente, la cornice edittale sarebbe risultata eccedente nel minimo e sproporzionata qualora la si fosse raffrontata con le forbici punitive previste dal Libro II Titolo XI, Capo III, recanti fatti della medesima indole ancorché, a detta dell'autorità rimettente, caratterizzati da un più spiccato allarme sociale. È d'uopo precisare che la Corte motivava la decisione alla luce della ritenuta sproporzione della cornice edittale in relazione al disvalore della condotta posta in essere; laddove l'entità del minimo sanzionatorio non avrebbe consentito di adeguare la pena al fatto concreto e ai profili di allarme sociale conseguenti alla condotta degli imputati. Ancorché si fosse orientato verso il minimo edittale, il giudice avrebbe irrogato pene eccessive e dunque non proporzionate alla condotta illecita integrata, non essendogli consentito di adeguare il trattamento alle circostanze concrete del fatto, ed essendogli precluso – pur in presenza di circostanze attenuanti – di pervenire alla determinazione di una pena suscettibile di essere condizionalmente sospesa¹³.

Non tutti gli argomenti spesi dal rimettente al fine di sostenere la lamentata sperequazione venivano tuttavia accolti. Il giudice delle leggi prendeva le distanze dalla motivazione vertente sul progresso scientifico, inteso quale espressione dell'agevolezza con cui, in epoca coeva, si rende

¹⁰ G. Dodaro, *Uguaglianza e diritto penale*, Giuffrè, 2012, 109 ss.

¹¹ [Corte cost., sent. n. 236 del 2016](#) con commento di V. Manes, *Proporzione senza geometrie*, in *Giur. cost.*, 2016, 2105 ss., in cui l'A. chiarisce come la pronuncia *de qua* abbia aperto uno scenario che interpella le problematiche dell'offensività (*i.e.* rango del bene tutelato, gerarchizzazione costituzionale, offesa e gradazione, sanzione minacciata in astratto e in concreto) come «necessario puntello di ogni giudizio di (s)proporzione in ordine al *quantum* sanzionatorio, secondo un percorso ermeneutico che – in definitiva – non era certo escluso neppure nel modello triadico della ragionevolezza/uguaglianza», ma che, ora, deve concretizzarsi «sulla griglia dei principi costituzionali e sovranazionali». Cfr. M. Donini, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), archivio 4/2013, 4.

¹² F. Viganò, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, cit., 167 ss., in cui l'A. riferisce che la proporzionalità cardinale, ovvero assoluta o “non-comparativa”, mira a «consentire una valutazione dell'appropriatezza della pena prevista per un reato, a prescindere dalla sua relazione con le pene previste per altri reati nel medesimo ordinamento». Cfr., fra gli altri, M. Donini, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1162 ss.

¹³ F. Viganò, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), archivio 2/2017, 61, in cui l'A. precisa che l'autorità rimettente ha motivato la sproporzione del *quantum* sanzionatorio di cui all'art. 567 c.p. alla luce di una duplice considerazione: «da un lato, lo specifico disvalore della condotta – offensiva del diritto del soggetto a una corretta e veridica attribuzione della propria discendenza – sarebbe oggi in larga misura ridimensionata dai progressi scientifici, che consentono ormai di accertare agevolmente la paternità e maternità di un individuo attraverso indagini sul suo patrimonio genetico; e, dall'altro, che in molti dei casi rientranti nella fattispecie astratta, la condotta sarebbe ‘commessa nell'interesse del neonato (magari privo di un padre o che il genitore naturale non vuole riconoscere), al quale l'agente intende attribuire, comunque, dei legami familiari’, con conseguente ridotto disvalore della condotta – ispirata comunque a finalità altruistiche – sotto il profilo soggettivo».

possibile l'accertamento della paternità e maternità naturale: infatti, «la vittima dell'eventuale reato di alterazione di stato potrebbe non nutrire mai quel dubbio sulle proprie origini che, solo, potrebbe indurla a ricorrere, in concreto, ad indagini genetiche»¹⁴. La fondatezza della questione si basa, piuttosto, sulla sproporzione della cornice edittale rispetto alla gravità della condotta: lo iato tra l'elevatezza della pena irrogata dal giudice in concreto e il disvalore penale del fatto sarebbe reso particolarmente evidente qualora l'obiettivo dell'agente, sebbene perseguito mediante la commissione del reato di falso, fosse quello di «attribuire un legame familiare al neonato, che altrimenti ne resterebbe privo».

La fattispecie di alterazione di stato mediante sostituzione di neonato di cui al comma 1 dell'art. 567 c.p. ha assunto rilevanza unicamente in una seconda fase, allo scopo di corroborare la tesi dell'eccessività della cornice sanzionatoria e nell'intenzione di ravvisare precisi riferimenti normativi idonei a eliminare, o ridurre, la manifesta irragionevolezza rilevata. Come autorevolmente sostenuto¹⁵, si assiste dunque alla valorizzazione della proporzionalità *ex se*, avulsa da rigidi schemi comparativi, associando al *tertium* una funzione c.d. *ad adiuvandum*¹⁶. In questo senso, l'esame può ritenersi diadico posto che gli elementi del binomio sono interni e la rilevanza del *medium* viene recuperata allo scopo di rinvenire il *quantum* sanzionatorio sostitutivo¹⁷. La valutazione di ragionevolezza intrinseca, disancorata dai più rigidi schemi comparativi, non sembra dunque elidere la necessaria individuazione di «soluzioni già sussistenti», atte ad arginare l'irragionevolezza lamentata. Benché la fattispecie elevata a elemento di comparazione non sia identica a quella oggetto della pronuncia, essa è intesa come «unica soluzione praticabile», essendo volta a tutelare il medesimo bene giuridico, ossia la veridicità dello stato di filiazione. Del resto, al fine di rintracciare la cornice edittale da sostituire a quella giudicata incostituzionale, non si richiede la sostanziale identità tra le fattispecie, ritenendo sufficiente la non - totale - disomogeneità tra le stesse¹⁸.

¹⁴ Cfr. E. Dolcini, *Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena: la Corte costituzionale ridetermina la pena per l'alterazione di stato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1956 ss.

¹⁵ V. Manes, *Proporzione senza geometrie*, cit., 2105 ss.

¹⁶ Sulla tesi in ossequio alla quale la pronuncia *de qua*, pur valorizzando la proporzionalità, non lo ha fatto fino in fondo, si vedano F. Viganò, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, cit., 66 ss.; V. Manes, *Principio di proporzionalità. Scelte del legislatore e sindacato di legittimità*, in *Il libro dell'anno del diritto*, Treccani, 2013, 104 ss.

¹⁷ E. Addante, *Il principio di proporzionalità sanzionatoria in materia penale*, Pisa University press, 2020, 70 ss. Cfr. anche E. Dolcini, *Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa: la Corte costituzionale ridetermina la pena per l'alterazione di stato*, cit., 1964 ss.

¹⁸ V. Manes, *Proporzione senza geometrie*, cit., 2110. Sulla considerazione secondo cui il *tertium* svolge una funzione irrinunciabile nel giudizio sulla dosimetria sanzionatoria, si veda F. Viganò, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, cit., 66. Secondo l'A., la Corte potrebbe limitarsi a dichiarare l'illegittimità della disposizione, lasciando che sia il legislatore ad intervenire per introdurre un quadro sanzionatorio da sostituire a quello giudicato incostituzionale. In alternativa, il giudice delle leggi si potrebbe limitare a travolgere i minimi edittali, qualora ciò non determini una eccessiva dilatazione della forbice edittale con conseguente violazione del principio di legalità di cui all'art. 25 co. 2 Cost. In argomento si veda A. Pugiotto, *Dottrina del diritto vivente e ridefinizione delle sentenze additive*, in *Giur. cost.*, 1992, 3678 ss. Si considerino le riflessioni dottrinali favorevoli alla razionalizzazione di un test di proporzionalità, come già sperimentato da altre Corti costituzionali (al riguardo V. Manes, *Principio di proporzionalità. Scelte del legislatore e sindacato di legittimità*, cit., 104 ss.). Del resto, in settori diversi rispetto a quello *stricto sensu* penale, il principio di proporzionalità ha conosciuto interessanti sviluppi; in tal senso si veda [Corte cost., sent. n. 1 del 2014](#), n. 3.1 del *Considerato in diritto*, in materia elettorale. In relazione alle fasi in cui il test si articola cfr. M. Cartabia, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Così CARTABIA M., *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, intervento alla Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma, Palazzo della Consulta 24-26 ottobre 2013 disponibile sul [sito](#) della Corte costituzionale.: l'A. osserva come, nella giurisprudenza costituzionale italiana – in cui il principio di proporzionalità risulta di frequente richiamato congiuntamente con il principio di ragionevolezza, o come sinonimo dello stesso ([Corte cost., sent. n. 220 del 1995](#)) –, non ricorrano le singole fasi del “test” di proporzionalità. Ad essere estranee all'esperienza italiana sarebbero «l'elaborazione e la sistematizzazione di una sequenza di standard di giudizio disposti in progressione, paragonabile alle quattro fasi del giudizio sulla proporzionalità».

Il richiamo alla nota pronuncia in materia di alterazione di stato, lungi dal vertere sulla valorizzazione del giudizio intrinseco di proporzionalità, risulta, invece, circoscritto a due passaggi della decisione del 2016: l'uno atto a denunciare l'irragionevolezza di previsioni punitive di eccessiva severità in risposta a condotte finanche poste a vantaggio degli stessi soggetti tutelati dalla disposizione incriminatrice; l'altro, articolato secondo un assetto comparativo – ancorché interno alla fattispecie – basato sull'irragionevole iato sanzionatorio tra il primo e il secondo comma dell'art. 567 c.p. In merito al primo, sebbene i giudici di Palazzo della Consulta non abbiano espressamente asserito la meritevolezza della condotta atta a favorire l'ingresso illegale nel territorio dello Stato, tanto la fattispecie di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina mediante l'uso di mezzi di trasporto internazionale e di documenti contraffatti, quanto quella di alterazione di stato mediante documenti falsi, possono – eventualmente – essere poste a vantaggio, rispettivamente, del migrante, valorizzandone la componente altruistica e il beneficio apportato, e del neonato al quale, pur commettendo un reato, viene attribuito un legame familiare. Quanto al secondo passaggio, è d'uopo osservare come la somiglianza in questione appaia più formale che sostanziale posto che, nella [sentenza n. 236 del 2016](#) il richiamo al *tertium comparationis* è da intendersi nel senso di individuare un riferimento idoneo a eliminare (o ridurre) l'irragionevolezza lamentata, allo scopo di «fornire 'rime obbligate' e declinare così lo strumento di 'ortopedia giuridica' secondo 'grandezze rinvenibili nell'ordinamento'»¹⁹, senza le quali si correrebbe il rischio di travolgere, nel merito, una scelta politica²⁰. Per converso, la [pronuncia del 2022](#), nella quale il rigido schema comparativo costituisce il nucleo delle argomentazioni svolte dal rimettente e, di poi, riprese dai giudici di Palazzo della Consulta, non sembra essersi emancipata dai più tradizionali schemi triadici, non svolgendo il *tertium* un ruolo meramente indiziante, ma fungendo da imprescindibile elemento costitutivo del giudizio sulla dosimetria sanzionatoria.

3. La proporzionalità e la vita della pena.

La decisione in esame si colloca lungo un filone già inaugurato dalla giurisprudenza costituzionale che, procedendo alla valorizzazione dei principi di eguaglianza-ragionevolezza, proporzionalità e della finalizzazione rieducativa, consente al giudice delle leggi di intervenire sulle scelte del legislatore in materia di dosimetria sanzionatoria, qualora la discrezionalità di cui quest'ultimo dispone ecceda i limiti della ragionevolezza. Nel caso in cui la sanzione penale non fosse modulata secondo le caratteristiche del fatto concreto e in ossequio alla colpevolezza del reo, essa potrebbe risultare sproporzionata, posto che «il principio di proporzionalità esige un'articolazione legale del sistema sanzionatorio tale da rendere possibile l'adeguamento della pena alle effettive responsabilità personali, svolgendo una funzione di giustizia, e anche di tutela delle posizioni individuali e di limite della potestà punitiva statale, in armonia con il 'volto costituzionale' del sistema penale»²¹. La previsione di risposte sanzionatorie non congrue all'offensività della condotta tenuta ha delle ricadute che, lungi dal rimanere circoscritte al principio di proporzionalità, coinvolgono quello della finalità rieducativa della pena di cui all'art. 27, comma 3, Cost., ostacolandone non solo la positiva riuscita,

¹⁹ V. Manes, *Proporzione senza geometrie*, cit., 2110.

²⁰ In merito all'erosione del dogma delle "rime obbligate" si vedano, fra gli altri, M. Ruotolo, *Oltre le rime obbligate?* in [federalismi.it](#), 27 gennaio 2021, 54 ss.; A. Morrone, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, giugno 2019, 251 ss. Si veda altresì, [Corte cost., sent. n. 40 del 2019](#).

²¹ [Corte cost., sent. n. 50 del 1980](#).

ma compromettendo, *ab limine*, la corretta intrapresa di un percorso volto a perseguire il fine ultimo cui la pena tende²².

Com'è noto, il fine rieducativo, contraddistingue la sanzione penale nelle diverse fasi in cui essa si dipana: infatti, «la finalità rieducativa coinvolge la pena da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue»²³. I due principi, di proporzionalità e del finalismo rieducativo, sono tra loro strettamente interconnessi, posto che un irragionevole dislivello tra la gravità dell'offesa e la reazione punitiva condurrebbe alla compromissione del fine special-preventivo perseguito dallo Stato, considerato il rischio che il reo, consapevole dell'oggettiva eccessività della sanzione rispetto al fatto, possa sviluppare una indisposizione verso i propositi recuperativi, avvertiti come ingiusti ed espressivi di una strumentalizzazione atta a intimidire i consociati dal perpetrare condotte criminose. Il principio di proporzionalità della pena opera, dunque, in questa direzione, come limite alla potestà punitiva statale, richiedendo una risposta sanzionatoria adeguata all'offensività del fatto e alla colpevolezza del reo e, quindi, da questi percepibile come giusta reazione al fatto commesso, giacché, ove si ravvisasse una distonia tra offesa e pena, si farebbe strada, quasi inevitabilmente, la compromissione *ab initio* del percorso rieducativo²⁴. La considerazione in ossequio alla quale l'art. 3 Cost. esige la proporzionalità della pena costituisce una costante nella giurisprudenza costituzionale: se il perseguimento del fine rieducativo attraverso la sperimentazione della pena carceraria è di per sé controverso, detto obiettivo risulta compromesso, *ab imis*, al cospetto di una sanzione non proporzionata al disvalore del fatto. Del resto, «qualsiasi prospettiva di rieducazione [...] risulterebbe frustrata se il condannato avvertisse la pena che gli viene inflitta come un'incomprensibile vessazione»²⁵. A ciò consegue che una pena incongruente rispetto al disvalore del reato, seppur idonea, astrattamente, a perseguire finalità preventive statuali, pregiudica, quasi inevitabilmente, il percorso rieducativo.

3.1. Proporzionalità e preclusioni: variabilità del quantum di afflizione, pur nella invarianza formale della pena?

La [sentenza](#) citata in epigrafe, nel valorizzare i principi di proporzionalità e della finalità rieducativa, stimola alcune riflessioni ulteriori sulle ricadute della stringente interconnessione tra i principi *de quibus*, inducendo a chiedersi se una pena proporzionata, in ossequio all'idea di rieducazione, non sia quella che – a parità di sanzione – consente (o consente meglio) l'accesso alle misure alternative alla detenzione. La riflessione si orienta, dunque, verso il c.d. “doppio binario penitenziario”, il quale – come icasticamente sostenuto²⁶ – non può essere analizzato focalizzando l'attenzione alla sola dimensione statica, circoscritta al contesto dell'esecuzione penitenziaria, ma valorizzando i rapporti tra il regime ostativo e le tematiche afferenti «al tema del punire e del senso stesso della punizione». Si apre, dunque, un campo di problemi poco esplorato tanto a livello teorico,

²² Cfr. E. Dolcini, *Carcere, surrogati del carcere, diritti fondamentali. Ricordando Vittorio Grevi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 33 ss.

²³ [Corte cost., sent. n. 313 del 1990](#), con commento di G. Fiandaca, *Pena patteggiata e principio rieducativo: un arduo compromesso tra logica di parte e controllo giudiziale*, in *Foro it.*, 1990, pt. I, 2385 ss.; G. Lozzi, *La legittimità costituzionale del c.d. “patteggiamento”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 1600 ss.; E. Dolcini, *Razionalità nella commisurazione della pena: un obiettivo ancora attuale? Note a margine dell'art. 444 c.p.p.*, *ivi*, 797 ss.

²⁴ E. Addante, *Il principio di proporzionalità sanzionatoria in materia penale*, *cit.*, 71.

²⁵ Cfr., fra gli altri, E. Dolcini, *Quale futuro per la pena carceraria?* in [Sistema Penale](#), 25 novembre 2019, 32 ss.; Id., *La commisurazione della pena*, Cedam, 1979, 193 ss.; L. Tumminello, *Il volto del reo. L'individualizzazione della pena fra legalità e equità*, Giuffrè, 2011, 246 ss.

²⁶ F. Fiorentin, *Prefazione*, in *Regime ostativo ai benefici penitenziari. Evoluzione del “doppio binario” e prassi applicative*, Giuffrè, 2020, XI ss.

quanto a livello operativo, vertente sulla questione della variabilità del *quantum* di afflizione, pur nella invarianza formale della pena²⁷.

Si ipotizzi, a parità di sanzione edittale, che Tizio e Caio vengano condannati ad anni tre di reclusione – pena ritenuta proporzionata alla gravità della condotta integrata –, l'uno per il reato di rapina aggravata di cui all'art. 628, comma 3, c.p., l'altro per il reato di rapina propria di cui all'art. 628, comma 1 c.p. Nel primo caso, posto che la rapina aggravata è annoverata tra i reati della c.d. “seconda fascia” dell'art. 4-*bis* ord. penit., la concedibilità di benefici penitenziari e misure alternative alla detenzione è subordinata alla prova dell'assenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata, secondo un onere di allegazione di parte e regime probatorio positivo²⁸. La valutazione della concedibilità di benefici e misure alternative si articola in un unico procedimento, nel quale, dapprima, è valutata la sussistenza degli elementi di ammissibilità (*i.e.* acquisizione informative, relazioni trattamentali, *quantum* di pena) e, di poi, si procede all'esame dell'istanza²⁹. Nella seconda ipotesi, la concedibilità di benefici e misure alternative è unicamente subordinata alla valutazione, rimessa all'apprezzamento del tribunale di sorveglianza, della sussistenza dei requisiti oggettivi (pena da espiare in concreto) e soggettivi (inerenti all'autore del reato) richiesti al fine di poter fruire del beneficio e della misura oggetto dell'istanza. L'esempio riportato intende evidenziare come, pur al cospetto di due sanzioni legislativamente fissate per lo stesso ammontare, le diverse modalità di accesso alle misure alternative incidano sulla pena effettivamente espiata, la quale risulterà sostanzialmente diversa.

Del resto, con la [sentenza n. 32 del 2020](#)³⁰, la Corte, nel dichiarare illegittimo l'art. 1, comma 6, lett. b), della l. 3/2019 (c.d. Spazzacorrotti), in quanto interpretato nel senso che le modificazioni introdotte all'art. 4-*bis*, comma 1, ord. penit., si applichino ai condannati per reati contro la pubblica amministrazione commessi prima della entrata in vigore della legge suddetta, ha affermato la natura sostanziale delle norme relative all'accesso alle misure alternative, ritenendo che gli istituti penitenziari – tra i quali l'affidamento in prova al servizio sociale, la detenzione domiciliare, la semilibertà – capaci di incidere concretamente sulle quote di libertà dei condannati, non costituiscono una mera «modalità di esecuzione della pena detentiva», gravando sulla natura di quest'ultima, posto che «tra il dentro e il fuori dal carcere» vi è una differenza radicale: qualitativa, prima ancora che quantitativa, perché è profondamente diversa l'incidenza della pena sulla libertà personale.

Se il principio di proporzionalità potesse ritenersi autonomo da quello della finalità rieducativa della pena, non apparirebbe incontrovertibilmente sproporzionata la previsione di fattispecie ostative alle misure *extra moenia*, in presenza di condotte criminose gravi ed espressive di una rilevante capacità a delinquere del reo. In altre parole, i reati di cui alla prima fascia dell'art. 4-*bis*, ord. penit. – tra i quali quelli di associazione per delinquere di stampo mafioso, ovvero i delitti *ex artt.* 600, 600-*bis*, comma 1, 600-*ter*, commi 1 e 2, 601, 602 c.p. – rappresentano ipotesi delittuose connotate da

²⁷ D. Pulitanò, *Sulla pena. Fra teoria, principi e politica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 652.

²⁸ V. Manca, *Regime ostativo ai benefici penitenziari. Evoluzione del “doppio binario” e prassi applicative*, Giuffrè, 2020, 186, in cui l'A. precisa che, in merito all'oggetto di prova, «non è necessario che la sussistenza dei collegamenti derivi da uno stabile inserimento del condannato in un'associazione di tipo mafioso penalmente rilevante, essendo sufficiente, al contrario, anche un qualsivoglia rapporto o relazione con ambienti e persone appartenenti alla criminalità organizzata, anche se non condannate o imputate». Cfr. Cass., Sez. I, 17 settembre 2019, Caterino, in *CED Cass.*, n. 277792; Cass., I, 14 febbraio 2018, Cavò, *ivi*, n. 273940.

²⁹ La valutazione preliminare consiste nell'esame delle informative della questura e degli altri elementi idonei a ritenere fondata l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata. Su detti elementi la magistratura svolge un attento esame, particolarmente qualora ravvisi la sussistenza di elementi positivi per la concessione della misura.

³⁰ [Corte cost., sent. n. 32 del 2020](#), relativa all'estensione dell'art. 4-*bis*, ord. penit. ai reati contro la pubblica amministrazione per effetto della l. n. 3 del 2019 (c.d. Spazzacorrotti). Com'è noto, dall'inclusione nel novero dei reati ostativi di “prima fascia” discendono significative conseguenze in termini di possibilità e presupposti di accesso a benefici e misure alternative alla detenzione. L'inserimento dei reati contro la pubblica amministrazione tra quelli di cui alla *black list* dell'art. 4-*bis* ord. penit. ha generato conseguenze sul fronte intertemporale in ragione del regime del “*tempus regit actum*” in sede di esecuzione e della omessa previsione di una norma transitoria.

oggettiva gravità, per le quali non può automaticamente (e preventivamente) giudicarsi sproporzionata una pena che, stante la pericolosità della condotta integrata, espressiva di una rilevante capacità a delinquere del reo, ostacoli – o precluda – l’accesso a misure alternative alla pena detentiva. Tuttavia, il principio di proporzionalità deve essere inteso alla luce della stringente connessione con il finalismo rieducativo, costituendo la proporzionalità della pena uno dei presupposti necessari al perseguimento del fine cui la pena tende per espresso dettato costituzionale³¹.

Il processo rieducativo si orienta verso l’esterno, essendo espressione di un «impegno dello Stato verso il delinquente»³², e si traduce nell’offerta al condannato di un autonomo impegno di assunzione di responsabilità verso i valori sociali³³. La rieducazione rappresenta se non l’unica funzione della pena, la funzione primaria³⁴, posto che, come recentemente affermato dalla Corte costituzionale, essa non risulta sacrificabile «sull’altare di ogni altra, pur legittima, funzione della pena»³⁵. Quanto dianzi esposto vale per tutti gli stadi della dinamica punitiva. In quello della comminatoria legale, le finalità di prevenzione generale non potranno determinare la previsione di pene che, per natura e intensità, ostacolino il reinserimento sociale del condannato; in quello dell’irrogazione della sanzione, la scelta del giudice sarà orientata verso la pena che «per specie e/o entità, sia la più adeguata (o la meno inadeguata) a promuovere il reinserimento della persona nella società»³⁶; nello stadio esecutivo, poi, il progetto rieducativo dovrà trovare attuazione con modalità atte a valutare le modificazioni intervenute, prima e durante l’esecuzione, sulla personalità del reo³⁷.

L’interconnessione tra i principi di proporzionalità e della finalizzazione rieducativa della pena risulta particolarmente evidente considerato che il principio di cui all’art. 27, comma 3, Cost. ha contribuito a definire i tratti della proporzionalità, favorendo lo sviluppo di un concetto indipendente dal principio di uguaglianza-ragionevolezza di cui all’art. 3 Cost. A ciò si aggiunga che il perseguimento dell’obiettivo rieducativo non può prescindere dall’irrogazione di una pena proporzionata al fatto commesso e, parimenti, una pena proporzionata è quella che, valorizzando le la gravità del fatto e la colpevolezza del reo, favorisce lo scopo rieducativo. Una risposta sanzionatoria

³¹ D. Pulitanò, *Sulla pena. Fra teoria, principi e politica*, cit., 650, in cui l’A., nell’affermare che, sul rapporto fra delitti e pene, l’idea guida che attraversa fin dall’antichità la nostra società è quella della proporzione, sostiene che detto schema «si presta ad essere fondato e sviluppato in modi diversi: in chiave utilitaristica, come in Beccaria; nel nostro sistema costituzionale, in collegamento col principio d’eguaglianza-ragionevolezza, fondamentale principio di struttura dell’ordinamento giuridico». Ancorata al principio di eguaglianza-ragionevolezza, inteso quale «ideale regolativo di un diritto penale non arbitrario», la proporzione diviene «condizione minima di una coerenza intrasistemica e di coerenza con i principi “materiali” del sistema dei reati e delle pene». Fra i principi che concorrono a determinare il modello della legalità penalistica si evidenzia l’idea rieducativa, «il cui collegamento con il principio di proporzione è stato sottolineato dalla Corte nella [sentenza n. 313/1990](#)».

³² F. Palazzo-F. Viganò, *Diritto penale. Una conversazione*, il Mulino, 2018, 33 ss., in cui gli Autori si riferiscono alla funzione rieducativa della pena come a «quel solidarismo sociale nel quale pensiero marxista e socialista e pensiero cristiano cattolico si incontrano».

³³ F. Palazzo, *Presente, futuro e futuribile della pena carceraria*, in *La pena ancora: tra attualità e tradizione, Studi in onore di E. Dolcini*, a cura di C.E. Paliero-F. Viganò-F. Basile-G.L. Gatta, Giuffrè, 2018, 521 ss.

³⁴ Per tutti, E. Dolcini, *Pena e Costituzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 18.

³⁵ [Corte cost., sent. n. 149 del 2018](#), con commento di E. Dolcini, *Dalla Corte costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo (e di rieducazione)*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, archivio 18 luglio 2018, 8, 145 ss.; A. Pugiotto, *Il blocco di costituzionalità del sindacato della pena in fase esecutiva (nota all’inequivocabile sentenza 149/2018)*, in *Osservatorio costituzionale*, 19 novembre 2018. Cfr., altresì, M. Pelissero, *La crisi del sistema sanzionatorio e la dignità negata: il silenzio della politica, i compiti della dottrina*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 263.

³⁶ E. Dolcini, *Pena e costituzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 3 ss., in cui l’A. chiarisce come, sulla base di tale criterio finalistico, il giudice procederà alla commisurazione della pena, tra i due poli rappresentati dal minimo edittale e dalla pena proporzionata alla gravità del reato, da valutarsi entro i limiti segnati dalla colpevolezza individuale. Cfr. E. Dolcini-A. Della Bella, *Commento all’art. 133*, in *Commentario breve al Codice penale*, a cura di G. Forti-S. Seminara-G. Zuccalà, VI ed., Giuffrè, 2017, 588 ss.

³⁷ Cfr. [Corte cost. sent. n. 313 del 1990](#), in cui si legge che «se la finalità rieducativa venisse limitata alla fase esecutiva, rischierebbe grave compromissione ogniqualvolta specie e durata della sanzione non fossero state calibrate (né in sede normativa né in quella applicativa) alle necessità rieducative del soggetto».

sproporzionata non solo strumentalizza i diritti fondamentali dell'individuo allo scopo di perseguire fini retributivi, ma vanifica gli obiettivi rieducativi che fungono da garanzia della libertà personale in relazione allo stato detentivo³⁸. Qualora il fine rieducativo venisse valutato disgiuntamente rispetto all'applicazione di una pena proporzionata al fatto, si prospetterebbe il rischio di sottoporre il reo a programmi rieducativi *sine die*, particolarmente nel caso in cui il condannato manifesti una certa riottosità all'acquisizione delle regole della civile convivenza e alla partecipazione al percorso rieducativo.

Tornando all'esempio di cui sopra, può dunque sostenersi che, pur al cospetto di due pene detentive irrogate, parimenti, in anni tre di reclusione, le due sanzioni, stante il diseguale regime di accesso alle misure alternative alla detenzione, non potranno ritenersi ugualmente proporzionate, giusta la recente giurisprudenza costituzionale, in ossequio alla quale le misure alternative incidono sulla natura della pena, e l'ontologico contrasto tra la natura assoluta o semi-assoluta delle preclusioni e il necessario svolgimento di valutazioni individualizzate atte a favorire l'intrapresa di un percorso rieducativo.

3.2 Proporzionalità ed esecuzione.

Autorevole dottrina si è espressa nel senso che la pena inflitta dal giudice della cognizione deve essere «conforme al principio di proporzionalità», e che «il regime dell'esecuzione della pena medesima, comprensivo della possibilità di commutazione in misure alternative alla detenzione o alla liberazione condizionale, dovrà essere vagliato dalla magistratura di sorveglianza al diverso metro della sua compatibilità con il principio della finalità rieducativa»³⁹. Sembra opportuno svolgere alcune osservazioni circa l'esclusione del principio di proporzionalità dalla fase esecutiva, da intendersi quale momento dirimente della dinamica punitiva e, in assoluto, il più vicino al reo.

Qualora il processo termini con una condanna, gli esiti dovrebbero essere accompagnati verso l'esecuzione della pena che, fisiologicamente, non è rivolta (unicamente) al fatto, ma, prendendo le mosse dalla natura della condotta illecita integrata, «si orienta sulla persona e sul rapporto con la condanna»⁴⁰. L'esecuzione penale, lungi dal guardare – stigmatizzando – il passato processuale, accoglie – qualora non sussistano rigide preclusioni – gli esiti del processo allo scopo di provvedere al progressivo recupero del condannato. In questo senso, la fase esecutiva dovrebbe fungere da evoluzione dell'accertamento del processo nel contesto di un sistema di giustizia unitario, il quale consente di valorizzare, in senso proprio, il concetto di “certezza” della pena⁴¹. Come puntualmente sostenuto⁴², ad un accertamento “certo”, secondo una logica processuale, corrisponde una pena certa nell'*an*, non nel *quomodo*. Il modo di esecuzione della pena si parametrizza sulla persona condannata, e sull'adesione al percorso rieducativo atto a favorirne il reinserimento sociale: solo in questo modo la certezza investirà, in modo progressivo, gli esiti di risocializzazione, cui la sanzione penale aspira, e di contenimento dell'eventuale rischio di recidiva.

Del resto, con la [sentenza 32 del 2020](#), la Corte costituzionale ha provveduto alla bonifica da rigidi formalismi e da concezioni illiberali di un settore, quello esecutivo, tradizionalmente inteso quale

³⁸ Cfr. [Corte cost., sent. n. 343 del 1999](#).

³⁹ F. Viganò, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, cit., 195 ss.

⁴⁰ V. Manca, *Regime ostativo ai benefici penitenziari. Evoluzione del “doppio binario” e prassi applicative*, cit., 234.

⁴¹ Cfr. G. Riccardi, *Giudicato penale e “incostituzionalità della pena”*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), archivio, 26 gennaio 2015, 13, in cui si legge che «se il giudicato sull'accertamento è, e resta, intangibile, non consentendo rivalutazioni del fatto, ed essendo posto a garanzia del reo, il giudicato sulla pena è permeabile a eventuali modifiche del trattamento sanzionatorio, purché in *bonam partem*, esprimendo un interesse collettivo (alla certezza dei rapporti giuridici esauriti) suscettibile di bilanciamento con altri (sovente più rilevanti) principi costituzionali e convenzionali (libertà personale, legalità della pena, finalità rieducativa, principio di uguaglianza), che, nella loro dimensione individuale, sono prevalenti rispetto alla dimensione collettiva sottesa all'esigenza di certezza dei rapporti giuridici».

⁴² G. Riccardi, *Giudicato penale e “incostituzionalità della pena*, cit., 13 ss.

“*ius exceptum*”. La neutralità dell’ordinamento penitenziario sui diritti individuali è da tempo posta in dubbio focalizzando l’attenzione sull’impossibilità di scindere «la sanzione criminale dal suo effettivo ‘contenuto esecutivo’»⁴³, e, dunque, in ragione dell’incidenza sulla libertà personale. La [sentenza del 2020](#), nell’affermare la natura sostanziale delle norme relative all’accesso alle misure alternative, se da un lato ha posto in risalto la dimensione, in un certo senso, dinamica del regime “ostativo”, dall’altro lato, ha consentito alla fase esecutiva di assurgere a momento principe della punibilità: infatti, gli istituti penitenziari che incidono sulla libertà dei condannati determinano una modificazione quantitativa, ovvero qualitativa, della natura della pena, sicché dovrebbero essere assistiti dalle garanzie proprie del diritto penale sostanziale.

Stando così le cose, non sembra opportuno guardare al momento esecutivo come a una fase separata, impermeabile alla proporzionalità della pena, teatro del solo finalismo rieducativo, da intendersi quale principio non intimamente interconnesso con quello rieducativo. Risulta parimenti opinabile pensare alla proporzionalità come a un principio inidoneo a penetrare l’intera vita della pena, privilegiando l’idea di una proporzionalità pervasiva, capace di coinvolgere le varie fasi in cui la pena si dipana: dalla comminatoria astratta riservata alla discrezionalità del legislatore, alla determinazione del *quantum* sanzionatorio adeguato al caso concreto da parte del giudice di cognizione, sino alla fase esecutiva di competenza del tribunale di sorveglianza.

Chiaro è che ogni riflessione sulla proporzionalità sarebbe evanescente se non desse atto dell’incidenza del processo penale sul trattamento sanzionatorio, di cui prospetta un governo a fini processuali, con ricadute sostanziali considerevoli⁴⁴. Si pensi al fatto che le speranze di sfoltimento del carico processuale sono affidate – prevalentemente – ai riti speciali, i quali risultano assistiti da uno specifico incentivo in termini di riduzione del *quantum* sanzionatorio, considerato che l’attenuazione della risposta punitiva che essi determinano influisce sul carico punitivo e, nel caso del patteggiamento e del decreto penale di condanna, sul trattamento *lato sensu* inteso⁴⁵. La sanzione così determinata altera il rapporto di proporzione tra reato e pena, incidendo sugli istituti di diritto sostanziale ispirati alla prevenzione speciale. La commisurazione della pena viene dunque differenziata secondo criteri che «non hanno a che fare né con la gravità del fatto, né con la colpevolezza dell’autore», nel senso che la riduzione di pena per la scelta del rito – o per la mera accettazione di esso – può giudicarsi estranea ai criteri sia della proporzione retributiva, sia della prevenzione speciale⁴⁶. La pena è il risultato della valutazione discrezionale e motivata del giudice *ex art* 132 c.p., sia in ossequio ai parametri di cui all’art. 133 c.p., sia a quelli «prescritti dal codice di rito in occasione dei giudizi speciali»⁴⁷. In questo senso, come autorevolmente sostenuto, il processo garantisce l’effettività di sé stesso, finanche a scapito di esigenze proprie del diritto penale, autolegittimandosi come strumento di controllo sociale che trova in sé la propria giustificazione,

⁴³ F. Bricola, *Legalità e crisi: l’art. 25, commi 2 e 3, della Costituzione rivisitato alla fine degli anni ’70*, in *Scritti di diritto penale*, Vol. I, Giuffrè, 1997, 1273 ss. Cfr. F. Palazzo, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Cedam, 1979, 232 ss.

⁴⁴ T. Padovani, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria editale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 436; F. Ruggieri, *Processo e sistema sanzionatorio: alla ricerca di una nuova relazione*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, archivio 4/2017, 89 ss.; A. Di Martino, *La sequenza infranta*, Giuffrè, 1998, *passim*.

⁴⁵ In materia di patteggiamento e, particolarmente, sugli effetti tipici dello stesso si vedano, per tutti, F. Peroni, *La sentenza di patteggiamento*, Cedam, 1999, 85 ss.; G. Lozzi, *Lezioni di procedura penale*, XII ed., Giappichelli, 2018, 491 ss. In materia di giudizio abbreviato si veda, *ex multis*, F. Zacchè, *Il giudizio abbreviato*, Giuffrè, 2004, particolarmente, 41 ss.

⁴⁶ Secondo D. Pulitanò, *Tempi del processo e diritto penale sostanziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 509, «la scelta (o accettazione) d’un rito semplificato non ha, di per sé, alcun significato per la valutazione della personalità dell’imputato e dell’eventuale ‘bisogno di pena’. Potrebbe caso mai essere legata ad altri elementi che abbiano un tale significato (per es. un’eventuale ammissione di responsabilità); ma il rilievo di tali elementi sarebbe del tutto indipendente dalla scelta del rito, e valutabile nei limiti della ‘normale’ commisurazione della pena».

⁴⁷ F. Ruggieri, *Processo e sistema sanzionatorio: alla ricerca di una nuova relazione*, cit., 89 ss.

trasformandosi da servo muto del diritto penale sostanziale, a poco a poco, divenendo sempre più loquace, a “socio paritario” prima, a “socio tiranno” poi⁴⁸. Il bilanciamento tra il bene protetto dalla norma incriminatrice e il disvalore del fatto «si estende sino a considerare l’incognita processuale»; per talune categorie di reati, il legislatore processuale, che si affianca a quello sostanziale, riduce la risposta sanzionatoria a fatti offensivi in funzione di diminuire i costi del processo⁴⁹. La nota immagine del processo come pena consente di sostenere che alla rinuncia alle garanzie del rito ordinario «corrisponde una diminuzione della pena detentiva o pecuniaria che verrà quindi irrogata in una misura diversa da quella che sarebbe stata irrogata senza la diminuzione del rito»⁵⁰.

Ne discende che l’attuale disciplina della pena – specie detentiva – è il risultato di un *iter* che dalla norma penale attraversa la commisurazione giudiziale, sino alle successive fasi di esecuzione⁵¹ e che non può prescindere dalla considerazione dell’incidenza del rito⁵².

Ciò premesso, la pena così determinata, intesa quale risultato di logiche sostanziali (sensibili alla proporzionalità) e meramente processuali (rispondenti ad altri criteri), è sottoposta alla valutazione individualizzata rimessa all’apprezzamento del magistrato di sorveglianza e cucita sul destinatario del comando punitivo dello Stato. Detto giudizio costituisce un esame attualizzato, posto che il giudice è chiamato a pronunciarsi a seguito della valutazione del materiale istruttorio fornito da enti eterogenei (Uffici di esecuzione della pena esterna, forze dell’ordine, servizi per le dipendenze, relazioni carcerarie). In questo senso, sembrano potersi ravvisare gli estremi di una proporzionalità da intendersi in senso c.d. dinamico, che, nel contraddistinguere l’esistenza della sanzione penale, muta fisionomia e intensità al variare delle fasi in cui è chiamata ad agire.

Ci si interroga, dunque, sulla natura della proporzionalità c.d. esecutiva, allo scopo di verificarne l’identità, o la diversità ontologica rispetto alla proporzionalità di cui alla fase della concreta irrogazione. Prendendo le mosse dalla valutazione, rimessa alla competenza dal giudice della cognizione, relativa alla determinazione di una pena proporzionata al fatto concreto e, individuando nella sanzione penale – ovvero nella tipologia e severità della stessa –, il primo elemento del rapporto di proporzionalità, sembra opportuno muovere dalla natura del secondo termine della relazione. Qualora quest’ultimo venisse identificato con la “finalità della pena”, il giudizio di proporzionalità sarebbe proiettato verso il futuro, secondo la logica del “*punitur ne peccetur*”, atta a tutelare i beni giuridici, in conformità ai meccanismi di prevenzione generale-prevenzione speciale. Nel caso in cui la pena non proporzionata venisse ancorata non alle finalità perseguite dalla stessa, ma alla gravità della condotta posta in essere, la valutazione sarebbe orientata verso il passato, divenendo la sanzione una reazione al male commesso, secondo la logica del “*punitur quia peccatum est*”. In ossequio a questa considerazione, una risposta sanzionatoria può giudicarsi sperequata qualora, stante la natura e la severità, risulti “ingiusta”, ancorché eventualmente idonea al perseguimento di una funzione preventiva.

Sono individuabili evidenti ragioni per avallare un concetto retrospettivo di proporzionalità, anche considerato che detta valutazione è la sola in grado di riservare al principio *de quo* una funzione di

⁴⁸ T. Padovani, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, cit., 437.

⁴⁹ Cfr. T. Padovani, *Fuga dal carcere e ritorno alla sanzione. La questione delle pene sostitutive tra efficacia della sanzione ed efficienza dei meccanismi processuali*, in *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Giuffrè, 2002, 74, secondo cui il processo è divenuto merce di scambio per i profili sanzionatori, considerato che «per contrastare il fenomeno [della tirannia del tempo che rende discrezionale ciò che si ostina a definire obbligatorio], ci si è aperti al mercato: la brevità del processo è divenuta ragione di scambio con la riduzione del carico sanzionatorio».

⁵⁰ F. Carnelutti, *Lezioni sul processo penale*, Edizioni dell’Ateneo, 1949, 48; cfr. F. Ruggieri, *Processo e sistema sanzionatorio: alla ricerca di una nuova relazione*, cit., 96.

⁵¹ Cfr. A. Di Martino, *La sequenza infranta*, cit., *passim*.

⁵² Cfr. T. Padovani, *Fuga dal carcere*, cit., 73.

contenimento della potestà punitiva statale⁵³. La pena è l'infrazione di una sofferenza "per" un fatto commesso nel passato, «attribuito alla responsabilità di chi lo ha commesso, e, pertanto, a lui rimproverabile», dunque, la valutazione sarà proiettata verso il passato, essendo adeguata alla commissione di uno specifico fatto di reato, inteso quale "ragione d'essere" della sanzione penale.

Diversamente, l'apprezzamento del magistrato di sorveglianza, pur prendendo l'abbrivio dalla gravità della condotta integrata, è orientato verso il futuro, orbitando la valutazione attorno alla personalità del condannato, alla possibile adesione di questo alla cultura della legalità e ai programmi rieducativi offertigli, ponendo necessariamente in subordine la gravità del fatto e valorizzando, *inter cetera*, la resipiscenza manifestata e l'eventuale disponibilità a svolgere attività riparativa. Si immagini la pena detentiva inflitta a un soggetto che, considerati i progressi nel percorso rieducativo e l'integrazione dei requisiti oggettivi richiesti al fine di beneficiare di una misura alternativa alla detenzione, non necessiti più di un trattamento in carcere. La valutazione individualizzata, sensibile alla condotta del reo e atta a verificare la sussistenza dei presupposti oggettivi e soggettivi necessari per poter beneficiare di misure alternative alla detenzione, incide, dunque, sulla natura della pena e sul modo in cui la stessa è percepita⁵⁴, garantendone la proporzionalità, in stretta connessione con il fine rieducativo, particolarmente nel momento esecutivo.

La riforma Cartabia sembra rendere elastici non solo i confini tra le valutazioni rimesse, rispettivamente, alla competenza del giudice del merito e a quello di sorveglianza, ma pare attenuare la diversità ontologica tra i principi di proporzionalità che investono i due momenti essenziali in cui si articola la dinamica punitiva. Ai sensi dell'art. 17 della legge n. 134 del 2022, il legislatore, nel delegare il governo alla elaborazione di decreti legislativi, si concentra sulla modifica dell'attuale regolazione delle sanzioni sostitutive di pene detentive brevi, modificandone il catalogo. Segnatamente, prevede la sostituzione della semidetenzione e della libertà controllata con la semilibertà, la detenzione domiciliare e il lavoro di pubblica utilità, mantenendo solo la pena pecuniaria, pur interessata da rilevanti novità⁵⁵. Si premette che la riforma, nell'integrare la piramide delle sanzioni sostitutive con le misure dianzi indicate (semilibertà, detenzione domiciliare, lavoro di pubblica utilità), sembra lasciare intendere che esse, pur divenendo "nuove" sanzioni sostitutive per il giudice della cognizione, conservino la natura di misure alternative alla detenzione. La modifica *in fieri*, nel riconoscere al giudice della cognizione la facoltà di disporre delle nuove sanzioni sostitutive e di rimettere alla sua competenza l'applicazione di misure tradizionalmente riservate all'apprezzamento della magistratura di sorveglianza, induce, da un lato, a interrogarsi sul futuro rapporto tra le due giurisdizioni⁵⁶, dall'altro lato, ed è questo il profilo di nostro interesse, a segnalare l'impatto di tale riforma finanche sull'articolazione del principio di proporzionalità nella fase della cognizione, stante la valutazione, rimessa al giudice del merito, circa la sostituibilità di una pena detentiva breve con le nuove sanzioni sostitutive, individuando quella che meglio si attaglia al perseguimento del fine rieducativo. Il giudizio si emanciperà, in modo progressivo, dalla

⁵³ F. Viganò, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, cit., 125 ss., in cui si legge che «venticinque o trent'anni di reclusione, o addirittura l'ergastolo, contro un recidivo condannato per reati contro il patrimonio potranno giustificarsi – con l'occhio rivolto al futuro come misure 'utili' per tutelare la società contro rischi, non altrimenti evitabili, di reiterazione di quelle condotte delittuose, e magari di possibili *escalation* criminali verso diversi e più gravi reati da parte di quello stesso condannato (...); ma ben difficilmente potranno essere difese come reazioni 'giuste' rispetto alla gravità del (singolo) reato commesso nel passato dal reo, e per il quale egli sia stato condannato».

⁵⁴ Cfr. [Corte cost., sent. 32 del 2020](#), considerato in diritto 4.3.3. in cui si legge che «tra il 'fuori' e il 'dentro' la differenza è radicale: qualitativa, prima ancora che quantitativa. La pena da scontare diventa qui un *aliud* rispetto a quella prevista al momento del fatto».

⁵⁵ E. Dolcini, *Sanzioni sostitutive: la svolta impressa dalla riforma Cartabia*, in [Sistema Penale](#), 2 settembre 2021.

⁵⁶ Considerato che il giudice del merito ha sempre adottato un approccio "*ex tunc*", volto alla ricostruzione di un fatto di reato, si staglia un quesito di fondo vertente sulla possibile conciliabilità con il suo *modus operandi* di una valutazione, quale quella operata alla luce della documentazione prodotta da organi eterogenei (istituti penitenziari, uffici di esecuzione penale esterna, centri di servizio sociale), che postula un giudizio prognostico, orientato dunque verso il futuro del reo.

ricostruzione del fatto di reato e, dunque, da uno sguardo tradizionalmente rivolto al passato, privilegiando un giudizio prognostico sul condannato, vertente sulla possibile adesione ai programmi rieducativi, sul rispetto delle prescrizioni e su altri fattori che nella valutazione del giudice della cognizione assumono un ruolo limitato.

Si potrebbe replicare asserendo che la formulazione dell'art. 133 c.p., comma 2, contempra già, nel suo articolato, uno specifico riferimento alla valutazione della "capacità a delinquere del reo": espressione grandemente ambigua, poiché riferibile al passato, dunque alla personalità dell'autore trasfusa o riflessa nel fatto, oppure al futuro, come attitudine del soggetto alla commissione di nuovi e ulteriori reati. La formula, la cui interpretazione è stata oggetto di opinioni divergenti in seno alla dottrina⁵⁷, viene prevalentemente intesa in stretta connessione con il principio di rieducazione della pena nella fase irrogativa, inducendo l'interprete a ricostruire la categoria della capacità a delinquere in chiave di prevenzione speciale. In questo senso, il giudizio sull'attitudine del reo a commettere reati dovrà essere proiettato verso il futuro, fungendo da criterio di scelta di una pena da determinare sia nel tempo che nella misura in vista di un reinserimento sociale⁵⁸, con il limite posto dal principio di colpevolezza *ex art. 27, comma 1, Cost.* La valutazione tipicamente riservata al giudice della cognizione, non miope verso il futuro, mantiene purtuttavia con il fatto uno stringente legame, l'intensità del quale risulta molto più forte rispetto a quella sottesa all'esame condotto dal magistrato di sorveglianza, non foss'altro che per il differente materiale istruttorio su cui i due giudizi si fondano.

Del resto, gli stessi criteri fattuali annoverati al secondo comma dell'art. 133 c.p., orbitano attorno al fatto: si pensi, particolarmente, alla valutazione della «condotta contemporanea o susseguente al reato», da intendersi quale qualsiasi comportamento diverso da quello tipico, tenuto dal reo durante l'esecuzione del reato (in caso di commissione frazionata nel tempo, oppure nel periodo di protrazione nei reati permanenti), da cui «si sia in grado di ricavare indicazioni sull'attitudine del soggetto a compiere ulteriori reati»⁵⁹. Quanto alla condotta susseguente, contano gli atteggiamenti del reo in ordine alla riparazione del danno ovvero quelli di pentimento, a cui si aggiunge il comportamento processuale dell'imputato. La valutazione, dunque, non può giudicarsi coincidente con quella rimessa all'esame della magistratura di sorveglianza, la quale si coagula attorno all'adesione (o possibile adesione) da parte del reo ai programmi rieducativi offertigli. In questo senso, la riforma in essere sembra assottigliare lo iato tra le plurime personalità assunte dal principio di proporzionalità durante la vita della pena, orientandole verso la medesima direzione.

4. *Cenni conclusivi.*

Le stratificazioni che incidono sulla vita della pena inducono facilmente a privilegiare un'analisi frammentata tanto della sanzione penale, analizzata con lenti differenti a seconda della fase nella quale si trova coinvolta, quanto di una pluralità di istituti disciplinati dal codice penale e dalla legge sull'ordinamento penitenziario: si pensi a quelli della punibilità e agli istituti atti a modificare la risposta al reato. Tuttavia, questo non sembra l'approccio da preferire. Il percorso sommariamente tratteggiato nelle pagine precedenti induce a ravvisare la chiave di ricostruzione sistematica e di controllo critico dei modelli di risposta al reato nell'idea di sanzione come "*percorso*", da intendersi

⁵⁷ Cfr. F. Antolisei, *La capacità a delinquere*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1934, 168 ss.; G. Bellavista, *Il potere discrezionale del giudice nell'applicazione della pena*, Bocca, 1939, *passim*; P. Nuvolone, *La capacità a delinquere nel sistema del diritto penale*, Del Maino, 1942, *passim*; Morselli, *Il significato della capacità a delinquere nell'applicazione della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, 1342 ss.; G. De Francesco, *Appunti sulla capacità a delinquere come criterio di determinazione della pena nel reato continuato*, *ivi*, 1978, 1450; G. Dell'Osso, *Capacità a delinquere e pericolosità sociale*, Giuffrè, 1985, *passim*.

⁵⁸ G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, VIII ed., Zanichelli, 2019, 810.

⁵⁹ M. Romano-G. Grasso, *Commentario sistematico del codice penale*, sub artt. 85-149, Giuffrè, 1990, 288 ss.

quale attuazione di una serie di principi che, intrecciandosi e bilanciandosi tra loro, sostengono l'esistenza della pena. Il punto di equilibrio tra detti valori può mutare durante l'*iter* sanzionatorio (comminatoria edittale – commisurazione – irrogazione – esecuzione), privilegiandone taluni a discapito di altri, senza che gli stessi possano essere totalmente obliterati.

Fintantoché la pena deve tendere a obiettivi rieducativi, la legalità, intesa quale criterio di lettura per la tenuta del sistema, non impone «la certezza come fissità della pena»⁶⁰: ciò che si richiede è la flessibilità della risposta sanzionatoria⁶¹. La pena irrogata come «giusta in via di principio» è un punto di partenza, non d'arrivo; «un limite di giustizia, non necessariamente l'approdo della giustizia». La sanzione inizialmente giusta (secondo una valenza retributiva, nel senso di “giusta misura”) non può vantare pretese di absolutezza: l'originaria commisurazione, imperniata sul disvalore del fatto commesso e a esso proporzionata, lascia progressivamente spazio alla «giustizia di un programma funzionale alla 'rieducazione'»⁶², che, nel favorire una risposta sanzionatoria proporzionata alla personalità e agli eventuali progressi del reo, sensibile all'obiettivo rieducativo, ha uno sguardo attualizzato, rivolto al futuro

⁶⁰ D. Pulitanò, *Sulla pena. Fra teoria, principi e politica*, cit., 661; cfr., inoltre, M. Pelissero, *Le metamorfosi della pena tra funzione rieducativa e legalità della pena. Una lettura sostanziale della crisi del giudicato*, in *Studi in onore di E. Dolcini*, cit., 339.

⁶¹ Cfr. E. Fassone, *Fine pena ora*, Sellerio, 2015, 155 ss.

⁶² D. Pulitanò, *Sulla pena. Fra teoria, principi e politica*, cit., 661.

Giorgio Cataldo
Lo Stato, interventista ma non troppo,
di fronte all'emergenza energetica e alle opportunità offerte dagli artt. 41 e 43 Cost.:
il caso degli idrocarburi*

*“Questo è il fatto. E il fatto è
la cosa più ostinata del mondo”*

Michail Bulgakov, *Il Maestro e Margherita*¹

ABSTRACT: *With the aim of intensifying the hydrocarbons extraction in national sea to help overcome the energy crisis, the provision contained in Article 16 of Decree Law no. 17/2022 represents a privileged observation point to understand what terms and assumptions are characterising the return of the State to the economy during the emergency. Among the different options offered by the Constitution, particularly in Articles 41 and 43, the State seemed to suffer from structural limitations that prevented its complete freedom of choice. The provision, which can also produce effects beyond the crisis, implies benefits to energy companies at the expense of other constitutional interests: a condition that, at this juncture, appears paradoxically (and problematically) inevitable, in line with the reduced public capacity to impact on productive and social dealings.*

SOMMARIO: 1. Premessa: la questione aperta sul ruolo economico dello Stato a fronte delle emergenze. – 2. La possibilità di limitazioni del mercato per ragioni emergenziali: l’“altro volto” dell’art. 41 e la “strettoia” dell’art. 43 come alternative fra regolazione e intervento diretto. – 3. L’ambito di intervento del legislatore d’emergenza: i presupposti della libertà d’accesso e della titolarità *variabile* del giacimento minerario. – 4. L’art. 16 del «Decreto energia» come espressione regolatoria ex art. 41 Cost. – 4.1. (segue): alcuni nodi problematici sottesi alla scelta adottata, anche in raffronto alla percorribilità di strade alternative. – 5. Conclusioni: “*mater artium necessitas*”, ovvero l’incerto ritorno dello Stato promotore nel campo energetico.

1. *Premessa: la questione aperta sul ruolo economico dello Stato a fronte delle emergenze*

Gli avvenimenti bellici d’inizio anno sul fronte russo-ucraino hanno portato alla ribalta una questione che fino a poco tempo prima stava destando, almeno in Italia, relativa apprensione: quella dell’autosufficienza energetica di uno Stato in un contesto globale e interconnesso². Il problema è risultato particolarmente avvertito perché quasi la metà della domanda di idrocarburi e altri gas naturali, a inizi 2022, risultava di importazione russa. Le varie ipotesi di embargo, di interruzione delle relazioni (anche commerciali) e di crisi diplomatica hanno acceso la preoccupazione dell’inverarsi di una grave situazione d’emergenza energetica, anche nell’immediato.

Naturalmente, il Governo italiano ha cominciato a ricercare soluzioni su più livelli. Nel medio-lungo periodo, si possono individuare le già avviate politiche di transizione energetica, favorite dal Piano nazionale di ripresa e resilienza, a loro volta incentivate dall’Unione europea anche in reazione alla crisi pandemica³. Diverso è il discorso per ciò che concerne il medio-breve periodo. In questo



¹ M. BULGAKOV, *Il Maestro e Margherita*, Torino, 2014, 267 (*Macmep u Mapzapuma*, in *Москва*, n. 11, 1966 e n. 1, 1967, trad. it. a cura di V. Dridso).

² Sul rapporto fra globalizzazione e interdipendenza cfr. G.B. SGRITTA, *Globalizzazione, regole sociali e solidarietà*, in *Studi di Sociologia*, 3-4/1997, 364-365 ss.

³ Il [Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza \(PNRR\)](#) si pone in linea di continuità con il Piano *Next Generation EU* approvato in sede europea e individua il secondo asse del suo intervento nella «Rivoluzione verde e transizione ecologica» (121): «Serve una radicale transizione ecologica verso la completa neutralità climatica e lo sviluppo ambientale sostenibile per mitigare le minacce a sistemi naturali e umani: senza un abbattimento sostanziale delle emissioni clima-alteranti, il riscaldamento globale raggiungerà e supererà i 3-4 °C prima della fine del secolo, causando irreversibili e catastrofici

caso la parola d'ordine adottata è stata quella della «diversificazione»: tentare di ridurre la dipendenza da fonti fossili da un singolo Stato, negoziando con diversi Paesi per quantità minori di importazioni.

Accanto a queste iniziative di carattere commerciale, appare d'interesse soffermarsi su un'altra proposta che, sin da subito e a più riprese, è stata avanzata per alleviare la gravità della potenziale emergenza: procedere per uno sfruttamento più intenso dei fondali nazionali. Le acque italiane, in particolare il Mare Adriatico, il Mar Ionio e il Mar di Sicilia, contengono una quantità significativa di giacimenti. In questa prospettiva prettamente interna, tuttavia, il quadro risulta capovolto. All'ampia libertà diplomatica e geopolitica di intraprendere o intrattenere nuove e diversificate relazioni commerciali con altri Stati si oppone la necessità di interfacciarsi con il diritto vigente e con l'insieme dei principi e delle peculiarità riguardanti il settore estrattivo: su tutti, l'apertura al mercato e la partecipazione di un numero limitato ma comunque diversificato di operatori, pubblici, privati, nazionali o stranieri.

L'ipotesi di intervenire sulla disciplina nazionale delle estrazioni minerarie presenta molteplici profili di indagine ma invita, prima d'ogni cosa, a riflettere su come e quanto lo Stato, nell'attuale epoca, riesca a incidere nei rapporti di produzione, anche e soprattutto in senso distorsivo del mercato. Gli altri profili implicati, in questo senso, ne risultano legati. Dato che l'intensificazione delle estrazioni pone quantomeno un dubbio di sostenibilità, anzitutto c'è il tema dell'ambiente. Non è secondario ritenere che le connesse esigenze di tutela sembrino paradossalmente – anche considerato il loro recente ingresso nella Carta costituzionale⁴ – *retrocedere*, tanto sul piano dell'indirizzo politico quanto su quello del dibattito pubblico, rispetto alle più impellenti necessità economiche derivanti dall'emergenza. Proprio l'emergenza costituisce, a sua volta, un altro tema. Quella energetica, infatti, si aggiunge alle altre emergenze che potrebbero essere definite, con un ossimoro, ormai più o meno “croniche”, quali quella sanitaria e quella economica⁵. Questo costante (ma in continua evoluzione) protrarsi di situazioni fuori dall'ordinario ha suscitato l'acuta definizione di «emergenza perenne» che starebbe caratterizzando il contesto europeo⁶ e, in diretta conseguenza, l'ordinamento nazionale.

Proprio la fase emergenziale, dal canto suo, rappresenta il punto di partenza per l'intervento pubblico nell'economia. In questo contesto, ciò che sembra affiorare è prima d'ogni cosa un particolare risvolto del rapporto fra diritto e realtà, il quale appare d'interesse.

Da una parte, non fa altro che riproporsi la centralità del dato reale, dei *fatti accaduti*, i quali si impongono. Le vicende belliche non hanno dato finora luogo a uno «stato di guerra» ma, al massimo, presentano le premesse per una potenziale «economia [derivata] di guerra»⁷. La condizione attuale

cambiamenti del nostro ecosistema e rilevanti impatti socioeconomici». Sulle potenziali novità sottese al *Next Generation EU*, relativamente al vincolo di solidarietà fra gli Stati membri dell'UE e al ruolo dello Stato nel perseguimento degli obiettivi, cfr. G. PITRUZZELLA, *Introduzione generale: Next generation EU, the principle of solidarity and the responsibility of the member states*, in *PasSaggi Costituzionali*, 2/2021, 11 ss.

⁴ La l. cost. 1° febbraio 2022, n. 1 («Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente»), come noto, ha innovato gli artt. 9 e 41 della Carta. Fra i primi commenti in merito si v. L. CASSETTI, *Riformare l'art. 41 della Costituzione: alla ricerca di “nuovi” equilibri tra iniziativa economica privata e ambiente?*, in *federalismi.it*, 4/2022, 188 ss., M. CECCHETTI, *Virtù e limiti della modifica degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Corti supreme e salute*, 1/2022, 1 ss., E. DI SALVATORE, *Brevi osservazioni sulla revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2022, 1 ss., G. GRASSO, *L'espansione della categoria dei doveri costituzionali nella riforma costituzionale sull'ambiente*, in *Menabò di Etica e Economia*, 169/2022, 1 ss., E. MOSTACCI, *Proficuo, inutile o dannoso? Alcune riflessioni a partire dal nuovo testo dell'art. 41*, in *Dpce Online*, 2/2022, 1123 ss.

⁵ A. RUGGERI, *Le trasformazioni istituzionali nel tempo dell'emergenza*, in questa *Rivista*, 2021/I, 238 ss., ora anche in ID., *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti*, XXV, Studi dell'anno 2021, Torino, 2022, 214, parla di emergenze «endemiche».

⁶ Così A. MANGIA, *L'Europa dell'emergenza perenne*, in E. Mostacci, A. Somma (curr.), *Dopo le crisi. Dialoghi sul futuro dell'Europa*, Roma, 2021, 144 ss. Analogamente, G. BUCCI, *Le trasformazioni dello Stato e dell'UE nella crisi della globalizzazione*, Napoli, 2022, 92-93.

⁷ Come dichiarato oralmente dal Presidente del Consiglio Mario Draghi alla conferenza stampa tenuta a margine del vertice informale dei capi di Stato o di Governo degli Stati membri dell'Unione europea dell'11 marzo 2022, sul «dobbiamo prepararci» a un'economia di guerra, richiamato da M. BENVENUTI, *Le conseguenze costituzionali della*

discende da eventi relativamente distanti dal punto di vista geografico ma prossimi in senso politico-economico: questi sono tali a causa dei forti intrecci tipici della globalizzazione, il cui processo sta, così, progressivamente perdendo ogni parvenza di genuinità⁸. Anche questi fatti, lontani e al contempo vicini, presentano «l'idoneità ad assumere la funzione di canoni di valutazione dei rapporti sociali»⁹. Pur trattandosi di situazioni provvisorie. Il «fenomeno giuridico», attraverso la produzione di norme anche temporanee, conferma il suo legame con la «natura dell'uomo», essendo «ad essa necessariamente connesso»¹⁰. Il dato reale risulta una bussola imprescindibile per i pubblici poteri allorché questi si trovano a privilegiare (anche temporaneamente) alcuni beni o interessi costituzionali anziché altri in un preciso periodo storico.

Dall'altra parte, però, bisogna chiedersi quali siano i presupposti attraverso cui l'intervento pubblico si sta inverando. Se il problema della crisi del potere di imperio statale continua a essere dibattuto in dottrina¹¹ anche attraverso il corollario del complicato rapporto fra politica ed economia, ormai giudicato (irrimediabilmente?)¹² capovolto¹³, lo stesso si interconnette anche con il più essenziale (e *tranchant*) giudizio sull'inabilità (o quantomeno sulla difficoltà) dei testi costituzionali nell'ordinare e indirizzare la realtà sociale¹⁴.

Per una riflessione di tal sorta, proprio la Costituzione, soprattutto attraverso il Titolo dedicato ai Rapporti economici, rappresenta un imprescindibile punto di riferimento. Difatti, specialmente gli articoli 41 e 43 offrono al legislatore (anche a quello dell'emergenza) un ampio spettro di scelte ai fini dell'intervento, almeno astrattamente. A fronte della necessità di sfruttare in maniera più intensiva i fondali nazionali, esemplificando, si potrebbero presentare sostanzialmente almeno tre macro-alternative: permanere nella dinamica di mercato e di libero scambio, acquistando i giacimenti dalle imprese attualmente operanti; intervenire vincolando i progetti già in essere, veicolandone o indirizzandone la dinamica e la procedura su svariati aspetti (ampiezza del titolo minerario, accordo sui prezzi, ecc.); nazionalizzare il settore, espropriando le compagnie oppure escludendole dai lavori.

In commento all'art. 826 del Codice civile, molto efficacemente Guarino parlava delle risorse minerarie non solo come patrimonio fondamentale ai fini dell'economia nazionale, ma addirittura come parte di «un interesse specifico della pubblica amministrazione» in ordine alla scoperta e allo

guerra russo-ucraina. *Prime considerazioni*, in [Osservatorio AIC](#), 3/2022, 37. Cfr. anche A. LO CALZO, *Interazioni tra dimensione sovranazionale e dimensione nazionale nella produzione normativa: tra crisi "endemiche" e nuove emergenze*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 2/2022, 570 ss.

⁸ G. TREMONTI, *Le tre profezie. Appunti per il futuro dal profondo della storia*, Milano, (2019) 2020, 7 ss. Ma già ID., *La paura e la speranza. Europa: la crisi globale che si avvicina e la via per superarla*, Milano, 2008, 5 ss. Da ultimo cfr. G. GAGLIANO, *Sovranità economica, l'unica chance per sopravvivere alle illusioni dell'Ue*, in [il Sussidiario.net](#), 19 agosto 2022, secondo cui l'attuale condizione critica deriva «da una concezione liberale secondo la quale la globalizzazione e il mercato ci avrebbero liberato dalle pulsioni malvagie o arcaiche di Stati e Nazioni, insomma dalla Politica», soprattutto dopo la caduta del Muro, quando in realtà questi fattori non sono riusciti a scongiurare la prevaricazione, anche solo economica, di alcuni Stati su altri. Analogamente, v. già G. SAPELLI, *Oltre il capitalismo. Macchine, lavoro, proprietà*, Milano, 2018, spec. 127 sull'interdipendenza economica che trova le sue radici nell'affermazione dei principi del libero mercato al termine del Secondo conflitto mondiale prima e al crollo dell'Unione sovietica poi, con la precisazione che il mercato è sempre un «costrutto artificiale», «frutto di un complesso di regole che l'uomo e il suo associarsi possono costruire».

⁹ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, 1991¹⁰, 9-10,

¹⁰ *Ivi*, 3 ss., anche richiamato da V. TONDI DELLA MURA, *Il tempo della sussidiarietà. Un'introduzione*, in [federalismi.it](#), 2013, 4.

¹¹ Fra i tantissimi contributi in merito si v. F. LOSURDO, *Lo Stato sociale condizionato. Stabilità e crescita nell'ordinamento costituzionale*, Torino, 2016, S. MANGIAMELI, *Crisi economica e distribuzione territoriale del potere politico*, in [Rivista AIC](#), 4/2014, 1 ss., L. RONCHETTI, *Il nomos infranto: globalizzazione e costituzioni. Del limite come principio essenziale degli ordinamenti giuridici*, Napoli, 2007 e A. RUGGERI, [Crisi economica e crisi della Costituzione](#), in questa [Rivista](#), 2012, 1 ss., A. BALDASSARRE, *Globalizzazione contro democrazia*, Roma-Bari, 2002.

¹² Sul punto, G. GUARINO, *Il governo del mondo globale*, Milano, 2000, 64-68.

¹³ M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Riv. dir. cost.*, 1/1996, 161.

¹⁴ Cfr., per tutti, A. MANGIA, *Vincolo esterno e Costituzione funzionale*, in Id. (cur.), *Sovranità. Stato costituzionale e vincolo esterno*, *Dir. cost.*, 2/2018, 6.

sfruttamento¹⁵. Ma da tale incontestabile giudizio discende comunque che ogni tipo di scelta adottata rappresenta sempre una *scelta di campo*¹⁶, espressiva di un indirizzo politico e sottesa alla valutazione di diversi fattori, contingenze, interessi e vincoli implicati. In questi termini risulta d'interesse l'unica misura finora specificamente adottata, a cui sarà dedicata apposita attenzione: con l'art. 16 del d.l. 1° marzo 2022, n. 17, c.d. «Decreto energia»¹⁷, gli operatori del settore sono stati invitati a manifestare interesse per l'intensificazione e l'ampliamento dei progetti estrattivi già in essere, con l'intento della stipula di contratti a lungo termine per l'acquisto dei beni minerari a prezzi calmierati.

La direzione concretamente intrapresa dal legislatore (in questo caso, dall'Esecutivo), per quanto trovi la sua radice in un'ampia discrezionalità consentita dalla Costituzione, non esula dalla riflessione sulle ulteriori strade percorribili: meglio, spinge a interrogarsi sul perché sia stata assunta una determinata decisione anziché altre. Di qui la persistente necessità di valutare alla luce del dettato costituzionale i *pro* e i *contra* delle varie alternative, inserendo le stesse nel più ampio problema delle forme che attualmente paiono caratterizzare l'intervento pubblico nell'economia. Ecco come, pur non trattandosi di una soluzione decisiva per l'intera emergenza energetica (per ragioni anche solo di tipo quantitativo)¹⁸ quella dell'intensificazione delle attività estrattive costituisce un aspetto non secondario per una riflessione costituzionalistica. Il tutto, a conferma di come la categoria dell'«emergenza» continui a rappresentare un utile banco di prova per verificare la tenuta dell'ordinamento¹⁹, oltre che una sua occasione di consolidamento²⁰.

Sulla base di queste premesse, l'indagine si occuperà dapprima di inquadrare il settore normativo di riferimento su cui il Governo è intervenuto, circoscrivendone i tratti essenziali anche alla luce della disciplina costituzionale dei Rapporti economici. Successivamente, metterà a raffronto questi profili tanto con la previsione normativa di cui al «Decreto energia» quanto con le eventuali alternative, anche solo di rilievo teorico, che avrebbero potuto essere (o potrebbero essere) perseguite. Infine, nel comparare i vantaggi e gli svantaggi delle diverse opzioni, si cercherà di desumere degli elementi di ordine sistematico che possano contribuire a comprendere il ruolo dello Stato nell'economia in questa complessa congiuntura storica.

2. La possibilità di limitazioni del mercato per ragioni emergenziali: l'«altro volto» dell'art. 41 e la «strettoia» dell'art. 43 come alternative fra regolazione e intervento diretto

La riflessione sulla possibilità di introdurre più o meno robuste limitazioni alle regole di mercato sulla disciplina degli idrocarburi per motivi emergenziali si può sviluppare tanto in una prospettiva meramente regolativa, quanto in una maggiormente diretta e interventista.

Ad essere implicato, in fin dei conti, è il dualismo fra «Stato regolatore» e «Stato imprenditore»²¹. Difatti, ragionare sulla difficoltà a incidere nei rapporti sociali ed economici e sui vincoli connessi significa riprendere le fila del discorso, consolidato, sulla – per usare un eufemismo – *autolimitazione* dello Stato nel campo economico avvenuta negli anni Novanta dello scorso secolo. Quella dello

¹⁵ G. GUARINO, *L'intervento dello Stato in materia di idrocarburi* (1961), ora anche in ID., *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Milano, 1962, 275-276.

¹⁶ Sul concetto di «scelta» in campo economico cfr. A. PREDIERI, *Pianificazione e Costituzione*, Milano, 1963, 47.

¹⁷ «Misure urgenti per il contenimento dei costi dell'energia elettrica e del gas naturale, per lo sviluppo delle energie rinnovabili e per il rilancio delle politiche industriali», convertito, con modifiche, nella l. 27 aprile 2022, n. 34.

¹⁸ Sulla non immediatezza delle operazioni estrattive si è già chiaramente espresso il Ministro della Transizione ecologica Cingolani all'indomani dello scoppio della crisi ucraina, come si può evincere dall'intervista in *La guerra dell'energia, Le sfide, i tabù e i vizi ideologici dell'Italia. Parla il ministro Cingolani*, in *Il Foglio*, 28 febbraio 2022, 3.

¹⁹ E. GROSSO, *Legalità ed effettività negli spazi e nei tempi del diritto costituzionale dell'emergenza. È proprio vero che «nulla potrà più essere come prima»?* in *federalismi.it*, 16/2020, VII.

²⁰ M. LUCIANI, *Il diritto e l'eccezione*, in *Rivista AIC*, 2/2022, 52.

²¹ Per una ricostruzione cfr., di recente, E. DI CARPEGNA BRIVIO, *Stato ed economia di mercato. La via italiana per la ricostruzione postbellica tra giudizio storico e seduzioni contemporanee*, in *federalismi.it*, 21/2020, 150 ss.

«Stato regolatore» è una categoria anzitutto politologica²² che nasce per inquadrare il ruolo di garante esterno assunto dallo Stato per favorire la piena espressione del mercato e della dinamica concorrenziale, i quali si rivelerebbero da soli in grado di apportare benefici anche sul piano degli interessi generali²³, conformemente allo schema ordoliberalista²⁴.

Tuttavia, le recenti crisi sono sembrate aprire a inedite forme di intervento in parte distorsive del mercato: eventualità fortemente limitata ma non completamente esclusa dalle varie accezioni dell'economia sociale di mercato²⁵, la quale è l'espressione privilegiata dell'ordoliberalismo europeo²⁶. Gli ultimi anni sono stati infatti caratterizzati da variegati interventi volti a limitare gli effetti negativi delle diverse crisi (economiche, sanitarie e adesso anche belliche): distribuzioni di beni, *bonus*, promozioni, sovvenzioni anche solo *una tantum*, integrazioni delle *golden powers*, ecc. Sul punto, è ampiamente condivisa in dottrina (pur, naturalmente, con varie sfumature e giudizi) l'idea che il deciso ritorno dello Stato nell'economia stia dando luogo a «una fenomenologia largamente nuova di interferenza pubblica»²⁷.

In questo rinnovato contesto, è stata posta l'attenzione verso una possibile chiusura della fase strettamente liberistica, ma è stata anche evidenziata la necessità di scongiurare qualsivoglia visione salvifica che individui nell'intervento del pubblico un qualcosa di infallibile, date le esperienze del secolo passato²⁸. A quel tempo, infatti, è stato ben sottolineato, ogni fallimento di mercato costituiva condizione puramente sufficiente per giustificare una iniziativa dello Stato²⁹.

La domanda sull'attuale posizione dello Stato è dunque aperta e si inoltra nella ormai *non più necessaria opposizione* fra ruolo regolatore e ruolo interventista³⁰, anche alla luce del principio di sussidiarietà. Pur trattandosi di un argomento non esauribile in questa sede, è evidente che la regolazione tenda sempre di più a esprimere un'esigenza di condivisione decisionale e di intreccio con il tessuto sociale e produttivo³¹, a differenza di quanto avveniva nelle sue premesse di trent'anni fa, quando si poneva in senso drasticamente strumentale alla regola concorrenziale. Il profilo dell'intervento pubblico si inserisce in questo articolato quadro: non aprioristicamente escluso, come invece il pensiero liberista pretende, ma con una dimensione ancora da ricercare. Di qui la necessità

²² Per tutti, A. LA SPINA – G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000, *passim*.

²³ *Ex multis* cfr., in senso critico, O. CHESSA, *La Costituzione della moneta. Concorrenza indipendenza della banca centrale pareggio di bilancio*, Napoli, 2016, 49 ss., spec. 53-54 e A.M. NICO, *Riflessioni in tema di giustizia, economia e certezza del diritto*, in federalismi.it, 13/2018, 3. In merito v. anche R. NANIA, *Libertà economiche e libertà d'impresa*, in P. Ridola (cur.), *I diritti costituzionali*, I, Torino, 2001, 78-79.

²⁴ Per una ricostruzione, cfr. F. LOSURDO, *Lo Stato sociale condizionato*, cit., 71 ss., nonché F. SAITTO, *Economia e Stato costituzionale. Contributo allo studio della "Costituzione economica" in Germania*, Milano, 2015.

²⁵ Sull'intervento pubblico solo come ultima *ratio* in un contesto concorrenziale cfr., sotto diverse accezioni, F.G. ANGELINI, *L'impiego delle risorse del Recovery fund tra conformità all'ordine giuridico-economico europeo e funzione discorsivo-razionale del diritto pubblico*, in *Persona e Amministrazione*, 2/2020, 225; R. MICCÙ, «Economia e Costituzione»: una lettura della cultura giuspubblicistica tedesca, in *Quad. plur.*, 1996, 264.

²⁶ Come recita l'art. 3, par. 3, TUE: «L'Unione instaura un mercato interno. Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente. Essa promuove il progresso scientifico e tecnologico».

²⁷ Così G. AMATO, *Bentornato Stato, ma*, Bologna, 2022, 93 ss., ma v. anche: P. BONETTI, *La Costituzione regge l'emergenza sanitaria: dalla pandemia del coronavirus spunti per attuarla diversamente*, in [Osservatorio sulle fonti](http://Osservatorio.sullefonti.it), 2/2020, 734-735; S. PRISCO – M. TUOZZO, *Dalle crisi nuove opportunità per l'Unione europea. Programmazione economica, solidarietà sociale, coesione territoriale*, in [Italian Papers on Federalism](http://ItalianPapersonFederalism.it), 2/2022, 28-29.

²⁸ G. AMATO, *Bentornato Stato, ma*, cit., 29 ss. Analogamente, S. DE NITTO, *Regolazione per standard: un valore aggiunto?* in federalismi.it, 19/2022, 81-83.

²⁹ Così A. LA SPINA – G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, cit., 16.

³⁰ V. TONDI DELLA MURA, *Conclusioni della seconda sessione*, in [PasSaggi costituzionali](http://PasSaggiCostituzionali.it), 2/2021, 134-135.

³¹ ID., *Della sussidiarietà orizzontale (occasionalmente) ritrovata: dalle linee guida dell'ANAC al Codice del Terzo settore*, in [Rivista AIC](http://RivistaAIC.it), 1/2018, *passim*, spec. 7, 18, 20-21.

di cogliere appieno la portata di misure, tanto specifiche quanto emergenziali, approfondendone i presupposti e dunque inquadrando alla luce dell'interesse del dettato della Carta³².

Il punto di partenza è che la normativa statale sulle estrazioni marittime – essendo quest'ultime, *attività economiche*³³ – si inserisce pienamente nell'elasticità espressa dalla disciplina costituzionale dei Rapporti economici. Quest'ultima, lungi dal predefinire un modello rigido, almeno in astratto consente un adattamento alle diverse fasi, congiunture, direzioni politiche ed esigenze³⁴, pur senza mai prescindere dalle finalità sancite nei Principi fondamentali e prima d'ogni cosa nel secondo comma dell'art. 3 Cost., non essendo quindi interpretabile come un nucleo normativo chiuso o impermeabile³⁵.

Di qui l'ulteriore considerazione, che appare fondamentale e che discende dalla forte connessione dell'argomento con la forma di Stato e il relativo modello economico, che nel caso italiano si è sviluppato da un quadro di tipo «misto»³⁶ a uno – appunto – «sociale di mercato»³⁷. Senza negare diversi e cruciali aspetti irrisolti (non analizzabili in questa sede e relativi al valore da attribuire – oggettivo ovvero solo strumentale – al principio concorrenziale)³⁸ ci si può limitare a osservare come il dettato costituzionale in materia economica sia riuscito, almeno teoricamente, ad adattarsi anche a un modello maggiormente competitivo, per come affermatosi da Maastricht in poi³⁹: quando cioè, la cultura del mercato è entrata nella Costituzione⁴⁰.

Più in dettaglio, si può dire che il dettato costituzionale – e di conseguenza la disciplina di settore, come si cercherà di evidenziare – rifugga solo un modello a priori statalistico, vista l'individuazione di una pluralità di regimi proprietari e di titolarità dei beni economici (art. 42, comma 3, Cost.) nonché di attività economiche (art. 41, comma 3, Cost.). La sola (ma determinante e decisiva) differenza fra il prima e il dopo Maastricht è presto detta: in un sistema «misto» lo Stato aveva maggiore facilità nel prevedere estensioni o ritrazioni dell'intervento diretto. L'avvento dell'Unione europea sembra aver decisamente limitato tale impianto, attribuendo maggiore incisività ai principi di mercato e

³² Cfr. V. BALDINI, *Emergenza sanitaria ed emergenza costituzionale: tra teoria della Costituzione e pratica del diritto positivo*, in dirittifondamentali.it, 2/2021, 467-468, il quale muove dal presupposto dell'assenza, in Costituzione, di una regolazione espressa dell'emergenza costituzionale riguardante situazioni imprevedibili, richiamando C. MORTATI, *Costituzione (Dottrine generali)*, in *Enc. dir.*, XI, 1962, 194.

³³ C. PELLEGRINO, *La materia energia quale esempio paradigmatico del controverso rapporto tra Stato e Regioni*, in federalismi.it, 19/2017, 5.

³⁴ C. MORTATI, *Art. 1*, in G. Branca (cur.), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, 17-18.

³⁵ Su una lettura sistematica della disciplina dei Rapporti economici legata agli obiettivi e ai principi della Costituzione, cfr. M. LUCIANI, *Economia nel diritto costituzionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, V, 1990, 373 ss.

³⁶ Ovvero di coesistenza di più attori, pubblici e privati. A. PREDIERI, *Pianificazione e Costituzione*, cit., 35 ss., vi rappresenta tre «zone» di coesistenza: «una zona di preferenza ad influenza statale prevalente, una zona di influenze individuali prevalenti economicamente, e una zona di influenza duale, in cui le due zone vengono a contatto, dichiaratamente ed esplicitamente riconosciute».

³⁷ In cui, sempre secondo A. PREDIERI, *Pianificazione e Costituzione*, cit., 36, «l'intervento dello Stato non può discostarsi dalla 'conformità' al mercato, tanto che comunque sarebbero banditi la regolazione statale, il dirigismo, l'interventismo, la pianificazione». Più ampiamente sul punto, *ex multis*, O. CHESSA, *La Costituzione della moneta*, cit., 49 ss.

³⁸ Fra le varie interpretazioni si rinvia ad A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. dir.*, XXI, 1971, 597-602, ad A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, Padova, 1992², 470 ss. e a G. BOGNETTI, *La Costituzione economica italiana*, Milano, 1995², 39 ss.

³⁹ Ovvero a partire dal mutamento del tipo di coordinamento fra le politiche economiche europee e quelle nazionali. Se prima si intendeva perseguire la sola maggiore integrazione economica fra gli Stati, quest'ultimi liberi di perseguire i propri indirizzi al loro interno (il famoso schema «*Smith abroad, Keynes at home*» formulato da R. GILPIN, *The Political Economy of International Relations*, Princeton, 1987), dal Trattato di Maastricht (1992) in poi, su un piano maggiormente politico, si è posto «per la prima volta il problema dell'incontro fra le sfere d'azione dell'Unione e dei suoi Stati membri» (così C. PINELLI, *I rapporti economico-sociali fra Costituzione e trattati europei*, in *Id.*, T. TREU, *La Costituzione economica. Italia, Europa*, Bologna, 2010, 23 ss.), anche e soprattutto rispetto ai principi dell'economia sociale di mercato.

⁴⁰ Come notoriamente evidenziato da G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quad. cost.*, 1/1992, 16.

spostando l'attenzione sul pari trattamento di tutti gli operatori, pubblici o privati che siano, così restringendo le possibilità di interventi invasivi.

Tuttavia, la sopravvenuta condizione di *quasi elasticità* della disciplina costituzionale in materia economica non chiude totalmente la partita, tanto nel caso in cui il legislatore intenda permanere nella sua posizione meramente regolatoria, quanto in quello in cui decida di intervenire in prima persona.

Nella prima prospettiva non si può prescindere dall'art. 41 Cost. La disposizione, dopo aver stabilito la libertà di iniziativa privata (comma 1) e i limiti al suo svolgimento (comma 2), prevede un'articolata disciplina di indirizzo e coordinamento, in senso eminentemente oggettivo e funzionalistico, rivolta alle attività economiche sia pubbliche sia private (comma 3). Come noto, questo importante compito è affidato alle fonti primarie, le quali, mediante «i programmi e i controlli opportuni», possono legare le attività economiche (che, naturalmente, perseguono obiettivi propri) anche «a fini sociali», oltre che «ambientali». In altre parole, a differenza del secondo comma, in cui si è a lungo dibattuto sulla presenza, per quanto implicita, di una riserva (con conseguente dubbio su una diretta o meno cogenza della previsione)⁴¹, nel terzo la legge e gli atti aventi forza di legge hanno una centralità assoluta, rappresentando il luogo privilegiato per la predeterminazione anche solo indiretta delle attività economiche ai fini tutelati dall'ordinamento⁴².

Qui si intravede la capacità dell'intero articolo di oscillare in base alle esigenze, essendo in grado di poter essere invocato sia per la garanzia dell'iniziativa economica privata, sia per una limitazione della stessa in chiave funzionale, specialmente a fronte di esigenze e situazioni particolarmente delicate⁴³. Dal terzo comma, di conseguenza, l'ambito d'azione relativo all'indirizzo e al coordinamento si rivela potenzialmente «amplissimo», per riprendere le parole di Giannini⁴⁴. Al contempo, il punto fermo rimane sempre la garanzia ultima del pluralismo economico insito alla Costituzione, con esclusione, come già detto, anzitutto di un modello in cui la proprietà dei mezzi di produzione appartiene a un solo soggetto.

Pertanto, la disposizione – riguardando principalmente un aspetto regolatorio⁴⁵ – può consentire anche l'imposizione di particolari oneri in chiave funzionalistica in capo a un determinato settore per ragioni contingenti e d'emergenza, limitando lo Stato a un ruolo esterno alla dinamica produttiva. In questo senso, i fini sociali individuati afferirebbero a un obiettivo essenzialmente redistributivo, volto a far permanere i beni minerari all'interno del territorio nazionale in favore di imprese e famiglie, contribuendo a scongiurare eventuali carenze.

Rispetto a questa ipotesi meramente regolativa, non si può non considerare che la Costituzione prevede anche la possibilità che lo Stato intervenga direttamente nella produzione nella qualità di «imprenditore» in regime di riserva, derogando la dinamica del mercato. Questo è, notoriamente, il caso dell'art. 43 Cost. Medesimo fine (quello «sociale»), diverso mezzo, consistente in una «nazionalizzazione», cioè in un passaggio «della gestione [...] [in questo caso] di risorse naturali» ad enti pubblici posti sotto il controllo statale⁴⁶.

⁴¹ Per una sintesi delle diverse posizioni dottrinarie in merito si rinvia a R. NIRO, *Art. 41*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (curr.), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, 852-853.

⁴² U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Milano-Padova, 1964, rist. an. 2014, 130-131; A. PREDIERI, *Pianificazione e Costituzione*, cit., 251.

⁴³ Così, in riferimento alle recenti crisi, G. AMATO, *Bentornato Stato, ma*, cit., 23. Ma in merito v. anche S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione Repubblicana*, Bologna, 2004, 343 ss., nonché, più di recente, L. CASSETTI, *Riformare l'art. 41 della Costituzione*, cit., 194-195 (ma già ID., *La cultura del mercato tra interpretazioni della Costituzione e principi comunitari*, Torino, 1997, 107 ss.).

⁴⁴ M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1995⁵, 179.

⁴⁵ Sull'art. 41 come norma prevalentemente attinente alla regolazione dell'economia cfr. M. LUCIANI, *Economia nel diritto costituzionale*, cit., 382.

⁴⁶ Sul concetto e sulla sua latente promiscuità con le altre categorie della «socializzazione», della «statizzazione» e della «nazionalizzazione» cfr. A. PREDIERI, *Collettivizzazione*, in *Enc. dir.*, VII, 1960, 394-395. *Ivi*, 393, nt. 1, richiama la sottile distinzione specificata nel *Rapporto della Commissione economica all'Assemblea Costituente*, II, *Industria, Relazione*, II, Roma, 1947, 303: per «nazionalizzazione» si intenderebbe più specificamente l'assunzione statale del

È vero che già uno degli ambiti applicativi previsti da questa disposizione, i «servizi pubblici essenziali», presenta quel carattere di indeterminatezza che potrebbe renderla idonea a essere attivata in relazione a moltissime fattispecie⁴⁷. Tuttavia, in questa sede preme porre l'attenzione sul fatto che sono soprattutto gli altri riferimenti più specifici a legare già di per sé strettamente l'ambito materiale della norma al caso che qui interessa. Il settore degli idrocarburi si inserisce non solo, per sua natura, nella categoria delle «fonti di energia»⁴⁸, ma anche in quella adiacente delle «situazioni di monopolio». Il carattere simil-monopolistico del sottosectore energetico degli idrocarburi è stato confermato dalla Corte costituzionale nella nota sent. n. 10/2015⁴⁹. Le imprese operanti nel campo delle attività di ricerca e di coltivazione erano state fra le destinatarie della maggiorazione IRES disposta dall'art. 81 del d.l. 25 giugno 2008, n. 112⁵⁰, norma dichiarata poi illegittima con effetti «a decorrere dal giorno successivo alla pubblicazione» della sentenza⁵¹. Proprio nella pronuncia si legge che «lo stampo oligopolistico del settore, popolato da pochi soggetti che spesso operano in tutte le fasi della filiera – dalla ricerca, alla coltivazione, fino alla raffinazione del petrolio e alla distribuzione dei carburanti – unitamente agli elevati costi e alle difficoltà di realizzazione delle infrastrutture, rende particolarmente arduo l'ingresso di nuovi concorrenti che intendano operare su vasta scala», «così da poter astrattamente giustificare, specie in presenza di esigenze finanziarie eccezionali dello Stato, un trattamento fiscale *ad hoc*»⁵².

La strettissima riconducibilità materiale all'art. 43 Cost. si giustifica, trovandovi conferma, nell'ultima condizione prevista dalla medesima disposizione, ovvero che ci si trovi di fronte ad ambiti aventi «carattere di preminente interesse generale». Fra l'articolato novero di clausole elencate, si può dire che questa rappresenti la più ampia nelle mani del legislatore in ordine alla definizione del suo contenuto concreto, da adottarsi caso per caso⁵³: di conseguenza, collimerebbe in astratto con una situazione d'emergenza.

Sul piano concreto, l'oggetto del trasferimento potrebbe rinvenirsi nel riferimento costituzionale alle «categorie di imprese», più che alle «imprese» in senso stretto: entrambe le ipotesi sono prese in esame dalla disposizione costituzionale, che pertanto «disciplina non la semplice imputazione di

controllo di un'impresa mediante azionariato [il documento presenta in realtà l'«azionariato di Stato» come una delle forme di «nazionalizzazione»]; per «statizzazione» si richiamerebbe il completo passaggio della proprietà privata dell'impresa (assunta dallo Stato stesso ovvero mediante enti autonomi pubblici); per «socializzazione» si farebbe riferimento al passaggio della sola proprietà allo Stato, laddove la gestione viene poi affidata a un consiglio di amministrazione eletto dagli addetti dell'azienda, da rappresentanti di categoria del settore industriale, da delegati dallo Stato ovvero da forme miste. Nel prosieguo della nota, a cui si rinvia, sono poi richiamati altri metodi distintivi proposti dalla dottrina.

⁴⁷ Ancora, sul punto, C. MORTATI, *Art. 1*, cit., 18, nonché G. GUARINO, *Unità e autonomia del diritto dell'energia* (1961), ora anche in ID., *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, cit., 230.

⁴⁸ G. GUARINO, *Unità e autonomia del diritto dell'energia*, cit., 228-229.

⁴⁹ C. cost., sent. n. [10/2015](#).

⁵⁰ Art. 81, comma 16, lett. a), d.l. n. 112/2008.

⁵¹ La pronuncia ha, come noto, suscitato, diverse reazioni in dottrina per via dell'atipica modulazione temporale degli effetti. Fra i tanti contributi si v.: L. ANTONINI, *Forzatura dei principi versus modulazione temporale degli effetti della sentenza*, in *Quad. cost.*, 3/2015, 718 ss.; R. BIN, *Quando i precedenti degradano a citazioni e le regole evaporano in principi*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2015, 1 ss.; F. GABRIELE – A.M. NICO, *Osservazioni “a prima lettura” sulla sentenza della Corte costituzionale n. 10 del 2015: dalla legittimità del “togliere ai ricchi per dare ai poveri” alla legittimità del “chi ha avuto, ha avuto, ha avuto...scordiamoci il passato”*, in *Rivista AIC*, 2/2015, 1 ss.; E. GROSSO, *Il governo degli effetti temporali nella sentenza n. 10/2015. Nuova dottrina o ennesimo episodio di un'interminabile rapsodia?*, in *Giur. cost.*, 1/2015, 79 ss.; A. MORELLI, *Tutela nel sistema o tutela del sistema? Il «caso» come occasione della «tutela sistemica» della legalità costituzionale e la «forza politica» del giudice delle leggi (notazioni a margine di Corte cost. n. 10/2015)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2015, 1 ss.; A. MORRONE, *Le conseguenze finanziarie della giustizia costituzionale*, in *Quad. cost.*, 3/2015, 575 ss.; R. ROMBOLI, *Natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti: in margine alla sentenza n. 10 del 2015*, in *Quad. cost.*, 3/2015, 607 ss.; A. RUGGERI, *Sliding doors per la incidentalità nel processo costituzionale*, in *Quad. cost.*, 3/2015, 635 ss.

⁵² C. cost., sent. n. [10/2015](#), §6.4 cons. dir.

⁵³ Così, tra gli altri, A. PREDIERI, *Collettivizzazione*, cit., 423.

imprese, ma l'esercizio delle imprese»⁵⁴. Di qui la felice interpretazione dell'art. 43 come disposizione riguardante una riserva di attività economiche, non trovando nella specifica ipotesi di espropriazione un carattere essenziale: il fine è dato essenzialmente dalla costituzione di un monopolio di diritto; di qui il concetto di «riserva originaria» non in quanto acquisto di beni o complesso di beni, «ma di potere economico»⁵⁵.

Nel caso che si sta affrontando, le «categorie di imprese» degli idrocarburi afferirebbero a un determinato settore della produzione economica, traducendosi in «tutto ciò che concorra, con caratteri di funzionalità ed istituzionalità, alla utilizzazione dell'energia finale»⁵⁶. Più in dettaglio, il provvedimento legislativo di trasferimento potrebbe affidare direttamente a un ente pubblico (*recte*, a una società pubblica) – ovvero, uno dei soggetti destinatari individuati dalla disposizione costituzionale – un comparto produttivo, automaticamente fuoriuscendo dal diritto degli appalti⁵⁷.

Quando si riflette sull'art. 43, però, non si può prescindere dalla considerazione che proprio la regola di mercato derivante dall'ordinamento europeo ne abbia provocato una non indifferente relativizzazione negli ultimi decenni. Questa, in passato, costituiva uno dei principali modelli per l'organizzazione economica nazionale⁵⁸, accanto al normale regime di compresenza fra pubblico e privato⁵⁹. Attualmente, invece, sembra rivestire un ruolo tutt'al più eccezionale⁶⁰. L'ipotesi di un intervento pubblico diretto nell'economia distorsivo di un intero comparto della produzione, invero, mal si concilia con i principi europei relativi alla tutela della concorrenza e al divieto di aiuti di Stato di cui all'art. 101 e seguenti del TFUE, nonché con quello generale sulla «libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali» di cui all'art. 26 TFUE.

Pur tuttavia, è stato notato come il carattere di eccezionalità attribuito alla forma di intervento pubblico ex art. 43 Cost. da parte dell'ordinamento europeo non si traduca in una preclusione assoluta⁶¹. Sul punto, giova il riferimento a quanto disposto dall'art. 106 TFUE. La disposizione dapprima prescrive il divieto in capo agli Stati di emanare o mantenere, «nei confronti di imprese pubbliche o di imprese a cui si riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme dei trattati, specialmente a quelle contemplate dagli articoli 18 e da 101 a 109 inclusi» (paragrafo primo). Successivamente, tuttavia, specifica che le imprese riguardanti la «gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, *nei limiti* in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata», con la necessità di non compromettere, contestualmente, lo sviluppo degli scambi in misura contraria agli interessi dell'Unione (paragrafo secondo).

I richiami dell'art. 106 TFUE al monopolio e alla possibilità che la regola di concorrenza possa essere limitata⁶² forniscono un'utile connessione con l'art. 43 Cost. Aiutano a definire con maggiore precisione in che modo quest'ultima disposizione sia idonea, oggi, a essere considerata. Sebbene non

⁵⁴ G. GUARINO, *L'intervento dello Stato italiano in materia di idrocarburi*, cit., 277.

⁵⁵ A. PREDIERI, *Collettivizzazione*, cit., 420-422.

⁵⁶ G. GUARINO, *Unità e autonomia del diritto dell'energia*, cit., 229.

⁵⁷ Sulla sottrazione alla procedura di aggiudicazione conseguente all'assunzione diretta di un pubblico servizio cfr., in una prospettiva generale, G. DI GASPARE, *Tra Stato e mercato: l'insostenibile leggerezza della concessione amministrativa* (1998), ora anche in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2018, 1 ss., spec. 15-16.

⁵⁸ A. LUCARELLI, *Art. 43*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (curr.), *Commentario alla Costituzione*, I, cit., 891. Ma già, in merito, C. MORTATI, *Art. 1*, cit., 18.

⁵⁹ Così F. GALGANO, *Art. 41*, in G. Branca (cur.), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1982, 18. *Contra*, A. PACE, *Problemativa delle libertà costituzionali. Parte speciale*, cit., 478-480.

⁶⁰ A. LUCARELLI, *Art. 43*, cit., 900-901.

⁶¹ *Ibidem*. Di recente, sul punto, anche F. SAITTO, *I diritti della sfera economica e l'intervento pubblico nell'economia*, in M. Benvenuti, R. Bifulco (curr.), *Trattato di diritto costituzionale italiano*, III, 6, *I diritti e i doveri costituzionali*, Torino, 2022, 340.

⁶² A. LUCARELLI, *La Corte costituzionale dinanzi al magma dei servizi pubblici locali: linee fondative per un diritto pubblico europeo dell'economia*, in *Giur. cost.*, 6/2010, 4646.

più facilmente attivabile, nella dottrina si è segnalato che l'eccezionalità della chiamata in causa dell'art. 43 Cost. possa essere accompagnata da una esplicazione, desumibile dalla legge o dall'atto avente forza di legge di riserva o di trasferimento, dei motivi che condurrebbero a tale scelta⁶³.

In questo contesto, l'emergenza da approvvigionamento può rappresentare una giustificazione quantomeno valutabile. Non sarebbe, peraltro, un fatto inedito: si potrebbe richiamare la recente disciplina d'urgenza sulle attività di demolizione, di ricostruzione e di altre affini relative alla tratta autostradale A10 del Ponte Morandi di Genova, in deroga alla normativa ordinaria in materia di appalti⁶⁴, così come il relativo affidamento delle attività di ripristino del sistema viario con esclusione del concessionario⁶⁵, legittimati dalla Corte costituzionale per via dell'interesse pubblico dovuto all'eccezionale gravità della situazione conseguita al crollo⁶⁶.

3. L'ambito di intervento del legislatore d'emergenza: i presupposti della libertà d'accesso e della titolarità variabile del giacimento minerario

La partecipazione della normativa sulle estrazioni alla disciplina costituzionale dei rapporti di produzione è influenzata da due principali profili, decisamente caratterizzanti: la libertà di accesso e l'articolata titolarità del giacimento.

Per quanto riguarda il primo profilo, occorre sottolineare come la disciplina statale (su tutte, la L. 21 luglio 1967, n. 613⁶⁷ e la L. 9 gennaio 1991, n. 9)⁶⁸ sia attualmente ancorata a quella comunitaria. Quest'ultima ha come riferimento principale la c.d. «Direttiva idrocarburi» (Dir. 94/22/CE)⁶⁹, nella quale si rinviene un tentativo di coordinamento fra due specifiche prerogative: da una parte il rispetto (implicito) per la sovranità degli Stati, su cui permane «il diritto di determinare, all'interno del loro territorio, le aree da rendere disponibili per le attività di prospezione, ricerca e coltivazione di idrocarburi»⁷⁰; dall'altra la necessità di garantire «che non vi siano discriminazioni tra gli enti per quanto riguarda l'accesso a tali attività ed il loro esercizio da parte degli enti»⁷¹.

In tale contesto, occorre segnalare che, pur in modi parzialmente differenti, la normativa statale favoriva la presenza di una pluralità di operatori anche prima dell'approvazione della Direttiva, a parte la previsione di alcune quote riservate all'ENI⁷². Ma questa costante attitudine è anche ricavabile

⁶³ A. LUCARELLI, *Art. 43*, cit., 901.

⁶⁴ d.l. 28 settembre 2018, n. 109, art. 1, comma 5. La disposizione specifica che la deroga non incide sul rispetto «delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, nonché dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea».

⁶⁵ d.l. 28 settembre 2018, n. 109, art. 1, comma 7.

⁶⁶ Cfr. C. cost., sent. [168/2020](#), spec. §18 e §19. Gli stessi Giudici di Palazzo della Consulta non hanno mancato di sottolineare come i due passaggi principali del provvedimento d'urgenza, ovvero la non attivazione della convenzione per le attività di ripristino di cui il concessionario è parte e la conseguente procedura negoziata senza pubblicazione, si sono fondati «su ragioni obiettive, congruenti o connesse con quelle esplicitate, sia pure in modo non sempre limpido, nella stessa normativa in esame» (*ivi*, §16.1 cons. dir.).

⁶⁷ «Ricerca e coltivazione degli idrocarburi liquidi e gassosi nel mare territoriale e nella piattaforma continentale e modificazioni alla legge 11 gennaio 1957, n. 6, sulla ricerca e coltivazione degli idrocarburi liquidi e gassosi».

⁶⁸ «Norme per l'attuazione del nuovo Piano energetico nazionale: aspetti istituzionali, centrali idroelettriche ed elettrodotti, idrocarburi e geotermia, autoproduzione e disposizioni fiscali».

⁶⁹ «Direttiva 94/22/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 maggio 1994, relativa alle condizioni di rilascio e di esercizio delle autorizzazioni alla prospezione, ricerca e coltivazione di idrocarburi».

⁷⁰ Art. 2, par. 1, Dir. 94/22/CE.

⁷¹ Art. 2, par. 2, Dir. 94/22/CE.

⁷² Si v. le modifiche alla disciplina nazionale apportate dal D.lgs. 25 novembre 1996, n. 625 («Attuazione della direttiva 94/22/CEE relativa alle condizioni di rilascio e di esercizio delle autorizzazioni alla prospezione, ricerca e coltivazione di idrocarburi»), in particolare dal Titolo II del provvedimento (art. 23 e ss.) sulla cessazione dei regimi di esclusiva in favore dell'Ente nazionale idrocarburi e sull'apertura delle aree residue a terzi.

dall'approfondimento del secondo profilo, relativo alla titolarità del giacimento, che si aggiunge al primo in ottica quasi consequenziale.

Di qui l'interrogativo su quale sia il regime proprietario del bene (potenzialmente) presente nel fondale. Sul fatto che, originariamente, il bene sia appartenente allo Stato non ci sono particolari dubbi, almeno per ciò che riguarda la parte marittima del territorio, la quale non può risultare *ex se* oggetto di appropriazione privata. Il problema risiede nel comprendere la natura di questa titolarità. Sul punto soccorre – ma solo per dimostrare la complessità della questione più che per individuare una soluzione pacificamente accettata – il parallelo ambito minerario su terraferma. Qui è storicamente (sin dalla «Legge mineraria» del 1927)⁷³ percepibile la costante dell'ispirazione al principio della proprietà pubblica, in particolare mediante la sua declinazione nel c.d. «principio di demanialità»⁷⁴. Il principio in questione non è da confondere con la disciplina dei beni demaniali (art. 822 ss. c.c.) ma sottende l'originaria e indefettibile appartenenza pubblica del giacimento rinvenuto, atteso il suo intrinseco legame con un interesse pubblico e vista la sua strumentalità a fini energetici, al di là della natura pubblica o privata del fondo in cui è rinvenuto. Ne consegue che risiede in capo allo Stato – per mezzo della legislazione e della successiva azione amministrativa – la scelta sull'*an*, sul *quantum* e sul *quomodo* dell'assegnazione a soggetti terzi; ma ne deriva anche che, allo stadio finale, il bene estratto diventa di proprietà e suscettibile di godimento del soggetto a cui era stato riconosciuto il titolo di concessione finale (la coltivazione)⁷⁵. In questo senso risulta coerente l'inserimento delle miniere fra i beni patrimoniali indisponibili (art. 826 ss. c.c.), beni caratterizzati dall'impossibilità di essere sottratti alla loro destinazione pubblica se non nei termini e nelle condizioni previsti dalla legge.

Alla luce di questi aspetti, a maggior ragione per la parte marittima del territorio può trarsi l'equazione «proprietà originaria statale – proprietà finale del concessionario», dove quest'ultimo può essere un ente privato, pubblico, nazionale o straniero. È dunque possibile, prima d'ogni cosa, osservare come la disciplina mineraria sia stata sin dall'inizio idonea a inserirsi in un contesto economico in cui interviene più di un attore. Da un punto di vista strutturale si potrebbe dire che l'approccio italiano – solo successivamente confermato dalla disciplina eurounitaria – si presti da sempre, *ex se*, a una simile dinamica.

La novità apportata dalla normativa europea, così come a livello generale è avvenuto per la visione economica *post* Maastricht, è che, una volta stabilite le aree disponibili allo sfruttamento, il principio di non discriminazione, quello della trasparenza e quello della parità di accesso risultano determinanti⁷⁶ in luogo della libertà di intrapresa statale. Come di recente stabilito dalla Corte di giustizia dell'Unione europea (causa C-110/20), la disciplina afferisce al diritto degli appalti, riguardando la predisposizione di norme comuni volte ad assicurare che nei «procedimenti di concessione delle autorizzazioni alla prospezione, ricerca e coltivazione degli idrocarburi possano partecipare tutti gli enti provvisti dei necessari requisiti e il rilascio delle autorizzazioni sia basato su criteri obiettivi, resi noti mediante pubblicazione»⁷⁷. Di qui la derivazione di un impianto normativo strumentale all'affermazione della concorrenza: questa risulta tutelata e perseguita solo di risulta, ovvero come conseguenza di trasparenti e indiscriminate procedure di aggiudicazioni dei singoli titoli

⁷³ R.D. 29 luglio 1927, n. 1443 recante «Norme di carattere legislativo per disciplinare la ricerca e la coltivazione delle miniere nel Regno».

⁷⁴ Si v. in merito già E. GUICCIARDI, *Il demanio*, Padova, 1934, rist. an. 1989, 123 ss. V. anche S. CASSESE, *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione*, Milano, 1962, 165. Ciò vale anche per le parti marittime ulteriori rispetto al territorio dello Stato, quali la piattaforma continentale: in merito, sul piano della legislazione, ad esempio, si v. l'articolo 2, comma 1, della l. n. 613/1967, in cui si dispone che «il diritto di ricerca della piattaforma continentale e di sfruttamento delle sue risorse naturali appartiene allo Stato», facendo eco all'articolo 77 della Convenzione di Montego Bay del 1982.

⁷⁵ Ancora, E. GUICCIARDI, *Il demanio*, cit., 125.

⁷⁶ Cfr. art. 3, comma 1, e art. 5, comma 2, della l. n. 9/1991.

⁷⁷ CGUE, sent. 13 gennaio 2022, *Regione Puglia*, causa C-110/20, ECLI:EU:C:2022:5, spec. §34 e §45.

minerari. In definitiva, l'impianto normativo, per la Corte lussemburghese, disegnerebbe una concorrenza «per il mercato» più che «di mercato»⁷⁸.

4. L'art. 16 del «Decreto energia» come espressione regolatoria ex art. 41 Cost.

Appare evidente che, rispetto alle diverse strade percorribili, il legislatore dell'emergenza sia stato condizionato da due fattori: oltre all'effettiva presenza di compagnie di diversa natura, private e straniere, la regola di mercato, anche per come precisata dalla Corte di giustizia, ha rappresentato una variabile imprescindibile. Per questo, lo Stato è parso permanere in una posizione prettamente regolatoria senza alterare, nei limiti del possibile, la dinamica del mercato.

Più in dettaglio, l'art. 16 del «Decreto energia» ha autorizzato il Gestore dei servizi energetici (GSE) ad avviare, su direttiva del Ministero della Transizione ecologica, «procedure per l'approvvigionamento di lungo termine di gas naturale di produzione nazionale dai titolari di concessioni di coltivazione di gas» (comma 1). Di qui l'apertura a delle manifestazioni d'interesse, rivolte agli operatori, i quali dovranno comunicare i programmi delle produzioni in essere relativi a un periodo di tempo abbastanza ampio (2031), nonché eventuali sviluppi, incrementi e ripristini delle produzioni di gas naturale nelle concessioni di cui sono titolari; detti interventi devono comunque riguardare impianti siti in tutto o in parte nelle aree considerate compatibili dal Piano per la transizione energetica sostenibile delle aree idonee («PiTESAI), «anche nel caso di concessioni improduttive o in condizione di sospensione volontaria delle attività» (comma 2)⁷⁹. È superfluo sottolineare che l'intervento si rivolge agli intestatari di un titolo coltivazione, che rappresenta lo stadio finale della filiera estrattiva, successivo alla prospezione e alla ricerca⁸⁰.

Risulta d'interesse notare che, nel concreto, la disposizione prevede la stipula di contratti di acquisto a lungo termine, di durata massima pari a dieci anni⁸¹, con i suddetti concessionari. La particolarità di questo tipo di contratti è data dalla predeterminazione delle condizioni e dei prezzi da parte di un decreto del Ministero dell'Economia e delle finanze⁸². La previsione dei prezzi deve nello specifico garantire «la copertura dei costi totali effettivi delle singole produzioni, inclusi gli oneri fiscali, e un'equa remunerazione, ferma restando la condizione di coltivabilità economica del giacimento» (comma 4). Infine, l'articolo dedica apposita attenzione all'aspetto redistributivo, incaricando il GSE di predisporre una o più procedure volte a offrire i volumi di gas acquistati dallo Stato ai «clienti finali industriali a forte consumo di gas» (comma 5).

La rassegna dei vari commi dell'art. 16 lascia trasparire il chiaro obiettivo di massimizzare le attività estrattive, tanto accelerando quelle in essere quanto ripristinando o avviando siti fino a questo momento non sfruttati per diverse ragioni di carattere prevalentemente economico o burocratico o di carente disponibilità. La disposizione si sostanzia, così, in una deroga alla ordinaria trafila dei titoli minerari individuata dalla legislazione. Trova giustificazione nella consapevolezza che autorizzare nuove attività di prospezione e di ricerca e conferire nuovi titoli di concessione di coltivazione

⁷⁸ Si tratta di una distinzione che attiene al rapporto fra la libertà di iniziativa economica e il principio concorrenziale. Questa è colta da A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, cit., 493-494. Secondo il chiaro A., la concorrenza (la c.d. «libertà di mercato») sarebbe garantita solo indirettamente, mediante la tutela della libertà di iniziativa (la c.d. «libertà nel mercato», ovvero il consentirne l'esplicazione), la quale la implicherebbe.

⁷⁹ Ai sensi del comma, la comunicazione degli operatori può anche contenere l'indicazione «dei tempi massimi di entrata in erogazione, del profilo atteso di produzione e dei relativi investimenti necessari».

⁸⁰ Sin dalla l. n. 613/1967, il processo estrattivo marittimo si compone di tre fasi, ognuna delle quali corrispondente a uno specifico titolo minerario risultante da un procedimento amministrativo: la prospezione; la ricerca; la coltivazione. La prima è volta a saggiare la predisposizione del fondale a contenere giacimenti; la seconda concerne l'effettivo rinvenimento degli stessi; la terza consiste nella loro concreta estrazione.

⁸¹ «con la verifica dei termini alla fine del quinto anno».

⁸² «di concerto con il Ministro della Transizione ecologica e sentita l'ARERA», ovvero l'Autorità di regolazione per energia reti e ambiente.

comporterebbe tempi molto dilatati: il che si rivelerebbe in contraddizione con l'urgenza di ottenere dei benefici anche nel medio-breve periodo. Di qui la scelta di optare per una modifica dei programmi di lavoro già in essere, permettendo non l'ottenimento *ex novo* di ulteriori titoli ma, per l'appunto, un'espansione del programma iniziale. A questo intento si collega la versatilità della semplice manifestazione di interesse: la compagnia energetica dovrà solo comunicare la volontà di aderire alla politica di intensificazione delle estrazioni senza la necessità di (ri)passare da un *iter* ministeriale volto al rilascio di un nuovo titolo. Il tutto, dunque, convergerà in una trattativa negoziale: il GSE concorderà con il (già) concessionario l'acquisto del bene minerario per un periodo fino a dieci anni, a somma predefinita e inferiore a quella di mercato.

Sul piano pratico, ad ogni modo, risulta significativa la suddivisione delle procedure, una per il mare, una per la terraferma, da parte del Ministero. La ragione è data, oltre che dal «maggior numero di concessioni in valutazione per la terraferma» e dalle «differenti modalità di verifica», anche dalle «specificità delle condizioni operative di gestione delle concessioni in mare, con maggiori costi di produzione e di gestione per queste ultime»⁸³. Anche da questa scelta si evince, dunque, la profonda differenza in ordine alla visione giuridica fra la terraferma e il mare: quest'ultimo rappresenta un caso a sé, caratterizzato da una peculiare dimensione circa le intensità di intervento dello Stato rispetto a quanto avviene per la parte continentale del territorio⁸⁴.

D'altro canto, come si evince nell'Allegato 1 del correlato atto del GSE recante l'invito a manifestazioni d'interesse, si individuano quattro imprese: una pubblica, l'ENI (assieme alla controllata ENI Mediterranea idrocarburi) e due private, Energean Italy e Gas Plus Italiana⁸⁵. Il numero limitato di compagnie è riconducibile a due fattori. Sul punto occorre segnalare che solo di recente l'intera macchina delle estrazioni ha ripreso il suo corso: a fine 2021⁸⁶, dopo quasi tre anni di moratoria sulle attività estrattive e sui relativi procedimenti volti al rilascio di titoli, l'approvazione del «PiTESAI» ha cercato di individuare le aree territoriali disponibili alle attività minerarie, coniugando interessi ecosistemici e interessi produttivi⁸⁷. Di conseguenza, la scrematura delle aree ha inciso anche sul numero di operatori da poter prendere in considerazione. Inoltre, occorre considerare che le interruzioni nelle more dell'approvazione del Piano e i diversi contenziosi amministrativi riguardanti i preliminari titoli di prospezione e ricerca hanno, negli ultimi anni, bloccato anche i conseguenti rilasci dei titoli di coltivazione.

A partire da una visione generale relativa alla normativa primaria, agli atti amministrativi, al piano empirico e a quello di prospettiva, si può delineare un quadro abbastanza definito su quale sia stata, finora, la linea seguita in questo settoriale raggio di intervento pubblico nell'economia a fini emergenziali. Fin dall'individuazione delle manifestazioni di interesse, passando per la stipula dei contratti, giungendo all'offerta dei beni energetici al comparto industriale italiano che ne risulta particolarmente bisognosa, il dato costante riflette la necessità di intervenire su un settore caratterizzato da una consistente apertura al mercato e su cui operano prevalentemente soggetti privati. In tal senso, l'art. 16 del «Decreto energia» lascia facilmente trasparire l'intento di non alterare questa condizione, così preferendo incanalare – piuttosto che sospendere – l'attività dei privati. Il legislatore ha quindi optato per la definizione di forme negoziali e di controllo *extramercato*, nonché per una programmazione indiretta, inserendosi pienamente nel solco del terzo comma dell'art. 41 della Costituzione.

⁸³ Ministero della Transizione ecologica, Direttiva del 28 giugno 2022, prot. n. 15307.

⁸⁴ Sulle peculiarità presentate dall'ambito marittimo in questo settore sia consentito il rinvio a G. CATALDO, *Implicazioni costituzionali della sentenza della Corte di giustizia sul limite di estensione dei permessi di ricerca di idrocarburi: suggestioni per un approccio integrativo alla materia energetica*, in [federalismi.it](https://www.federalismi.it), 15/2022, 1 ss.

⁸⁵ [GESTORE SERVIZI ENERGETICI](https://www.gestore-servizi-energetici.it), *Invito a manifestare interesse ad aderire alle procedure previste dall'articolo 16, comma 1 del decreto legge 1 marzo 2022, n. 17 recante misure urgenti per il contenimento dei costi dell'energia elettrica e del gas naturale, per lo sviluppo delle energie rinnovabili e per il rilancio delle politiche*, 6 luglio 2022.

⁸⁶ D.m. n. 548 del 28 dicembre 2021 (G.U. n. 35 dell'11 febbraio 2022).

⁸⁷ Cfr. art. 11-ter, d.l. 14 dicembre 2018, n. 135.

4.1. (segue): *alcuni nodi problematici sottesi alla scelta adottata, anche in raffronto alla percorribilità di strade alternative*

Il permanere nel perimetro del solo art. 41 Cost., per quanto appaia senz'ombra di dubbi una pacifica scelta consentita dal dettato costituzionale, non sfugge da un'analisi di respiro più ampio, anche in raffronto con le alternative offerte dalla stessa Carta, quali ad esempio la nazionalizzazione.

Anzitutto, si può dire che l'art. 16 del «Decreto energia» può caratterizzarsi per i suoi contorni particolarmente morbidi, visto che la sua operatività è rimessa nella scelta sull'esercizio dell'autonomia negoziale da parte delle compagnie. Ad esempio, un'altra strada avrebbe potuto essere individuata nel vincolare allo Stato la vendita dei beni minerari estratti. Questa scelta, però, si sarebbe esposta a concrete censure di illegittimità, apparendo una garanzia solo formale della libera iniziativa privata di cui al comma 1 dell'art. 41.

Ad ogni modo, gli aspetti che più di tutti sembrano aver indotto lo Stato a intraprendere la via negoziale a scapito di altre sono stati sicuramente quelli della praticabilità e della speditezza. Non si intravedono, infatti, particolari ostacoli alla buona riuscita degli obiettivi sottesi all'art. 16 del d.l. L'unico profilo di incertezza può rintracciarsi nell'effettivo successo dell'invito alla manifestazione d'interesse. Le imprese, però, non sembrano avere molte ragioni per non aderire, visto il potenziale aumento della produzione e, di conseguenza, delle vendite, proiettato addirittura su un piano decennale. Per di più, la dinamica descritta dalla disposizione appare alquanto sbrigativa: una volta ricevute le adesioni, solo la stipula contrattuale si frappone alla prosecuzione accelerata ed intensificata delle attività, le quali potranno così svilupparsi secondo modalità produttive ordinarie e tipiche.

Praticabilità e speditezza che caratterizzerebbero in maniera decisamente minore una opposta decisione di totale deroga alla regola di mercato. È solo la seconda che potrebbe persistere nell'ipotesi di una nazionalizzazione. L'art. 43 Cost. è per sua natura espressivo di una manifestazione pubblica forte e autoritativa nel campo economico. Una decisione in tal senso, per tramite di una fonte di primo grado, potrebbe produrre gli effetti immediati del trasferimento del settore degli idrocarburi al pubblico, rivelandosi idonea a resistere a eventuali censure di irragionevolezza e di incongruità rispetto allo scopo, visti i chiari presupposti. Al contempo, *tra il dire e il fare*, la medesima ipotesi porrebbe il problema della disponibilità dei mezzi di produzione e della loro possibilità di acquisizione nell'immediato. A meno di propendere per un'espropriazione delle imprese che attualmente sono stanziate nel territorio marittimo nazionale, la sola riserva del settore in mano pubblica darebbe luogo a non poche difficoltà di reperibilità di ulteriori strutture per procedere alle complesse operazioni di coltivazione.

La riflessione, ad ogni modo, non può limitarsi a tale campo d'analisi. Diversi nodi problematici emergono soprattutto se si osserva l'intero arco temporale su cui si proietta la scelta adottata dal legislatore. La stipula di contratti a lungo termine rende potenzialmente operativa la previsione anche al di là del frammento temporale relativo all'emergenza. Ciò pone una perplessità in termini di costi (non solo economici, ma anche sociali) e benefici.

Questo aspetto assume maggior interesse se si considerano due profili fortemente concatenati ma esterni all'oggetto della disposizione, entrambi attinenti alla sostenibilità ambientale. Il primo profilo è quello che, almeno a prima vista, si rivela meno delicato, a condizione, tuttavia, di una chiarezza in ordine a una visione di lungo periodo. La prosecuzione, intensificata, delle estrazioni in terra ma soprattutto in mare implicherebbe quantomeno una minima deviazione dall'indirizzo politico volto a raggiungere una transizione energetica ed ecologica il più possibile completa. Il secondo profilo denota, invece, un quadro più articolato della riflessione perché investe la questione del bilanciamento. La proiezione in termini decennali del contratto interroga sulla compatibilità della misura rispetto alla tutela ambientale anche per come cristallizzata in Costituzione tanto fra i Principi

fondamentali (art. 9) quanto fra i Rapporti economici (art. 41) a seguito della riforma del 2022. Se è vero che, in questo caso, molti studiosi parlano di una «riforma bilancio», ovvero semplicemente ricognitiva di un approccio giurisprudenziale e dottrinale già assodato⁸⁸, è anche vero che i due interventi modificativi – specie il primo – non possono esulare dal domandarsi in che modo la Repubblica tuteli l'ambiente, l'ecosistema e la biodiversità attraverso questa tipologia di misure potenzialmente ultronee rispetto al periodo di crisi.

In questa occasione si intreccia anche il problema della ripetuta proposta, al momento solo teorica⁸⁹, di una deroga al «PiTESAI», con il correlato intento di sfruttare in maniera più consistente le parti del fondale che contengono idrocarburi, recuperando aree che al momento risultano escluse perché inidonee dal punto di vista della sostenibilità.

Posto che l'attività di coltivazione di idrocarburi, che qui interessa, è quella tendenzialmente meno impattante sull'ecosistema (a differenza delle operazioni di prospezione e ricerca), il dubbio si sviluppa più che altro nella prospettiva delle conseguenze sul medio-periodo: ovvero, l'acquisto e l'inevitabile uso protratto delle fonti fossili stride con l'idea di azzerare (o di ridurre drasticamente) le emissioni di anidride carbonica, al fine del processo della transizione ecologica (ed energetica). Difatti, mentre finora lo Stato ha concesso titoli di concessioni a compagnie, libere poi di vendere (e far consumare) i beni minerari estratti nel mercato globale, adesso la prospettiva è di vincolarne lo sfruttamento (e lo stesso consumo) all'interno del territorio nazionale.

Il problema che risalta, dunque, è sulla proporzionalità della disposizione. Solo per cenni, si può dire che sin dalla teorizzazione della necessità come fonte del diritto⁹⁰ fino ad arrivare alla riconduzione della gestione dell'emergenza all'interno del tracciato costituzionale⁹¹, la dottrina ha sempre previsto la possibilità di un'alterazione della disciplina vigente. Il tutto, però, pur sempre in vista di un periodo circoscritto⁹² e, soprattutto, senza che si ricada in un'anomia, dovendo esserci

⁸⁸ Cfr.: M. CECCHETTI, *Virtù e limiti della modifica degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, cit., 17, in richiamo a G. SILVESTRI, *Spunti di riflessione sulla tipologia e sui limiti della revisione costituzionale*, in *Studi in onore di P. Biscaretti di Ruffia*, II, Milano, 1987, 1187-1189; E. MOSTACCI, *Proficuo, inutile o dannoso? Alcune riflessioni a partire dal nuovo testo dell'art. 41*, cit., 1123-1124.

⁸⁹ Cfr. le dichiarazioni del Ministro Cingolani, Senato della Repubblica, XVIII Legislatura, Seduta n. 441 del 16 giugno 2022, al sito del [Senato](#): «mi piacerebbe un futuro in cui – sì – diminuiamo l'uso del gas, ma in cui ciò che ci continuerà a servire sia il più possibile prodotto in assoluta indipendenza a livello nazionale. Dal mio punto di vista, poiché nel frattempo è scoppiata una guerra che ha cambiato completamente il panorama mondiale dell'energia, forse è arrivato il momento di rivedere e analizzare nuovamente il Pitesai alla luce di quanto sta accadendo, cercando di combinare le due cose, che sono combinabili: riduzione del gas totale e nello stesso tempo aumento del gas che ci servirà dai nostri giacimenti. In tal modo, si mantiene la rotta della decarbonizzazione al 55 per cento, ma si rende l'Italia più sicura e stabile dal punto di vista energetico. Mi impegnerò a fare questo nei prossimi tempi e spero di riuscirci».

⁹⁰ Per tutti, SANTI ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e Reggio-Calabria*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1909, 251 ss., spec. 260.

⁹¹ M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2/2020, 113, in nt. 28, critica la tesi romaniana della necessità quale fonte del diritto rinvenendo direttamente nella Costituzione la persistente fonte di legittimazione per le misure di contrasto all'emergenza. Analogamente, già V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, 1984⁵, 165 ss. Si v., sul punto, anche A. LO CALZO, *Interazioni tra dimensione sovranazionale e dimensione nazionale nella produzione normativa*, cit., 597, il quale richiama, fra gli altri, A. PIZZORUSSO, *Emergenza (stato di)*, in *Enc. sc. soc.*, III, 1993, 551 ss. Ma sul «fatto emergenziale» quale unico e vero parametro per tutta la trafila dei dpcm di cui al precario d.l. 23 febbraio 2020, n. 6 (primo in materia di contenimento da Covid-19) cfr. A. MANGIA, *Emergenza, fonti-fatto, e fenomeni di delegificazione temporanea*, in *Rivista AIC*, 2/2021, 165-166, il quale cita anche R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998, 95.

⁹² SANTI ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio*, cit., 262, parla di misure *contra legem*: concetto che, mutuato nell'attuale ordinamento, potrebbe anche essere trasposto nell'idea di misure quantomeno divergenti rispetto alla materialità costituzionale. Non a caso, sul punto, v. anche C. MORTATI, *Costituzione (Dottrine generali)*, cit., 195, che parla di possibilità di deroga a «norme, sia pure sostanziali, della Costituzione (intendendo perciò la 'forza di legge' conferita ai provvedimenti provvisori altresì nel senso di 'forza di legge costituzionale')».

sempre la possibilità di uno scrutinio sulla proporzionalità e, soprattutto, sulla temporaneità⁹³ (passando anche di qui la fondamentale distinzione fra «eccezione» ed «emergenza»)⁹⁴.

Ebbene, la previsione del «Decreto energia», nel pieno rispetto dei canoni della normativa emergenziale, dà indubbiamente luogo a delle alterazioni di profili anche di rilievo costituzionale, facendo regredire interessi di prim'ordine tutelati da un ordinamento inserito in un contesto globale e competitivo (*i.e.* l'ambiente e il mercato)⁹⁵, per lasciar posto a una manifestazione del *primum vivere*: l'autosufficienza energetica⁹⁶. Di qui la necessità di scindere l'operatività cronologica della disposizione: da una parte, il suo interfacciarsi in un contesto emergenziale; dall'altra, il suo svolgersi su un arco di tempo molto più ampio di quello prescritto dall'attuale crisi, idoneo ad abbracciare una situazione (presto auspicata) di *normalità*.

Delle due l'una, in questo senso. Le attività di coltivazione richiedono periodi dilatati per estrarre la risorsa mineraria ovvero si rivelano efficaci in tempistiche relativamente brevi. Entrambe le eventualità lasciano trasparire delle perplessità per come è strutturata la norma: la prima appare maggiormente coerente col termine decennale ma risulta contestualmente poco utile rispetto alle incombenze dell'emergenza; la seconda, al contrario, può dare dei risultati nell'imminenza, perciò utili, ma non giustifica il suo eccessivo prolungamento temporale. Peraltro, l'intero impianto normativo, trovando come nucleo essenziale l'ampliamento o il ripristino di titoli minerari in favore delle compagnie, non esclude (anzi, implicherebbe) la possibilità che quest'ultime possano continuare nelle attività estrattive anche dopo la scadenza del contratto con lo Stato, tornando a vendere i beni minerari a prezzo di mercato⁹⁷.

Se si allarga di gran lunga l'angolo visuale, ciò che sembra affiorare è un nuovo capitolo della difficoltà, generalmente avvertita a livello statale, nel discostarsi dall'idea di perseguire lo sfruttamento del fondale e della terraferma nazionali. Sembra quasi, figurativamente, che il non estrarre e – contestualmente – il lasciare intatti i beni minerari presenti nel sottosuolo siano visti come un'*occasione sprecata*, tale che sarebbe un peccato rinunciarvi. In tal senso, l'art. 16 del d.l., pur muovendo dal presupposto emergenziale, appare piuttosto una disposizione espressiva di un indirizzo politico ben definito e idoneo a restare stabile nel tempo.

Al contrario, l'opposta scelta di attivare l'art. 43 comporterebbe un minore impatto su tali aspetti. Come per l'art. 41, anche per l'art. 43 si possono intravedere due applicazioni, l'una più *morbida*, l'altra più *drastica*. Non si tratterebbe, infatti, di arrivare per forza all'ipotesi estrema di espropriare

⁹³ E. GROSSO, *Legalità ed effettività negli spazi e nei tempi del diritto costituzionale dell'emergenza*, cit., VII-VIII. Per lo stesso SANTI ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio*, cit., 270-271, la previsione di misure straordinarie non esula uno scrutinio sulla proporzionalità della misura adottata rispetto allo scopo prefissato; similmente (e pur sempre relativamente a un contesto che non conosceva una Costituzione rigida), C. MORTATI, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, 1931, rist. an. 2000, Milano, 14-15. Sulla possibilità che una fonte *extra-ordinem* disponga solo sospensioni temporanee e non abrogazioni del diritto vigente cfr. M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., 114.

⁹⁴ Sull'argomento cfr. M. LUCIANI, *Il diritto e l'eccezione*, cit., 52: «L'emergenza si dichiara perché l'ordinamento vuole proteggersi di fronte a eventi straordinari che possono colpire persone e beni in misura tale da mettere a rischio la sua stessa consistenza o il vincolo di consenso che lo legittima, non perché voglia farsi annientare e rimpiazzare». Allo stesso modo R. BIN, *Autonomia e stato di emergenza*, in *Politika*, Annuario della Società di Scienza politica dell'Alto Adige, 22, Bolzano, 2022, 2 ss.

⁹⁵ Sulle diverse implicazioni globali nell'attuale forma di Stato cfr. G. LUCHENA, *Moti ascensionali della sovranità economica*, in *Amministrazione in cammino*, 2016, 2. Sul valore del mercato cfr. G.U. RESCIGNO, *Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana*, in *Principio di eguaglianza e principio di legalità nella pluralità degli ordinamenti giuridici*, Atti del XIII Convegno Annuale, Trieste, 17-18 dicembre 1998, Padova, 1999, 125, richiamato anche da C. PINELLI, *I rapporti economico-sociali fra Costituzione e trattati europei*, cit., 28.

⁹⁶ Il *primum vivere* (o la *salus Rei publicae* che dir si voglia) è una categoria richiamata per descrivere la provvisoria (a volte brusca) deviazione dall'ordinario disposta dal legislatore per porre rimedio alle varie situazioni d'emergenza. Sul punto v. M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., 113. Già sul concetto di «conservazione dell'ordinamento» cfr. C. MORTATI, *Costituzione (Dottrine generali)*, cit., 193.

⁹⁷ Preme sottolineare, infatti, che ai sensi dell'art. 29 della l. n. 613/1967, la durata del titolo concessione è di trent'anni, con possibilità di proroghe.

le compagnie private, ma solamente di riservare allo Stato l'esercizio dell'attività economica in oggetto, prevedendo per chi è attualmente intestatario di titoli minerari un indennizzo (anche sul mancato reddito e sul lucro cessante), come prescritto dalla disposizione costituzionale. Peraltro, a costo di una leggera forzatura, la stessa «Direttiva idrocarburi» prevede la possibilità di limitare l'accesso al titolo a singoli operatori per ragioni di «sicurezza nazionale»⁹⁸. Si potrebbe trattare di un ulteriore appiglio tanto per discostarsi dalla procedura imparziale prevista, quanto per emanare una legge attuativa dell'art. 43 Cost.⁹⁹: «sicurezza» che, *ça va sans dire*, rappresenta uno dei limiti all'iniziativa economica privata previsti dall'art. 41, comma 2, Cost.

Quel che interessa più d'ogni aspetto, però, è che la scelta della nazionalizzazione si giustificerebbe non per motivi di lungo periodo di programmazione della produzione nazionale, bensì emergenziali. Si potrebbe fare un parallelo col caso greco, risalente allo scorso decennio, in cui in piena crisi economica l'ipotesi di intensificare le estrazioni fu motivata proprio dal fine redistributivo¹⁰⁰. È in ragione di questi aspetti che un eventuale trasferimento della «categoria d'impresa» potrebbe essere strutturato in senso *temporaneo*, riaprendo il settore al mercato all'indomani della cessazione dell'emergenza.

Il monopolio legale *temporaneo* non è un'ipotesi completamente astratta, dato che è stato anche di recente preso in considerazione in altre occasioni. Proprio la poliedricità delle situazioni d'emergenza degli anni recenti, infatti, ha spesso indotto a prospettare operazioni di tal sorta. Si pensi al legame fra crisi epidemiologica e nazionalizzazione transitoria di Alitalia¹⁰¹, acquisita dalla nuova compagnia di bandiera ITA Airways. Questo tipo di intervento provvisorio è stato a più riprese invocato per il salvataggio dell'ILVA¹⁰², attualmente gestito da una società con quote di partecipazione pubblica (Acciaierie d'Italia). Molto più di recente, sempre in tema di emergenza energetica ma stavolta in ambito petrolifero, è stata avanzata l'ipotesi di una nazionalizzazione temporanea della raffineria ISAB, che importa soprattutto da Lukoil, compagnia russa¹⁰³. Pur relativa a un periodo antecedente all'attuale regime costituzionale, anche l'esperienza dell'IRI può essere annoverata fra gli esempi di nazionalizzazioni temporanee (per quanto poi rimasta in vita fino a fine Secolo) per far fronte alla crisi economica (quella della prima metà del Novecento)¹⁰⁴.

Per quanto *limite*, dunque, questa prospettiva applicativa temporanea dell'art. 43 non sembra trovare nel disposto costituzionale particolari ostacoli, atteso che la legge sulla nazionalizzazione potrebbe, in futuro, essere abrogata o modificata da successivi provvedimenti di ripristino del mercato

⁹⁸ Il già richiamato art. 2 della Direttiva, nel conciliare la sovranità territoriale degli Stati con la tutela della parità di *chances* fra operatori, al secondo alinea del secondo paragrafo prevede questa significativa eccezione, disponendo che «[...] gli Stati membri possono negare, per motivi di sicurezza nazionale, l'autorizzazione all'accesso e all'esercizio di queste attività a qualsiasi ente effettivamente controllato da paesi terzi o da cittadini di paesi terzi».

⁹⁹ Sempre basandosi sul secondo paragrafo dell'art. 106 TFUE (in combinato disposto con l'art. 14 TFUE e l'art. 36 CDFUE), A. LUCARELLI, *La Corte costituzionale dinanzi al magma dei servizi pubblici locali*, cit., 4647, parla di «Missione di interesse generale che si traduce non soltanto nella sicurezza dell'approvvigionamento, la regolarità, la qualità e il prezzo delle forniture, ma anche nella sicurezza, nonché la tutela dell'ambiente e la protezione del clima».

¹⁰⁰ Come sottolinea, in senso polemico, N. KLEIN, *This changes everything. Capitalism vs. the climate* (2014), trad. it. *Una rivoluzione ci salverà. Perché il capitalismo non è sostenibile*, Milano, 2015, 250-251.

¹⁰¹ Sul legame fra crisi da *Covid-19* e nazionalizzazione temporanea di Alitalia, cfr. R. PALOMBA, *Nazionalizzazione ai tempi del COVID-19 e suoi precedenti*, in *Osservatorio sui Conti Pubblici Italiani*, in *Osservatorio CPI*, 28 maggio 2020, 1 ss. In merito v. anche A. NAPOLITANO, *Il ritorno decisivo dello Stato imprenditore. Dalla nazionalizzazione di Alitalia alla estensione dei c.d. golden powers*, in *Dir. pubbl. eur. Rassegna Online*, 2/2020, 1 ss. e F. SCUTO, *La dimensione sociale della Costituzione economica nel nuovo contesto europeo. Intervento pubblico nell'economia, tutela del risparmio, reddito minimo*, Torino, 2022, 58-59.

¹⁰² Ad esempio v. E. MAIUCCI, *Ilva: ricapitalizzare all'indiana o nazionalizzare all'americana?* in *formiche*, 1° febbraio 2013.

¹⁰³ Cfr. *Reuters: L'Italia valuta la nazionalizzazione temporanea della filiale Lukoil in Sicilia*, in *Agenparl*, 27 aprile 2022.

¹⁰⁴ Per una disamina storica cfr. ad es. V. Castronovo (cur.), *Storia dell'IRI 1933-1948, I, Dalle origini al dopoguerra*, Bari, 2012.

una volta mutato il quadro economico-politico, senza particolari problemi di ordine pratico. Di conseguenza, il suo carattere cronologicamente circoscritto apparirebbe maggiormente idoneo nell'evitare che la operatività della norma possa risultare eccessivamente (e ingiustificatamente) prolungata, avendo come obiettivo quello di alterare il mercato (e la tutela ambientale) solo nei limiti dell'occorrente.

5. *Conclusioni: “mater artium necessitas”, ovvero l'incerto ritorno dello Stato promotore nel campo energetico*

La scelta di avviare un processo di intensificazione delle estrazioni risponde all'esigenza di intervento immediato a fronte di una improvvisa minaccia di scarsità di giacimenti. Fra le due strade indicate dall'art. 41 e dall'art. 43 Cost., ognuna percorribile in modo drastico o morbido, lo Stato ha preferito quella più leggera in assoluto: agire nella dinamica di mercato vincolando il meno possibile i privati.

Effettivamente, tale scelta appare anche dettata da ragioni strategiche o comunque di carattere pratico, discendenti dal tentativo di non intaccare, per quanto possibile, un settore oligopolistico caratterizzato da ingenti investimenti da parte delle compagnie e perciò potenzialmente riconducibile allo scrupoloso monitoraggio dell'apparato comunitario. Detto in altri termini, il Governo ha inteso permanere il più possibile nella dinamica di mercato maggiormente consona al contesto eurolunitario, evitando l'attivazione di clausole antimonopolistiche che, per quanto in astratto consentite, avrebbero fatto correre il rischio di ingenerare attriti a livello nazionale e, soprattutto, sovranazionale.

Questi presupposti di natura anche contingente rappresentano però solo un punto di partenza per delle considerazioni sull'evoluzione del ruolo dello Stato nei rapporti economici nella presente epoca.

Anzitutto appare utile ribadire che, in quest'occasione, il ruolo che si è inteso attribuire allo Stato è quello di mero «regolatore». Difatti, si è scelto di non agire in prima persona nella produzione di beni o servizi, preferendo una posizione esterna di garanzia: gli unici protagonisti appartenenti al settore pubblico sono il GSE (non un operatore economico *stricto sensu*) e l'ENI (considerato non in quanto società pubblica ma come uno dei diversi interlocutori nell'invito a manifestare interesse).

A questo punto, però, oltre che sul «*perché*» dettato dalle contingenze e dalle strategie, la domanda che si impone è sul «*come*» si sia arrivati ad adottare tale scelta anziché altre maggiormente derogatorie del mercato. Risulta infatti d'interesse tentare di comprendere le condizioni di sistema che hanno indotto lo Stato ad agire per la via docile dell'art. 41 piuttosto che per quella dell'art. 43, nonostante analoghi precedenti anche recenti e, soprattutto, i profili di sproporzionalità a cui la disposizione si presta. In altre parole, occorre chiedersi quanto lo Stato abbia effettivamente avuto la possibilità di orientare le proprie scelte all'interno della pur sempre *quasi elasticità* della disciplina costituzionale dei Rapporti economici.

Invero, posto che i tempi non sono ancora maturi per un giudizio consolidato¹⁰⁵, se le recenti nazionalizzazioni, per quanto isolate o disarticolate, possono essere viste come parte di una più ampia riemersione di una politica industriale¹⁰⁶, la vicenda degli idrocarburi si presenta molto più involuta agli occhi dell'interprete. In questo secondo caso, nello sviluppare la disciplina, il legislatore statale è sembrato nuovamente risentire del complesso intreccio di interessi che caratterizza il settore, da tempo oggetto di dispute¹⁰⁷. I profili critici che si cercato di porre all'attenzione in ordine alla

¹⁰⁵ F. BILANCIA, *Indirizzo politico e nuove forme di intervento pubblico nell'economia in attuazione del Recovery and Resilience Facility, tra concorrenza e nuove politiche pubbliche*, in Costituzionalismo.it, 1/2022, 50.

¹⁰⁶ *Ivi*, 49.

¹⁰⁷ La problematica delle esternalità delle attività di prospezione e ricerca si è sviluppata, nell'ultimo decennio, nel conflitto di competenze e di attribuzioni fra Stato e Regioni, sia davanti alla Corte costituzionale, sia davanti al giudice amministrativo (fino ad arrivare alla Corte di giustizia dell'U.E. con la già citata sentenza C-110/20). Per una ricostruzione dei profili della vicenda sia ancora consentito il rinvio a G. CATALDO, *Implicazioni costituzionali della sentenza della*

disposizione di cui all'art. 16 del d.l. lasciano però emergere un non indifferente *favor* nei confronti degli operatori privati che appare in larga parte slegato dall'immediatezza emergenziale. Non si può infatti negare il beneficio nei confronti delle compagnie operanti nel settore, che troverebbero nello Stato un acquirente automatico dei giacimenti estratti per lungo tempo.

Così, come altre volte in contesti di crisi, anche in questo caso lo Stato non è pertanto sembrato riuscire a sviluppare delle forme di governo (di indirizzo, di coordinamento, di programmazione e finanche di gestione diretta) dell'economia e del contesto produttivo, i quali continuano così a risultare egemoni rispetto alla politica¹⁰⁸. Di qui anche l'ipotesi – preme ancora ribadire, saggiabile solo fra qualche anno – che le settoriali misure di nazionalizzazione possano presentarsi come mere eccezioni, saltuarie rispetto alla regola dell'attuale approccio pubblico all'economia emergenziale: a maggior ragione proprio perché, forse, si tratta di nazionalizzazioni *ad hoc*, relative a imprese o aziende specificamente individuate, mentre un efficace provvedimento nel campo degli idrocarburi richiederebbe, come visto, la statizzazione dell'intero settore.

In fin dei conti, dunque, in questo specifico ambito il redivivo Stato attore protagonista nell'economia è sembrato confermare la sua precarietà, tipica di un frangente storico che sta da poco uscendo dalla controversa stagione liberista. Si rivela, ancora per il momento, molto più cauto nei suoi movimenti, perché tanti sono i fattori, esogeni ed endogeni, che ne possono minare l'efficacia dell'azione. Risulta decisamente molto più debole rispetto al passato: fortemente vincolato nella spesa¹⁰⁹ (condizionando i diritti sociali alle risorse disponibili)¹¹⁰ e meno provvisto di mezzi (in questo caso, *di produzione*) per poter intervenire in maniera più incisiva.

Si tratta, del resto, di una condizione di precarietà messa in luce già molto tempo addietro, tipica del ruolo dello Stato nella c.d. «società industriale». Con disincanto ma anche con schiettezza, Forsthoff notava come l'espansione dell'intervento pubblico nell'odierna forma di Stato può essere sinonimo di debolezza o di forza, ma quasi sempre si inverte la prima alternativa: lo Stato è invocato come «salvatore in situazioni che la società non può gestire con le proprie forze, [...] [ma è] dominato da quelle stesse forze che agiscono a livello sociale»¹¹¹. Si tratta di una condizione da cui lo Stato fa fatica a sottrarsi, in quanto consapevole che, a differenza del passato, «il benessere collettivo dipende dall'efficiente funzionamento della società industriale», con la conseguenza che lo stesso potere

Corte di giustizia, cit., nonché a P. LACORAZZA, *Il miglior attacco è la difesa. Costituzione, territorio, petrolio*, Gallarate, 2019, e *ivi* alla Prefazione di S. MANGIAMELI, 7 ss. Sull'argomento delle competenze, da una prospettiva ancor più ampia, cfr. E. DI SALVATORE, *La materia della "produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia" nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2010, 1 ss., nonché ID., *La Regione, il Consiglio di Stato e gli idrocarburi*, in *Giur. cost.*, 1/2020, 384 ss.

¹⁰⁸ Cfr. A. ALGOSTINO, *Costituzionalismo e distopia nella pandemia di Covid-19 tra fonti dell'emergenza e (s)bilanciamento dei diritti*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2021, 69-70.

¹⁰⁹ Di recente, A. ALBERTI, *I vincoli finanziari tra fatti e norme*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2022, spec. 791, ha evidenziato come siano le previsioni di determinate regole concernenti il modello economico, quali l'indisponibilità della politica monetaria (ma anche i vincoli di bilancio) a esporre l'ordinamento «al pericolo di instabilità finanziaria», concludendo così «che le emergenze o crisi finanziarie non possono riguardarsi alla stregua di eventi naturali incontrollabili dalla volontà umana e dai processi di produzione normativa, derivando piuttosto dalla logica di funzionamento che è propria di assetti istituzionali deliberatamente stabiliti».

¹¹⁰ A.M. NICO, *L'emergenza sanitaria "guarisce" lo Stato sociale dai condizionamenti economici e finanziari?*, in *Dir. pubbl. eur. Rass. Online*, 1/2021, 116.

¹¹¹ E. FORSTHOFF, *Der Staat der Industriegesellschaft* (1971), trad. it. a cura di A. MANGIA, *Lo Stato della società industriale*, Milano, 2011, 22. Si tratta di un passaggio che suscita un parallelo col dualismo, evidenziato da C. MORTATI, *Costituzione (Dottrine generali)*, cit., 162-163, fra «classe dirigente» (ovvero individui e gruppi «detentori delle varie posizioni che di fatto sono capaci di assicurare un predominio», in questo caso attraverso il possesso delle armi, del suolo, di beni mobili o di quant'altro) e «classe politica» (ovvero «i detentori del potere di esercizio dell'attività attraverso cui si estrinseca la volontà dello Stato»): i secondi, aggiunge, «anche nel caso che siano reclutati tra i primi, operano (organizzandosi nel loro interno secondo una struttura oligarchica) quale strumento tecnico della classe dirigente, in quanto, sotto l'influenza della medesima, concretano, di volta in volta, e per la maggiore realizzazione dei fini suoi propri, gli orientamenti dell'azione sociale». Su questi aspetti del pensiero mortatiano cfr. anche O. CHESSA, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Milano, 2014, 580 ss.

pubblico «finisce con l'essere legato ai rapporti di forza interni alla società e ad impigliarsi in tutte le contrapposizioni politiche che hanno per oggetto questi rapporti di forza»¹¹².

Alla luce di questi aspetti, non si tratta pertanto di evidenziare semplicemente (o solamente) le problematiche suscitate dalla potenziale sproporzione della misura statale rispetto al dato emergenziale, quanto di porre l'accento sull'*impossibilità, in capo allo stesso decisore pubblico, di poter agire altrimenti*, trovandosi nelle sole condizioni di affidarsi al comparto produttivo privato. È il privato (comprendente i soggetti pubblici che agiscono *iure privatorum* nell'economia), dunque, l'unico soggetto che sembra avere, in questo momento storico, la disponibilità economica e materiale (beni, mezzi, investimenti, *know how*, ecc...) per poter contribuire ad assicurare l'obiettivo di interesse generale stabilito – questo sì – dallo Stato. In tal senso, il beneficio (o *favor* che dir si voglia) tratto dalle compagnie desumibile dalla dinamica di cui all'art. 16 del d.l. appare un inevitabile e consequenziale “prezzo da pagare”.

Di qui il richiamo al detto latino «*mater artium necessitas*», traducibile, oltre che nella vigorosa formulazione de «la necessità è la madre delle abilità» anche in quella più modesta (e sommessa) del «far di necessità virtù», relativa al comprendere quali sono i limitati mezzi a disposizione, “rimboccarsi le maniche” e tentare di uscire da una situazione spiacevole. Per questo, la politica energetica emergenziale, visti i tanti interessi implicati (autosufficienza, produttività, mercato, sostenibilità ecosistemica, paesaggio, ecc...) ¹¹³ rappresenta un punto di osservazione privilegiato per intravedere tali aspetti. La disposizione contenuta nel «Decreto energia» pare infatti confermare queste intuizioni. Se le emergenze stanno lasciando trasparire, come già detto, diversi accenni di un ritorno dello Stato, i tempi non maturi e i disarticolati provvedimenti non consentono ancora di pervenire a dei giudizi stabili. Previsioni normative come quella che si è tentato di commentare, unite ad altri provvedimenti emergenziali, lasciano tuttavia intendere quali potranno essere i connotati della presenza pubblica nell'economia nel futuro prossimo.

¹¹² E. FORSTHOFF, *Lo Stato della società industriale*, cit., 22-23. Il che riporterebbe, sempre nella visione del giurista tedesco, al rinnovato compito in capo allo Stato di farsi carico delle defezioni prodotte dalla società industriale, specialmente dal punto di vista delle situazioni di svantaggio prodotte in capo ai singoli individui: questo ritorno alla «dimensione sociale di custode del *Gemeinwohl*», non è però un dato immediato o automatico e si ripropone alla stregua di un «auspicio», come nota A. MANGIA, *Presentazione*, *ivi*, XLII.

¹¹³ Ovvero, per riprendere ancora E. FORSTHOFF, *Lo Stato della società industriale*, cit., 24, interessi di ampio raggio che entrano in conflitto *anche* con interessi particolari: se è solo lo Stato a trovarsi nella situazione di dover farsi carico dei primi (in assenza di nessun altro soggetto disposto ad assumersi l'onere), «allora tutto dipende dal peso politico con cui le organizzazioni rappresentative di interessi particolari sono in grado di opporsi al soddisfacimento di interessi di portata generale», spiegandosi così «l'inattività che tanto di frequente si rimprovera allo Stato nella protezione delle acque e dell'atmosfera dall'inquinamento».

Andrea Lollo

**Libertà di manifestazione del pensiero e uso dei *social* da parte dei magistrati
(a proposito di una recente delibera del Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa)* ****

ABSTRACT: *The contribution addresses the issue of the freedom of expression of judges on social networks, taking its cue from the recent resolution of the Presidency Council of Administrative Justice, approved in the session of 25 March 2021. Resolution which, precisely, dictates some rules on use of electronic means of communication and social media by administrative magistrates. The contribution attempts to focus on the limits imposed on magistrates on the exercise of freedom of expression on social media for reasons related to compliance with the constitutional principles that govern the exercise of judicial functions. To this end, after having proceeded to outline the constitutional framework, the Author reconstructs the relevant legislation and jurisprudence, proposing his own theoretical vision. Finally, the contribution ends with a critical analysis of the contents of the resolution of the Presidential Council of Administrative Justice.*

SOMMARIO: 1. Notazioni preliminari – 2. I limiti costituzionali all’esercizio della libertà di manifestazione del pensiero per i magistrati – 3. La (mancanza di una) normativa di riferimento – 4. Applicazioni giurisprudenziali da parte della Sezione disciplinare del CSM – 5. La Delibera del Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa sull’uso dei mezzi di comunicazione elettronica e dei *social* da parte dei magistrati amministrativi – 5.1. “Amicizie” sui *social* – 5.2. Altre forme di interazione sui *social* (*like* e *repost*) – 6. Osservazioni conclusive

1. *Notazioni preliminari.*

L’approvazione, da parte del Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa, nella seduta del 25 marzo 2021, della «[Delibera sull’uso dei mezzi di comunicazione elettronica e dei *social media* da parte dei magistrati amministrativi](#)» ha riaperto i riflettori su un tema da sempre oggetto di interesse per la riflessione giuridica: quello delle esternazioni dei magistrati.

Detta delibera, infatti, è volta a individuare talune linee guida per un corretto uso delle piattaforme *social* e degli ulteriori strumenti di comunicazione elettronica nell’ambito dei rapporti professionali, muovendo dall’idea di bilanciare il diritto individuale di espressione del singolo magistrato con i principi di terzietà e imparzialità (anche percepita) della magistratura, invocando, a più riprese, le regole della (elevata) continenza espressiva, della diligenza e della precauzione nella selezione delle “amicizie” virtuali e, più in generale, nelle connessioni sui *social*, laddove vi possano essere punti di contatto con soggetti coinvolti nell’attività professionale del magistrato, quali le parti del processo e i loro rappresentanti.

Com’è noto, il problema delle esternazioni pubbliche dei magistrati si è posto in passato soprattutto in relazione alle partecipazioni televisive di taluni soggetti chiamati a esprimersi su processi ancora in corso o in via di risoluzione, raggiungendo il suo apice durante gli anni di “mani pulite”: in un contesto, cioè, caratterizzato da un’elevata conflittualità tra potere esecutivo e potere giudiziario, in cui la magistratura ha finito per abbandonare la regola non scritta (ma ferrea) del silenzio, frutto dell’omogeneità con la classe dominante e pegno dell’irresponsabilità sociale per le decisioni assunte, avviando una “presa di parola” che verrà a più riprese contrastata, insidiata e revocata in



** Il presente scritto costituisce il testo, riveduto e rielaborato, delle Relazione tenuta, in data 21 febbraio 2022, al corso di formazione per magistrati amministrativi, organizzato dall’Ufficio Studi, massimario e formazione della Giustizia amministrativa, sul tema «L’uso dei mezzi di comunicazione elettronica e dei social media da parte dei Magistrati amministrativi».

dubbio¹. Inizia così la stagione del “risveglio culturale” del potere giudiziario, che si snoda attraverso diverse tappe: dalla difesa della libertà di espressione nei confronti di iniziative disciplinari, all’elaborazione di un’autentica “etica del discorso pubblico”, che trasmoda, da ultimo, in un moderno diritto-dovere di spiegarsi e di spiegare le proprie decisioni².

Si tratta, a ben vedere, di una questione che assume nuove colorazioni in un’era – quella della “rivoluzione digitale” – in cui sembra ormai raggiunto l’acme di quel processo di «convergenza tecnologica»³ che ha prodotto, tra le principali conseguenze, una sorta di “indifferenza” nell’uso dei mezzi di comunicazione (scritta, per suoni, per immagini e così via), estendendo in modo considerevole l’orizzonte costituzionale della libertà di manifestazione del pensiero.

Non v’è chi non veda, in effetti, come la rete, in uno con la nascita e l’enorme diffusione dei *social* e, più in generale, dei nuovi canali di condivisione del pensiero, abbia generato una serie di interrogativi che incrociano da vicino problemi classici per il diritto costituzionale, quali sono contenuto e, soprattutto, limiti alla libertà di manifestazione del pensiero. Il tutto con immediati riverberi sull’esercizio della libertà di espressione di talune particolari categorie professionali come i magistrati.

Per un verso, infatti, nella pluralità delle forme comunicative si staglia quel patrimonio democratico che, già nelle intenzioni del Costituente, connotava la libertà di pensiero, autentica «pietra angolare dell’ordine democratico»⁴; diritto fondamentale che, per usare un’espressione della Corte costituzionale, rientra tra quelli che «meglio caratterizzano il regime vigente nello Stato, condizione com’è del modo di essere e dello sviluppo della vita del paese in ogni suo aspetto culturale, politico, sociale»⁵. Segnatamente, il più ampio riconoscimento delle forme di accesso agli strumenti di comunicazione digitale presuppone una maggiore libertà nel confronto e nell’interazione delle opinioni, che consente di implementare un circuito di comunicazione aperta e trasparente tra la società civile e la comunità statale, coniugando il profilo del diritto del singolo a *manifestare* liberamente il proprio pensiero con quello dei destinatari a *ricevere* un’informazione che sia il più possibile completa e imparziale⁶.

Per altro verso, però, la diffusione delle nuove forme di comunicazione ha inciso in modo ragguardevole sulla disciplina dei limiti all’esercizio della libertà di espressione, il cui contenuto è andato vieppiù estendendosi e adattandosi all’odierno contesto sociale. La circostanza che l’uso dei *social* abbia ormai quasi del tutto assorbito i tradizionali strumenti di comunicazione cartacea, radiofonica e televisiva sembra avere irreversibilmente trasformato il modello di comunicazione, che pare essere non più del tipo “da uno a molti”, ma “da molti a molti”, considerato che le fonti “emittenti” sono divenute aperte a tutti e interagiscono in tempo reale tra di loro.

Per effetto di ciò, le persone, da mere fruitrici di contenuti, sono divenute degli “editori”, inverandosi così quel contesto «glocale» che caratterizzava la condizione del singolo nel modello di società liquida teorizzato da Zygmunt Bauman⁷: un contesto in cui la dimensione globale e quella locale tendono a coesistere e sovente a intrecciarsi. I gruppi di utenti che si formano on line consentono, infatti, di instaurare delle relazioni che difficilmente potrebbero venire in essere offline, dal momento che i *social* consentono a persone che vivono all’altra parte del globo di relazionarsi.

¹ Per una ricostruzione delle tappe in cui si sviluppa la “presa di parola” della magistratura cfr., da ultimo, N. ROSSI, *Il silenzio e la parola dei magistrati. Dall’arte di tacere alla scelta di comunicare*, in [Questione Giustizia](#), 4/2018, 245 ss.

² Cfr. N. ROSSI, *Dall’arte di tacere alla scelta di comunicare*, cit., 248.

³ Così P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2011, 424 ss.;

⁴ Così [Corte cost., sent. n. 84/1969](#), punto 5 del *Cons. in dir.*

⁵ Cfr. [Corte cost., sentt. nn. 9/1965; 11/1968; 84/1969; 1/1981](#).

⁶ Cfr. M. MANETTI, *La libertà di manifestazione del pensiero*, in AA.VV., *I diritti costituzionali*, a cura di R. Nania-P. Ridola, Vol. II, Torino, 2006, 768; L. CALIFANO, *La libertà di manifestazione del pensiero... in rete; nuove frontiere di esercizio di un diritto antico. Fake news, hate speech e profili di responsabilità dei social network*, in [federalismi.it](#), 26/2012, 2.

⁷ Il riferimento è ovviamente a Z. BAUMAN, *Modernità liquida* (2000), trad. it., Bari, 2011.

Notoriamente, i *social* costituiscono una realtà variegata, potendo assumere forme disparate, raggruppabili in diverse categorie: blog e microblog, reti professionali e/o aziendali, forum, canali di condivisione fotografica e di *video sharing*, recensioni di prodotti/servizi, giochi su reti sociali, realtà virtuali, etc. Come è ovvio, simili forme comunicative, amplificano i rischi di un uso inappropriato – per non dire scriteriato – di talune forme espressive; tanto più se si considera che l’accessibilità a simili mezzi di comunicazione fa *pendant* con il contesto di una società – sia consentito – decadente, nella quale è diffusa la ricerca, a qualunque costo, dell’approvazione sociale (virtuale) con relativa perdita del senso critico e della dimensione reale dell’esistenza.

Taluni *social* – in particolare Facebook e Instagram – costituiscono, infatti, una *ἀγορά* virtuale, ossia una «piazza immateriale» che consente un numero indeterminato di accessi e di visioni⁸.

Senza bisogno di scomodare le caustiche – quanto pertinenti – osservazioni di Umberto Eco in merito ai rischi di una «legione degli imbecilli»⁹, sembra sufficiente rilevare come l’immediatezza nell’accesso alla comunicazione tramite i *social* rechi con sé il pericolo di trasmodare in forme di espressione diffamatorie o, per lo meno, denigratorie, difficilmente controllabili. A ciò si aggiunga che, sovente, i mezzi di comunicazione telematica divengono il volano di un’informazione sommaria e, talvolta, fuorviante, per non dire maliziosamente evocativa. Il che appare ancor più periglioso se si considera che si tratta di messaggi aventi una larghissima diffusione e che, una volta in rete, difficilmente possono essere rimossi (c.d. principio di “eternità mediatica”).

Lo spazio virtuale in cui simili forme di espressione vengono a declinarsi acuisce, in definitiva, le difficoltà connesse all’effettività dei limiti previsti esplicitamente (buon costume) e/o implicitamente dalla Carta costituzionale (onore e reputazione altrui, quale corollario del principio personalista; riservatezza; interesse al regolare funzionamento della giustizia; interesse alla sicurezza dello Stato) in quanto riconducibili ad altri principi costituzionali parimenti meritevoli di tutela. Basti pensare, a mero titolo esemplare, all’utilizzo di profili *fake*, malcelati da pseudonimi dietro i quali si nascondono utenti che comunicano in modo del tutto incontrollato e incontrollabile¹⁰.

2. I limiti costituzionali all’esercizio della libertà di manifestazione del pensiero per i magistrati.

In un simile contesto viene a collocarsi il problema – oggetto qui di interesse – dell’esercizio della libertà di manifestazione del pensiero sui *social* da parte dei magistrati.

Giova evidenziare come la circostanza, sopra evidenziata, che le informazioni contenute sui *social* siano conoscibili da un numero indeterminato di persone e siano ulteriormente divulgabili da parte di chiunque ne prende conoscenza assottigli considerevolmente il discrimine tra forme di espressione privata e forme di espressione pubblica. Talune manifestazioni che nascono come private finiscono, infatti, per assumere una connotazione pubblica, con conseguenze di non secondario rilievo in ordine al contesto costituzionale di riferimento, come si avrà modo di evidenziare nel prosieguo (libertà di manifestazione del pensiero vs. libertà e segretezza della corrispondenza).

Di conseguenza, i principi costituzionali che caratterizzano l’esercizio delle funzioni giurisdizionali finiscono per incidere sull’esercizio della libertà di espressione del singolo magistrato. La qual cosa, con ogni evidenza, genera più di un problema di condotta per gli oltre 9.000 soggetti appartenenti all’ordine giudiziario.

Che si tratti di un tema estremamente attuale e, nel contempo, delicato è comprovato dalla sensibilità mostrata finanche dal Capo dello Stato, Sergio Mattarella, in un incontro tenutosi il 5 aprile

⁸ Cfr. Cass. pen., sez. I, sent. n. 37596/2014; in dottrina M. MEZZANOTTE, *Facebook come “luogo aperto al pubblico”*, in federalismi.it, 2/2016.

⁹ In tal senso si è espresso Umberto Eco nel giugno 2015 in occasione di una laurea *honoris causa* rilasciata nell’Aula Magna della Cavallerizza Reale a Torino.

¹⁰ Evidenzia, in modo particolare, i rischi, connessi all’uso di internet, di una lesione dei diritti costituzionalmente protetti P. COSTANZO, *Internet (diritto pubblico)*, in *Dig. disc. pubbl.*, agg., Torino, 2000, 347 ss.

2019 presso la Scuola Superiore della Magistratura di Scandicci. Occasione in cui il Presidente della Repubblica ha avuto modo di rimarcare la necessità di una maggiore *sobrietà* nei comportamenti e nelle esternazioni sui *social*, quali strumenti di comunicazione che, se non amministrati con prudenza e discrezione, possono vulnerare il riserbo che deve contraddistinguere l'azione dei magistrati e offuscare la credibilità e il prestigio della funzione giudiziaria.

Prima ancora, anche il Procuratore Generale della Corte di cassazione, Riccardo Fuzio, in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2018, aveva a sua volta rimarcato le troppe esternazioni dei magistrati, segnatamente dei pubblici ministeri, sui *social* ma non solo, invocando l'esigenza di ricercare un equilibrio tra la tutela della libertà di espressione del magistrato come cittadino e il suo ruolo istituzionale.

Sulla stessa linea si era mosso, altresì, il Presidente dell'Associazione Nazionale Magistrati Eugenio Albamonte, il quale, in un'intervista rilasciata al quotidiano "*Il Messaggero*" il 22 febbraio 2018, aveva evidenziato la pericolosità di talune affermazioni infelici comparse sui *social*, proponendo alla giunta dell'associazione una modifica del codice deontologico mediante un intervento diretto sui *social*, considerato che, a suo avviso, le esternazioni sul web sarebbero equiparabili a quelle rilasciate in occasione di una vera e propria manifestazione pubblica.

Da ultimo, l'invito al *self restraint* è pervenuto dalla Corte di cassazione, la quale, nel 2021, attraverso l'Ufficio del Massimario, ha risposto a un questionario sul tema «Le attività secondarie e l'uso dei *social media* da parte dei magistrati», focalizzando l'attenzione proprio sui limiti alle attività dei magistrati sui *social*¹¹. Limiti che – osserva l'Ufficio del Massimario – risultano particolarmente penetranti con riguardo alle espressioni, alle esternazioni e alle pubblicazioni che presentano legami con i contenuti dei procedimenti trattati nell'ufficio o con le persone in essi coinvolti, atteso che la legge recante la disciplina degli illeciti disciplinari stabilisce che il magistrato esercita le funzioni con correttezza, riserbo ed equilibrio, rispettando la dignità della persona nell'esercizio delle funzioni¹². Con la conseguenza che dette espressioni, a certe condizioni, potrebbero costituire un illecito disciplinare allorché si traducano in gravi scorrettezze nei confronti delle parti, dei difensori, dei testimoni o di qualunque soggetto coinvolto nel procedimento o nei confronti di altri magistrati¹³.

L'attività dei magistrati sui *social* – continua l'Ufficio del Massimario – deve, tuttavia, ritenersi limitata anche allorché si riferisca a espressioni o pubblicazioni di natura privata, poiché la regola della sobrietà nei comportamenti impone di non eccedere nell'esibizione virtuale di frammenti di vita privata che dovrebbero restare riservati, al fine di non pregiudicare il necessario credito di equilibrio, serietà, compostezza e riserbo di cui ogni magistrato e, quindi, l'intero ordine giudiziario deve godere nei confronti della pubblica opinione. In tale prospettiva, le regole deontologiche impongono un *self-restraint* ancor più rigoroso nei casi in cui le esternazioni o le pubblicazioni (ma anche la creazione di "amicizie" o connessioni virtuali o la partecipazione a gruppi) abbiano rilevanza politica o investano temi di interesse generale.

L'esercizio della libertà di espressione dei magistrati sembra, in effetti, andare incontro a limiti di carattere speciale rispetto a quelli vevoli per la generalità dei consociati. Si tratta, in particolare, del rispetto dei principi di dignità, integrità, imparzialità, autonomia e indipendenza del singolo magistrato e della magistratura nel suo complesso: principi che la giurisprudenza costituzionale non ha esitato a elevare a valori di rango costituzionale primario, essendo essi serventi alla funzione tipica assoluta dagli organi giudiziari, che notoriamente si consustanzia nella tutela dei diritti fondamentali della persona umana.

In particolare, in un risalente – ma particolarmente attuale – arresto, la Corte costituzionale ha evidenziato come i suddetti principi, che per dettato costituzionale (art. 101, comma 2 e 104 comma 1 cost.) connotano le funzioni giurisdizionali, debbano essere tutelati non solo con specifico

¹¹ Il testo è rinvenibile sul [sito istituzionale](#) della Corte di cassazione.

¹² Cfr. l'art. 1 del d.lgs. n. 109/2006.

¹³ Cfr. l'art. 2, lett. d), del d.lgs. n.109/2006.

riferimento al concreto esercizio delle funzioni medesime, ma anche come regola deontologica da osservarsi in *ogni* comportamento, al fine di evitare che possa fondatamente dubitarsi dell'indipendenza e imparzialità nell'adempimento delle funzioni giudicanti. Tali principi sono volti a preservare la considerazione di cui il magistrato *deve* godere (anche) dinanzi all'opinione pubblica, assicurando, nel contempo, quella dignità (*id est* prestigio) dell'intero ordine giudiziario in cui si concreta la credibilità della funzione giurisdizionale tutta e la fiducia dei cittadini verso la stessa¹⁴.

In senso analogo, anche la Corte Europea dei Diritti Umani ha avuto modo di rilevare più volte come i magistrati godano sì del diritto di liberamente esprimere il proprio pensiero e le proprie idee, ma come tale diritto possa essere ragionevolmente bilanciato con altri valori fondamentali quali, in particolare, il buon funzionamento della giustizia¹⁵.

Le esternazioni dei magistrati a mezzo *social* – rivolgendosi a un numero indeterminato di persone – sembrano trovare una copertura costituzionale nell'art. 21 Cost. Disposizione, questa, che definisce i contorni della libertà di manifestazione del pensiero riferendosi tanto alla libertà dei contenuti del messaggio informativo, quanto alla dimensione della sua libera diffusione attraverso qualunque mezzo. Non appare conferente, invece, il richiamo all'art. 15 Cost., che disciplina la segretezza della corrispondenza.

Come autorevolmente rilevato, infatti, le due disposizioni costituzionali si distinguono tra di loro in quanto, mentre l'art. 21 Cost. tutela la divulgazione del pensiero espresso e indirizzato in modo pubblico a un numero indeterminato di persone, l'art. 15 Cost. copre la trasmissione del pensiero tra due o più soggetti determinati con esclusione di qualunque terzo¹⁶.

Sebbene non sia dubitabile che i magistrati godano dei medesimi diritti di libertà garantiti dalla Carta a ogni cittadino, appare evidente come, a guisa di quanto accade per tutti gli altri diritti costituzionali, anche la loro libertà di manifestazione del pensiero vada soggetta al bilanciamento con principi di pari rango. Segnatamente, l'esercizio di detta libertà deve esplicarsi in modo tale da non compromettere l'affidabilità e la credibilità della magistratura in termini di indipendenza e imparzialità: principi, questi, che occupano, a loro volta, un posto apicale nella gerarchia dei valori costituzionali.

Va da sé che in forza del dettato costituzionale ogni forma di esternazione che abbia una rilevanza pubblica (anche indiretta) soggiace a limiti di tale portata. Il che vale anche per le manifestazioni private rese tramite i *social*, le quali, quand'anche non strettamente pertinenti alle funzioni assolte dal singolo magistrato, sono potenzialmente fruibili dalla generalità dei consociati e, di conseguenza, potrebbero intaccare l'effettività dei principi costituzionali sopra richiamati.

Cercando di ricondurre la tematica su di un piano di carattere teorico, pare possibile osservare come, accanto a limiti di carattere "generale" (riguardanti la generalità dei consociati), i soggetti appartenenti alla magistratura vadano incontro a limiti di carattere "speciale", derivanti dalla appartenenza alla categoria. Nel silenzio del legislatore, il *punctum crucis* della questione si compendia proprio nella ricerca di un equilibrio tra il diritto di manifestazione del pensiero del singolo magistrato e i principi di autonomia, indipendenza, credibilità e prestigio dell'ordine giudiziario, baluardi, a loro volta, dei principi di imparzialità e indipendenza della funzione giurisdizionale.

Come evidenziato dalla Corte costituzionale a più riprese, i principi di indipendenza e imparzialità assicurano al magistrato una posizione *super partes* che esclude qualsiasi – anche indiretto – interesse alla causa da decidere. La condotta del magistrato deve, perciò, essere tale da renderlo immune da vincoli che possano comportare la sua soggezione – formale o sostanziale – ad altri organi, mirando, per quanto possibile, a renderlo libero da prevenzioni, timori e influenze che possano indurlo a decidere in modo diverso da quanto a lui dettano scienza e coscienza¹⁷. Altresì, l'esercizio della

¹⁴ Cfr. Corte cost., [sentt. n. 100/1981](#); [224/2009](#).

¹⁵ Da ultimo, cfr. Corte EDU, sent. 16 ottobre 2018, *Daineliene c. Lituania*.

¹⁶ Cfr. P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, in *Enc. dir.*, Milano, 1974, 432.

¹⁷ Cfr. Corte cost., [sentt. nn. 60/1969](#); [128/1974](#); [18/1989](#).

funzione giurisdizionale impone al magistrato stesso anche di *apparire* imparziale, oltre a essere tale. La qual cosa richiede allo stesso, non soltanto di essere esente da ogni parzialità, ma anche di essere al di sopra di ogni sospetto di parzialità.

Per altro verso, a rilevare è l'esigenza di una rigorosa tutela del prestigio dell'ordine giudiziario, inteso, questo, anche con riferimento all'immagine che la magistratura come potere offre di sé ai cittadini e alla credibilità che essa merita ai loro occhi¹⁸. Mentre, dunque, l'essere imparziale si declina in relazione al concreto processo, l'apparire tale costituisce un valore immanente alla posizione istituzionale del magistrato, che appare indispensabile per legittimare, dinanzi alla pubblica opinione, l'esercizio della giurisdizione come funzione sovrana, onde evitare di minare la fiducia dei consociati nel sistema giudiziario, quale valore essenziale per il funzionamento dello Stato di diritto¹⁹.

Anche la Corte Europea dei Diritti Umani, avuto riguardo alla garanzia dell'equo processo di cui all'art. 6, paragrafo 1, della CEDU, ha affermato che l'imparzialità del giudice deve essere apprezzata secondo due criteri, quello soggettivo e quello oggettivo: il criterio soggettivo consiste nello stabilire se dalle convinzioni personali e dal comportamento di un determinato giudice si possa desumere che egli abbia un'idea preconcepita rispetto a una particolare controversia sottoposta al suo esame (da tale punto di vista, l'imparzialità del giudice è presunta fino a prova contraria); il criterio oggettivo, invece, impone di valutare se, a prescindere dalla condotta del giudice, esistano fatti verificabili che possano generare dubbi, oggettivamente giustificati, sulla sua imparzialità. Secondo la Corte EDU, anche le apparenze hanno importanza poiché «non si deve solo fare giustizia, ma si deve anche vedere che è stata fatta», essendo in gioco la fiducia che i giudici, in una società democratica, debbono ispirare nell'opinione pubblica e nelle parti²⁰.

3. La (mancanza di una) normativa di riferimento-

Si è cercato fin qui di mettere a fuoco il contesto costituzionale in cui si inserisce la tematica dell'esercizio – con i conseguenti limiti – della libertà di manifestazione del pensiero sui *social* da parte dei magistrati. Tuttavia, a un livello sub costituzionale non si rinvengono norme di dettaglio che disciplinano la materia, neppure sotto forma di regole non vincolanti, aventi funzione di direttive o di raccomandazioni. Esistono, infatti, nell'ordinamento solo disposizioni di carattere generale e, tra queste, quelle che regolano le forme di esternazione legate al contesto "istituzionale".

In particolare, l'art. 2 del d.lgs. 23 febbraio 2006, n. 109, alle lett. u) e v), vieta la divulgazione, anche dipendente da negligenza, di atti del procedimento coperti dal segreto o di cui sia previsto il divieto di pubblicazione, e prescrive un dovere di riservatezza sugli affari in corso di trattazione, o sugli affari definiti, quando la divulgazione stessa è idonea a ledere indebitamente diritti altrui. A essere vietata è, altresì, la pubblicazione di dichiarazioni o di interviste che riguardino i soggetti a qualsivoglia titolo coinvolti negli affari in corso di trattazione, ovvero trattati e non definiti con provvedimento non soggetto a impugnazione ordinaria.

L'art. 5 dello stesso decreto legislativo prevede ora, al comma 2-*bis*, introdotto dall'art. 3 del d.lgs. 8 novembre 2021, n. 188, che la diffusione di informazioni sui procedimenti penali è consentita solo quando è strettamente necessaria per la prosecuzione delle indagini o qualora ricorrano altre specifiche ragioni di interesse pubblico. Con la precisazione che le informazioni sui procedimenti in corso devono essere fornite in modo da chiarire la fase in cui il procedimento pende e da assicurare, in ogni caso, il diritto della persona sottoposta a indagini e dell'imputato a non essere indicati come

¹⁸ Cfr. Corte cost., [sent. n. 100/1981](#).

¹⁹ Cfr. Corte cost., [sent. n. 197/2018](#).

²⁰ Cfr., *ex plurimis*, da ultimo, Corte EDU, sent. 16 ottobre 2018, *Daineliene c. Lituania*; prima ancora, sent. 31 ottobre 2017, *Kamenos c. Cipro*; sent. 20 settembre 2016, *Karelin c. Russia*; sent. Grande Camera, 23 aprile 2015, *Morice c. Francia*; sent. 15 gennaio 2015, *Dragojevic c. Croazia*.

colpevoli fino a quando la colpevolezza non sia stata accertata con sentenza o con decreto penale di condanna irrevocabili.

Tali comportamenti, fatta salva naturalmente l'ipotesi in cui risultino integrate fattispecie di reato perseguibili dagli organi giudiziari competenti, possono dare luogo all'irrogazione di sanzioni disciplinari da parte del Consiglio Superiore della Magistratura che vanno dall'ammonizione alla rimozione.

Si tratta, a ben vedere, di esternazioni che riguardano più da vicino le comunicazioni "istituzionali" dei magistrati, le quali, naturalmente, benché dettate pensando appositamente ai rapporti con la stampa, possono declinarsi in tutte le loro diverse forme. Detta normativa è figlia dell'esigenza – sopra ricordata – di limitare, all'indomani degli anni di "mani pulite", talune esternazioni pubbliche – rilasciate in particolare nel corso di trasmissioni pubbliche – riguardanti fatti relativi a processi ancora in corso o in via di risoluzione in grado di ledere potenzialmente la riservatezza delle parti interessate.

L'attività di comunicazione "istituzionale" con la stampa e con i mass media è, inoltre, oggetto di regole che assumono valore di linee guida, raccomandazioni o direttive indirizzate ai capi ufficio da parte del Consiglio Superiore della Magistratura con la delibera dell'11 luglio 2018. Dette regole, in attuazione dell'art. 5 del d.lgs. n. 106/2006²¹, e recependo le raccomandazioni e i pareri di taluni organismi internazionali²², sono ispirate da tre esigenze: a) contemperare i valori della trasparenza e della comprensibilità della giurisdizione con il carattere riservato e, talora, segreto della funzione; b) tutelare il diritto all'informazione dei cittadini, sul presupposto che taluni procedimenti siano di pubblico interesse; c) improntare i rapporti tra magistratura e mass media a principi di compostezza e moderazione.

Occorre precisare, però, che si tratta di linee-guida non vincolanti, sebbene le stesse rappresentino senz'altro un modello utilizzabile dai dirigenti degli uffici nella regolamentazione dei diversi aspetti della comunicazione.

In particolare, con riguardo agli uffici requirenti, il Consiglio Superiore della Magistratura raccomanda la designazione, in ogni ufficio, di un responsabile per la comunicazione nella persona del capo dell'ufficio o, su delega di questo, del magistrato che abbia maggiori attitudini o esperienza comunicativa. L'organo di autogoverno della magistratura raccomanda, inoltre, che le informazioni rilasciate non interferiscano con il segreto delle indagini e, in generale, con il principio di riservatezza e non pregiudichino i diritti dei soggetti coinvolti nel procedimento, prescrivendo, altresì, che, in ossequio al principio di non colpevolezza, sia evitata ogni rappresentazione delle indagini idonea a determinare nel pubblico la convinzione della colpevolezza delle persone indagate.

Con riguardo agli uffici giudicanti, poi, si raccomanda la designazione di un magistrato responsabile per la comunicazione (o di due responsabili, uno per il civile e uno per il penale, negli uffici di grandi dimensioni). Si prevede, inoltre, che, quando si verifichi un caso di potenziale interesse pubblico (poiché di rilievo economico, sociale, politico, tecnico-scientifico), esso sia seguito in tutte le fasi processuali e il magistrato decidente curi la predisposizione della notizia di decisione con linguaggio semplice, chiaro e comprensibile. Notizia che dovrà essere rielaborata tecnicamente dal responsabile per la comunicazione, il quale ne dovrà curare la trasmissione agli organi di informazione e ai media.

Infine, l'art. 6 del [Codice Etico, approvato il 13 novembre 2010](#) – recante «rapporti con la stampa e con gli altri mezzi di comunicazione di massa» –, fissa delle direttive sul tema delle comunicazioni istituzionali ed extraistituzionali. Ai sensi di detto articolo, nei contatti con la stampa e con gli altri mezzi di comunicazione il magistrato non sollecita la pubblicità di notizie attinenti alla propria attività

²¹ Recante «Rapporti con gli organi di informazione».

²² Cfr., ad es. la Racc. n. 12/2010 del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa; il rapporto del 1° giugno 2018 dell'*European Network of Councils for the Judiciary*; i pareri del Consiglio consultivo dei giudici europei del 2005, 2010 e 2011.

di ufficio. Quando non è tenuto al segreto o alla riservatezza su informazioni per ragioni del suo ufficio e ritiene di dover fornire notizie sull'attività giudiziaria, al fine di garantire la corretta informazione dei cittadini e l'esercizio del diritto di cronaca, ovvero di tutelare l'onore e la reputazione dei cittadini, evita la costituzione o l'utilizzazione di canali informativi personali riservati o privilegiati.

Fermo il principio di piena libertà di manifestazione del pensiero, il magistrato si ispira a criteri di equilibrio, dignità e misura nel rilasciare dichiarazioni e interviste ai giornali e agli altri mezzi di comunicazione di massa, così come in ogni scritto e in ogni dichiarazione destinati alla diffusione. Il magistrato deve evitare, altresì, di partecipare a trasmissioni nelle quali sappia che le vicende di procedimenti giudiziari in corso saranno oggetto di rappresentazione in forma scenica.

Tali norme, come può notarsi, invitano il magistrato a tenere un comportamento ispirato a una elevata continenza. Esse, però, si limitano a fissare delle direttive che non hanno diretta incidenza disciplinare, non essendo state recepite nel relativo codice. Le regole deontologiche espresse dal codice etico hanno una rilevanza soltanto indiretta e mediata nella materia disciplinare, nella misura in cui i precetti in esso previsti coincidono con una delle fattispecie tipiche previste dal D. lgs. n. 109 del 2006. Al di fuori di tali casi, si tratta di regole che rilevano unicamente ai fini delle eventuali sanzioni in sede associativa, le quali, tuttavia, nella realtà non risultano mai essere state adottate dagli organi dell'associazione a ciò deputati (ovverosia, il Comitato direttivo centrale, con eventuale ricorso all'assemblea generale, sulla base dell'azione esercitata dal Collegio dei probiviri)²³.

4. Applicazioni giurisprudenziali da parte della Sezione disciplinare del CSM.

La Sezione disciplinare del CSM ha avuto modo di ricondurre la tematica delle esternazioni rese in occasione di partecipazioni televisive sotto l'ombrello dell'art. 2, lett. d), del d.lgs. n. 109/2006, recante «grave scorrettezza nei confronti di soggetti coinvolti nel procedimento o di altri magistrati». Lo stesso CSM, poi, nella circolare sugli incarichi extragiudiziari, approvata con delibera del 2 dicembre 2015, ha stabilito che è sottoposta ad autorizzazione la partecipazione programmata continuativa e non occasionale, anche se gratuita, a trasmissioni televisive, radiofoniche ovvero diffuse per via telematica o informatica da chiunque gestite, nella quali vengono trattate specifiche vicende giudiziarie ancora non definite nelle sedi competenti²⁴.

Con specifico riguardo alle esternazioni rese tramite i *social*, in assenza di regole di dettaglio, la Sezione Disciplinare del CSM ha cercato, affrontando le singole fattispecie, di delineare un contesto normativo di riferimento, attingendo alla normativa di carattere generale. Il filo rosso nella giurisprudenza disciplinare è costituito dal principio secondo cui l'apparenza di imparzialità rappresenta il confine entro il quale i diritti del magistrato come cittadino e, in particolare, i diritti di libertà di espressione e di opinione, possono esplicarsi senza pregiudizio alcuno per i valori essenziali della giurisdizione.

Con la [sentenza n. 20 del 2018](#), ad esempio, si è avuto modo di affermare che costituisce condotta disciplinarmente rilevante quella tenuta dal magistrato che, in violazione di norme di legge (in particolare, dell'art. 4, comma 1, lett. d), del d.lgs. n. 109/2006) e deontologiche, posti un messaggio offensivo, a mezzo del proprio profilo personale Facebook, nei confronti del Sindaco della città ove il magistrato esercita le funzioni giudiziarie requirenti.

Tale comportamento è stato ritenuto scorretto e rilevante ai fini della configurabilità dell'illecito disciplinare, in quanto idoneo a rendere percepibile l'offesa da una pluralità indefinita di utenti della

²³ Così V. TENORE, *La libertà di pensiero tra riconoscimento costituzionale e limiti impliciti ed espliciti: i limiti normativi e giurisprudenziali per giornalisti, dipendenti pubblici e privati nei social media*, in [Lavoro Diritti Europa](#), 2/2019, 32.

²⁴ Cfr. art. 4.2-bis.

rete, a prescindere dalla considerazione della percezione dell'offesa che il destinatario della medesima ne abbia avuto.

Prima ancora, con la [sentenza n. 127 del 2017](#), la sezione disciplinare del CSM ha ritenuto in parte escluso l'addebito e in parte di scarsa rilevanza il fatto che un pubblico ministero aveva, tramite Facebook, espresso giudizi e apprezzamenti sull'avvenenza di un attore coinvolto, come parte lesa, nel crollo di una palazzina e il cui fascicolo era stato assegnato al medesimo magistrato. Ciò, in quanto, per il CSM, tali affermazioni – sebbene di scarso gusto – non potevano intaccare l'imparzialità del magistrato.

Con la [sentenza n. 64 del 2016](#), la Sezione disciplinare del CSM ha assolto un magistrato fuori ruolo per mandato politico da Sindaco, ritenendo che le affermazioni rilasciate tramite Facebook rispondessero in parte a finalità politiche e in parte non ledessero l'immagine del magistrato.

Con la [sentenza n. 95 del 2016](#), la Sezione disciplinare del CSM ha escluso la sussistenza dell'illecito disciplinare di cui agli artt. 1, comma 1, e 4, comma 1, lettera d), del d.lgs. n. 109/2006, allorché si contestava a un magistrato la violazione dei generali doveri di correttezza, equilibrio, riserbo, per aver postato nel proprio profilo *social* commenti sconvenienti su colleghi e su un neogiudice costituzionale. In quell'occasione il magistrato è stato assolto con la motivazione che l'interpretazione delle frasi oggetto di contestazione deve essere effettuata in senso unitario e globale e una lettura logica delle frasi in oggetto, debitamente inserite nel contesto delle frasi degli interlocutori, lasciava evincere che si trattava di una conversazione sviluppatasi sul filo dell'ironia.

Infine, si ricorda la pronuncia n. 1 del 2007, con cui la Sezione disciplinare del CSM ha affermato la responsabilità disciplinare di un magistrato che, usando uno pseudonimo, aveva formulato su un sito internet giudizi dal contenuto altamente diffamatorio nei confronti di diversi colleghi, affermando che essi avrebbero agito nell'ambito di un processo per ragioni politiche, usando reiteratamente espressioni gratuitamente lesive, prive di qualsiasi prova o fondamento e, comunque, diffamatorie, esorbitanti gli ordinari limiti di contenenza, e idonee, quindi, a ledere il prestigio dell'ordine giudiziario²⁵.

5. La Delibera del Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa sull'uso dei mezzi di comunicazione elettronica e dei social da parte dei magistrati amministrativi.

In tale contesto ordinamentale si colloca la [delibera del Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa del 25 marzo 2021](#), che costituisce il primo testo volto a dettare delle regole di condotta riferite specificamente all'uso dei *social* da parte dei magistrati. L'iniziativa si colloca nel solco di analoghe prese di posizione assunte a livello internazionale, quali il *Public Confidence and the Image of Justice. Individual and Institutional use of Social Media within the Judiciary*, pubblicato dallo *European Network of Councils for the Judiciary*, nonché le *Non-Binding Guidelines on the Use of Social Media by Judges* pubblicate dall'ONU.

Il Consiglio di Presidenza, sul presupposto della centralità ormai assunta dai *social*, sia nella dimensione individuale che nello sviluppo delle comunità, tenta di contenere i rischi connessi a un possibile abuso delle piattaforme digitali. In particolare, coniugando le prerogative del singolo magistrato – sia nella propria funzione sia come cittadino – con i doveri connessi alla propria appartenenza istituzionale e al proprio *status*, la delibera mira a impedire che la creazione di una dimensione quasi extraspaziale ed extratemporale provochi l'attenuazione dei canoni del corretto esercizio della libertà di espressione sancita dall'art. 21 Cost.

²⁵ Per una ricostruzione dei precedenti giurisprudenziali, cfr. V. TENORE, *La libertà di pensiero tra riconoscimento costituzionale e limiti impliciti ed espliciti: i limiti normativi e giurisprudenziali per giornalisti, dipendenti pubblici e privati nei social media*, cit., 32 ss.

Ancora una volta, dunque, come accaduto in passato a proposito dell'introduzione del principio del *digital first* di cui all'art. 136 del Codice del Processo Amministrativo o dell'utilizzo ufficiale di *Telegram* per aggiornare gli avvocati sullo stato di avanzamento delle udienze, la giustizia amministrativa si rivela pioniera nell'uso delle tecnologie informatiche.

La delibera cerca, anzitutto, di delineare un perimetro normativo di riferimento, salvo, nel prosieguo, porre l'attenzione su talune fattispecie dotate di maggiore criticità, quali sono senz'altro le "amicizie" e le connessioni con persone coinvolte nell'attività professionale del magistrato. Con riguardo al primo profilo, il Consiglio di Presidenza osserva – a parere di chi scrive in maniera corretta – come la tematica dell'utilizzo dei *social* vada inquadrata nel bilanciamento tra le prerogative del singolo magistrato – sia nella propria funzione, sia come cittadino – e i doveri connessi all'appartenenza istituzionale e al proprio *status*.

In effetti, come sopra rilevato, il diritto individuale del singolo magistrato alla libera espressione va incontro a una serie di limiti che la Carta costituzionale pone a presidio di interessi super individuali, connessi all'esercizio della funzione giurisdizionale, che si rintracciano nei principi di autonomia, indipendenza, credibilità e prestigio dell'ordine giudiziario: principi che, anche nella delibera *de qua*, costituiscono precisi limiti all'uso dei *social*.

In linea con le esortazioni del Capo dello Stato, la via tracciata dal Consiglio di Presidenza per evitare di sconfinare in abusi si sviluppa sul crinale del principio di «continenza espressiva». Il singolo magistrato, pur potendo utilizzare i *social* nella propria vita privata, anche attraverso pseudonimi (a condizione che l'uso di uno pseudonimo non costituisca un espediente per porre in essere comportamenti illeciti), è invitato a un utilizzo «adeguato e prudente» rispetto a ogni interazione che venga in essere sulle piattaforme *social*, tenuto conto anche dei rischi connessi alla perdita di controllo dei contenuti immessi e alla tipologia di contenuto oggetto di pubblicazione e diffusione.

Di conseguenza, i magistrati amministrativi sono invitati a non comunicare con le parti, con i loro rappresentanti e con il pubblico in generale con riferimento a casi e controversie di propria competenza. Altresì, essi sono esortati a non utilizzare i *social* come strumento di pubblicità di proprie attività economiche extraistituzionali.

Chiaro appare l'intento – già perseguito in talune regole di carattere deontologico – dell'organo di autogoverno della giustizia amministrativa di contenere il più possibile i rischi che si accompagnano alle potenzialità applicative di talune esternazioni del magistrato, le quali, sebbene riguardanti la propria sfera privata, sono esposte ad acquisizioni, frammentazioni e, più in generale, a scomposizioni idonee ad alterare l'originaria identità e il significato intrinseco delle stesse.

La direzione perseguita dalla delibera è, con ogni evidenza, quella di fare leva sul senso di responsabilità dei magistrati, senza imporre regole stringenti che possano dare luogo a conseguenze di natura disciplinare. Circostanza, questa, che, se per un verso risalta l'equilibrio del Consiglio di Presidenza, per altro verso, però, rischia di affievolire l'efficacia della delibera, rendendola spuntata dal punto di vista dei rimedi sanzionatori.

Rimangono sottratte, in ogni caso, dall'ambito applicativo della delibera le forme di comunicazione elettronica *individuali*, da ascrivere alla sfera della corrispondenza privata del magistrato. Anche qui, il Consiglio di Presidenza si mostra particolarmente sensibile al dettato costituzionale, distinguendo le esternazioni pubbliche, rientranti nell'art. 21 Cost. (libertà di manifestazione del pensiero) – e, come tali, assoggettate ai limiti sopra menzionati –, dalle forme di comunicazione privata, rientranti invece nell'art. 15 Cost. (segretezza della corrispondenza) e, come tali, inviolabili senza il rispetto delle garanzie previste dalla Carta costituzionale.

Si pensi, a titolo esemplare, alle comunicazioni private via chat, che possono realizzarsi tramite Facebook o tramite Instagram, rispetto alle quali, naturalmente, non vengono in essere i limiti, imposti dall'appartenenza alla categoria, valevoli per le esternazioni aventi un rilievo pubblico.

Particolarmente calzante, poi, nell'ottica di garantire un uso corretto dei *social*, appare il riferimento al diritto/dovere del singolo magistrato di ricevere una formazione specifica circa i vantaggi e i rischi derivanti dall'utilizzo delle piattaforme digitali.

Probabilmente, quello della formazione costituisce uno degli aspetti più delicati della tematica in esame, trattandosi di un profilo spesso trascurato nei testi che mirano a disciplinare le esternazioni dei magistrati e che interseca il tema della consapevolezza dei mezzi utilizzati. Sovente, infatti, è proprio la scarsa consapevolezza nell'uso degli strumenti di comunicazione digitale a essere la causa di un esercizio abusivo che travalica i limiti imposti dal dettato costituzionale. Si pensi ai rischi connessi alla possibilità di condividere un messaggio con un pubblico indiscriminato di utenti e non solo con la propria cerchia di "amici", oppure alla geolocalizzazione degli utenti, spesso attiva di *default*.

Di conseguenza, appare meritorio l'impegno assunto nella delibera *de qua* dal Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa e dall'Ufficio Studi di farsi carico di garantire nelle forme più idonee ed efficaci iniziative di aggiornamento e formazione in materia. Iniziative che, inevitabilmente, avranno l'intento di diffondere una più diffusa "cultura" nell'uso dei *social*. La qual cosa, naturalmente – come rileva la delibera, nell'intento di evitare di deresponsabilizzare i singoli magistrati –, non esonera i singoli magistrati (i quali, al contrario, sono a ciò esortati nella delibera) dal rendersi a loro volta consapevoli del funzionamento tecnico degli strumenti di comunicazione utilizzati.

5.1. Amicizie sui social

Uno dei profili più delicati affrontati dalla delibera del Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa riguarda il tema delle amicizie sui *social*. Non v'è chi non veda, in effetti, come le amicizie virtuali tra un magistrato e una parte o il suo avvocato possano potenzialmente mettere a repentaglio i principi di indipendenza e imparzialità (*id est*, apparenza di imparzialità), provocando, di conseguenza, delle distorsioni nel corretto esercizio delle funzioni giurisdizionali.

L'amicizia virtuale, infatti, benché ontologicamente diversa da quella reale, instaura comunque una forma di legame tra soggetti che è potenzialmente visibile a un numero indiscriminato di utenti.

A tal proposito, non si rinvencono nell'ordinamento norme *ad hoc*, limitandosi sia il Codice di procedura civile che quello di procedura penale a individuare tra le cause di astensione e ricusazione l'instaurazione di rapporti "amicali" con i soggetti del processo, tra cui rientrano a pieno titolo i difensori. Segnatamente, il giudice civile ha l'obbligo di astenersi – e negli stessi casi può essere ricusato dalle parti – allorché sia «commensale abituale di una delle parti o di alcuno dei difensori»²⁶. Analogo obbligo grava sul giudice (sia su quello penale che su quello civile) nell'ipotesi in cui sussista una «grave inimicizia» con una delle parti o con alcuno di suoi difensori²⁷.

La giurisprudenza, in talune occasioni, ha avuto modo di chiarire come la mera conoscenza sia cosa ben diversa dall'amicizia e dall'abituale commensalità²⁸. In particolare, la sussistenza di normali e ordinarie relazioni di appartenenza (nella fattispecie, tra magistrati del T.A.R. e magistrati del Consiglio di Stato) è stata giudicata irrilevante ai fini della sussistenza di una causa di astensione, ai sensi dell'art. 51, n. 2), c.p.c.

Più di recente, le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno avuto modo di osservare che ha l'obbligo deontologico di astenersi dalla decisione – a norma degli artt. 36, comma 1, lett. h), c.p.p. e 51, comma 2, c.p.c. – il magistrato che abbia intrattenuto una relazione sentimentale con una qualsiasi delle parti processuali. Ciò, in quanto il legame affettivo tra il giudice e la parte o il suo

²⁶ Cfr. artt. 51, n. 2), e 52 c.p.c.

²⁷ Cfr. artt. 51, n. 3), e 52 c.p.c., nonché art. 36, lett. d), c.p.p.

²⁸ Cfr. T.A.R. Lazio (Roma), sez. III, sent. n. 40/2011.

difensore finisce per intaccare la serenità e la capacità del giudice stesso di essere imparziale, ovvero per ingenerare, sia pure ingiustificatamente, il sospetto che egli possa rendere una decisione ispirata a fini diversi da quelli istituzionali e intesa, per ragioni private e personali, a favorire o danneggiare gli eventuali destinatari²⁹.

Appare legittimo, allora, interrogarsi se le amicizie virtuali tra magistrato e avvocato o una parte del processo possano concretizzare un'ipotesi di comportamento vietato quantomeno ai sensi dell'articolo 3, lett. 1), del d.lgs. n. 109/2006, che sanziona, quali illeciti disciplinari al di fuori dell'esercizio delle funzioni, qualsiasi comportamento tale da compromettere l'indipendenza, la terzietà e l'imparzialità del magistrato, anche sotto il profilo dell'apparenza.

Di certo, il concetto di "amicizia virtuale" assume un significato differente rispetto a quello di amicizia "reale". Quest'ultima, infatti, secondo il significato comune, implica un vincolo di vivo e scambievole affetto tra due o più persone, ispirato in genere da affinità di sentimenti e da reciproca stima e fiducia³⁰. L'amicizia virtuale e il concetto di "follower", di contro, si compendiano in un rapporto di mera conoscenza o, talvolta, anche in qualcosa di meno, che non suggerisce alcun tipo di legame in termini di stimabilità affettiva, limitandosi a una interconnessione digitale.

Ciò che differenzia i due concetti, dunque, è la distanza emotiva tra gli "amici": mentre nel primo caso esiste una relazione di natura affettiva, nel secondo caso tale relazione non è necessaria, essendo sufficiente un rapporto di interconnessione digitale. Può accadere, infatti, e sovente accade, di diventare "amici" di soggetti che si conoscono solo in ragione della loro fama.

Stando così le cose, a parere di chi scrive, sembra doversi escludere che il rapporto di amicizia virtuale, *di per sé considerato*, possa intaccare il principio di apparente imparzialità del giudicante, determinando un'ipotesi di astensione e/o di ricusazione. Si tratta, infatti, di un rapporto che, nel significato sopra riportato, non intaccando la sfera emotiva, non pare in grado di intaccare la serenità e la capacità del giudice stesso di essere imparziale, a guisa di quanto accade per l'ipotesi di amicizia reale. Ciò, in quanto si tratta di un mero contatto tra utenti che avviene attraverso le piattaforme digitali e che, in quanto tale, non determina una comunanza di interessi economici o di vita di intensità tale da ingenerare il sospetto della parzialità.

Diversa è, naturalmente, l'ipotesi in cui l'amicizia virtuale si collochi in un contesto di rapporti che travalica il rapporto di mera interconnessione digitale.

Il tema, invero, è stato a più riprese affrontato dalla giurisprudenza statunitense, che ha ritenuto applicabili all'amicizia tra un giudice e un avvocato formalizzata all'interno di un *social network* le disposizioni deontologiche che prescrivono a tali soggetti di svolgere correttamente le rispettive funzioni al di là di eventuali interessi privati e personali. Secondo tale orientamento, il giudice che annovera tra i suoi amici virtuali un avvocato abilitato a patrocinare dinanzi a lui (con la conseguenza che tutti coloro che accedono al suo profilo personale possono liberamente fruire dell'informazione) pone in essere una condotta deontologicamente sanzionabile, in quanto idonea a far sorgere nei terzi ragionevoli dubbi in merito alla propria imparzialità nell'esercizio delle funzioni a causa della plausibile esistenza di un rapporto privilegiato con un interlocutore che esprime interessi di parte nell'ambito dei procedimenti a lui devoluti.

Anni addietro, invece, l'*Ohio Board of Commissioners on Grievances & Discipline*, nella Opinion no. 7 del 2010, ha affermato: "*A friend is a friend? Not necessarily. A social network "friend" may or may not be a friend in the traditional sense of the word*", sostenendo così l'idea che il concetto di amicizia nell'ecosistema dei *social* sia ben altro rispetto a quella reale, con la conseguenza che un magistrato ben potrebbe accogliere nel proprio spazio virtuale soggetti che non è solito frequentare quotidianamente.

La Corte di cassazione francese, in una decisione del gennaio 2017, ha chiarito che il termine amico usato per designare le persone che accettano di entrare in contatto attraverso i *social* non si

²⁹ Cfr. Cass. civ., sez. un., sent. 7497/2022.

³⁰ Questo è, per esempio, il significato che attribuisce alla parola amicizia il [Dizionario della lingua italiana Treccani](#).

riferisce a rapporti di amicizia nel senso tradizionale del termine. Con la conseguenza che l'esistenza di contatti tra diverse persone attraverso le piattaforme digitali non è sufficiente di per sé a caratterizzare una particolare parzialità, essendo il *social* semplicemente uno specifico mezzo di comunicazione tra persone che condividono gli stessi centri di interesse.

Tale orientamento, qui condiviso per le ragioni sopra esplicitate, ha fatto breccia da noi nella giurisprudenza amministrativa. Il Tar Sardegna (Cagliari)³¹, infatti, in una fattispecie avente a oggetto il rapporto tra un soggetto partecipante a un concorso pubblico per il reclutamento del personale docente e un commissario della commissione di concorso, ha avuto modo di escludere che l'amicizia su Facebook possa ingenerare una comunanza di interessi economici o di vita tra due soggetti (comunanza di interessi che nella giurisprudenza amministrativa determina l'incompatibilità tra esaminatore e concorrente), di intensità tale da determinare il sospetto che il candidato sia giudicato non in base alle risultanze oggettive della procedura ma in virtù della conoscenza personale con l'esaminatore.

Per il T.A.R., in particolare, Facebook implica solo una possibile diffusione del materiale pubblicato sul profilo dell'utente a un numero imprecisato e non prevedibile di soggetti a condizione che l'utente stesso non provveda a effettuare restrizioni che, peraltro, i *social* consentono.

Coerentemente con tale orientamento, la delibera del Consiglio di Presidenza esclude che possano applicarsi in analogia i casi di astensione di cui all'art. 51 c.p.c.: norma, questa, che ai fini dell'incompatibilità è e deve restare l'unico metro di valutazione. Le amicizie sui profili *social*, infatti, non costituiscono, ad avviso del Consiglio di Presidenza, un elemento di per sé rilevante a manifestare la reale consuetudine di rapporto personale richiesta ai fini delle incompatibilità, la cui disciplina, di carattere tassativo, è prevista unicamente nell'art. 51 c.p.c.

Ciò nondimeno, la delibera anche in questo punto si rimette al prudente ed equilibrato apprezzamento del magistrato, invitandolo a contenere ovvero evitare simili relazioni, allorché le stesse possano incidere sulla immagine di imparzialità del magistrato stesso. Precisando, altresì, che le amicizie e le connessioni sono create o accettate on line da parte dei magistrati amministrativi nel rispetto dei principi generali di diligenza e precauzione.

La posizione del Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa appare del tutto condivisibile e in linea con quanto sopra rilevato. Sebbene, come già detto, l'amicizia virtuale non paia, per ciò solo, in grado di intaccare il principio di apparenza di imparzialità, non sembra potersi escludere a priori che il rapporto di interconnessione digitale possa costituire l'indizio di un rapporto di natura più complessa che, in taluni casi, potrebbe determinare quella comunanza di interessi tale da minare il corretto esercizio delle funzioni giurisdizionali. Di conseguenza, il criterio della continenza nella selezione dei follower sembra costituire una regola aurea nella condotta extraistituzionale del singolo magistrato.

5.2. Altre forme di interazione sui social (like e repost)

La delibera del Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa, dopo aver trattato specificamente il tema delle amicizie virtuali, conclude con una norma di chiusura riferita, in generale, a ogni contatto sui *social*.

A titolo esemplificativo, si pensi ai *like* espressi nei confronti di post pubblicati da utenti o alla pratica del "rilancio" (*repost*) di contenuti.

Sia i *like* sia il *repost* costituiscono, notoriamente, pratiche invalse tra gli utilizzatori del web, che equivalgono a manifestazioni di gradimento visibili agli altri utenti e che, ove riferite a temi interessati dalla *res judicanda*, potrebbero intaccare l'apparenza di imparzialità, che, come più volte ribadito, deve informare la condotta dei magistrati. Il gradimento, se incrociato con altre evidenze, non solo

³¹ Cfr. T.A.R. Sardegna (Cagliari), sez. I, sent. n. 281/2017.

può costituire un segno di adesione al contenuto di un certo messaggio, ma, ove condiviso, contribuisce alla maggiore diffusione del messaggio stesso, già di per sé idoneo a raggiungere un numero indeterminato di utenti³².

Non a caso la più recente giurisprudenza ha attribuito rilievo giuridico a simile pratiche, ritenendole, nelle ipotesi più gravi, persino idonee a integrare l'elemento materiale di talune fattispecie delittuose. Per esempio, l'apposizione di un "mi piace" su Facebook ad alcuni post di carattere antisemita è stata giudicata alla stregua di un grave indizio del reato di istigazione all'odio razziale da parte della Corte di cassazione, la quale ha ritenuto integrato il delitto di propaganda e istigazione a delinquere³³.

La Corte di cassazione, infatti, ha desunto l'appartenenza di un soggetto ad un'organizzazione virtuale antisemita, non solo in base ai rapporti fisici di frequentazione degli altri associati, ma anche in base alla ripetuta condivisione di messaggi discriminatori sulle bacheche di Facebook.

Sotto altro profilo, la giurisprudenza amministrativa ha ritenuto che l'apposizione di un like alla notizia della morte per suicidio di un detenuto, da parte di un soggetto appartenente al Corpo di Polizia Penitenziaria, costituisca un comportamento contrario al rispetto della dignità della persona umana e dei soggetti detenuti, come tale idoneo a giustificare la sanzione della sospensione dal servizio³⁴. In tale circostanza, l'apposizione del like è stata giudicata come inequivoca manifestazione di approvazione e compiacimento per l'evento infausto accaduto, contrastante con il giuramento e con i doveri degli appartenenti al predetto Corpo.

Al di là di simili fattispecie, che nei casi più gravi possono assumere rilievo penale, non sembra doversi escludere l'ipotesi che determinate forme di interazione possano, a certe condizioni, integrare quelle «ragioni di convenienza» – di cui all'art. 51, ult. comma, c.p.c. e 36, lett. h) c.p.p. – tali da indurre il magistrato a richiedere al capo dell'ufficio l'autorizzazione all'astensione o, finanche, concretizzare delle ipotesi di illecito disciplinare ai sensi dell'art. 3, lett. 1), del d.lgs. 109/2006.

Altresì, simili condotte potrebbero integrare gli estremi del comportamento vietato ai sensi dell'articolo 3, lett. 1), del d.lgs. n. 109/2006, che, come già anticipato sopra, sanziona, quali illeciti disciplinari al di fuori dell'esercizio delle funzioni, qualsiasi condotta tale da compromettere l'indipendenza, la terzietà e l'imparzialità del magistrato, anche sotto il profilo dell'apparenza.

Non v'è chi non veda, infatti, come l'adesione – mediante i suddetti segni di gradimento – a certe manifestazioni di pensiero possa rappresentare una forma di adesione a determinate ideologie, tale da ingenerare una qualche forma di pregiudizio, in capo al magistrato, nell'affrontare determinate tematiche.

Consapevole di tali rischi, la delibera, anche su tale punto, invita il magistrato a tenere una condotta improntata a principi di continenza, allorché sussista il rischio di incidere sull'immagine di imparzialità.

Si tratta, a parere di chi scrive, di una posizione del tutto condivisibile, atteso che una condotta improntata a principi di continenza senz'altro ben potrebbe prevenire l'ipotesi di ingenerare quelle forme di pregiudizio idonee a intaccare il corretto andamento della funzione giurisdizionale.

6. Osservazioni conclusive.

Come si è cercato di evidenziare, l'interazione di contenuti che sovente si realizza in rete e, in modo particolare, sui *social* ha ormai investito la maggior parte degli utenti senza significative distinzioni di età o di *status*, rendendo assai porosi i confini tra vita reale e vita virtuale. Di tale *status*

³² Come affermato dalla Corte di cassazione, infatti, l'opzione mi piace ha una portata amplificatrice e di condivisione del contenuto veicolato sui social network (cfr. Cass. pen., sez. V, sent. n. 55418/2017).

³³ Cfr. Cass. pen., sez. I, sent. n. 4534/2021.

³⁴ Cfr. T.A.R. Lombardia (Milano), sez. III, sent. n. 2365/2020.

*quo v'*è traccia nella giurisprudenza, che, come sopra rilevato, ha da qualche tempo ormai equiparato le condotte sui *social* ai comportamenti materiali aggressivi di beni giuridici meritevoli di protezione.

La qual cosa appare come il chiaro sintomo di un abbandono, da parte della giurisprudenza stessa *in primis* e della dottrina *in secundis*, di quella visione naïf della Rete, intesa come spazio di libertà assoluto e, soprattutto, quale piano distinto e separato dalla realtà materiale.

Merita di essere salutata con favore, dunque, la delibera del Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa sull'uso dei mezzi di comunicazione elettronica e dei *social*, benché non si possa fare a meno di evidenziare come colpisca la circostanza che una simile esigenza sia stata avvertita dall'organo di autogoverno della magistratura amministrativa e non anche dal Consiglio Superiore della Magistratura; non fosse altro per il numero, ben più considerevole, dei magistrati ordinari attualmente in servizio rispetto a quelli amministrativi.

Resta il fatto che la delibera, per quanto meritoria negli intenti e nei contenuti, sembra costituire uno strumento *soft*, in grado, probabilmente, di contribuire alla diffusione di una cultura nell'uso dei *social*, ma, difficilmente, in grado di regolare in modo compiuto un fenomeno che, come più volte evidenziato, pone nuovi problemi alla riflessione giuridica. Non a caso, come si è avuto modo di rilevare, la via indicata dal Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa si muove nel segno della sobrietà, della prudenza e della discrezione. Ovverosia, invocando principi rimessi alla valutazione (evidentemente discrezionale) del singolo utente e non dettando regole precise e determinate.

Resta il fatto, altresì, che, soprattutto in un contesto come quello attuale caratterizzato da un forte senso di sfiducia verso le istituzioni, si avverte più che mai l'esigenza di proteggere valori apicali per l'ordinamento, quali sono il prestigio e l'onore della magistratura. Principi che nell'impianto complessivo della Carta costituzionale rappresentano controvalori bilanciabili con la libertà di manifestazione del pensiero del singolo magistrato.

Si auspica, dunque, che la delibera, oltre ad avere riaperto il dibattito sul tema, possa risultare foriera di successivi interventi normativi, che, nel rispetto delle garanzie costituzionali, siano volti a fare chiarezza in materia, delineando i limiti delle espressioni consentite sui *social* per il singolo magistrato.

Luca Bartolucci

La disciplina del “doppio cognome” dopo la [sentenza n. 131 del 2022](#): la prolungata inerzia del legislatore e un nuovo capitolo dei suoi rapporti con la Corte*

ABSTRACT: *The paper analyzes sentence no. 131 of 2022 of the Italian Constitutional Court, on the question of the “double surname”. In particular, the comment arises in the context of the evolution of the complex relations between the Constitutional Court and the legislator: in fact, that of the Court on the subject was a gradual path, with repeated requests for intervention from the legislator, who remained inert for a long time.*

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Un “fatto” composito e l’autorimessione della Corte – 3. La decisione della Corte – 4. I rapporti con il legislatore e la sua prolungata inerzia – 4.1. Trent’anni di saga sul cognome – 4.2. Il duplice invito al legislatore nella [sentenza n. 131 del 2022](#) – 4.3. Il graduale percorso della Corte nel rapportarsi all’inerzia del legislatore: tra legalità costituzionale e il superamento delle c.d. “rime obbligate” – 5. L’autoapplicabilità della sentenza e la circolare del Ministero dell’interno – 6. Qualche considerazione conclusiva.

1. Premessa

La [sentenza n. 131 del 2022](#) rappresenta un ulteriore tassello di una vicenda giurisprudenziale più che trentennale che riguarda la norma sull’attribuzione del cognome paterno ai figli¹. Quello della giurisprudenza costituzionale è stato un percorso graduale e, per certi versi, tortuoso, che si è caratterizzato soprattutto per la ricerca di un intervento del legislatore: la “saga del cognome” ha investito il ruolo della Corte e la natura del suo rapporto col Parlamento e con la discrezionalità di quest’ultimo. È proprio tra le pieghe di questo delicato equilibrio che si è snodata la questione in esame.

La Corte ha affrontato il problema in esame per la prima volta nel 1988, quando, con le [ordinanze nn. 176 e 586](#), nel dichiarare inammissibili le questioni sollevate in via incidentale, ebbe modo di affermare che, sebbene dovesse ritenersi “probabilmente consentaneo all’evoluzione della coscienza sociale, sostituire la regola vigente [...] con un criterio diverso, più rispettoso dell’autonomia dei coniugi”, tale innovazione rappresentava soltanto una opzione di politica legislativa, riservata pertanto al Parlamento². In quella pronuncia la Corte precisava dunque di non poter intervenire, proprio per i limiti del suo ruolo e per le molte soluzioni astrattamente possibili.

Un secondo intervento del giudice delle leggi è giunto con la [sentenza n. 61 del 2006](#) e con la successiva [ordinanza n. 145 del 2007](#), con le quali la Corte ha affermato che “l’attuale sistema di attribuzione del cognome è retaggio di una concezione patriarcale della famiglia, la quale affonda le



¹ Sulla sentenza, cfr. i primi commenti di M. PICCHI, *La pronuncia della Corte costituzionale sul cognome dei figli: una nuova occasione di dialogo col legislatore*, in [Osservatorio sulle fonti](#), n. 2, 2022, 274 s.; C. MASCIOTTA, *L’eguaglianza dei genitori nell’attribuzione del cognome: una nuova regola iuris dettata dal giudice costituzionale*, in [Osservatorio sulle fonti](#), n. 2, 2022, 252 s.

² S. SCAGLIARINI, *Dubbie certezze e sicure incertezze in tema di cognome dei figli*, in [Rivista AIC](#), n. 2, 2017, 1 s. Del resto, il sistema di attribuzione del patronimico al figlio legittimo non si profilava di per sé come scelta contraria a Costituzione, poiché “il limite derivante [...] all’eguaglianza dei coniugi [...] utilizza una regola radicata nel costume sociale come criterio di tutela dell’unità della famiglia fondata sul matrimonio” il quale “sarebbe gravemente pregiudicato se il cognome dei figli nati dal matrimonio non fosse prestabilito fin dal momento dell’atto costitutivo della famiglia, in guisa che ai figli esso sia non già imposto, cioè scelto dai genitori [...] bensì esteso *ope legis*”. Con quelle due ordinanze, la Corte ebbe “ad affermare che oggetto del diritto alla identità personale, sotto il profilo del diritto al nome, non è la scelta di quest’ultimo, quanto piuttosto il nome per legge attribuito, come è facilmente desumibile dalla lettura congiunta dell’art. 22 Cost. con l’art. 6 cod. civ.”. Così I. NICOTRA, [L’attribuzione ai figli del cognome paterno è retaggio di una concezione patriarcale: le nuove Camere colgono il suggerimento della Corte per modificare la legge \(nota alla sentenza n. 61 del 2006 della Corte costituzionale\)](#), in questa [Rivista](#), 2006.

proprie radici nel diritto di famiglia romanistico, e di una tramontata potestà maritale, non più coerente con i principi dell'ordinamento e con il valore costituzionale dell'uguaglianza tra uomo e donna³. In questo caso, la Corte ha optato per una sentenza di incostituzionalità accertata ma non dichiarata poiché vi erano una molteplicità di soluzioni legislative astrattamente possibili, tanto che vi erano già diversi disegni di legge presentati in Parlamento.

Un' ulteriore tappa della vicenda si ebbe con la [sentenza n. 286 del 2016](#)⁴, con la quale la Corte ha accolto la questione ad essa sottoposta, dichiarando costituzionalmente illegittima la normativa⁵ nella parte in cui non consente ai coniugi, di comune accordo, di trasmettere ai figli, al momento della nascita, anche il cognome materno.

Infine, con la [sentenza n. 131 del 2022](#) – preceduta dall'[ordinanza di autorimessione n. 18 del 2021](#), che ha ampliato il *thema decidendum* rispetto alle questioni ad essa sottoposte – la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 262, primo comma, del codice civile, “nella parte in cui prevede, con riguardo all'ipotesi del riconoscimento effettuato contemporaneamente da entrambi i genitori, che il figlio assuma il cognome del padre, anziché prevedere che il figlio assuma i cognomi dei genitori, nell'ordine dai medesimi concordato, fatto salvo l'accordo, al momento del riconoscimento, per attribuire il cognome di uno di loro soltanto” (e, in via consequenziale, una serie di altre norme).

Sebbene la locuzione sia ormai ricorrente, si tratta davvero di una “sentenza storica”, non solo per gli effetti concreti che determina – con l'abbandono della prevalenza del cognome paterno⁶ e l'assegnazione automatica del “doppio cognome”, in assenza di accordo in altro senso – ma soprattutto poiché rappresenta senza dubbio un ulteriore e, almeno in tema, probabilmente decisivo colpo di spugna a una concezione patriarcale della famiglia, facendo un altro passo avanti verso l'effettiva uguaglianza di genere. Una sentenza che rimuove l'“invisibilità”⁷ della madre, eliminando questa discriminazione e riconoscendo a figli e figlie entrambe le origini e che continua nell'evoluzione del modello di famiglia, radicato in quanto scritto in Costituzione e che si compie ora attraverso l'eliminazione della barriera del cognome. Anche simbolicamente, il riconoscimento del cognome materno corrisponde a un pieno riconoscimento della funzione sociale del ruolo della donna e della madre.

Nel presente contributo, l'obiettivo – dopo la ricostruzione del fatto e della decisione della Corte – è quello di analizzare il declinarsi del rapporto della Corte con il legislatore nel caso dell'attribuzione del cognome ai figli, facendo poi germogliare, da tale esame, considerazioni di ordine più generale sul ruolo del giudice costituzionale nella dinamica dei rapporti con il Parlamento. Infatti, sebbene in questa occasione la Corte costituzionale non abbia dato un termine al legislatore per intervenire – come accaduto di recente in diverse occasioni – il risultato è stato sostanzialmente analogo, in quanto con l'ordinanza di autorimessione non ha chiuso il giudizio, ma ha avvertito le Camere che, in mancanza di un suo intervento, avrebbe affrontato nel merito la questione da sé stessa sollevata⁸.

³ [Sentenza n. 61 del 2006](#), *Considerato in diritto* p. 2.2.

⁴ Anticipata dal comunicato stampa del 27 aprile 2022, nel quale l'Ufficio comunicazione e stampa della Corte costituzionale aveva fatto sapere che le norme censurate sono state dichiarate illegittime per contrasto con gli articoli 2, 3 e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione agli articoli 8 e 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo; che la regola sarebbe diventata quella per cui il figlio assume il cognome di entrambi i genitori nell'ordine dai medesimi concordato, salvo che essi decidano, di comune accordo, di attribuire soltanto il cognome di uno dei due; che in mancanza di accordo sull'ordine di attribuzione del cognome di entrambi i genitori, sarebbe rimasto salvo l'intervento del giudice in conformità con quanto dispone l'ordinamento giuridico; e, infine, che sarebbe stato compito del legislatore regolare tutti gli aspetti connessi alla decisione.

⁵ Artt. 237, 262 e 299 cod. civ. nonché dall'art. 79 della legge sull'ordinamento dello stato civile e dagli artt. 33 e 34 del d.P.R. n. 396 del 2000.

⁶ Diverso dal “patronimico” che, pur essendo largamente usato, indica propriamente la composizione del cognome con parte del nome del padre: cognome cioè derivato dal nome del padre per mezzo di un suffisso.

⁷ Lessico che si trova nella sentenza stessa: cfr. Corte cost., [sentenza n. 131 del 2022](#), *Considerato in diritto* p. 10.1.

⁸ G. LUCCIOLI, *Brevi note sulla sentenza n. 131 del 2022 della Corte Costituzionale*, in [Giustizia Insieme](#), 13 luglio 2022.

Infine, sembra interessante verificare anche quale sia stato, sul punto, il ruolo del Ministero dell'interno che, stretto tra la perdurante inerzia del legislatore e le sentenze della Corte, ha svolto un'opera attuativa necessaria per l'applicazione dei principi sanciti in via giurisprudenziale.

2. Un "fatto" composito e l'autorimessione della Corte

La [sentenza n. 131 del 2022](#) sorge sulla base di due ordinanze di rimessione e, come appena accennato, di una ordinanza di autorimessione. In particolare, è stato il Tribunale ordinario di Bolzano a sollevare per primo questione di legittimità costituzionale dell'art. 262, primo comma, del Codice civile, nella parte in cui – con riguardo all'ipotesi del riconoscimento contemporaneo del figlio – non consente ai genitori, di comune accordo, di trasmettere al figlio, al momento della nascita, il solo cognome materno. Tale giudice è stato infatti chiamato a decidere sul ricorso proposto dal pubblico ministero presso il Tribunale di Bolzano al fine di ottenere la rettificazione di un atto di nascita, dal quale risultava che i genitori avessero attribuito alla figlia il solo cognome materno. In sede di dichiarazione di nascita, resa con il riconoscimento contemporaneo della figlia dinanzi all'incaricato dal direttore sanitario, i genitori le avevano attribuito il solo cognome della madre.

Quando la dichiarazione era stata trasmessa all'ufficiale dello stato civile, che formava l'atto di nascita, questo aveva riportato il solo cognome materno e, allo stesso tempo, aveva presentato un'istanza alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Bolzano, affinché venisse promosso il giudizio di rettificazione dell'atto di nascita, per renderlo conforme alla normativa vigente: e cioè l'art. 262, primo comma, secondo periodo, cod. civ., per effetto della [sentenza n. 286 del 2016](#) della Corte costituzionale⁹. Peraltro, nel corso del giudizio, le parti confermavano la volontà di attribuire alla figlia il solo cognome della madre. Il giudice *a quo* osservava che la norma censurata, come risultante dalla [sentenza n. 286 del 2016](#), permette sì l'attribuzione al figlio del doppio cognome, mediante l'aggiunta di quello materno, ma non – come invece richiesto da ambo i genitori – l'attribuzione del solo cognome della madre.

Il secondo tassello del fatto "composito" può rintracciarsi nell'autorimessione della Corte che, con [ordinanza n. 18 del 2021](#)¹⁰, ha sollevato innanzi a sé stessa questioni di legittimità costituzionale dell'art. 262, primo comma, cod. civ., in riferimento agli artt. 2, 3 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione agli artt. 8 e 14 CEDU, nella parte in cui – con riguardo all'ipotesi del riconoscimento effettuato contemporaneamente da entrambi i genitori – impone, in mancanza di diverso accordo dei genitori, l'acquisizione alla nascita del cognome paterno, anziché dei cognomi di entrambi i genitori.

La Corte ha rilevato che, anche se fosse riconosciuta la facoltà ai genitori di scegliere, di comune accordo, la trasmissione del solo cognome materno, la regola che impone l'acquisizione del solo cognome paterno dovrebbe essere ribadita in tutte le fattispecie in cui tale accordo manchi o, comunque, non sia stato legittimamente espresso. Neppure il consenso, su cui fa leva la limitata possibilità di deroga alla disciplina generale che prevede l'attribuzione del cognome del padre, potrebbe ritenersi espressione di un'effettiva parità tra i genitori, posto che una di esse non ha bisogno

⁹ Sulla sentenza, cfr. E. Malfatti, *Illegittimità dell'automatismo, nell'attribuzione del cognome paterno: la "cornice" (giurisprudenziale europea) non fa il quadro*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 5 gennaio 2017; S. Scagliarini, *Dubbie certezze e sicure incertezze in tema di cognome dei figli*, cit., 1 s.; A. Fusco, «Chi fuor li maggior tui?»: la nuova risposta del Giudice delle leggi alla questione sull'attribuzione automatica del cognome paterno. Riflessioni a margine di C. cost. sent. n. 286 del 2016, in [Osservatorio costituzionale](#), n. 3, 2017, 1 s.; C. Ingenito, *L'epilogo dell'automatizzata attribuzione del cognome paterno al figlio (Nota a Corte costituzionale n. 286/2016)*, in [Osservatorio costituzionale](#), n. 2, 2017, 1 s.

¹⁰ C. Ingenito, *Una nuova occasione per superare "l'anche" nell'attribuzione al figlio del cognome dei genitori. Riflessioni a margine dell'ordinanza n. 18/2021 della Corte Costituzionale*, in [federalismi.it](#), 21 aprile 2021, 57 s.; G. Monaco, *Una nuova ordinanza di "autorimessione" della Corte costituzionale*, in [federalismi.it](#), 21 aprile 2021, 161 s.; E. Malfatti, *Ri-costruire la 'regola' del cognome: una long story a puntate (e anche un po' a sorpresa)*, in [Nomos](#), n. 1, 2021, 1 s.

dell'accordo per far prevalere il proprio cognome. Come nota la Corte, la risoluzione della questione avente ad oggetto l'art. 262, primo comma, cod. civ., nella parte in cui impone l'acquisizione del solo cognome paterno, si configura come logicamente pregiudiziale e strumentale per definire le questioni sollevate dal giudice *a quo*.

Il terzo tassello è, infine, l'ordinanza della Corte d'appello di Potenza con cui sono state sollevate questioni di legittimità costituzionale degli artt. 237, 262, 299 cod. civ., dell'art. 72, primo comma, del regio decreto 9 luglio 1939, n. 1238 (Ordinamento dello stato civile), nonché degli artt. 33 e 34 del d.p.r. n. 396 del 2000, nella parte in cui non consentono ai coniugi, di comune accordo, di trasmettere ai figli, al momento della nascita, il solo cognome materno.

In questo caso, il giudice era stato chiamato a decidere sul reclamo proposto da due coniugi avverso un decreto del Tribunale ordinario di Lagonegro del 4 novembre 2020, con il quale era stato dichiarato inammissibile il ricorso presentato, ai sensi dell'art. 95 del d.p.r. n. 396 del 2000, contro il diniego opposto dall'ufficiale dello stato civile alla richiesta di registrare la nascita del loro figlio, iscrivendolo con il solo cognome della madre. Si trattava dell'assegnazione del cognome al terzogenito della coppia che, prima di unirsi in matrimonio, aveva già avuto due figlie riconosciute dalla sola madre e che, dunque, portavano il suo cognome¹¹.

3. La decisione della Corte

La Corte ha, in primo luogo, dichiarato l'inammissibilità delle questioni sollevate dalla Corte d'appello di Potenza, poiché quest'ultima ha affermato apoditticamente la non manifesta infondatezza delle questioni sollevate, solo limitandosi a una sintetica elencazione delle disposizioni costituzionali che si ritengono violate e compendiando tali affermazioni con una lacunosa citazione di stralci della giurisprudenza costituzionale e sovranazionale¹². Tuttavia, ha dichiarato in via consequenziale quanto l'ordinanza chiedeva: dunque, per l'ordinamento, le conseguenze si sono prodotte al pari di un accoglimento.

La Corte ha invece ritenuto fondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate dall'ordinanza di autorimessione e dall'ordinanza del Tribunale di Bolzano.

La ricostruzione del quadro legislativo parte dall'art. 262, primo comma, secondo periodo, cod. civ. che, nel regolare l'attribuzione del cognome al figlio nato fuori del matrimonio, prevede che “se il riconoscimento è effettuato contemporaneamente da entrambi i genitori il figlio assume il cognome del padre”. La norma, tuttavia, riflette la disciplina sull'attribuzione del cognome al figlio nato nel matrimonio, che è l'istituto nell'ambito del quale si rinviene la matrice legislativa della regola. La sua origine si ravvisa nella formulazione, antecedente alla riforma del 1975¹³ dell'art. 144 cod. civ., il quale (con un testo identico a quello dell'art. 131 del Codice civile del Regno d'Italia del 1865) disponeva che: “il marito è capo della famiglia; la moglie segue la condizione civile di lui, ne assume il cognome ed è obbligata ad accompagnarlo dovunque egli crede opportuno di fissare la residenza”.

La trasmissione ai figli del cognome paterno, pertanto, non era fattispecie esplicitata, in quanto in quel contesto il cognome del marito era imposto anche alla moglie e diventava quello della famiglia:

¹¹ Peraltro, la vicenda ha alcune particolarità: infatti, si tratta di una coppia non sposata che ha avuto i primi due fratelli registrati col cognome della madre. Poi è arrivato il matrimonio, e il riconoscimento dei primi due figli da parte del padre. I genitori hanno dunque deciso di lasciare a entrambi soltanto il cognome di lei e, per non creare differenze tra fratelli, avrebbero voluto dare il solo cognome della madre anche al terzo figlio, nato dopo il matrimonio. Così, gli uffici comunali si sono opposti, concedendo l'iscrizione col doppio cognome. Diversamente, nel caso di Bolzano, la coppia non era coniugata, e con l'avvenuto riconoscimento alla nascita del figlio da parte del padre non è stata consentita l'iscrizione all'anagrafe del solo cognome della madre, nonostante l'accordo dei due genitori.

¹² Difatti, per costante orientamento della Corte la carenza di un'adeguata e autonoma illustrazione delle ragioni per le quali la norma censurata integrerebbe una violazione del parametro costituzionale evocato ([sentenza n. 30 del 2021](#)) è causa di inammissibilità delle questioni sollevate.

¹³ Legge 19 maggio 1975, n. 151, recante “Riforma del diritto di famiglia”.

si tratta di una disciplina che non prevede espressamente un obbligo di attribuzione del cognome paterno, ed è tuttavia sostenuta da una tradizione di segno opposto”¹⁴.

Nel 1975, la riforma del diritto di famiglia ha novellato l’art. 144 cod. civ. e ha introdotto l’art. 143-*bis*, col quale si è prevista l’aggiunta e non più la sostituzione del cognome del marito a quello della moglie. Allo stesso tempo, la norma sull’attribuzione del cognome del padre ai figli è rimasta solidamente radicata su un complesso di disposizioni che non è stata scalfita neppure dalle riforme successive sulla filiazione¹⁵.

La Corte viene quindi chiamata a giudicare la legittimità costituzionale della norma, trasfusa nell’art. 262, primo comma, secondo periodo, cod. civ., sotto un duplice profilo. In primo luogo, infatti, il Tribunale di Bolzano denuncia la sua illegittimità costituzionale, nella parte in cui non consente di attribuire, con l’accordo fra i genitori, il solo cognome della madre. In secondo luogo, con l’autorimessione, la Corte prospetta, in via pregiudiziale, un intervento sostitutivo della norma, nella parte in cui, in mancanza di diverso accordo dei genitori, impone l’attribuzione alla nascita del cognome paterno, anziché dei cognomi di entrambi.

I parametri costituzionali, sui quali si incentrano le censure delle due ordinanze sono l’art. 2 Cost., in relazione alla tutela dell’identità del figlio¹⁶, e l’art. 3 Cost., invocato a difesa del principio di eguaglianza nei rapporti fra i genitori, nonché il contrasto con gli obblighi internazionali, di cui all’art. 117, primo comma, Cost.: e, in particolare, sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo sulla protezione dell’identità personale del figlio, mediata dall’art. 8 CEDU, e sul divieto di discriminazioni, di cui all’art. 14 CEDU.

La Corte sottolinea come sia il cognome, insieme con il prenome, a rappresentare il nucleo dell’identità giuridica e sociale della persona, poiché le conferisce identificabilità, nei rapporti di diritto pubblico, come di diritto privato, e incarna la rappresentazione sintetica della personalità individuale, che nel tempo si arricchisce progressivamente di significati. In questo contesto, la selezione, fra i dati preesistenti all’attribuzione del cognome, della sola linea parentale paterna, oscura unilateralmente il rapporto genitoriale con la madre, provocando – nel riconoscimento contemporaneo del figlio – l’invisibilità della donna nel segno dell’unione fra i due genitori. Pertanto, l’automatismo imposto si traduce in una disegualianza fra i genitori¹⁷, che si riverbera e si imprime sull’identità del figlio, così determinando la contestuale violazione degli artt. 2 e 3 Cost.

D’altro canto, la Corte aveva da tempo rilevato che la norma sull’attribuzione del cognome del padre è il “retaggio di una concezione patriarcale della famiglia”¹⁸, il riflesso di una disparità di

¹⁴ E. MALFATTI, *Illegittimità dell’automatismo, nell’attribuzione del cognome paterno: la “cornice” (giurisprudenziale europea) non fa il quadro*, cit., 1.

¹⁵ Introdotta dalla legge 10 dicembre 2012, n. 219 (Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali) e dal d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154 (Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell’articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219).

¹⁶ Cfr. C. BASSU, *Il diritto all’identità anagrafica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021.

¹⁷ *Contra* tale concezione, cfr. S. SCAGLIARINI, *Dubbie certezze e sicure incertezze in tema di cognome dei figli*, cit., 4, secondo il quale la trasmissione del cognome al figlio, non costituisce, in realtà, oggetto di un diritto soggettivo per nessuno dei genitori, trattandosi, all’opposto, di una scelta del legislatore, come dimostra, a tacer d’altro, il fatto

che al figlio viene attribuito il cognome paterno anche contro la volontà di questi. Facendo leva sulla funzione pubblicistica che il cognome riveste, l’A. ritiene infatti che per quanto riguarda la pretesa violazione del principio di eguaglianza, non si possa affermare che la disciplina legislativa è discriminatoria, per privilegiare univocamente la figura paterna nell’attribuzione del cognome. Infatti, ancorché sia vero che la scelta storicamente trova la sua ragione giustificatrice nella concezione patriarcale della famiglia, non per questo essa non può ora trovare applicazione,

laddove la perpetuazione della regola trovi diverse – e non discriminatorie – ragioni d’essere. Cfr. anche M. ALCURI, *L’attribuzione del cognome paterno al vaglio della Corte di Strasburgo*, in *Dir. fam. pers.*, 2014, 557: per l’A. tale funzione può essere efficacemente svolta solo in presenza di una regola fissa, quale essa sia, in tema di attribuzione del cognome, mentre verrebbe resa assai difficoltosa dalla totale libertà di scelta dei genitori in materia.

¹⁸ Sentenze [n. 286 del 2016](#) e [n. 61 del 2006](#): su quest’ultima, cfr. I. NICOTRA, *L’attribuzione ai figli del cognome paterno è retaggio di una concezione patriarcale*, cit.; A. CIERVO, *Il diritto al doppio cognome del minore*, al sito dell’[AIC](#), 28 settembre 2006; G. REPETTO, *Famiglia e figli in tre recenti pronunce della Corte costituzionale*, [ivi](#), 24 marzo 2006; sulla [sentenza n. 61 del 2006](#) come *revirement*, cfr. G.P. DOLSO, *La questione del cognome familiare tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2014, 739.

trattamento che, concepita in seno alla famiglia fondata sul matrimonio, si è proiettata anche sull'attribuzione del cognome al figlio nato fuori dal matrimonio, ove contemporaneamente riconosciuto. È l'eguaglianza, invece, che garantisce unità e, viceversa, la diseguaglianza la mette in pericolo, poiché l'unità "si rafforza nella misura in cui i reciproci rapporti fra i coniugi sono governati dalla solidarietà e dalla parità"¹⁹.

Con una disciplina che garantisce l'attribuzione del cognome del padre, la madre è posta in una situazione di asimmetria, antitetica alla parità, che, a priori, inficia le possibilità di un accordo, tanto più improbabile in quanto abbia a oggetto l'attribuzione del solo cognome materno, ossia il radicale sacrificio di ciò che spetta di diritto al padre. Di conseguenza, la Corte, sebbene prenda atto delle numerose proposte di riforma legislativa, presentate a partire dalla VIII legislatura, notando che nessuna è giunta a compimento, afferma di non potersi più esimersi dal rendere effettiva la "legalità costituzionale".

La Corte interviene quindi contro il carattere in sé discriminatorio della disposizione, che si riverbera sull'identità del figlio e per la sua attitudine a rendere asimmetrici, rispetto al cognome, i rapporti fra i genitori. La regola che pone deve tuttavia essere allo stesso tempo il più semplice e automatico riflesso dei principi costituzionali coinvolti: così, la Corte ha stabilito che il cognome del figlio deve comporsi con i cognomi dei genitori, salvo loro diverso accordo.

La Corte deve anche cimentarsi nell'individuare un ordine di attribuzione dei cognomi dei due genitori compatibile con i principi costituzionali e con gli obblighi internazionali. Non potrebbe infatti riprodurre – con un criterio che anteponga meccanicamente il cognome paterno, o quello materno – quella stessa logica discriminatoria che è alla base della sentenza in commento²⁰. In tal senso, la Corte ha stabilito, in primo luogo, che l'ordine dei due cognomi debba derivare dall'accordo tra i genitori. Se accordo non c'è – in mancanza di diversi criteri, che potrà il legislatore eventualmente prevedere – la Corte ha indicato lo strumento che l'ordinamento giuridico già appronta per risolvere il contrasto fra i genitori su scelte di particolare rilevanza riguardanti i figli: il ricorso all'intervento del giudice²¹.

Non solo. Il giudice delle leggi ha chiarito anche che è costituzionalmente illegittima la mancata previsione della regola derogatoria, che permetta ai genitori di attribuire ai figli uno solo dei loro cognomi²². In questo caso, per poter attribuire al figlio il cognome di uno dei genitori, è necessario il loro accordo e in tal caso non surrogabile in via giudiziale. In mancanza di tale accordo, dunque, dovranno attribuirsi i cognomi di entrambi i genitori, nell'ordine dagli stessi deciso.

Infine, l'illegittimità costituzionale dell'art. 262, primo comma, secondo periodo, cod. civ. determina, in via consequenziale, quella di ulteriori norme: innanzitutto, comporta l'illegittimità costituzionale della norma che disciplina l'attribuzione del cognome al figlio nato nel matrimonio; in secondo luogo, dell'art. 299, terzo comma, cod. civ., il quale, nell'ambito della disciplina sull'adozione del maggiore d'età da parte dei coniugi, dispone che l'adottato assume il cognome del marito; infine, dell'art. 27 della legge n. 184 del 1983, secondo cui, per effetto dell'adozione, l'adottato assume e trasmette il cognome degli adottanti, univocamente interpretato con riferimento al cognome del marito.

¹⁹ [Sentenza n. 286 del 2016](#), *Considerato in diritto* p. 3.4.2.

²⁰ Come ricorda la stessa Corte, peraltro, sul tema si è pronunciata anche la Corte EDU, riferendosi a una disposizione dell'ordinamento spagnolo (l'art. 194 del Regolamento per l'applicazione della legge sullo stato civile, nella formulazione recata dalle modifiche apportate dal decreto reale 11 febbraio 2000, rimasto in vigore sino al 30 aprile 2021, in correlazione all'art. 109 del codice civile spagnolo), che imponeva di anteporre il cognome del padre, nel caso di disaccordo sull'ordine.

²¹ Previsto, in forme semplificate, dall'art. 316, commi secondo e terzo, cod. civ., nonché – con riferimento alle situazioni di crisi della coppia – dagli artt. 337-ter, terzo comma, 337-quater, terzo comma, e 337-octies cod. civ.

²² Anche la Corte EDU, nella sentenza Cusan e Fazzo contro Italia, ha ravvisato una violazione degli artt. 8 e 14 CEDU, nella lacuna del sistema giuridico italiano, che non consente l'iscrizione del figlio con il solo cognome della madre in caso di consenso tra i coniugi, una violazione degli artt. 8 e 14 CEDU. Il riferimento è a Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 7 gennaio 2014 Cusan e Fazzo contro Italia, nella quale si afferma che l'attribuzione del cognome paterno, anche contro la volontà dei genitori, integra una violazione dell'art. 14 CEDU (recante il divieto di discriminazioni) in combinato disposto con l'art. 8 della medesima Carta (che afferma invece il diritto alla vita privata).

4. I rapporti con il legislatore e la sua prolungata inerzia

4.1. Trent'anni di saga sul cognome

La Corte è stata chiamata più volte a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale della norma dichiarata costituzionalmente illegittima con la [sentenza n. 131 del 2022](#). Da più di trent'anni la questione si ripropone all'attenzione della giurisprudenza costituzionale e, di conseguenza, del legislatore.

Già nel 1988, con riferimento al cognome del figlio nato nel matrimonio, la Corte aveva rilevato che sarebbe possibile sostituire la regola in ordine alla determinazione del nome distintivo dei membri della famiglia costituita dal matrimonio con un criterio diverso, più rispettoso dell'autonomia dei coniugi²³. Nella stessa ordinanza, la Corte notava anche come per tale innovazione normativa era stato presentato già nelle passate legislature e riproposto in quella all'epoca in corso un disegno di legge di iniziativa parlamentare.

Nel 2006 il giudice costituzionale è tornato a ribadire che il sistema di attribuzione del cognome è retaggio di una concezione patriarcale della famiglia, non più coerente con i principi dell'ordinamento e con il valore costituzionale dell'uguaglianza tra uomo e donna²⁴. Nella [sentenza n. 61 del 2006](#), la Corte aveva riconosciuto la sostanza del problema, ma aveva allo stesso tempo considerato l'intervento richiesto dal giudice *a quo* come “un'operazione manipolativa esorbitante dai propri poteri”²⁵, scegliendo in quella occasione di valorizzare la discrezionalità delle scelte del legislatore. Nell'occasione, come si notò, permaneva l'impressione che la Corte non seppe cogliere un'occasione preziosa per far luce piena sulle conseguenze, anche a carico delle proprie motivazioni, delle intervenute condanne a Strasburgo per violazione di norme sostanziali della CEDU, in presenza di una perdurante inerzia del legislatore²⁶.

Peraltro, già nel passaggio dalla sentenza del 1988 a quella del 2006 vi era stato un, seppur minimo, cambiamento di rotta della Corte, posto che nella prima sentenza vi era stata una manifesta inammissibilità, mentre nella seconda “soltanto” una inammissibilità.

La sentenza del 2006 è stata richiamata in dottrina come uno dei (rari) casi in cui la Corte dichiara esplicitamente di non accogliere la questione per timore del vuoto normativo che la sua pronuncia produrrebbe²⁷. Con questa decisione, la Corte entra nel merito della questione, “svolgendo una serie di considerazioni che sembrano voler indicare, al futuro legislatore, la strada per una modifica della disciplina vigente”²⁸, essendo convinta, come emerge dal ragionamento, della necessità di una rivisitazione della materia capace di assicurare una disciplina maggiormente rispondente ad un modello di famiglia adeguato ai principi costituzionali²⁹.

Con la [sentenza n. 61 del 2006](#), insomma, la Corte utilizza la formula dell'inammissibilità come uno strumento per esercitare un potere di indirizzo nei confronti del legislatore. Il giudice delle leggi, in altri termini, pur rilevando la violazione di principi fondamentali, si limita ad un mero accertamento del vizio della disposizione, senza giungere ad una declaratoria di illegittimità e, in tal modo, lasciando al libero apprezzamento del legislatore la scelta tra una pluralità di opzioni per la riscrittura

²³ [Ordinanza n. 176 del 1988](#).

²⁴ [Sentenza n. 61 del 2006](#), Considerato in diritto p. 2.2.

²⁵ E. MALFATTI, *Illegittimità dell'automatismo, nell'attribuzione del cognome paterno: la “cornice” (giurisprudenziale europea) non fa il quadro*, cit., 2.

²⁶ Ivi, 4.

²⁷ R. PINARDI, *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi*, Milano, 2007, 91.

²⁸ I. NICOTRA, *L'attribuzione ai figli del cognome paterno è retaggio di una concezione patriarcale*, cit.

²⁹ *Ibidem*.

di una normativa coerente con i principi dell'ordinamento e con il valore costituzionale dell'uguaglianza tra uomo e donna nella famiglia e nella società³⁰.

Dieci anni dopo, la Corte ha preso atto che, a distanza di molti anni dalle pronunce, un criterio diverso, più rispettoso dell'autonomia dei coniugi, non era ancora stato introdotto³¹. Con la [sentenza n. 286 del 2016](#), infatti, la Corte ha dichiarato illegittimo il meccanismo che determina, nell'ordinamento italiano, l'automaticità dell'attribuzione del cognome paterno ai figli anche in presenza di una diversa volontà dei genitori.

Secondo alcuni, la Corte, in tale occasione, avrebbe meglio potuto argomentare la decisione, da una parte facendo riferimento agli sviluppi dell'ordinamento sovranazionale ed in particolare alla sentenza *Cusan Fazzo*, intervenuta nel 2014 e quindi in un momento successivo a quello dell'adozione del proprio ultimo precedente³² e, dall'altro, richiamando la modifica normativa intervenuta con la legge n. 219 del 2012 (e il relativo decreto legislativo n. 154 del 2013) in tema di filiazione, nonché del d.p.r. n. 54 del 2012 sull'ordinamento dello stato civile³³. Infatti, secondo altri commentatori, la Corte ha reso “scarsamente decifrabile, più difficilmente sostenibile, se non addirittura incomprensibile, il mutamento del dispositivo, rispetto a dieci anni prima, a fronte di un apprezzamento di parametri – diversi dal 117 – che a ben guardare sono i medesimi del 2006”³⁴.

Anche la Corte europea dei diritti dell'uomo, mettendo a fuoco un problema di inadeguatezza dell'ordinamento italiano, aveva finito per “chiedere al nostro Paese di adottare *réformes* nella legislazione e/o nella prassi, al fine di renderle compatibili con le conclusioni alle quali essa era giunta, così colmando una *défaillance* della quale era stata individuata chiaramente la causa”³⁵. Peraltro, nella [sentenza n. 286 del 2016](#), il riferimento alla sentenza della CEDU era stato sostanzialmente sterilizzato, anche poiché ci si trovava in una fase della sua giurisprudenza, sotto questo profilo, molto diversa da quella attuale³⁶. Peraltro, la sentenza *Cusan Fazzo* era intervenuta non solo in un momento successivo a quello dell'adozione del proprio ultimo precedente, ma anche in un tempo successivo all'ordinanza di rimessione. Per questa ragione, il fatto che la Corte non abbia considerato *Cusan Fazzo* nel “cuore motivazionale” della sentenza del 2016 si può ritenere piuttosto scontato: non era infatti ancora stata pronunciata quando era stata sollevata la questione, dunque non poteva stare tra i parametri.

All'esito di quella sentenza, in dottrina ci si pose l'interrogativo se la tutela dell'identità personale debba pretendere la soluzione del doppio cognome o se proprio la norma sul mutamento del cognome non possa ritenersi già sufficiente, in un giudizio di bilanciamento, “a rimuovere i casi in cui la persona non si identifichi nel solo cognome paterno, continuando ad utilizzare questa previsione come regola”³⁷. Tale interrogativo si innestava sul bilanciamento tra le necessità di contemperare gli interessi dell'identità personale e della funzione sociale del nome³⁸. La stessa dottrina riteneva anche che difficilmente il legislatore avrebbe potuto prendere una direzione differente rispetto a quella indicata nel caso in questione dalla Corte, perché le affermazioni di quest'ultima, formulate in modo

³⁰ G. AUTORINO STANZIONE, *Autonomia familiare e attribuzione del cognome: i dubbi in Italia e le certezze in Europa*, in *Corr. giur.* 2009, 505.

³¹ [Sentenza n. 286 del 2016](#), *Considerato in diritto* p. 3.2., che richiama quanto già affermato dall'[ordinanza n. 586 del 1988](#).

³² S. SCAGLIARINI, *Dubbie certezze e sicure incertezze in tema di cognome dei figli*, cit., 7.

³³ *Ibidem*.

³⁴ E. MALFATTI, *Illegittimità dell'automatismo, nell'attribuzione del cognome paterno: la “cornice” (giurisprudenziale europea) non fa il quadro*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), n. 1, 2017, 3.

³⁵ E. MALFATTI, *Ri-costruire la ‘regola’ del cognome: una long story a puntate (e anche un po’ a sorpresa)*, cit., 6.

³⁶ *Ibidem*. Sul punto, cfr. E. MALFATTI, *La Cedu come parametro, tra Corte costituzionale e giudici comuni*, in *Il sistema “accentrato” di costituzionalità*, a cura di G. Campanelli, G. Famiglietti, R. Romboli, Napoli, 2020, spec. 153 s.

³⁷ S. SCAGLIARINI, *Dubbie certezze e sicure incertezze in tema di cognome dei figli*, cit., 9.

³⁸ S. WINKLER, *Sull'attribuzione del cognome paterno nella recente sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2014, 521 s.

netto, difficilmente sembrano compatibili con un diverso regime³⁹. Altrove si era invece argomentato sulla necessità di scegliere la soluzione del doppio cognome⁴⁰.

La Corte sembra considerare una scelta ormai costituzionalmente necessitata quella del doppio cognome, così che il legislatore dovrà pur sempre intervenire per disciplinare la materia per stabilire le modalità di trasmissione alle generazioni future, l'ordine di priorità tra i due cognomi e l'eventuale possibilità di effettuare scelte diverse per i vari figli. Nel 2016, quindi, la Corte accompagna alla pronuncia di incostituzionalità “un nuovo e più pressante monito al decisore politico, dopo quello già lanciato nel 2006”⁴¹.

Eppure, l'inerzia del legislatore era già stata prolungata e in dottrina si giunse a ipotizzare, già dal 2006, come il giudice delle leggi avrebbe potuto rispondere al *petitum* rimuovendo l'automatismo nell'attribuzione del cognome, anziché insistere sulla pluralità di soluzioni possibili così da rimettere la scelta ad un legislatore rivelatosi inerte⁴². Pertanto, in attesa di un intervento legislativo che già all'ora veniva definito “indifferibile”⁴³, per disciplinare organicamente la materia, secondo criteri finalmente consoni al principio di parità, la Corte aveva accolto le questioni di legittimità costituzionale che le erano state sottoposte, dichiarando l'illegittimità costituzionale della norma, nella parte in cui non consente ai coniugi, di comune accordo, di trasmettere ai figli, al momento della nascita, anche il cognome materno.

4.2. Il duplice invito al legislatore nella [sentenza n. 131 del 2022](#)

La Corte costituzionale, all'esito di questa storia trentennale, prende dunque atto che, delle numerose proposte di riforma legislativa presentate a partire dalla VIII legislatura, nessuna è giunta a compimento, e non ritiene dunque di potersi più esimere dal rendere effettiva la “legalità costituzionale”⁴⁴. Il giudice delle leggi, nel trovare la soluzione di risulta all'incostituzionalità, afferma allo stesso tempo che potrebbero essere trovati diversi criteri per l'ordine dei due cognomi in caso di disaccordo dei genitori e che il legislatore potrà eventualmente prevederli.

La Corte, dunque, da una parte ricostruisce la storia della vicenda, partendo dal 1988, evidenziando in tal modo la perdurante inerzia del legislatore e sottolineando come le numerose proposte di riforma sono rimaste lettera morta. Dall'altra parte fa notare che potrà essere il legislatore a trovare diversi criteri in caso di disaccordo dei genitori sull'ordine dei due cognomi da dare ai figli.

Infine, la Corte formula un duplice invito al legislatore. In primo luogo, infatti, la Corte ritiene necessario un intervento legislativo per impedire che l'attribuzione del cognome di entrambi i genitori comporti, nel succedersi delle generazioni, un meccanismo moltiplicatore che sarebbe lesivo della funzione identitaria del cognome. Si tratta di un intervento definito “impellente”, anche a fronte del fatto che, a partire dal 2006, varie fonti normative hanno contribuito al diffondersi di doppi cognomi. In tale ambito c'è stata una prassi amministrativa⁴⁵ e poi la “puntiforme” modifica dell'art. 89 del

³⁹ S. SCAGLIARINI, *Dubbie certezze e sicure incertezze in tema di cognome dei figli*, cit., 10: come continua l'A., “a prendere sul serio l'argomentazione del giudice delle leggi, se è vero che l'attribuzione dei cognomi di entrambe le figure genitoriali è la soluzione che garantisce il diritto del figlio alla piena e completa realizzazione della propria identità personale, dovrebbe ritenersi che solo tale modalità di attribuzione (automatica) del cognome sia conforme a Costituzione, dovendosi escludere diverse determinazioni lasciate alla disponibilità parentale, ammettendosi soltanto che sia lo stesso figlio a poterne poi eventualmente disporre nelle forme e nei modi in cui l'ordinamento già ora lo consente, e in particolare attraverso la successiva modifica del cognome”.

⁴⁰ G. AUTORINO STANZIONE, *Autonomia familiare e attribuzione del cognome: i dubbi in Italia e le certezze in Europa*, cit., 505.

⁴¹ E. MALFATTI, *Ri-costruire la 'regola' del cognome: una long story a puntate (e anche un po' a sorpresa)*, cit., 1.

⁴² In tali termini G.P. DOLSO, *La questione del cognome familiare tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., 740.

⁴³ [Sentenza n. 286 del 2016](#), p. 6 del *Considerato in diritto*.

⁴⁴ Cfr. l'[ordinanza n. 18 del 2021](#).

⁴⁵ Ministero dell'interno, Dipartimento per gli affari interni e territoriali, circolare n. 21 del 30 maggio 2006, recante «Problematiche inerenti all'attribuzione del cognome materno», circolare n. 15 del 12 novembre 2008, recante «Chiarimenti in merito alle istanze di cambiamento del nome e del cognome di cui agli art. 84 e seguenti del D.P.R. n.

d.p.r. n. 396 del 2000, a opera dell'art. 2 del decreto del Presidente della Repubblica 13 marzo 2012, n. 54⁴⁶ che hanno allentato i requisiti sulla base dei quali è ammesso il cambio del cognome anche con l'aggiunta di un secondo cognome. Inoltre, la [sentenza n. 286 del 2016](#) ha consentito, sulla base di un accordo fra i genitori, l'attribuzione del cognome della madre in aggiunta a quello del padre. La sentenza del 2022 rende infine l'attribuzione del cognome di entrambi i genitori una regola di carattere generale. L'intervento del legislatore, allora, è necessario per preservare la funzione del cognome, identitaria e di identificazione, a livello giuridico e sociale, nei rapporti di diritto pubblico e di diritto privato, che non è compatibile con un meccanismo moltiplicatore dei cognomi nel succedersi delle generazioni.

Il secondo invito che la Corte rivolge al legislatore riguarda la possibile diversità di cognomi tra fratelli e sorelle. Infatti, spetta al legislatore valutare l'interesse del figlio a non vedersi attribuito – con il sacrificio di un profilo che attiene anch'esso alla sua identità familiare – un cognome diverso rispetto a quello di fratelli e sorelle. Ciò potrebbe ben conseguirsi riservando le scelte relative all'attribuzione del cognome al momento del riconoscimento contemporaneo del primo figlio della coppia (o al momento della sua nascita nel matrimonio o della sua adozione), onde renderle poi vincolanti rispetto ai successivi figli riconosciuti contemporaneamente dagli stessi genitori (o nati nel matrimonio o adottati dalla medesima coppia).

Può essere utile notare come nel corso della XVII legislatura il Parlamento ha affrontato la questione relativa alla attribuzione del cognome ai coniugi e ai figli, attraverso l'esame di una serie di proposte di legge di iniziativa parlamentare, ed in particolare che l'AS 1628, già licenziato dalla Camera dei deputati ed approvato dalla Commissione Giustizia del Senato, non è mai stato esaminato dall'Assemblea del Senato.

Nel corso dell'attuale XVIII legislatura risultano poi presentate, sia alla Camera che al Senato, una serie di disegni di legge⁴⁷. Se, alla Camera, non è iniziato l'*iter* delle proposte presentate, al Senato, al contrario, è intanto iniziato il percorso per unificare in un testo i disegni di legge, ma negli ultimi mesi il dibattito in Parlamento è proceduto con lentezza. L'*iter* è ricominciato a fine giugno 2022⁴⁸ e le posizioni parlamentari, oltre a incentrarsi sul fatto che qualsiasi soluzione si vorrà adottare non potrà prescindere dalla necessità di affiancare – al divieto di discriminazione di cui alla sentenza della Corte costituzionale – la tutela dell'interesse alla ricostruzione del proprio albero genealogico, nonché sul rischio che all'interno della famiglia non vi sia una vera libertà di scelta⁴⁹, hanno anche espresso perplessità sulla sentenza della Corte che avrebbe travalicato i limiti delle proprie competenze in danno delle prerogative del Parlamento⁵⁰.

Ovviamente, il legislatore dovrà essere attento a non replicare, nelle scelte che dovrà fare, errori che si possono desumere dalla sentenza della Corte. Ad esempio, se dovesse decidere di anteporre il cognome del padre a quello della madre in modo automatico, si rinnoverebbe il problema di

396/2000», e circolare n. 14 del 21 maggio 2012, recante «D.P.R. n. 54 del 13 marzo 2012. Modifiche al D.P.R. n. 396/2000 in materia di procedimento di cambiamento del cognome»).

⁴⁶ Regolamento recante modifica delle disposizioni in materia di stato civile relativamente alla disciplina del nome e del cognome prevista dal titolo X del decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396.

⁴⁷ In particolare, alla Camera AC 3612 (Prestigiacomo), AC 3578 (Giannone), AC 3567 (Pini), AC 3479 (Vitiello), AC 2129 (Schirò), AC 1265 (Dadone), AC 230 (Gebhard) e AC 106 (Boldrini). Al Senato, invece, AS 170 (Garavini), AS 286 (Unterberger), AS 2102 (Binetti), AS 2276, (Malpezzi), AS 2293 (De Petris) e AS 2547 (De Lucia).

⁴⁸ Quando il Presidente della Commissione Giustizia ha evidenziato il fatto sopraggiunto, cioè la [sentenza n. 131 del 2022](#), segnalando, peraltro, che, al p. 15 del *Considerato in diritto*, la sentenza contiene un duplice invito al legislatore. Cfr. Senato della Repubblica, XVIII Legislatura, 2ª Commissione permanente, Res. Somm. del 29/06/2022.

⁴⁹ Così il Sen. Caliendo: cfr. Senato della Repubblica, XVIII Legislatura, 2ª Commissione permanente, Res. Somm. del 5/07/2022.

⁵⁰ In questi termini il Sen. Pillon: cfr. Senato della Repubblica, XVIII Legislatura, 2ª Commissione permanente, Res. Somm. del 5/07/2022. Lo stesso Sen. auspica che si stabilizzi la linea di confine della divisione dei poteri dello Stato, stigmatizzando la prassi delle sentenze - monito e delle sentenze additive che darebbero alla Corte costituzionale il potere di sostituirsi al Parlamento e di influenzarne in ogni caso l'agenda dei lavori.

costituzionalità sul quale la Corte è appena intervenuta⁵¹. Da una parte, anche l'attribuzione del cognome materno prima di quello paterno in modo automatico potrebbe replicare i motivi di incostituzionalità, sebbene al contrario, della sentenza. Eppure, potrebbe anche essere vista come una "azione positiva", riducendo l'aspetto volontaristico e stabilendo un automatismo per intervenire su quella invisibilità che le donne hanno subito fino ad ora⁵². Si potranno, invece, senz'altro utilizzare altri criteri, quali quello alfabetico, il sorteggio, o il ricorso al giudice in caso di disaccordo.

Si può anche ipotizzare che, facendo leva soltanto sull'accordo, potrebbero nascere questioni connesse alla cultura, che è spesso ancora ancorata a un'idea di patriarcato. Per il momento (come si vedrà *infra*), la Circolare del Ministero dell'Interno fa perno proprio sull'accordo, così come indicato dalla sentenza della Corte. È evidente, in tale situazione, come sia necessaria una legge, in maniera più che urgente, che stabilisca i dovuti criteri.

4.3. *Il graduale percorso della Corte nel rapportarsi all'inerzia del legislatore: tra legalità costituzionale e il superamento delle c.d. "rime obbligate"*

Come si è brevemente ricostruito nei paragrafi precedenti, quello della Corte in tema è stato un percorso graduale, con le ripetute richieste di intervento al legislatore. Infatti, una richiesta in tal senso era enucleabile già nella [sentenza n. 61 del 2006](#), quando la Corte aveva scelto la strada della pronuncia di incostituzionalità accertata ma non dichiarata. Si tratta, come si fece notare, di una esortazione rimasta priva di seguito, e accomunabile ad alcuni altri casi che non equivalgono al mero auspicio ad un mutamento legislativo, ma costituiscono l'affermazione – resa nell'esercizio tipico delle funzioni della Corte – che, in base alla Costituzione, il legislatore è tenuto ad intervenire in materia⁵³.

Un vero e proprio monito è invece desumibile dalla [sentenza n. 286 del 2016](#). In quella sentenza, la Corte aveva limitato la dichiarazione di incostituzionalità "al frammento di norma che non consentiva ai coniugi, di comune accordo, di trasmettere ai figli, al momento della nascita, *anche* il cognome materno"⁵⁴. Con la decisione del 2016, dunque, la partita con il legislatore non si chiude, ma, al contrario, si apre un nuovo dialogo, sollecitando l'adozione di una legge che, "ormai anche a fronte delle modifiche introdotte dall'addizione del giudice costituzionale, diventa davvero improcrastinabile"⁵⁵.

Con la sentenza del 2022, ovviamente, non si lascia aperta la prospettiva interlocutoria che si era affacciata nel 2006, e che vedeva "tutta una serie di opzioni da rimettere all'intervento del legislatore"⁵⁶. In tal modo, si vede chiaramente come l'inerzia del legislatore conduca inevitabilmente anche ad una riduzione progressiva (ma inarrestabile) dei suoi margini di scelta. Ancora una volta,

⁵¹ Come precisa la stessa Corte, d'altro canto ([sentenza n. 131 del 2022](#), *Considerato in diritto* p. 11.3.) non si può "riprodurre – con un criterio che anteponga meccanicamente il cognome paterno, o quello materno – la medesima logica discriminatoria, che è a fondamento della odierna declaratoria di illegittimità costituzionale". La Corte richiama anche, sul tema, la Corte EDU, su una disposizione dell'ordinamento spagnolo (l'art. 194 del Regolamento per l'applicazione della legge sullo stato civile, nella formulazione recata dalle modifiche apportate dal decreto reale 11 febbraio 2000, rimasto in vigore sino al 30 aprile 2021, in correlazione all'art. 109 del Codice civile spagnolo), che imponeva di anteporre il cognome del padre, nel caso di disaccordo sull'ordine. La Corte EDU ha infatti rilevato il suo carattere "*excessivement rigide et discriminatoire envers les femmes* (Cusan et Fazzo [paragrafo] 67)" (sentenza 26 ottobre 2021, León Madrid contro Spagna, paragrafo 68), aggiungendo che "*si la sécurité juridique peut être manifestée par le choix de placer le nom du père en premier, elle peut aussi bien être manifestée par le nom de la mère* (Burghartz c. Suisse, 22 février 1994, [paragrafo] 28, série A no 280-B)" (sentenza 26 ottobre 2021, León Madrid contro Spagna, paragrafo 69).

⁵² Tale ipotesi si potrebbe ricondurre ad alcune tradizioni statunitensi dell'eguaglianza riparativa (anche per desumerne una assai diversa concezione del concetto di eguaglianza). Sul punto, cfr. P. FARAGUNA, *La giurisprudenza della Corte Suprema in materia di reverse discrimination*, in *L'eguaglianza alla prova delle azioni positive*, a cura di F. Spitalieri, Torino, 2013, 19 s., spec. 32 s.

⁵³ [Relazione 12 aprile 2013 del Presidente Franco Gallo sulla giurisprudenza costituzionale del 2012](#).

⁵⁴ E. MALFATTI, *Ri-costruire la 'regola' del cognome: una long story a puntate (e anche un po' a sorpresa)*, cit., 2.

⁵⁵ Così E. FRONTONI, *Genitori e figli tra giudici e legislatore, una prospettiva relazionale*, Napoli, 2020, 108 s.

⁵⁶ E. MALFATTI, *Ri-costruire la 'regola' del cognome: una long story a puntate (e anche un po' a sorpresa)*, cit., 5.

infatti, la Corte è arrivata prima del legislatore, nonostante i ripetuti richiami, e ha potuto pertanto tracciare la via sulla quale il Parlamento sarà ora chiamato a muoversi, nel rispetto di quanto affermato dalla decisione.

La pronuncia in commento può accostarsi ad altre vicende recenti ed altrettanto note, che stanno segnando tasselli importanti per capire non solo la posizione della Corte nella forma di governo, ma anche per analizzare le “diverse strategie adottate (o adottabili) dalla Corte per indurre il Parlamento a una rinnovata presa in carico” dei problemi che, di volta in volta, si pongono nella realtà e per definire delle regole rispondenti agli interessi costituzionali che vengono in gioco⁵⁷. Vi è, in questo senso, un “mutamento progressivo ma inesorabile”⁵⁸ del ruolo della Corte, con una “rinnovata ricerca di centralità”⁵⁹, nel raccordo con le giurisdizioni e in tensione con le sedi dell’indirizzo politico”⁶⁰.

Anche nella sentenza del 2022 traspare infatti quell’idea sempre più pervasiva in base alla quale l’esame di specifiche istanze di tutela attinenti ai diritti fondamentali “non può essere pretermesso, l’esigenza di garantire la legalità costituzionale dovendo prevalere sull’altra di lasciare spazio (un qualche spazio) alla discrezionalità del legislatore per la compiuta regolazione della materia”⁶¹.

In questo ambito, dunque, appare viepiù essenziale, per la Corte, la centralità dei diritti, tanto che giunge ad essere affiancata alla discrezionalità del legislatore, poiché traspare l’idea che la violazione di tali diritti, proprio perché dovuta ad una inerzia del legislatore, assume una sfumatura diversa, “di subita ingiustizia, che sposta sulla funzione di garanzia il compito di rimediare in positivo a quanto il legislatore non è riuscito a fare”⁶². Vi è pertanto una “supplenza concreta”⁶³ della Corte nei confronti del legislatore inerte, anche per via del mutamento di “contesto”⁶⁴ in cui la giustizia costituzionale ha operato.

Vi è, in questi ambiti, una “applicazione diretta” della Costituzione da parte della Corte⁶⁵, per tutelare diritti individuali, facendo perno sulla superiore forza ordinante del Testo fondamentale⁶⁶.

Tale mutamento nell’azione della Corte, specie in riferimento ai diritti, si può notare molto lucidamente in quelle vicende nelle quali sono state utilizzate tecniche decisorie nuove e “piuttosto audaci”⁶⁷, quali quella pronuncia “in due tempi” che ha inaugurato col c.d. caso Cappato e che ha trovato altre applicazioni⁶⁸.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ Ivi, 9.

⁵⁹ G. DE VERGOTTINI, *La Corte costituzionale tra riaccentramento e riequilibrio del sistema*, in federalismi.it, 27 gennaio 2021, iv s.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ E. MALFATTI, *Ri-costruire la ‘regola’ del cognome: una long story a puntate (e anche un po’ a sorpresa)*, cit., 9.

⁶² Ivi, 9.

⁶³ G. REPETTO, *Recenti orientamenti della Corte costituzionale in tema di sentenze di accoglimento manipolative*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo. Diritto costituzionale in trasformazione*, 2020, III, 159, che utilizza l’espressione di “supplenza concreta”.

⁶⁴ D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di «ri-accentramento» della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, 2020.

⁶⁵ R. BIN, *L’applicazione diretta della Costituzione, le sentenze interpretative, l’interpretazione conforme a Costituzione della legge*, in AA.VV., *La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa*, Napoli, 2010, 219 s.

⁶⁶ F. PATERNITI, *La Corte “pedagogista” di un legislatore colpevolmente inerte. Riflessioni critiche su una svolta problematica della recente giurisprudenza costituzionale*, in federalismi.it, 16 dicembre 2020, 178 s., spec. 200: in tal modo, questa sorta di applicazione diretta del dettato costituzionale sembra poter essere letta come il tentativo di evitare il paradosso per il quale il mancato intervento di una disciplina legislativa possa paralizzare la supremazia del precetto costituzionale e le prospettive di tutela dallo stesso ricavabili.

⁶⁷ E. MALFATTI, *Ri-costruire la ‘regola’ del cognome: una long story a puntate (e anche un po’ a sorpresa)*, cit., 12.

⁶⁸ Si pensi al caso dell’ergastolo ostativo: l’[ordinanza n. 97 del 2021](http://www.gazzettaufficiale.it/eli/2021/05/25/0101700010001/01/01) ha comunicato di ritenerlo incompatibile con la Costituzione; tuttavia, poiché occorrerebbe un intervento legislativo, ha concesso un anno di tempo al Parlamento, rinviando la trattazione al maggio 2022. Dunque, anche l’incostituzionalità dell’ergastolo ostativo è accertata, anche se non dichiarata, per dare al legislatore “un congruo tempo” per “affrontare la materia” (fino al 10 maggio 2022). Sull’[ordinanza n. 97 del 2021](http://www.gazzettaufficiale.it/eli/2021/05/25/0101700010001/01/01), cfr. M. RUOTOLO, *Riflessioni sul possibile “seguito” dell’ord. n. 97 del 2021 della Corte costituzionale*, in [Sistema Penale](http://www.sistema penale.it), 28 febbraio 2022, 1 s.; E. DOLCINI, *L’ordinanza della Corte costituzionale n. 97 del 2021: eufonie, dissonanze, prospettive inquietanti*, in [Sistema Penale](http://www.sistema penale.it), 25 maggio 2021; D. GALLIANI, *Il chiaro e lo scuro*.

D'altro canto, la stessa Corte, nell'ormai celebre [ordinanza n. 207 del 24 ottobre 2018](#)⁶⁹, aveva fatto notare proprio che “in situazioni analoghe a quella in esame, questa Corte ha, sino ad oggi, dichiarato l'inammissibilità della questione sollevata, accompagnando la pronuncia con un monito al legislatore affinché provvedesse all'adozione della disciplina necessaria al fine di rimuovere il *vulnus* costituzionale riscontrato: pronuncia alla quale, nel caso in cui il monito fosse rimasto senza riscontro, ha fatto seguito, di norma, una declaratoria di illegittimità costituzionale”⁷⁰. Così era stato con la [sentenza n. 242 del 2019](#) – definita come provvedimento inusuale⁷¹ – che la Corte ha immesso nell'ordinamento una previsione nuova che non rappresenta una soluzione costituzionalmente obbligata⁷².

Primo commento all'ordinanza 97/2021 della Corte costituzionale sull'ergastolo ostativo, in [Giustizia Insieme](#), 20 maggio 2021; F. GIANFILIPPI, *Ergastolo ostativo: incostituzionalità esibita e ritardi del legislatore. Prime note all'ordinanza 97/2021*, in [Questione Giustizia](#), 27 maggio 2021; A. PUGIOTTO, *Leggere altrimenti l'ord. n. 97 del 2021 in tema di ergastolo ostativo alla liberazione condizionale*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2021, 1213 s. All'udienza del 10 maggio 2022, poi, la Corte ha disposto un nuovo rinvio all'udienza dell'8 novembre 2022. Come è stato spiegato nell'ordinanza letta in udienza dal Presidente dopo la camera di consiglio, “la decisione è stata presa considerato che la Camera ha approvato una proposta di legge ora all'esame del Senato e che, nella seduta del 4 maggio 2022, il presidente della commissione Giustizia di Palazzo Madama ha auspicato un nuovo rinvio dell'odierna udienza “per consentire la prosecuzione e la conclusione dei lavori di Commissione”; “Permangono inalterate le ragioni che hanno indotto questa Corte a sollecitare l'intervento del legislatore, al quale compete, in prima battuta, una complessiva e ponderata disciplina della materia, alla luce dei rilievi svolti nell'ordinanza n. 97 del 2021”. “Proprio in considerazione dello stato di avanzamento dell'iter di formazione della legge – prosegue l'ordinanza – appare necessario un ulteriore rinvio dell'udienza, per consentire al Parlamento di completare i propri lavori”. Tuttavia, “anche alla luce delle osservazioni della parte costituita, tale ulteriore rinvio deve essere concesso in tempi contenuti”, conclude l'ordinanza, fissando all'8 novembre la data di trattazione delle questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla Corte di cassazione, prima sezione penale. Simile quanto avvenuto con l'[ordinanza n. 132 del 2020](#), con cui la Corte, chiamata ad affrontare la questione della legittimità costituzionale, in rapporto agli artt. 21, 117, co. 1 e 10 Cedu, della comminatoria della pena detentiva per il delitto di diffamazione a mezzo stampa, ha rinviato di un anno la trattazione, al fine di consentire al Parlamento di intervenire con una nuova disciplina della materia. A fronte dell'inerzia legislativa, con la [sentenza n. 150 del 2021](#), la Corte ha esaminato il merito, dichiarando fondate le questioni sollevate. Sull'[ordinanza n. 132 del 2020](#), cfr., *ex plurimis*, A. RUGGERI, *Replicato, seppur in modo più cauto e accorto, alla Consulta lo schema della doppia pronuncia inaugurato in Cappato (nota minima a margine di Corte cost. n. 132 del 2020)*, in questa [Rivista](#), n. 2, 2020, 406 s.; R. PINARDI, *La Corte ricorre nuovamente alla discussa tecnica decisionale inaugurata col caso Cappato*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 4 agosto 2020, 104 s.; A. MAZZOLA, *Decide che deciderà! La Corte costituzionale torna a adoperare la tecnica inaugurata con il “caso Cappato”*, in questa [Rivista](#), n. 2, 2020, 545 s.; M. PICCHI, *Un nuovo richiamo allo spirito di leale collaborazione istituzionale nel rispetto dei limiti delle reciproche attribuzioni: brevi riflessioni a margine dell'ordinanza n. 132/2020 della Corte costituzionale*, in [Osservatorio sulle fonti](#), n. 3, 2020, 1412 s. Sulla [sentenza n. 150 del 2021](#), invece, cfr. A. CARDONE, *Le ordinanze di rimessione, la definizione del thema decidendum e il decisum*, in questa [Rivista](#), 2022/I, 349 s.; L. MADAU, *Fai domani quello che potresti fare oggi. Un raffronto tra l'ordinanza n. 132 del 2020 e la sentenza n. 150 del 2021*, in [Nomos](#), n. 3, 2021, 1 s.; D. MANELLI, [La diffamazione a mezzo stampa e il persistente dominio dell'inerzia legislativa nella tutela dei diritti. La Consulta perfeziona un nuovo caso di “incostituzionalità differita” con la sentenza n. 150 del 2021](#), in questa [Rivista](#), 2022/I, 94 s.

⁶⁹ F. PATERNITI, *La Corte “pedagogista” di un legislatore colpevolmente inerte. Riflessioni critiche su una svolta problematica della recente giurisprudenza costituzionale*, cit., 180. Sul punto cfr. anche A. RUGGERI, [Ancora su Cappato e la progettazione legislativa volta a dare seguito alle indicazioni della Consulta](#), in questa [Rivista](#), 2020/III, 556, laddove si sottolinea come la vicenda abbia manifestato un “uso alquanto ‘libero’ o, diciamo pure, disinvolto delle forme processuali”.

⁷⁰ [Ordinanza n. 207 del 2018](#), *Considerato in diritto* p. 11.

⁷¹ F. PATERNITI, *La Corte “pedagogista” di un legislatore colpevolmente inerte. Riflessioni critiche su una svolta problematica della recente giurisprudenza costituzionale*, cit., 180; cfr. anche F. POLITI, *La sentenza n. 242 del 2019 ovvero della rarefazione del parametro costituzionale e della fine delle “rime obbligate”? Un giudizio di ragionevolezza in una questione di costituzionalità eticamente (molto) sensibile*, in [Dirittifondamenti.it](#), n. 1, 2020, 672; F. ZAMMARTINO, *Annotazioni sul trattamento di fine vita tra incertezze legislative e giurisdizionalizzazione dei diritti*, in [Rivista AIC](#), n. 2, 2020, 335 s.; S. CATALANO, *La sentenza 242 del 2019: una pronuncia additiva molto particolare senza ‘rime obbligate’*, in *Oss. Cost.*, n. 2, 2020, 291 s.

⁷² *Ibidem*. Cfr., sul punto, anche D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, cit., 101 s., che nota come si sia compiuto il passaggio dalle “rime obbligate” ai “versi sciolti”.

Tra il caso Cappato e quello sul doppio cognome, a fronte di una diversità del modo di procedere, il risultato è però molto simile, in quanto la Corte non chiude il giudizio, con inammissibilità e monito, ma avvisa il legislatore che, in mancanza di un suo intervento, affronterà la questione nel merito, “senza particolari ritrosie per la presenza di diverse soluzioni normative astrattamente immaginabili”⁷³. Nel primo caso, lo ha fatto con una sentenza e un monito “a termine”, mentre nel secondo con l’ordinanza di autorimessione (e un termine, pertanto, di natura implicita).

Si tratta di variazioni, in entrambi i casi, sebbene con declinazioni differenti, dello schema della c.d. “doppia pronuncia”: quando, cioè, la Corte sollecita dapprima l’intervento del legislatore senza giungere alla declaratoria di incostituzionalità, poi, di fronte al protrarsi dell’inerzia legislativa, se chiamata a giudicare nuovamente sulla stessa questione, pronuncia l’incostituzionalità nonostante l’assenza di rime obbligate”⁷⁴. Sia nel caso Cappato che nella vicenda del doppio cognome, la Corte non aspetta di essere richiamata in causa, ma usa degli stratagemmi procedurali per giungere al merito della questione, lasciando uno spazio di tempo al legislatore per intervenire.

Si tratta di schemi decisionali che derivano dal fallimento dei moniti con i quali, valorizzando la dialettica istituzionale in un’ottica di leale collaborazione, la Corte ha provato a sollecitare gli interventi legislativi “ritenuti indispensabili per risolvere le questioni di legittimità costituzionale sottoposte”⁷⁵. La Corte “pedagogista” interviene laddove il legislatore – anche dopo il monito – si continua a dimostrare silente, ribadendo la possibilità di un successivo intervento regolatore dell’organo legislativo⁷⁶.

Sembra dunque trasparire questa doppia possibilità di scelta della Corte in tema di diritti: laddove ritiene che la disciplina incostituzionale continui ad operare e che un simile effetto non possa considerarsi consentito, per le sue peculiari caratteristiche e per la rilevanza dei valori da esso coinvolti, la Corte dà un termine implicito al legislatore con l’ordinanza di autorimessione.

Osservando la vicenda nel lungo periodo, il giudice costituzionale ha deciso di procedere con uno schema in “tre tempi”: monito, incostituzionalità accertata ma non dichiarata e ulteriore monito, declaratoria di incostituzionalità. Si possono notare anche i tempi della decisione rispetto all’ordinanza di autorimessione: la Corte ha deciso in tempi più lunghi rispetto a quanto mediamente non fa. Dunque, si potrebbe desumerne la volontà di replicare, in qualche modo, lo schema del rinvio a termine. Allo stesso tempo, c’è anche un’enorme differenza: nella tecnica del rinvio a data fissa resta identico il *petitum* che, invece, con l’autorimessione si dilata. L’ultima tappa del percorso, ad oggi, è il nuovo doppio monito al legislatore: proprio in virtù di questi ultimi, e per le indicazioni – anche di sostanza – che contiene, la sentenza potrebbe non essere il passaggio conclusivo della vicenda, ma ben si potrebbe generare un ulteriore contenzioso costituzionale.

In generale, si tratta di un margine di azione, come dimostra la sentenza sul doppio cognome raffrontata alla vicenda del caso Cappato, che si restringe o si espande in base alle circostanze e dei casi⁷⁷.

⁷³ G. MONACO, *Una nuova ordinanza di “autorimessione” della Corte costituzionale*, cit., spec. 170 s.

⁷⁴ L. PESOLE, *La Corte costituzionale oggi, tra apertura e interventismo giurisprudenziale*, in federalismi.it, 5 maggio 2021, 224 s., spec. 248. Quindi, è “l’inattività del legislatore induce la Corte ad intervenire, anche perché sono coinvolti diritti fondamentali, che possono essere garantiti solo eliminando l’incostituzionalità presente nell’ordinamento”.

⁷⁵ F. PATERNITI, *La Corte “pedagogista” di un legislatore colpevolmente inerte. Riflessioni critiche su una svolta problematica della recente giurisprudenza costituzionale*, cit., 183.

⁷⁶ Ivi, 189. La Corte ribadisce “con vigore l’auspicio che la materia formi oggetto di sollecita e compiuta disciplina da parte del legislatore, conformemente ai principi precedentemente enunciati”: Corte cost., [sentenza n. 242 del 2019](#), p. 9 del *Considerato in diritto*. Critici, sul punto, sia A. RUGGERI, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunciata regolazione del suicidio assistito (a prima lettura di Corte cost. n. 242 del 2019)*, in [Giustizia Insieme](http://GiustiziaInsieme), 27 novembre 2019, sia S. CATALANO, *La sentenza 242 del 2019: una pronuncia additiva molto particolare senza ‘rime obbligate’*, cit., 292.

⁷⁷ Allo stesso tempo, peraltro, “accanto a decisioni estremamente incisive, caratterizzate dal superamento del vincolo delle rime obbligate, ve ne sono altre in cui la Corte continua a dichiarare l’inammissibilità della questione per mancanza di una soluzione univoca che consenta una pronuncia di tipo additivo (o sostitutivo)”. Così L. PESOLE, *La Corte costituzionale oggi, tra apertura e interventismo giurisprudenziale*, cit., 250. Quindi, come continua l’A., non si può parlare di abbandono del limite delle rime obbligate, ma “solo” dell’inserimento nella giurisprudenza costituzionale della

Tuttavia, nel caso in commento, la Corte ha operato una variazione rispetto allo schema seguito sinora, scegliendo la via dell'autorimessione che può considerarsi un'abile manovra "per guadagnare un tempo indefinito e indefinibile, fornendo peraltro al legislatore su un piatto d'argento (per il tramite del dispositivo dell'[ord. 18/2021](#)) la soluzione praticamente obbligata, e confidando altresì sulle capacità di quest'ultimo (o del Governo all'uopo delegato) di intervenire prima o poi organicamente in materia"⁷⁸. In tal modo, la Corte, con l'ordinanza di autorimessione, ha dato un'ulteriore sponda al legislatore, nel tentativo di "gettare un ponte"⁷⁹ e 'collaborare' davvero col Parlamento. A tal proposito, si è parlato, in dottrina, di tale autorimessione "come strumento per contrastare l'inerzia del legislatore, anche in assenza di 'rime obbligate'"⁸⁰.

Da una parte, la Corte, con l'autorimessione, ha dato del tempo in più al legislatore per intervenire, ma senza porre un termine; dall'altro, senza attendere che la questione fosse sollevata nell'ambito di un giudizio in cui i genitori non avessero raggiunto l'accordo sull'attribuzione del cognome al figlio, la Corte non ritarda il suo intervento, poiché, pur essendo prospettabili soluzioni normative diverse, la soluzione di una questione simile, attinenti a diritti fondamentali, deve essere portata a termine, operando un bilanciamento tra l'esigenza di garantire la legalità costituzionale e il libero spazio lasciato alla discrezionalità del legislatore.

In sostanza, la Corte ripropone un bilanciamento tra la garanzia della legalità costituzionale e la discrezionalità del legislatore⁸¹. Anche nel c.d. "caso Cappato", la Corte aveva sottolineato che, "decorso un congruo periodo di tempo, l'esigenza di garantire la legalità costituzionale deve, comunque sia, prevalere su quella di lasciare spazio alla discrezionalità del legislatore per la compiuta regolazione della materia, alla quale spetta la priorità"⁸².

Nel caso Cappato, in particolare, ci si trova di fronte ad una forma di incostituzionalità prospettata e si può ritenere che la Corte, in tal modo, abbia usato i suoi poteri per "difendere" il legislatore: rintracciando, insomma, in questa tecnica decisoria, una forma di *leale collaborazione* tra Corte e Parlamento⁸³.

La Corte risolve tale bilanciamento nel senso di privilegiare la legalità costituzionale, anche sulla scia della dottrina che ha rivendicato l'autonomia e l'indipendenza del giudizio di legittimità costituzionale rispetto al giudizio *a quo*. La Corte trae quindi da quest'ultimo lo spunto per affrontare una questione di interesse generale, in considerazione di quella che costituirebbe la sua funzione propria, ossia assicurare la legalità costituzionale dell'ordinamento giuridico⁸⁴. Si tratta di una

possibilità di travalicare quel limite se ricorrono certe condizioni (quali l'inerzia del legislatore dinanzi alle sollecitazioni della Corte e l'esigenza di garantire tutela costituzionale a diritti fondamentali).

⁷⁸ E. MALFATTI, *Ri-costruire la 'regola' del cognome: una long story a puntate (e anche un po' a sorpresa)*, cit., 12.

⁷⁹ Ivi, 13.

⁸⁰ G. MONACO, *Una nuova ordinanza di "autorimessione" della Corte costituzionale*, cit., spec. 170 s.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² [Sentenza n. 242 del 2019](#), *Considerato in diritto* p. 4.

⁸³ N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, cit., 92: "La Corte, cioè, si avvede della sostanziale fondatezza del dubbio di costituzionalità prospettato, ma riconosce che è la competenza legislativa ad essere in prima battuta sollecitata, per la qualità e la specificità del settore normativo interessato, e decide che il Parlamento abbia perciò la prima parola, solo avvertendolo che, alla scadenza del termine prefissato, riesaminerà la questione, alla luce dei principi costituzionali". Al contrario, come sottolinea lo stesso A., si può anche leggere il caso Cappato come "una sorta di legislazione 'coartata', che si svolge sotto la sostanziale minaccia dell'accoglimento della questione in caso di inerzia: una scelta che nega quella stessa (porzione di) discrezionalità che, in principio, si vorrebbe invece al legislatore riconoscere. In questa tesi, l'incostituzionalità prospettata diventa, più francamente (e inammissibilmente), incostituzionalità *minacciata*, e il *vulnus* costituzionale recato da questa tecnica sarebbe duplice: da un lato, la Corte rinuncia alla immediata dichiarazione di incostituzionalità, pur avendone riconosciuti i presupposti, dall'altro la libertà del Parlamento legislatore viene solo teoricamente affermata, risultando invece, in concreto, compressa nella sostanza e nei tempi". Sebbene l'A. ritenga che ragionare di "leale collaborazione" quanto ai rapporti tra Corte e legislatore evoca un che di stonato (92), ed anzi suscita un sommesso (ma non meno fermo) dissenso, allo stesso tempo riconosce come "un Parlamento politicamente saggio potrebbe proprio far tesoro dello spazio e del tempo concessogli, guadagnando in autorevolezza e prestigio" (94).

⁸⁴ G. MONACO, *Una nuova ordinanza di "autorimessione" della Corte costituzionale*, cit., spec. 170. Sul punto, cfr. F. MODUGNO, *Riflessioni interlocutorie sull'autonomia del giudizio costituzionale*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1966, 312 s., spec.

caratteristica del giudizio di legittimità che è ancor più accentuato dalla circostanza che il processo che si svolge davanti al giudice delle leggi si configura come “a parti non necessarie” a ulteriore riprova, quindi, che si svolge nell’interesse esclusivo dell’ordinamento e della garanzia della legalità costituzionale.

Per altri Autori, questo bilanciamento lascia comunque qualche perplessità, poiché il rispetto della discrezionalità del legislatore non sembra costituire un interesse costituzionalmente tutelato alla stregua di altri principi di carattere sostanziale che vengono in rilievo nel giudizio di costituzionalità e che rientrano, eventualmente, in un’operazione di bilanciamento⁸⁵. Anzi, costituisce uno dei limiti fondamentali cui va incontro la Corte nello svolgimento della propria funzione di sindacare la legittimità costituzionale delle leggi⁸⁶. In tal modo, peraltro, diventerebbe più sfumato il confine tra l’attività legislativa del Parlamento e l’attività della Corte, rispetto alle sentenze additive pronunciate nei limiti delle c.d. ‘rime obbligate’, perché in tali circostanze, “la Corte non crea liberamente la norma, ma si limita a individuare quella già implicita nel sistema”⁸⁷.

D’altro canto, la *finzione* delle rime obbligate⁸⁸ aveva dalla sua la forza indiscutibile dell’argomento *tranchant* e definitivo: è la Costituzione stessa a volere così⁸⁹. Diversamente, a questo tipo di “forza

221 s., laddove si afferma che “l’interesse pubblico o generale alla permanenza in vigore delle leggi non diffondi dalla Costituzione, e soltanto di esse, sembra dover prevalere, in ogni caso di ragionevole timore che esso possa restare insoddisfatto” (304).

⁸⁵ G. MONACO, *Una nuova ordinanza di “autorimessione” della Corte costituzionale*, cit., spec. 170.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ *Ibidem*. Sul punto, cfr. V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent’anni*, in *Giur. cost.*, 1976, 1707. Sul tema cfr. D. TEGA, *La traiettoria delle rime obbligate. Da creatività eccessiva, a felix culpa, a gabbia troppo costrittiva*, in *Sistema Penale*, n. 2, 2021, 5 s.; V. GIANNELLI, *Dalle rime obbligate al dispositivo “cedevole”*. Brevi note sugli ultimi approdi del sindacato costituzionale sulla proporzionalità delle sanzioni penali, in *federalismi.it*, n. 15, 2020, 85 s. Da ultimo, cfr. N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in *federalismi.it*, 27 gennaio 2021, 86 s., spec. 87 s., dove ci si interroga anche sulla “questione del (presunto? definitivo?) abbandono delle pronunce ‘a rime obbligate’, in particolare nella materia penale”. L’A. nota anche come “la Corte ha bisogno del legislatore e dei giudici comuni. È necessario che il legislatore conosca e segua i moniti della Corte, così come è necessario che i giudici comuni conoscano la giurisprudenza costituzionale. Se ciò non accade, la Corte, ammaestrata dal fallimento, può essere indotta a fare da sé (con tutti i rischi che ne conseguono)”. Nello stesso scritto, si fa riferimento anche al concetto di ““grandezze già esistenti nell’ordinamento”: una definizione che tenta “di mostrare che la Corte non inventa davvero nulla di nuovo, ma si limita a ricorrere, estendendolo, al “lessico” legislativo già in vigore. Una estensione giustificata dall’horror vacui che una pronuncia di incostituzionalità “secca” può determinare” (90).

⁸⁸ Sul percorso delle “rime obbligate”, cfr. L. PESOLE, *La Corte costituzionale oggi, tra apertura e interventismo giurisprudenziale*, cit., 242 s., laddove si individuano alcune fasi: la prima in cui la Corte, quando non sono possibili le rime obbligate, è costretta a fare un passo indietro per lasciare spazio all’intervento del legislatore. Qui la Corte riconosce la sussistenza dell’incostituzionalità, ma poi conclude affermando di essere impossibilitata a dichiararla, in quanto l’accoglimento della questione si tradurrebbe in un’invasione di campo nei confronti del legislatore. La seconda fase è quella delle additive di principio, con le quali la Corte conia uno strumento decisorio che teoricamente le permette di salvaguardare tutte le esigenze in gioco. Questo tipo di sentenza, infatti, si fonda su uno schema di tipo ternario, in cui ciascuna delle tre componenti coinvolte (Corte, legislatore, giudici) può svolgere la propria funzione: la Corte dichiarando l’incostituzionalità aggiungendo un principio, il legislatore individuando la norma conforme al principio, i giudici (in attesa dell’intervento legislativo) ricavando dal principio la regola del caso concreto necessaria per risolvere il giudizio in modo conforme alla Costituzione. Con la conseguenza, però, che tutto ricade sulle spalle dei giudici, che decidono applicando al caso concreto la regola tratta dal principio aggiunto dalla Corte. Regola, però, che non può possedere quei requisiti di generalità e astrattezza che connotano il prodotto dell’attività normativa posta in essere dal legislatore. La conseguenza ovvia che ne deriva è che casi analoghi possono essere risolti in base a regole diverse. La tappa successiva è quando la Corte si trova di fronte a questioni che richiedono un intervento additivo in assenza di rime obbligate e si possono rinvenire alcune ipotesi in cui la Corte pronuncia ugualmente la sentenza additiva (o, più in generale, manipolativa), nonostante la sussistenza di una pluralità di soluzioni che implicherebbero una scelta politica da parte del legislatore. Il filo rosso che attraversa tutte e tre le tappe e che rappresenta la causa giustificativa che induce la Corte a spingersi così a ridosso (per non dire all’interno) dell’attività legislativa è dunque proprio la tendenza del legislatore a mantenersi inerte.

⁸⁹ In questi termini N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, cit., 90.

eloquente” si sostituisce “l’implicita o esplicita ammissione che la grandezza cui si ricorre è solo un temporaneo rimedio, sempre modificabile *ad libitum* dal legislatore”⁹⁰.

C’è anche da notare come la Corte – nella vicenda del cognome – abbia rispettato per decenni la discrezionalità del legislatore, e l’intervento dapprima della [sentenza n. 286 del 2016](#) e poi della [sentenza n. 131 del 2022](#) avvengono dopo una prolungata inerzia che, per certi versi, può “giustificare” interventi più netti⁹¹. A ben vedere, la Corte ha risolto il bilanciamento a favore della discrezionalità del legislatore, in materia, per decenni: solo quando la legalità costituzionale non era più “rimandabile”, ha agito risolvendo il bilanciamento in senso opposto. D’altro canto, è già stato notato come il limite della discrezionalità del legislatore può essere ritenuto solo “relativo” e quindi superabile nel caso in cui l’inerzia produca omissioni incostituzionali⁹².

Si tratta di uno schema che era stato seguito con la [sentenza n. 23 del 2013](#), la quale conteneva un severo monito al legislatore⁹³, e con la successiva [sentenza n. 45 del 2015](#)⁹⁴. Lo stesso era avvenuto per la [sentenza n. 1 del 2014](#), che fa seguito ad un “invito” non ascoltato a “rimuovere i profili di irrazionalità insiti nella disciplina della modalità di “attribuzione dei premi di maggioranza”, contenuto in una decisione resa in sede di giudizio sull’ammissibilità del referendum ([sentenza n. 13 del 2012](#))⁹⁵.

Vi è chi ha visto in questo modo di procedere della Corte un riaccostamento del giudizio costituzionale⁹⁶, ma si deve anche notare come “la Corte procede alla ‘integrazione’” o ‘sostituzione’ della previsione dichiarata illegittima rinvenendo nel sistema ‘precisi punti di riferimento’, che permettono di considerare le soluzioni ‘già esistenti’, ancorché non costituzionalmente obbligate”⁹⁷.

Si tratta, pertanto, di un intervento a più tempi che, per certi versi, legittima l’intervento della Corte: come è stato sostenuto, le “rime obbligate” giustificano un intervento “immediato” della Corte, ove realmente la lacuna incostituzionale possa da subito essere colmata senza invadere la sfera di discrezionalità del legislatore; allo stesso tempo, le “rime obbligate” impediscono alla Corte di intervenire subito, ove l’intervento legislativo si riveli indispensabile nella scelta delle diverse opzioni per colmare la lacuna incostituzionale. In quest’ultimo caso, le “rime obbligate” non possono però impedire alla Corte di intervenire in “seconda battuta”, se la questione torni alla sua attenzione a

⁹⁰ *Ibidem*. Per l’A. si tratta di una affermazione strana due volte: in primo luogo, giacché è ovvio che il legislatore può intervenire quando vuole, ed è semmai la Corte che deve giustificarsi. In secondo luogo, perché svaluta da subito la soluzione normativa pur inserita nel dispositivo, che appare “di fortuna”, come una sorta di legislazione cedevole.

⁹¹ Non è così per F. PATERNITI, *La Corte “pedagogista” di un legislatore colpevolmente inerte. Riflessioni critiche su una svolta problematica della recente giurisprudenza costituzionale*, cit., 191, che, in riferimento al caso Cappato, afferma come si possa nutrire qualche dubbio rispetto sulla reale volontà della Consulta di salvaguardare il ruolo del legislatore.

⁹² M. RUOTOLO, *Oltre le “rime obbligate”?* in [federalismi.it](#), n. 3, 2021, 59-60.

⁹³ G. LEO, *Il problema dell’incapace “eternamente giudicabile”: un severo monito della Corte costituzionale al legislatore*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 18 febbraio 2013.

⁹⁴ M. DANIELE, *Il proscioglimento per prescrizione dei non più ‘eterni giudicabili’*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 20 aprile 2015.

⁹⁵ M. RUOTOLO, *Oltre le “rime obbligate”?* cit., 58. Così in diversi altri casi: [sent. n. 222 del 2018](#), riguardante il sistema delle pene accessorie dei delitti di bancarotta; [sent. n. 40 del 2019](#), in tema di trattamento sanzionatorio per i reati riguardanti gli stupefacenti, preceduta da monito contenuto nella [sent. n. 179 del 2007](#); [sent. n. 99 del 2019](#), che ha esteso la possibilità di concessione della detenzione domiciliare c.d. umanitaria per le ipotesi di grave infermità psichica sopravvenuta (sino ad allora limitata ai casi di infermità fisica sopravvenuta), preceduta da monito contenuto nella [sent. n. 111 del 1996](#); [sent. n. 113 del 2020](#), sui termini per la proposizione del reclamo avverso provvedimenti relativi ai permessi premio, preceduta da monito contenuto nella [sent. n. 235 del 1996](#).

⁹⁶ Cfr. R. ROMBOLI, *Il sistema “accentrato” di costituzionalità, in Il sistema “accentrato” di costituzionalità*, cit., 16 s. Sul punto, cfr. anche A. RUGGERI, *Giudice o giudici nell’Italia postmoderna*, in [Giustizia Insieme](#), 2019. Sono ricorsi a tale espressione anche G. REPETTO, *Il canone dell’incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Napoli, 2017, spec. 310 s.; M. RUOTOLO, *L’evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell’ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in [Rivista AIC](#), n. 2, 2019, 644 s.; R. ROMBOLI, *Relazione introduttiva, in Il sistema “accentrato” di costituzionalità*, cit., 13 s.

⁹⁷ M. RUOTOLO, *Oltre le “rime obbligate”*, cit., 58-59.

seguito di monito già rivolto al legislatore affinché questi eserciti la sua discrezionalità, trovando una soluzione conforme a Costituzione per rimediare alla già rilevata lacuna⁹⁸. Tutto questo considerando, come si è evidenziato poc'anzi, la difficoltà nel riferirsi ormai alla dottrina delle rime obbligate, che è stata erosa a tutto vantaggio delle “rime adeguate”⁹⁹.

A ben vedere, dunque, è la mancanza del seguito legislativo¹⁰⁰ a legittimare l'intervento della Corte. Questa tecnica decisoria ha, tuttavia, “l'effetto di lasciare in vita – e dunque esposta a ulteriori applicazioni, per un periodo di tempo non preventivabile – la normativa non conforme a Costituzione” e l'eventuale dichiarazione di incostituzionalità conseguente all'accertamento dell'inerzia legislativa presuppone che venga sollevata una nuova questione di legittimità costituzionale, che può “sopravvenire anche a notevole distanza di tempo dalla pronuncia della prima sentenza di inammissibilità, mentre nelle more la disciplina in discussione continua ad operare”¹⁰¹. Con le tecniche decisorie più recenti, invece, questa attesa non si pone.

5. L'autoapplicabilità della sentenza e la circolare del Ministero dell'interno

La sentenza della Corte è ovviamente già efficace, ma alcuni problemi non sono stati risolti dalla stessa: la moltiplicazione dei cognomi; il problema dei cognomi diversi a figli della stessa coppia, nonché i secondi figli di genitori diversi rispetto al primo. In attesa dell'intervento legislativo, tuttavia, vi dovranno essere necessariamente alcune prassi applicative.

Allo stesso tempo, si deve notare come, dalla sentenza, sarebbero potuti derivare, prima che arrivi l'intervento del legislatore, seri problemi applicativi, “determinati dal molto che essa dice e dal molto che non dice, in un intreccio complicato di pieni e di vuoti difficile da dipanare”¹⁰². Tali problemi sono resi più impellenti dall'immediata operatività delle regole in essa espresse, dal giorno successivo alla pubblicazione.

In materia, il Ministero dell'Interno era già dovuto intervenire in passato, con le circolari del Dipartimento per gli Affari interni e territoriali¹⁰³. Queste, cercando di dare applicazione alla [sentenza n. 61 del 2006](#), oltre che del decreto del 2012, hanno avuto il risultato di far transitare, e di far essere eventualmente accolte, le istanze concernenti la modifica del cognome, con l'aggiunta del cognome materno, così come in un procedimento amministrativo la cui fase istruttoria viene incardinate sulle prefetture¹⁰⁴.

⁹⁸ M. RUOTOLO, *Corte costituzionale e legislatore*, in *Diritto e Società*, 2020, 53 s., spec. 67.

⁹⁹ Sull'abbandono della teoria delle c.d. rime obbligate cfr. M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, cit., 644 s., S. CATALANO, *La sentenza 242 del 2019: una pronuncia additiva molto particolare senza 'rime obbligate'*, cit., 288 ss., A. RUGGERI, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunciata regolazione del suicidio assistito (a prima lettura di Corte cost. n. 242 del 2019)*, cit., 3 s., A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2019, 791 s., A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 2, 2019, 264 s.; E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa nell'ordinanza n. 207 del 2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio?* in *Quaderni Costituzionali*, n. 3, 2019, 533 s.

¹⁰⁰ Sul seguito parlamentare cfr. Cfr. E. CHELI, *Giustizia costituzionale e sfera parlamentare*, in *Quaderni Costituzionali*, 1993, 263 s.; C. TUCCIARELLI, *Le istituzioni a due marce: Corte costituzionale e Parlamento tra sentenze poco seguite e seguito poco sentito*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 2, 1996, 293 s., spec. 310; R. BIN e C. BERGONZINI, *La Corte costituzionale in Parlamento, in «Effettività» e «seguito» delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, a cura di R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto e P. Veronesi, Napoli, 2006, 215 s.; N. LUPO, *Il Parlamento e la Corte costituzionale*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari, Quaderno n. 21*, 2012, 109 s.

¹⁰¹ [Ordinanza n. 207 del 2018](#), Considerato in diritto p. 11.

¹⁰² G. LUCCIOLI, *Brevi note sulla sentenza n. 131 del 2022 della Corte costituzionale*, cit.

¹⁰³ Cfr. [Ministero dell'Interno, Dipartimento per gli Affari interni e territoriali](#), circolare n. 21 del 30 maggio 2006, circolare n. 15 del 12 novembre 2008, e circolare n. 14 del 21 maggio 2012.

¹⁰⁴ E. MALFATTI, *Ri-costruire la 'regola' del cognome: una long story a puntate (e anche un po' a sorpresa)*, cit., 11: con esito negativo ricorribile, secondo i principi generali, di fronte ai tribunali amministrativi regionali.

Con la [sentenza n. 286 del 2016](#), la Corte aveva escluso implicitamente di poter valorizzare l'elemento dell'accordo "fino al punto di renderlo, nell'immediato, così centrale nella decisione da appalesare la possibilità di attribuire un unico cognome (materno, ma a questo punto anche paterno) nel caso (e solamente nel caso) in cui esso venga espressamente raggiunto; ciò che le avrebbe consentito di evidenziare in controtuce, e pertanto in assenza dell'accordo medesimo, una nuova 'regola', quella del doppio cognome"¹⁰⁵.

Tale nuova 'regola' in qualche modo, aveva già una dimensione applicativa nella circolare del Ministero dell'Interno n. 7 del 17 giugno 2017¹⁰⁶, che aveva l'intenzione di rendere operativa la [sentenza n. 286 del 2016](#). Con la circolare si erano messe in preventivo le richieste per aggiungere il cognome materno a quello paterno. Da una parte prevedendo unicamente la postposizione del cognome materno a quello paterno¹⁰⁷; dall'altra parte, escludendo formalità per documentare l'accordo tra i genitori, riconducendo l'attribuzione del cognome a quella del nome, e perciò a un atto di esercizio della responsabilità genitoriale che implica la previa e concorde scelta dei genitori¹⁰⁸.

Anche dopo la sentenza del 2022 si pone il problema delle modalità applicative della nuova 'regola', che gli ufficiali di stato civile, come pure gli uffici periferici del Ministero dell'Interno, dovrebbero poter applicare in modo chiaro. Dopo la sentenza, difatti, è intervenuta una circolare (n. 63) del Ministero dell'Interno, relativa proprio all'attribuzione del cognome di entrambi i genitori.

Il Ministero dell'interno, prendendo le mosse dalla sentenza della Corte, chiarisce come l'accordo sia imprescindibile per poter attribuire al figlio il cognome di uno soltanto dei genitori e che, in mancanza di tale accordo, devono attribuirsi i cognomi di entrambi i genitori, nell'ordine dagli stessi deciso. Qualora non vi sia accordo sull'ordine di attribuzione dei cognomi, la Corte costituzionale ha precisato che si rende necessario l'intervento del giudice, che l'ordinamento giuridico già prevede per risolvere il disaccordo su scelte riguardanti i figli.

La circolare stabilisce dunque che, in attuazione della sentenza costituzionale, l'ufficiale dello stato civile dovrà accogliere la richiesta dei genitori che intendono attribuire al figlio il cognome di entrambi, nell'ordine dai medesimi concordato, al momento della nascita, del riconoscimento o dell'adozione, fatto salvo l'accordo per attribuire soltanto il cognome di uno di loro soltanto.

6. *Qualche considerazione conclusiva*

La sentenza sul "doppio cognome", come accennato inizialmente, porta a una rinnovata riflessione sul ruolo del legislatore e su quello del giudice costituzionale, sollevando nuovamente l'annoso interrogativo su chi, tra di loro, debba captare i cambiamenti in atto nella coscienza sociale. Si tratta, ovviamente, di un tema di grande momento, ma sul quale possono comunque provare ad abbozzarsi alcune riflessioni conclusive a partire dalla sentenza in commento.

¹⁰⁵ Ivi, 3.

¹⁰⁶ [Circolare del Ministero dell'Interno n. 7 del 17 giugno 2017](#). Sul punto, cfr. D. BERLOCO, *Attribuzione cognome della madre in aggiunta a quello del padre ai nuovi nati. Circolare del ministero dell'interno n. 7 del 14 giugno 2017*, in *Lo Stato Civile Italiano*, n. 9, 2017, 9.

¹⁰⁷ È possibile dubitare della coerenza di tale sviluppo amministrativo con il *decisum* della Corte. Infatti, nella [sentenza n. 286 del 2016](#) la Corte diceva "anche il cognome materno" senza riferirsi in alcun modo al suo posizionamento; al contrario, anzi, usando terminologia diversa rispetto ai successivi commi dell'art. 262 che appunto specificano i casi di anteposizione o posposizione del cognome del padre che riconosce successivamente all'attribuzione del cognome da parte dell'ufficiale dello stato civile.

¹⁰⁸ E. MALFATTI, *Ri-costruire la 'regola' del cognome: una long story a puntate (e anche un po' a sorpresa)*, cit., 3: come continua l'A. si potrebbe immaginare che la prassi ministeriale venga implementata ulteriormente per rispondere sia ai nuovi accordi nel senso dell'uno o dell'altro cognome, sia a un ampliamento (in mancanza di esplicitazione delle volontà) della casistica del doppio cognome.

Tale filone giurisprudenziale, con il suo approdo, si inserisce nel percorso di “ripensamento da parte della Corte tanto dei propri poteri decisori”¹⁰⁹ e degli strumenti del processo per evitare il formarsi di zone franche ma, soprattutto, per fronteggiare l’inerzia del legislatore, passando dalle ‘rime obbligate’ ai ‘versi sciolti’¹¹⁰, dalle soluzioni costituzionalmente vincolate a quelle non arbitrarie tra le diverse possibili¹¹¹.

Senza dubbio, i casi recenti di “confronto” mancato tra Corte e legislatore, per l’inerzia di quest’ultimo, hanno fatto muovere il pendolo verso l’“anima politica” della Corte, a scapito di quella giurisdizionale¹¹², nel tentativo di “rendere giustizia costituzionale”¹¹³. Allo stesso tempo, stanno probabilmente segnando un mutamento nei rapporti istituzionali¹¹⁴.

Non è senz’altro questa la sede per ragionare diffusamente sui rapporti tra Corte e legislatore e, soprattutto, sulle concezioni sottostanti: cioè tra quelle di chi ritiene che “la Costituzione dice quel che c’è scritto, non già quel che oggi ci piacerebbe che essa dicesse, sulla base di improbabili letture ‘dinamiche’”¹¹⁵ e chi, all’opposto, ritiene che la Costituzione è un essere che vive e che respira, e l’interpretazione evolutiva della Costituzione da parte della giurisprudenza costituzionale è lo strumento per “adattare” la Carta fondamentale¹¹⁶.

¹⁰⁹ G. MONACO, *Una nuova ordinanza di “autorimessione” della Corte costituzionale*, cit., spec. 174. Sul punto, cfr. M. RUOTOLO, *L’evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell’ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2019, 644 s.

¹¹⁰ D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, 2020, spec. 101 s.; G. MONACO, *Una nuova ordinanza di “autorimessione” della Corte costituzionale*, cit., spec. 175.

¹¹¹ In quanto, come ricorda la [sentenza n. 236 del 2016](#), l’obiettivo del controllo “non è alterare le opzioni discrezionali del legislatore, ma ricondurre a coerenza le scelte già delineate a tutela di un determinato bene giuridico, procedendo puntualmente, ove possibile, all’eliminazione di ingiustificabili incongruenze”.

¹¹² R. ROMBOLI, *Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l’anima politica e quella giurisdizionale. Una tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa*, in *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l’anima ‘politica’ e quella ‘giurisdizionale’*, a cura di Id., Torino, 2017, 1 s.

¹¹³ G. SILVESTRI, *La Corte costituzionale nella svolta di fine secolo*, in *Storia d’Italia. Annali 14. Legge Diritto Giustizia*, a cura di L. Violante, Torino, 1998, 979; ID., *Del rendere giustizia costituzionale*, in [Questione Giustizia](#), 13 novembre 2020.

¹¹⁴ Come nota F. PATERNITI, *La Corte “pedagogista” di un legislatore colpevolmente inerte. Riflessioni critiche su una svolta problematica della recente giurisprudenza costituzionale*, cit., 192, originariamente era possibile inquadrare i rapporti istituzionali sulla base di uno schema nell’ambito del quale il legislatore agisce e il Giudice costituzionale, se del caso, reagisce, mentre adesso pare al contrario che, laddove il Parlamento rimanga silente, il potere di azione possa essere legittimamente assunto dalla Corte e, rispetto alle soluzioni da questa prospettate, spetterà eventualmente al legislatore architettare successive reazioni politiche introducendo apposite normative.

¹¹⁵ N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, cit., 97: la Costituzione, insomma, non è affatto, nonostante fiumi di retorica sostengano il contrario, un *living document*, che ‘sta al passo coi tempi’: come se i tempi, tra l’altro, dovessero mutare sempre e solo di bene in meglio, in un incessante e inarrestabile progresso dei diritti individuali e collettivi, e la Costituzione, cambiando insieme ai tempi, dovesse riflettere ‘*the evolving standards of decency that mark the progress of a maturing society*’”. La dottrina originalista nasce, in particolare, con la sentenza *Dred Scott v. Sandford* della Corte Suprema degli Stati Uniti del 6 marzo 1857 e ha avuto fino al 2016 uno dei maggiori protagonisti nel giudice della Corte Suprema Antonin Scalia: cfr., ad esempio, A. SCALIA, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton, 1997, *passim*; ID., *The Idea of the Constitution* (1991), in *Scalia Speaks: Reflections on Law, Faith, and Life Well Lived*, a cura di C. Scalia and E. Whelan, Crown Forum, 2017, 164 s.; o, ancora, C. SUNSTEIN, *Justice Scalia’s Democratic Formalism*, in *Yale Law Journal*, 107-2, 1997, 529 s. La teoria si basa sull’attribuire alla Costituzione federale il significato che questa aveva quando fu adottata. In quest’ottica è da considerare costituzionalmente illegittimo qualsivoglia tentativo di interpretazione evolutiva. La giurisprudenza costituzionale che deriva dalle teorie originaliste, pertanto, non può che essere una giurisprudenza “passiva”. Per gli originalisti, infatti, “la materia costituzionale è definita dal testo della Costituzione. Secondo questa impostazione, la materia costituzionale è un terreno che offre standard di giudizio strettamente ancorati al tenore letterale degli enunciati costituzionali. Le operazioni interpretative non possono andare oltre il senso proprio delle parole, alla luce dell’intenzione che ha guidato la mano dei framers”: in tali termini, Q. CAMERLENGO, *Originalismo e “living Constitutionalism”*, tra domanda di Costituzione e principi supremi, in *La Lettera* al sito dell’[AIC](#), luglio 2022.

¹¹⁶ Cfr., per tutti, A. BARBERA, voce *La Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali VIII, Milano, 2015, 263 s., spec. 334 s. e S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, 2004, *passim*. Cfr. anche L.K. PARSHALL, *Embracing the Living Constitution: Justice Anthony M. Kennedy’s*

Come spesso accade, forse, la ragione è nel mezzo: in particolare, laddove si ritiene che la storia costituzionale non possa essere centrata esclusivamente sulle interpretazioni della Costituzione da parte della giustizia costituzionale, poiché la dinamica costituzionale è molto più complessa di quella che viene spesso presentata come una reinterpretazione della Costituzione¹¹⁷. È, questa, una concezione pluralistica e non formalistica della Costituzione, con la quale si è cercato di coniugare il *living constitutionalism* con la teoria democratica anche per limitare l'influenza giurisprudenziale¹¹⁸.

Per certi versi, inquadrata in tale ottica, alcune tecniche decisorie della Corte, laddove si richiama o, per alcuni, si “minaccia” il legislatore a intervenire, possono essere lette come un processo in cui la Corte si ritiene solo uno degli attori in gioco: richiamando il legislatore e, solo infine, a intervenire direttamente.

In astratto, evidentemente, si può ritenere preferibile l'intervento del legislatore, anche perché sarebbe in grado di assicurare decisioni più stabili, che siano frutto del confronto tra posizioni diverse e trovando, in tal modo, un compromesso e un punto di equilibrio tra posizioni anche distanti. Allo stesso tempo, proprio nel carattere giurisdizionale della Corte “risiede il miglior possibile presidio della sua indipendenza e della sua funzionalità”¹¹⁹.

Tuttavia, è nell'incapacità del legislatore di intervenire su alcune materie che si innesta l'intervento della Corte, con le tecniche decisorie accennate poc'anzi, e cioè con “le buone” e poi “con le cattive” (monitorie a monte e demolitorie a valle), che finiscono per rappresentare un'onda che progressivamente acquista terreno se non trova la legge che la possa limitare. Difficilmente questo può ascriversi a una volontà del giudice costituzionale di essere “protagonista”, proprio in virtù dei ripetuti moniti che, non solo in tale materia, vengono rivolti alle Camere.

Move Away From a Conservative Methodology of Constitutional Interpretation, in *North Car. Central Law Rev.*, 30, 2007, 25. Sul *living constitutionalism*, in generale, v. D. A. STRAUSS, *The Living Constitution*, Oxford, 2010. D'altro canto, si può essere d'accordo con chi ritiene che la Costituzione non possa essere “neutrale” rispetto a questioni che incidono sui diritti fondamentali e, più in generale, sul principio personalista. La Costituzione può essere ‘indifferente’ “rispetto a molteplici fatti o comportamenti o rapporti che non sono percepiti meritevoli di essere inclusi nella materia costituzionale e che, come tali, sono rimessi alla più ampia discrezionalità del legislatore ordinario. Ma non è il caso dei diritti, sicuramente di quelli della tradizione liberale. Se così fosse, la Costituzione abdicerebbe alla essenziale funzione che le fu attribuita dall'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, vale a dire la tutela dei diritti fondamentali attraverso una architettura istituzionale basata sulla separazione dei poteri”. Così Q. CAMERLENGO, *Originalismo e “living Constitutionalism”, tra domanda di Costituzione e principi supremi*, cit.

¹¹⁷ B. ACKERMAN, *We the People, Volume III: The Civil Rights Revolution*, Cambridge, 2014. L'A., in particolare, afferma che un ruolo decisivo è stato svolto anche dal popolo, dall'opinione pubblica, da alcuni politici (Johnson, Humphrey, Dirksen, Mondale, Nixon, Martin Luther King), dalle elezioni presidenziali e dalle nuove agenzie esecutive; infine, dalla stessa Corte Suprema, non la sola protagonista ma partecipe di una impresa collettiva. Azione collettiva che fu il frutto dell'azione congiunta di tutti questi attori. In questo modo Ackerman esce dalla teoria del costituzionalismo inteso come sola storia della giurisprudenza, collocando la Corte nello spazio pubblico come uno soltanto degli attori. Vi sono, peraltro, una serie di altri studi che hanno ridimensionato la contrapposizione tra originalismo e *living constitutionalism*: per tutti, cfr. J. M. BALKIN, *Living Originalism*, Cambridge, 2011. Vi sono, inoltre, lavori che hanno tematizzato il primato del *popular o democratic constitutionalism* rispetto ad un diritto costituzionale incentrato sulla sola giurisprudenza della Corte Suprema, cfr., ad esempio, R. POST e R. SIEGEL, *Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy*, in *California Law Review*, vol. 92, 2004, 1027 s.

¹¹⁸ In questo senso, le trasformazioni costituzionali non derivano solo dall'utilizzo della procedura di revisione di cui al V emendamento, quanto modifiche della costituzione scritta tramite revisioni informali attraverso le quali si è espressa la volontà popolare di cambiamento. Sono state il frutto “di un'azione cooperativa di Congresso, Presidente e Corte Suprema, azione che converge nell'adozione di una serie di *landmark statutes* e di precedenti e che costituisce l'equivalente di una formale revisione costituzionale”. Cfr. A. DI MARTINO, *Bruce Ackerman e la Civil Rights Revolution*, in *Diritti Comparati*, 21 luglio 2014. Quindi, non è qualsiasi evoluzione giurisprudenziale ad integrare la Costituzione, ma solo “quelle evoluzioni che, in quanto inserite nel processo di *higher lawmaking*, siano conseguenza, nella forma di *transformative opinions*, di una manifestazione di volontà di ‘*We the people*’. Cfr. T. GROPPI, *Federalismo e Costituzione. La revisione costituzionale negli Stati federali*, Milano, 2001, 58. Cfr. anche T. GROPPI, “*We the People: Transformation*”. *Considerazioni su un libro di Bruce Ackerman*, in *Politica del diritto*, 1999, 299 s.

¹¹⁹ A. PIZZORUSSO, *Usa ed abuso del diritto processuale costituzionale*, in *Diritto giurisprudenziale*, a cura di in M. Bessone, Torino, 1996, 149.

Si deve però riconoscere che il merito della vitalità della Costituzione può ascriversi all'opera "incessante e sensibile"¹²⁰ della giurisprudenza costituzionale, che ha spesso saputo dare copertura costituzionale a situazioni inedite, "colmando lacune presenti nel sistema delle disposizioni costituzionali e risolvendo molte contraddizioni del sistema legislativo"¹²¹.

Eppure, l'intervento ormai "impellente" del legislatore, dopo la sentenza della Corte, diventa sempre più puntuale. Si tratta di un legislatore che, ormai, sempre più spesso, si trova – per sua volontà – a giocare di sponda, mentre la Corte mette in fila i compiti del Parlamento e gli dà le principali opzioni. Dalla risalente concezione della Corte quale "legislatore negativo"¹²² si è passati ad un legislatore che si trova ad essere vincolato dalle decisioni della Corte, che deve riempire gli spazi tra le strettoie delineate dai giudici costituzionali¹²³. Ma si tratta di un legislatore vincolato a causa della sua inerzia e, per tale ragione, è difficile sostenere le ragioni del *political constitutionalism*¹²⁴, laddove l'organo parlamentare non riesca autonomamente ad autovalorizzarsi. Anche in passato, del resto, si era parlato di decisioni legge-delega, con le quali la Corte aveva dettato al Parlamento i principi normativi cui dare attuazione¹²⁵.

Così come il ruolo del Presidente della Repubblica si allarga "a fisarmonica", nei momenti di crisi del sistema politico, allo stesso modo, la Corte costituzionale, laddove "i canali tradizionali della

¹²⁰ F. PASTORE, *Costituzione e tempo*, in [Diritto Pubblico Europeo – Rassegna online](#), gennaio 2015, 5.

¹²¹ *Ibidem*.

¹²² Come noto, si tratta dell'espressione utilizzata da H. KELSEN, *Le giurisdizioni costituzionale e amministrativa al servizio dello Stato federale, secondo la nuova Costituzione austriaca del 1° ottobre 1920*, in *La giustizia costituzionale*, Milano, 1981, 5 e s.

¹²³ Tanto che, per alcuni, non si vede quale significativo spazio residui alla discrezionalità del Parlamento, a fronte di sì stringenti vincoli posti dalla Corte". Così C. TRIPODINA, *La "circoscritta area" di non punibilità dell'aiuto al suicidio. Cronaca e commento di una sentenza annunciata*, in [Corti supreme e salute](#), n. 2, 2019, 15, la quale si chiede perché il legislatore dovrebbe riscrivere sotto dettatura le parole della Corte costituzionale, traducendo in legge una sua decisione politica (17). Anche per F. PATERNITI, *La Corte "pedagogista" di un legislatore colpevolmente inerte. Riflessioni critiche su una svolta problematica della recente giurisprudenza costituzionale*, cit., 192, l'intervento della Corte può paradossalmente sortire l'effetto esattamente opposto, vale a dire la deresponsabilizzazione del legislatore a fronte di una disciplina – di fatto – normativa introdotta per mano del Giudice costituzionale.

¹²⁴ Sul *political constitutionalism*, nella vasta letteratura, cfr. C. NINO, *The Constitution of Deliberative Democracy*, New Haven (CT), 1996; R. BELLAMY, *Political Constitutionalism. A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge, 2007; M. TUSHNET, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton, 2008; M. GOLDONI, *Il ritorno del costituzionalismo alla politica: il «Political» e il «Popular» Constitutionalism*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 4, 2010, 733 s.; O. CHESSA, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Milano, 2014, 201 s. Di recente, cfr. G. PINO, *Chi deve essere il custode dei diritti? Sul costituzionalismo politico e i suoi limiti*, in [Diritti Comparati](#), n. 1, 2022, 3 s. Da ultimo, C. CARUSO, *Originalismo e politicità della Corte suprema degli Stati Uniti*, in *La Lettera* al sito dell'[AIC](#), luglio 2022, nota come l'originalismo è comunemente considerato un canone in grado di ancorare il giudice al testo, allontanando la tentazione delle corti di adottare leggi in forma di sentenza. Eppure, si ha l'impressione che l'argomento originalista non sia altro che uno stratagemma retorico-persuasivo funzionale alla realizzazione di un attualissimo programma politico di stampo conservatore, volto a rivedere alcune tra le più importanti conquiste giurisprudenziali in tema di diritti civili. Polarizzazione, attivismo, superamento dei precedenti possono però portare a una crisi di legittimazione della Corte Suprema, alla sua perdita di credibilità di fronte alle istituzioni politiche e ai cittadini che non si riconoscono nelle sue decisioni. In effetti, il significato della Costituzione non riposa esclusivamente nelle (più o meno) raffinate interpretazioni delle élites in toga, ma anche nelle letture, più o meno avanzate, dei soggetti (formazioni sociali, movimenti organizzati, comuni cittadini) che costellano il sistema politico. L'argomento originalista pietrifica *ex auctoritate* il senso della Costituzione, estrapolandone l'unico significato giuridicamente ammissibile secondo lo spirito del tempo che fu. L'originalismo elide l'elasticità della Costituzione, e cioè la sua naturale adattabilità ai nuovi contesti politici e, allo stesso tempo, ne pregiudica la capacità di orientare gli inevitabili processi di cambiamento sociale. Una Costituzione sclerotizzata darebbe forza all'obiezione democratica, di stampo jeffersoniano, in forza della quale ciascuna generazione ha il diritto di darsi una nuova costituzione che ne rifletta la volontà. Anche sulla base di queste riflessioni di Caruso, si possono leggere i nuovi schemi decisionali della Corte costituzionale italiana come un mezzo per ricercare quell'essenziale equilibrio tra stabilità e mutamento che è il compito del costituzionalismo, con l'intento di far "durare" una Costituzione.

¹²⁵ Cfr. A. PREDIERI, *Parlamento*, in *Il Parlamento nel sistema politico italiano*, a cura di Id., Milano, 1975, spec. 67 s.

rappresentanza si dimostrano sordi, interviene per assicurare l'attuazione di supremi valori costituzionali, che dovrebbero essere garantiti mediante la legislazione"¹²⁶.

L'inerzia del legislatore, peraltro, fa espandere il ruolo della Corte: se le "rime obbligate" sembrano ancora impedire un intervento immediato della Corte (almeno in teoria, dato che oggi appare difficile sostenerlo), laddove permanga l'inerzia legislativa, allora si dilata lo spazio di intervento "in seconda battuta", per il caso di mancato o inidoneo seguito legislativo a monito della Corte, non importa se espresso in pronuncia di inammissibilità o di rigetto¹²⁷. Se la Corte non facesse nulla sarebbe lei stessa "ad abdicare al ruolo per il quale è stata istituita: garantire la preminenza della Costituzione nei confronti delle leggi e di qualsiasi atto autoritativo e persino delle situazioni oggettive di vuoto normativo"¹²⁸.

Vi è senz'altro una "politicalità" del giudizio della Corte¹²⁹, ma si tratta di una politicalità molto diversa da quella che si esprime in Parlamento¹³⁰: di più, si dovrebbe risalire al dibattito tra Kelsen e Schmitt "su chi dovesse essere il custode della Costituzione, dal quale almeno un punto di convergenza è possibile trarre in ordine al potenziale incremento del tasso di politicalità delle decisioni giudiziarie ove i parametri costituzionali, specie le disposizioni in tema di diritti, avessero peccato di vaghezza"¹³¹.

Appare paradossale, per tanti versi, l'inerzia del legislatore, soprattutto in un periodo storico nel quale si parla molto spesso della crisi del Parlamento legislatore e si invita quest'ultimo – peraltro, giustamente – a sviluppare i suoi poteri di indirizzo, controllo e valutazione delle politiche pubbliche. Dal caso in commento così come da altri, spesso di natura etica, si evince infatti come vi siano, in realtà, larghissimi spazi per l'intervento del Parlamento, che quest'ultimo non è tuttavia in grado di andare a riempire.

Da tali considerazioni sembra doversi evincere una difficoltà *in primis* del sistema dei partiti a cimentarsi su temi eticamente sensibili. Il legislatore inerte molto spesso non risulta in grado di cogliere le istanze che provengono dal corpo elettorale e i partiti "appaiono come impotenti alle richieste di riconoscimento e tutela dei nuovi diritti"¹³². Le ragioni di tale difficoltà sono difficili da cogliere e se ne possono individuare molteplici: si potrebbe ipotizzare, da una parte, una perdita "ideologica" dei partiti e il loro carattere di rappresentanza di una società sempre più fluida, per cui su questioni di questo tipo è più semplice – *rectius*, più conveniente elettoralmente (o almeno così sembrano crederlo i partiti stessi) – evitare di schierarsi apertamente verso l'una o l'altra soluzione. Dall'altra parte, si può anche ritenere come governi di larga coalizione, sorretti quindi da maggioranze parlamentari particolarmente eterogenee, abbiano più di una difficoltà a confrontarsi coi temi etici, spesso particolarmente divisivi sul piano politico. Eppure, anche governi con maggioranze meno estese possono trovare lo stesso problema, posto che sono stati composti, almeno nel recente passato,

¹²⁶ D. SCOPELLITI, *Il canale giurisdizionale per il riconoscimento dei diritti: tra crisi della rappresentanza e supplenza nei confronti della politica*, in Dirittifondamentali.it, n. 2, 2022, 28 s.

¹²⁷ M. RUOTOLO, *Oltre le "rime obbligate"?* cit., 60: come continua l'A., è in questo caso che la discrezionalità legislativa non può ergersi a limite invalicabile dalla Corte. Altrimenti, vi sarebbe rimedio solo per le ipotesi di esercizio della funzione legislativa contrario alla Costituzione e non anche per le inattuazioni della Costituzione (che poi altro non sono che forme omissive di inosservanza della Costituzione), almeno laddove non sia possibile un'integrazione giurisprudenziale dell'enunciato che possa dirsi, in senso stretto, a "rime obbligate".

¹²⁸ M. RUOTOLO, *Oltre le "rime obbligate"?* cit., 60: la discrezionalità legislativa si deve dunque vedere come un "limite relativo" per il sindacato della Corte, superabile nel caso in cui l'inerzia del legislatore produca omissioni incostituzionali le quali, pur variamente colmabili, non possono restare tali *sine die*, tanto più quando proprio il giudice delle leggi abbia sottolineato la necessità di un intervento normativo.

¹²⁹ P. Barile, E. Cheli, S. Grassi (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo italiana*, il Mulino, Bologna, 1982.

¹³⁰ C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica. Il giudizio sulle leggi* (1984), Napoli, 2018, 114 s.

¹³¹ M. RUOTOLO, *Oltre le "rime obbligate"?* cit., 56. Il riferimento è a H. KELSEN, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* Berlin-Grunewald, 1931, trad. it. *Chi deve essere il custode della costituzione?* in *La giustizia costituzionale*, cit. e di C. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1929, 161 ss., trad. it. *Il custode della costituzione*, a cura di A. Caracciolo, Milano, 1981.

¹³² D. SCOPELLITI, *Il canale giurisdizionale per il riconoscimento dei diritti: tra crisi della rappresentanza e supplenza nei confronti della politica*, cit., 39.

da partiti comunque estremamente diversi sotto molti aspetti: si pensi, da ultimo, ai due Governi Conte. Insomma, la Corte si muove di fronte a un “decisore politico democratico, paralizzato a causa dell’indebolimento dei partiti (o dei movimenti) politici e dell’esistenza di coalizioni di governo fragili”¹³³.

Le prospettive future, da questo punto di vista, non sembrano peraltro essere incoraggianti, posto che anche all’interno di quelle che dovrebbero essere le coalizioni che si presenteranno alle prossime elezioni, continuano ad essere presenti, in entrambi gli schieramenti, forze che sembrano nutrire particolare difficoltà, per i motivi accennati poc’anzi, a prendere posizione su questioni largamente divisive anche nel corpo elettorale.

È in ballo la capacità del Parlamento di essere ancora legislatore, agendo su temi rilevanti, senza attendere necessariamente l’input della giurisprudenza costituzionale (che, come si è visto, spesso si rivela inutile). È auspicabile che, anche laddove le Camere non riuscissero in futuro a ritrovare questa capacità perduta, riescano non tanto ad anticipare i giudici costituzionali, ma almeno a intervenire in maniera rapida in seguito alle decisioni di questi ultimi.

Quello che è sempre più spesso in gioco è, in ultima analisi, la capacità del Parlamento di fare scelte necessarie per l’effettività e la funzionalità dell’ordinamento: il depauperamento della capacità di intervento delle istituzioni politiche e del Parlamento spinge dunque non solo la Corte verso gli schemi decisionali poc’anzi richiamati¹³⁴, ma anche – nell’ambito legislativo – il Governo ad un utilizzo sempre più intenso della decretazione d’urgenza, laddove ci si trova di fronte non tanto a casi straordinari, bensì ad “urgenze” legislative¹³⁵.

Il Parlamento si trova ora dinanzi ad una sfida non più rinviabile. Certo, si possono nutrire dei dubbi sul fatto che la Camere riescano davvero ad approvare, in tempi rapidi, una legge sul punto. Infatti, a ben vedere, si tratta di problemi – soprattutto quello relativo alla moltiplicazione dei cognomi – che si porranno in realtà solo nel tempo di una generazione. Il Parlamento, tuttavia, ha già dimostrato più volte la sua incapacità di affrontare questioni intergenerazionali e anche per questo è stata prospettata, in dottrina, la necessità di sviluppare organismi che si occupino esclusivamente del futuro¹³⁶.

Anche per via di questa difficoltà del Parlamento a pensare al futuro, si può ritenere come le letture “originaliste” non siano idonee a tutelare le generazioni future, poiché interpretano la Costituzione esclusivamente dal punto di vista di chi la scrisse. Al contrario, forse, le teorie del “*living Constitutionalism*” e del “*constitutional change*” si prestano meglio – almeno ad un primo sguardo – alla tutela delle generazioni future. Emblematico è il caso della riforma dell’articolo 9 della Costituzione, che – pur rivestendo un ruolo molto importante – giunge dopo che la Corte aveva già creato una difesa dell’ambiente e delle future generazioni a partire proprio dall’art. 9 della Costituzione del 1948.

¹³³ D. TEGA, *La Corte costituzionale alla ricerca di legittimazione*, in federalismi.it, 27 gennaio 2021, 64 s., spec. 65.

¹³⁴ Come ha chiarito la Presidente M. Cartabia, [Relazione 28 aprile 2020 sulla giurisprudenza costituzionale del 2019](#), 8: “è sembrato sempre più inaccettabile che proprio laddove vengono in rilievo i diritti fondamentali della persona [...], la Corte dovesse arrestare il proprio sindacato per mancanza di univoche soluzioni: una nuova sensibilità in questo ambito ha imposto alla Corte di rinvenire nell’ordinamento soluzioni adeguate a rimuovere la norma lesiva della Costituzione, allo stesso tempo preservando la discrezionalità del legislatore. In tali casi [...] la Corte – che non è mai legislatore positivo e non può quindi creare essa stessa la disposizione mancante – individua nella legislazione vigente una risposta costituzionalmente adeguata, anche se non obbligata, applicabile in via transitoria fintanto che il legislatore non reputi opportuno mettere mano alla riforma legislativa che resta pur sempre nella sua discrezionalità attivare, nell’*an*, nel quando e nel *quomodo*».

¹³⁵ Anche per via della “crescente inadeguatezza dei tradizionali strumenti normativi, da tempo oramai riconosciuti come inadatti ad offrire risposte in tempi congrui ai plurimi problemi sociali”. Così F. PATERNITI, *La Corte “pedagogista” di un legislatore colpevolmente inerte. Riflessioni critiche su una svolta problematica della recente giurisprudenza costituzionale*, cit., 193. Sul punto cfr. A. RUGGERI, [Disordine del sistema delle fonti, crisi della legge e ruolo del giudice \(tornando a riconsiderare talune correnti categorie teoriche alla luce delle più salienti esperienze della normazione e dei più recenti sviluppi istituzionali\)](#), in questa [Rivista](#), 2020/III, 606 s.

¹³⁶ Sia consentito un rinvio a L. BARTOLUCCI, *La necessità di orientare le decisioni al futuro: il Committee for the Future del Parlamento finlandese e la situazione italiana*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, nn. 205-206, 2019, 45 s.

Senza dubbio, è su questi terreni che il Parlamento potrebbe recuperare spazi, considerando che, sulle altre materie, è spesso invaso dall'attività normativa del Governo. In questo senso, è difficile sostenere che il problema sia l'"attivismo" della Corte, quando invece molto spesso è l'"indifferenza" del Parlamento nell'attuazione costituzionale¹³⁷. La Corte cerca dunque di "contribuire, anche in misura minima e marginale, a inverare la Costituzione nell'ordinamento, traendola dal rarefatto campo delle norme 'super-primarie', per farla diventare materia viva della convivenza sociale, presente negli accordi e nei conflitti, garanzia molecolare di libertà e di eguaglianza nella società civile e nei rapporti tra questa e l'autorità dello Stato"¹³⁸.

Tirando le somme, non ci si può aspettare che, per porre rimedio alla tendenza allo sconfinamento nella sfera della discrezionalità politica della Corte, essa stessa ingrani la retromarcia¹³⁹: la sua colpa è di compiere la propria funzione in modo molto efficace in un *contesto* nel quale non fanno altrettanto gli organi rappresentativi¹⁴⁰. Non si può allora non essere d'accordo con chi ritiene che sia dalla rifondazione del ruolo del Parlamento come organo capace di "mediare per decidere" (e non di "decidere senza bisogno di mediare") che bisognerebbe ripartire, anche per ricostruire un rapporto sano e dialogico con la Corte costituzionale¹⁴¹.

Anche se si possono individuare chiaramente le ragioni alla base non solo di questa sentenza della Corte, ma anche della sua progressiva estensione a scapito del legislatore, c'è da dire che la posizione assunta dalla Corte ha una valenza "patologica e non fisiologica"¹⁴², deve essere contenuta il più possibile e sarà superabile solo nel momento in cui verrà meno quell'abulia con cui il legislatore si è rapportato alle sollecitazioni provenienti dalla giurisprudenza costituzionale¹⁴³. Allo stesso tempo, l'inerzia legislativa sovente non permette che rapporti giuridici concreti siano regolati in modo conforme alla Costituzione e, dunque, la Corte si spinge verso decisioni audaci ma necessarie, che rivestono anche la funzione di stimolo verso il legislatore.

Senza dubbio una soluzione ipotizzabile potrebbe essere quella di creare specifici meccanismi e procedure in funzione delle quali, in presenza di una decisione sollecitatoria della Corte costituzionale, il Parlamento sia in qualche modo obbligato, in un tempo determinato, ad analizzare la problematica¹⁴⁴. Si è dunque ipotizzata una sorta di "legge di adeguamento costituzionale", quale strumento normativo con cadenza periodica e con le finalità di sottoporre all'attenzione del Parlamento tutte le questioni evidenziate dalla Corte costituzionale come bisognose di una regolamentazione legislativa¹⁴⁵.

Si tratterebbe di una soluzione "tampone", della quale si possono facilmente scorgere i molti pregi, pur non risultando probabilmente sufficiente per andare alla radice del problema. Allora, pare che la soluzione per "ricucire" il rapporto tra Corte e legislatore debba essere rintracciata più a fondo e riposi nella possibilità di creare le condizioni per permettere al legislatore di esercitare pienamente le sue funzioni: e poiché tale deficit è "stato rilevato quasi in contemporanea alla nascita della Repubblica, la via non può che essere quella delle riforme istituzionali"¹⁴⁶.

¹³⁷ M. RUOTOLO, *Oltre le "rime obbligate"?* cit., 63: all'A. pare che ci troviamo ormai in un'epoca drammatica di "apatia costituzionale", che sta contribuendo a creare una diffidenza diffusa nei confronti del principio rappresentativo.

¹³⁸ G. SILVESTRI, *Del rendere giustizia costituzionale*, in [Questione Giustizia](#), 13 novembre 2020, 15.

¹³⁹ D. TEGA, *La Corte costituzionale alla ricerca di legittimazione*, cit., 85.

¹⁴⁰ *Ibidem*.

¹⁴¹ M. RUOTOLO, *Oltre le "rime obbligate"?* cit., 63.

¹⁴² L. PESOLE, *La Corte costituzionale oggi, tra apertura e interventismo giurisprudenziale*, cit., 252.

¹⁴³ *Ibidem*.

¹⁴⁴ F. PATERNITI, *La Corte "pedagogista" di un legislatore colpevolmente inerte. Riflessioni critiche su una svolta problematica della recente giurisprudenza costituzionale*, cit., 203.

¹⁴⁵ Ivi, 203-204. In tal modo, "il Governo potrebbe essere chiamato a predisporre – con cadenza annuale – un progetto di legge che, recepiti gli indirizzi formulati dalla Consulta, sottoponga la decisione finale alle Assemblee parlamentari. Al fine di garantire efficacia sostanziale a siffatto strumento, potrebbe per di più essere stabilito che, qualora il Parlamento – per inerzia o per incapacità politica – non modifichi, entro un tempo determinato, gli orientamenti espressi dalla Corte, gli stessi possano intendersi approvati per come formulati nella proposta governativa, così acquisendo efficacia e forma legislativa".

¹⁴⁶ D. TEGA, *La Corte costituzionale alla ricerca di legittimazione*, cit., 85.

Si aprono, qui, una serie di altri temi di enorme rilevanza, che possono solo essere sfiorati in questa sede.

In materia di riforme istituzionali, la strada verso il bicameralismo imperfetto appare ormai piuttosto impervia – dopo i ripetuti tentativi falliti, che fanno sembrare il bicameralismo italiano sostanzialmente irrimediabile –, ma potrebbe essere un mezzo per assicurare una “voce” anche ai territori.

Allo stesso tempo, il Parlamento stesso potrebbe organizzarsi meglio per “digerire” le sollecitazioni che giungono non solo dalla Corte costituzionale, ma anche dai cittadini. Si pensi alle proposte di leggi di iniziativa popolare¹⁴⁷ - che “sono oggi generalmente ignorate dalle Camere o assorbite in progetti relativi alla stessa materia ma dai contenuti molto lontani da quelli su cui erano state raccolte le sottoscrizioni popolari”¹⁴⁸ – ma anche a quei temi sui quali il corpo elettorale ha raccolto le firme necessarie per richiedere un referendum abrogativo: al di là dell’ammissibilità degli stessi¹⁴⁹, il Parlamento potrebbe far tesoro dei temi sensibili che giungono “dal basso”.

Sul seguito legislativo delle sentenze, una soluzione che si potrebbe rispolverare è quella del comitato bicamerale costituito da due membri della commissione affari costituzionali della Camera e da due membri della commissione affari costituzionali del Senato: esperienza che risale all’inizio della XIII legislatura, a cavallo tra il 1996 e il 1997¹⁵⁰. L’idea, infatti, avrebbe potuto essere proficua¹⁵¹, assegnando a tale comitato l’incarico di esaminare con regolarità le sentenze della Corte.

Più in generale, anche intervenire sulla legislazione elettorale, ricucendo un rapporto tra elettore ed eletto¹⁵², potrebbe contribuire a far uscire il Parlamento dalla condizione in cui versa, facendolo tornare a essere capace di intervenire anche su temi complicati come le questioni etiche e quelle che si intrecciano a diritti dei cittadini. C’è anche da notare, tuttavia, come i diversi mutamenti della legislazione elettorale, pur avendo consentito il formarsi di consistenti maggioranze parlamentari, non hanno avuto riscontro in termini di attività di produzione legislativa di rilievo¹⁵³. Né si può sostenere che l’“ipercinetismo elettorale”¹⁵⁴ abbia agevolato il ripensamento delle procedure parlamentari¹⁵⁵, né, ovviamente la stabilità della legislazione elettorale stessa¹⁵⁶.

¹⁴⁷ Sulla proposta di riforma dell’art. 71 Cost. (disegno di legge costituzionale A.C. 1173-A - A.S. 1089), cfr. P. FARAGUNA, *La nuova stagione di riforme istituzionali: verso la democrazia integrale, ma a piccoli passi*, su *Quaderni Costituzionali*, n. 4, 2018, 902 s.; A. MORRONE, *L’iniziativa popolare propositiva: per una democrazia plebiscitaria contro la democrazia rappresentativa?*, in federalismi.it, n. 23, 2018; V. LIPPOLIS, *Luci ed ombre nella riforma costituzionale di Fraccaro*, in [formiche](http://formiche.it), 10 gennaio 2019; A. MORELLI, *Il referendum propositivo: un’analisi costi-benefici*, in federalismi.it, n. 6.

¹⁴⁸ A. PERTICI, *Memoria per l’indagine conoscitiva sulle proposte di legge costituzionale C. 726 e C. 1173*, Pisa-Roma, 3/12/2018.

¹⁴⁹ Cfr., per tutti, A. PERTICI, *Il giudice delle leggi e il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, Torino, 2010.

¹⁵⁰ Cfr., sul punto. E. GROSSO, *Parlamento e Corte costituzionale*, in *Annali della storia d’Italia. Il Parlamento*, L. Violante e F. Piazza (a cura di), Einaudi, Torino, 2001, 443 s.

¹⁵¹ Dello stesso avviso N. LUPO, *Il Parlamento e la Corte costituzionale*, cit., 128.

¹⁵² Al contrario, come si nota in G. SERGES, *Crisi della rappresentanza parlamentare e moltiplicazione delle fonti*, in Osservatorio sulle fonti, n. 3, 2017, spec. 7: la complessiva vicenda della legge elettorale rappresenta emblematicamente la caduta della cultura della rappresentanza: “dietro l’approvazione delle quattro ultime leggi elettorali – un numero, sia detto per inciso, incredibilmente elevato se rapportato alle esperienze delle altre democrazie occidentali – affiora con chiarezza una visione miope del ruolo che assume la legge elettorale, una visione lontana dalla consapevolezza che quella legge riveste, più d’ogni altra, una posizione fondamentale nell’ordinamento costituzionale, costituisce la legge politica per eccellenza intorno alla quale dovrebbero prevalere le esigenze di una democrazia inclusiva ed aperta alla più ampia partecipazione dei diversi orientamenti nella formazione degli organi rappresentativi”.

¹⁵³ P. CARETTI, *La “crisi” della legge parlamentare*, in Osservatorio sulle fonti, n. 1, 2010, spec. 8.

¹⁵⁴ Cfr. F. LANCHESTER, *La Corte e il voto: riflettendo su un comunicato stampa*, in [Nomos](http://Nomos.it), n. 1, 2017, 6.

¹⁵⁵ N. LUPO, *Il diritto parlamentare tra regolamenti e precedenti: qualche spunto alla luce della disposizione finale della riforma “organica” del regolamento del Senato*, in Osservatorio sulle fonti, n. 2, 2018, spec. 6.

¹⁵⁶ M. CECILI, *La stabilità della legislazione elettorale: alla ricerca di un mito?* in Osservatorio sulle fonti, n. 1, 2022, 122 s.

Allo stesso tempo, pare evidente che il declino della rappresentanza sia anche legato alla crisi dei partiti politici: vi è stato un forte indebolimento dei partiti politici che si sono trasformati in “poli di organizzazione delle rappresentanze elette e in macchine elettorali”¹⁵⁷. Sarebbero allora utili, in questo ambito, riforme sul metodo democratico all’interno dei partiti¹⁵⁸, ma il tema cruciale sembra potersi individuare, più in generale, sulla necessità di un ripensamento della rappresentanza.

D’altro canto, l’era del digitale comporta una profonda trasformazione della rappresentanza e del ruolo del Parlamento¹⁵⁹. Tramite il digitale, invero, le Camere potrebbero avere anche maggiori strumenti per comprendere le – e rispondere alle – varie pretese rappresentative della società. Nel momento in cui forme di democrazia diretta sono divenute possibili su larga scala, la democrazia rappresentativa ha la necessità di ripensare sé stessa – anche tramite una reingegnerizzazione dei suoi processi – ma, soprattutto, deve poter essere in grado di dimostrare ancora la sua irrinunciabilità.

E il Parlamento può forse ancora riaffermare la necessità della rappresentanza – nella ormai nota fluidità della società – a partire dallo sfaldamento del rappresentato, ove “la sede parlamentare diventa il luogo in cui si tenta, in qualche modo, di ridurre ad unità i dispersi brandelli di un pluralismo troppo disarticolato”¹⁶⁰. Perduta, infatti, la pretesa di rappresentare nella sua interezza una società troppo complessa, la rappresentanza può almeno servire a darle una forma politica¹⁶¹, sebbene la volatilità dell’elettorato sia estremamente elevata.

In conclusione, non appare facile trovare soluzioni all’inerzia legislativa senza citare un mosaico di possibili risposte, posto che sarebbe necessario un Parlamento che riesca di nuovo a trovare compromessi su temi difficili e divisivi, mettendo da parte la contrapposizione frontale tra posizioni divergenti. A tal fine, molte riforme possono essere utili, come quelle poc’anzi appena abbozzate, ma la vera via maestra pare essere quella di un recupero più generale di quelle funzioni parlamentari che – già in epoche lontane – erano state sapientemente illustrate¹⁶².

¹⁵⁷ G. VECCHIO, *I partiti – Autonomia associativa e regime europeo di democraticità nella partecipazione politica*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2016, 75.

¹⁵⁸ Cfr. S. Merlini (a cura di), *La democrazia dei partiti e la democrazia nei partiti*, 2009; P. MARSOCCI, *Sulla funzione costituzionale dei partiti e delle altre formazioni politiche*, Napoli, 2012; M. DELLA MORTE, *Rappresentanza vs partecipazione? L’equilibrio costituzionale e la sua crisi*, Milano, 2012; A. LANZAFAME, *Sui livelli essenziali di democrazia nei partiti*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2017, 1 s.

¹⁵⁹ Cfr. N. LUPO, *La rivoluzione digitale e i suoi effetti sull’attività parlamentare*, in *Lo Stato*, Modena, 2021, anno IX, n. 17 (luglio-dicembre 2021), 291 s.

¹⁶⁰ M. LUCIANI, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, Milano, 2001, 117.

¹⁶¹ *Ibidem*.

¹⁶² Cfr. W. BAGEHOT, *La Costituzione inglese*, (ed. or. *The English Constitution*, 1867), Bologna, 1995, 162. Qualche dubbio, invero, si può anche avere sul fatto che il problema risieda soltanto nella crisi della rappresentanza politica, quando – al contrario – una polarizzazione sempre più spinta sembra risiedere anche nel corpo elettorale. Sarebbe allora necessario intervenire sul tessuto sociale in maniera più profonda, andando a intervenire su quel disagio che si può ricondurre – probabilmente e almeno per una parte – al declino della crescita economica.

Carmine Guerra

**Patrocinio a spese dello Stato e mediazione obbligatoria
(considerazioni a margine della [sentenza n. 10/2022](#) della Corte costituzionale)***

ABSTRACT: *The aim of this article is to explore [Judgment n. 10 / 2022](#) of the Italian Constitutional Court, that declared illegitimate due to their conflict with the Italian Constitution Arts. 74, para. II and 75, para. I of Presidential Decree n. 115 / 2002, insofar as they do not provide for the applicability of the benefit of legal aid (“Patrocinio a spese dello Stato”) to mediation proceedings established under Art. 5, para. I-bis, of Legislative Decree n. 28 / 2010, whenever the parties involved reach an agreement throughout those proceedings, as well as Art. 83, para. II, of the same Presidential Decree n. 115 / 2002, insofar as, in the aforementioned scenario, it does not vest the judicial authority that would otherwise retain competence over the controversy in case of litigation with the duty to liquidate the attorney’s fees.*

SOMMARIO: 1. La sentenza della Corte costituzionale [n. 10 del 2022](#) – 2. Lo scenario antecedente alla pronuncia di incostituzionalità – 3. Il percorso motivazionale della Corte costituzionale – 4. Riflessioni conclusive alla luce della corrente azione riformatrice.

1. *La sentenza della Corte costituzionale [n. 10 del 2022](#).*

In entrambe le ordinanze di rimessione che originano la [sentenza n. 10/2022](#) della Corte costituzionale i giudici del merito – i Tribunali di Oristano e Palermo – espongono di essere stati chiamati a pronunciarsi sull’istanza di liquidazione presentata da due difensori per l’attività da ciascuno svolta, a beneficio di assistiti ammessi al patrocinio a spese dello Stato dai competenti consigli dell’ordine degli avvocati, in un procedimento di mediazione obbligatoria *ex art. 5, comma 1-bis, d.lgs. n. 28/2010*, definito con il raggiungimento di un accordo.

I giudici rimettenti ritengono che il tenore letterale delle disposizioni censurate – gli artt. 75, comma, 2, 75, comma 1, e 83, comma 2, d.p.r. n. 115/2002 (c.d. testo unico in materia di spese di giustizia) – non autorizzi l’estensione del patrocinio a spese dello Stato alle prestazioni professionali rese dall’avvocato nel procedimento di mediazione obbligatoria con esito positivo.

In particolare, l’art. 74, comma 2, circoscrive il patrocinio a spese dello Stato al processo civile, amministrativo, contabile, tributario e agli affari di volontaria giurisdizione; l’art. 75, comma 1, considera valida l’ammissione al patrocinio «per ogni grado e per ogni fase del processo»; da ultimo, l’art. 83, comma 2, dispone che la liquidazione sia eseguita «al termine di ciascuna fase o grado del processo e, comunque, all’atto della cessazione dell’incarico, dall’autorità giudiziaria che ha proceduto».

Il richiamo al processo, alle fasi del processo e all’autorità giudiziaria non è compatibile, nella lettura condivisa dalla Corte costituzionale, con l’attività resa dal difensore in sede stragiudiziale, tanto più se, in ragione dell’esito positivo della mediazione, il processo non viene mai incardinato.

Alle disposizioni citate – oggetto di doglianza da parte dei giudici *a quibus* – è possibile aggiungere, sempre attingendo dal d.p.r. n. 115/2002, l’art. 122, a tenore del quale l’istanza di ammissione al patrocinio a spese dello Stato deve contenere (oltre alle enunciazioni in fatto ed in diritto utili a valutare la non manifesta infondatezza della pretesa che si intende far valere) «la specifica indicazione delle prove di cui si intende chiedere l’ammissione»¹, e l’art. 124, comma 2, che individua quale organo competente a ricevere l’istanza di ammissione al patrocinio il consiglio dell’ordine «in cui ha sede il magistrato davanti al quale pende il processo, ovvero, se il processo non pende, quello del luogo in cui ha sede il magistrato competente a conoscere del merito».



¹ Il concetto di ammissione richiama il provvedimento di natura giurisdizionale attraverso cui il giudice provvede sulle richieste istruttorie avanzate dalle parti (art. 183 c.p.c.).

Anche queste previsioni sembrano effettivamente presupporre, affinché lo Stato compensi il difensore in luogo del non abbiente, l'avvio di un processo e di conseguenza estromettere le prestazioni eseguite fuori dal giudizio, tra cui quelle fornite dall'avvocato nel corso delle fasi della mediazione (attivazione/adesione, negoziazione e conciliazione).

Muovendo da questa prospettiva, il giudice delle leggi ha pertanto dichiarato l'illegittimità costituzionale, per violazione degli artt. 3 e 24 Cost., degli artt. 74, comma 2, e 75, comma 1, d.p.r. n. 115/2002, nella parte in cui non prevedono che il patrocinio a spese dello Stato sia applicabile anche all'attività difensiva svolta nell'ambito dei procedimenti di mediazione di cui all'art. 5, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 28/2010, quando nel corso degli stessi è stato raggiunto un accordo, nonché dell'art. 83, comma 2, del medesimo d.p.r. n. 115/2002, nella parte in cui non prevede che, in tali fattispecie, alla liquidazione in favore del difensore provveda l'autorità giudiziaria che sarebbe stata competente a decidere la controversia².

2. Lo scenario antecedente alla pronuncia di incostituzionalità.

Al fine di approfondire l'*iter* motivazionale della dichiarazione di incostituzionalità, giova anzitutto dare conto dello scenario antecedente alla pronuncia in esame.

La possibilità di estendere alle attività professionali stragiudiziali la garanzia del patrocinio a spese dello Stato era già stata attenzionata, seppure occasionalmente, dalla giurisprudenza.

In linea di principio si escludeva che le prestazioni stragiudiziali potessero accedere al beneficio del patrocinio a spese dello Stato³. Questa affermazione veniva tuttavia talvolta mitigata, osservando come dovessero stimarsi «giudiziali anche quelle attività stragiudiziali che, essendo strettamente dipendenti dal mandato alla difesa, vanno considerate strumentali o complementari alle prestazioni giudiziali, cioè quelle attività che siano svolte in esecuzione di un mandato alle liti conferito per la rappresentanza e la difesa in giudizio⁴».

Tale indirizzo ha prestato il fianco a rilievi critici, nella misura in cui ancora a un dato puramente formale, come l'esistenza di un mandato, l'ammissione al beneficio del patrocinio a spese dello Stato⁵. Con una visione meno rigorosa si è così sostenuto in seguito che se l'attività professionale di natura stragiudiziale che l'avvocato svolge nell'interesse del proprio assistito non è ammessa al patrocinio, in quanto resa al di fuori del processo, con la conseguenza che il relativo compenso si pone a carico dell'assistito, ove si tratti di attività professionale svolta in vista della successiva azione giudiziaria, essa deve essere ricompresa nell'azione stessa ai fini della liquidazione a carico dello Stato, sicché in relazione ad essa il professionista non può chiedere il compenso al cliente ammesso al patrocinio a spese dello Stato⁶.

Quest'ultima linea di pensiero trova d'altronde valido sostegno sul piano positivo nell'art. 75, comma 1, d.p.r. n. 115/2002, che estende il patrocinio a spese dello Stato a «tutte le eventuali procedure, derivate ed accidentali, comunque connesse» al processo.

Con la (re)introduzione nel nostro ordinamento della mediazione civile e commerciale – in special modo nella sua forma obbligatoria, che impone a chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa a determinate controversie di rivolgersi preliminarmente ad un organismo di mediazione – il problema

² Per i primi commenti alla decisione, v. P. SANDULLI, *Mediazione e patrocinio a spese dello Stato (nota a sentenza n. 10 del 20 gennaio 2022 della Corte costituzionale)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022, 641 ss.; P. LICCI, *La Consulta estende il patrocinio a spese dello Stato anche alla mediazione obbligatoria*, in *Judicium*, 4 febbraio 2022.

³ Trib. Torino decreto 17 febbraio 2006.

⁴ Cass. 23 novembre 2011, n. 24723. In quest'ottica «rientra fra le prestazioni giudiziali l'attività svolta dal difensore di una parte in giudizio per la conclusione di una transazione che ponga termine alla lite, ancorché la transazione stessa abbia luogo non sotto forma di conciliazione davanti al giudice, ma mediante negozio extraprocessuale» (Cass. 6 settembre 1991, n. 9381; Cass. 8 novembre 2002, n. 15718).

⁵ M. VACCARI, *Media-conciliazione e patrocinio a spese dello Stato nell'epoca del "fare"*, in *Corr. merito*, 2013, 1133 ss.; ID., *Il patrocinio a spese dello Stato nei processi civili*, Milano, 2020, 150.

⁶ Così Cass., sez. un., 19 aprile 2013, n. 9529.

dell'estendibilità del patrocinio a spese dello Stato alle attività professionali rese al di fuori delle aule giudiziarie si è amplificato, considerato lo spazio applicativo generalizzato (e non settoriale) attribuito all'istituto dal d.lgs. n. 28/2010⁷.

A questo riguardo, proprio l'intensa correlazione con il processo ha offerto l'occasione di annoverare il procedimento di mediazione obbligatoria tra le fasi strumentali al giudizio *ex art. 75, comma 1, d.p.r. n. 115/2002*. Nondimeno, se non è revocabile in dubbio che sussista una relazione effettiva tra processo e mediazione obbligatoria in difetto di conciliazione tra le parti – e sempre che allo scopo di tutelare il proprio diritto l'istante decida in seguito al mancato accordo di instaurare il giudizio⁸ – ovvero quando il giudice, in pendenza della lite di primo grado o d'appello, disponga l'esperimento del procedimento di mediazione⁹, maggiori complicazioni si riscontrano ove la mediazione si concluda positivamente. A rigore in queste ipotesi non può dirsi celebrato alcun processo a cui agganciare il procedimento di mediazione, con conseguente esclusione della possibilità di porre il compenso del difensore a carico dello Stato.

Dinanzi a questa difficoltà interpretativa si sono registrati alcuni (lodevoli) tentativi di offrire – attraverso una lettura costituzionalmente orientata delle disposizioni del testo unico in materia di spese di giustizia e in nome dell'effettività della tutela giurisdizionale – copertura economica alla difesa dei non abbienti, anche qualora il procedimento obbligatorio di mediazione si fosse concluso positivamente¹⁰.

In questa direzione appare significativa la valorizzazione del quadro normativo europeo e segnatamente della direttiva 2002/8/CE del 27 gennaio 2003, intesa a migliorare l'accesso alla giustizia nelle controversie transfrontaliere attraverso la definizione di norme minime comuni relative al patrocinio a spese dello Stato in tali controversie (c.d. *Legal Aid*).

Nel dare attuazione alla direttiva, l'art. 10 d.lgs. n. 116/2005 prevede l'estensione del patrocinio a spese dello Stato ai procedimenti stragiudiziali «qualora l'uso di tali mezzi sia previsto come obbligatorio dalla legge ovvero qualora il giudice vi abbia rinviato le parti in causa».

La disposizione, il cui perimetro applicativo è limitato alle controversie transfrontaliere, origina un contrasto con il principio di uguaglianza nel momento in cui non si ritenga plausibile l'estensione del patrocinio a spese dello Stato alle mediazioni obbligatorie riguardanti controversie prive di elementi di

⁷ La mediazione civile e commerciale è stata introdotta con il d.lgs. n. 28/2010. [Con sentenza n. 272/2012](#), la Corte costituzionale ha tuttavia sancito l'illegittimità della disciplina della mediazione obbligatoria per eccesso di delega. La fattispecie è stata quindi reintrodotta dal d.l. n. 69/2013, conv. con modif. nella l. n. 98/2013. La letteratura sulla mediazione civile e commerciale è ormai molto vasta. Si v., senza pretesa di completezza, C. BESSO (a cura di), *La mediazione civile e commerciale*, Torino, 2010; M. BOVE (a cura di), *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, Padova, 2011; G. CANALE, *Il decreto legislativo in materia di mediazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 624 ss.; R. CAPONI, *La giustizia civile alla prova della mediazione (a proposito del d.leg. 4 marzo 2010 n. 28, in Foro it., 2010, V, 89 ss.)*; A. CASTAGNOLA-F. DELFINI, *La mediazione nelle controversie civili e commerciali*, Padova, 2012; F. CUOMO ULLOA, *La nuova mediazione civile e commerciale. Profili applicativi*, Bologna, 2013; D. DALFINO, *Mediazione civile e commerciale*, in S. Chiarloni (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, Bologna, 2016; F. DANOVI, *Mediazione, processo e ruolo dell'avvocato*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, 1045 ss.; F. DANOVI-F. FERRARIS, *La cultura della mediazione e la mediazione come cultura*, Milano, 2013; F. DANOVI-F. FERRARIS (a cura di), *ADR. Una giustizia complementare*, Milano, 2018; M. FABIANI, *Profili critici del rapporto tra mediazione e processo*, in *Società*, 2010, 1142 ss.; F. FERRARIS, *La nuova mediazione civile e commerciale*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 1462 ss.; ID., voce *Mediazione civile e commerciale*, in *Enc. dir., Annali*, 2016, 624 ss.; SCARSELLI, *L'incostituzionalità della mediazione di cui al d.leg. 28/10*, in *Foro it.*, 2011, V, 54 ss.; R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale. Composizione della lite e processo nel d.lgs. n. 28/2010 e nei D.M. nn. 180/2010 e 145/2011*, Torino, 2011.

⁸ Cfr. M. VACCARI, *Il patrocinio a spese dello Stato nei processi civili*, cit., 153, che evidenzia a sostegno di questa tesi la graduale «giurisdizionalizzazione del procedimento di mediazione».

⁹ Si tratta della c.d. mediazione demandata o delegata dal giudice, disciplinata dall'art. 5, comma 2, d.lgs. n. 28/2010.

¹⁰ F.P. LUISO, *Orientamenti giurisprudenziali sul patrocinio a spese dello Stato in materia civile*, in [Judicium](#), 26 marzo 2012; F. FERRARIS, *ADR e patrocinio a spese dello Stato: questioni e prospettive*, in *Giusto proc. civ.*, 2019, 182 ss. e 185 ss. In giurisprudenza particolare importanza va attribuita alle riflessioni contenute nelle ordinanze del Tribunale di Firenze del 13 gennaio 2015 e del 13 dicembre 2016.

estraneità. In effetti, l'ordinamento fornirebbe aiuto legale per la fase stragiudiziale al non abbiente che si trovi coinvolto in una lite di natura transfrontaliera, ma al contempo negherebbe la stessa tutela al «litigante domestico», determinando così una diversificazione priva di ragionevole giustificazione¹¹.

Anche sulla scorta di questa considerazione un indirizzo ha ritenuto doveroso interpretare in termini astratti il nesso di strumentalità *ex art. 75 d.p.r. n. 115/2002*¹². Per accedere al patrocinio a spese dello Stato non sarebbe indispensabile la reale ed effettiva instaurazione della causa, bensì soltanto la virtuale connessione tra lo strumento stragiudiziale e il processo. Così ragionando, è sempre possibile predicare un legame tra mediazione obbligatoria e processo, finanche laddove l'avvenuta conciliazione scongiuri la lite. Anzi, il nesso di strumentalità è in queste ipotesi sublimato dal raggiungimento di un accordo, evento che assicura il pieno conseguimento dell'obiettivo perseguito dal legislatore, vale a dire la riduzione del contenzioso civile.

Questa chiave di lettura, già controversa nella prassi di merito¹³, non è stata in seguito accolta dalla giurisprudenza di legittimità, che ha affermato l'impossibilità di applicare le disposizioni del testo unico in materia di spese di giustizia all'attività difensiva spiegata nella mediazione obbligatoria con esito positivo, ritenendo per l'effetto non liquidabile il compenso al difensore in assenza della proposizione della lite. A sostegno degli argomenti testuali già richiamati, la Suprema Corte ha osservato come il d.lgs. n. 28/2010 non trascuri del tutto la tematica del patrocinio a spese dello Stato, considerato che, all'art. 17, comma 5-*bis*, disciplina l'esenzione per i non abbienti dal pagamento dell'indennità dovuta all'organismo di conciliazione nelle ipotesi di mediazione delegata e obbligatoria¹⁴.

Per contro, il medesimo corpo normativo nulla prevede in merito al pagamento da parte dello Stato delle spese legali necessarie per l'assistenza tecnica di chi si trovi in condizione di difficoltà economica, ragione ulteriore per la quale l'estensione del beneficio alle ipotesi studiate non si arresterebbe sulla soglia della (consentita) interpretazione, bensì sfocerebbe nella vera e propria produzione normativa¹⁵.

Al difetto di coordinamento tra testo unico in materia di spese di giustizia e d.lgs. n. 28/2010 ha peraltro tentato di rimediare la «Commissione di studio per l'elaborazione di ipotesi di organica disciplina e riforma degli strumenti di degiurisdizionalizzazione», istituita con d.m. 7 marzo 2016 del Ministero della giustizia, che, nell'ambito delle iniziative funzionali alla riorganizzazione degli strumenti alternativi alla risoluzione delle controversie, ha formulato la proposta di estendere

¹¹ In questo senso l'orientamento fiorentino citato nella nota precedente.

¹² Cfr. ancora i citati provvedimenti del Tribunale di Firenze e, nella stessa direzione, Trib. Vasto ord. 9 aprile 2018.

¹³ Trib. Roma 11 gennaio 2018 ha respinto l'orientamento fiorentino, facendo leva sulle seguenti considerazioni: a) il tenore letterale delle norme del testo unico in materia di spese di giustizia presuppone, come visto, il compimento di attività di natura giurisdizionale; b) l'impossibilità di ritenere il procedimento di mediazione un'attività strumentale alla successiva azione giudiziaria, in quanto finalizzata ad evitare l'instaurazione della lite; c) la necessità che ogni spesa pubblica abbia una copertura normativa; d) l'art. 10 d.lgs. n. 116/2005 conferma la necessità di un intervento normativo per l'ampliamento dell'ambito di applicazione del patrocinio dei non abbienti; e) la circostanza che «le parti e i rispettivi difensori – nel definire in via transattiva una controversia – possano ben accordarsi anche con riferimento ai compensi professionali, tenuto altresì conto che i difensori potranno avvalersi anche della regola della solidarietà, prevista dall'art. 13, comma 8 della legge forense (L. n. 247/2002), in base alla quale quando una controversia viene definita mediante accordi presi in qualsiasi forma, le parti sono solidalmente tenute al pagamento dei compensi e dei rimborsi delle spese a tutti gli avvocati costituiti che hanno prestato la loro attività professionale [...], salvo espressa rinuncia al beneficio della solidarietà».

¹⁴ In particolare, la norma prevede che «Quando la mediazione è condizione di procedibilità della domanda ai sensi dell'articolo 5, comma 1-*bis*, ovvero è disposta dal giudice ai sensi dell'articolo 5, comma 2, del presente decreto, all'organismo non è dovuta alcuna indennità dalla parte che si trova nelle condizioni per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato».

¹⁵ In questi termini Cass. 31 agosto 2020, n. 18123, per la quale tale «limite non può esser superato dal Giudice con attività d'interpretazione posto che in tal modo verrebbe ad incidere sulla sfera afferente la gestione del pubblico denaro, specie con relazione alle disposizioni di spesa, materia riservata al Legislatore e presidiata da precisi dettami costituzionali». Nell'occasione il ricorrente aveva altresì sollevato la questione di costituzionalità delle norme in materia di mediazione e spese di giustizia, nella misura in cui non consentono la liquidazione del compenso al difensore del non abbiente anche per la fase di mediazione obbligatoria quando non segua la lite giudiziale. La Suprema Corte ha tuttavia ravvisato la manifesta infondatezza della questione, dato che nel caso di specie la mediazione si era invero conclusa negativamente e il giudizio di merito non era stato instaurato perché le parti avevano raggiunto un accordo transattivo.

l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato alle attività svolte dal difensore nel procedimento di mediazione obbligatoria¹⁶. La proposta avanzata, tuttavia, non si è mai trasformata in un testo di legge, lasciando così invariati i termini della questione.

3. Il percorso motivazionale della Corte costituzionale.

Così descritto il contesto nel quale si inserisce [la sentenza in commento](#), è possibile riprendere il filo argomentativo della Corte costituzionale, che, riuniti i giudizi per la quasi identità delle questioni sollevate, ha anzitutto assecondato la lettura dei giudici rimettenti e quindi escluso la possibilità di un'interpretazione *secundum Constitutionem* delle norme censurate¹⁷.

La conseguente declaratoria di incostituzionalità per violazione degli artt. 3 e 24 Cost.¹⁸ si sviluppa lungo tre principali e concorrenti linee direttrici: la funzione deflattiva del procedimento di mediazione, la natura obbligatoria del tentativo di mediazione in determinate materie e l'assistenza dell'avvocato in sede di mediazione obbligatoria.

Emerge in primo luogo, considerata la finalità deflattiva a cui risponde il procedimento di mediazione, un contrasto con il canone di ragionevolezza. L'istituto del patrocinio a spese dello Stato risulta difatti paradossalmente escluso proprio in relazione a quei procedimenti che, definiti positivamente, realizzano compiutamente l'intento del legislatore di diminuire il contenzioso civile.

Alla luce di tale esclusione non è remoto immaginare che difensori e soggetti non abbienti, attivata la mediazione per soddisfare la condizione di procedibilità, siano indotti a non raggiungere (o comunque a non formalizzare) un accordo e a incardinare il giudizio anche soltanto al fine di ottenere la liquidazione del compenso a carico dello Stato¹⁹.

Come evidenziato dalla Consulta, una simile eventualità vanificherebbe la funzione deflattiva della mediazione e al contempo frustrerebbe la stessa funzione giurisdizionale, distolta dalla propria attività e piegata a fini del tutto accessori. Ciò a tacere dell'impiego di risorse pubbliche per la celebrazione di giudizi che l'estensione del beneficio alle mediazioni obbligatorie concluse positivamente avrebbe senz'altro evitato.

Il rischio è in definitiva quello di disincentivare l'utilizzo della mediazione quale strumento alternativo al giudizio per la risoluzione delle controversie, in chiaro contrasto con l'attività normativa dell'ultimo decennio e l'obiettivo di implementare ulteriormente la cultura della mediazione.

La Corte costituzionale valorizza in secondo luogo l'intima relazione tra l'art. 24 Cost., che assicura a «tutti» la possibilità di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi, e il

¹⁶ Nell'ottica di coordinare tale estensione con le regole che individuano gli organi competenti a ricevere le istanze di ammissione al beneficio e liquidazione del compenso, la Commissione ha inoltre opportunamente suggerito di integrare l'art. 124 d.p.r. n. 115/2002 con la previsione che «in caso di mediazione svolta prima del processo, terminata con l'accordo, il consiglio dell'ordine competente è quello del luogo in cui ha sede il magistrato competente a conoscere del merito. La liquidazione del compenso al difensore in tal caso è effettuata dall'ufficio giudiziario che sarebbe stato competente per il giudizio».

¹⁷ L'Avvocatura generale dello Stato, intervenuta in difesa e rappresentanza del Presidente del Consiglio dei ministri, ha invece concluso per l'inammissibilità delle questioni, lamentando proprio il difetto di motivazione in merito all'impossibilità di un'interpretazione costituzionalmente conforme.

¹⁸ È il caso di osservare che il Tribunale palermitano aveva altresì denunciato la violazione dell'art. 36 Cost. I difensori, infatti, nel caso di mediazione obbligatoria conclusa positivamente, si vedrebbero costretti a prestare gratuitamente la propria attività professionale. A questo rilievo l'Avvocatura generale dello Stato ha obiettato eccependo che l'avvocato non ha il dovere di accettare il mandato del non abbiente e che in ogni caso l'attività difensiva in discussione sarebbe svolta soltanto in via occasionale. L'accoglimento delle diverse censure avanzate dai giudici del merito ha consentito alla Corte costituzionale di ritenere assorbita questa ulteriore doglianza.

¹⁹ Per considerazioni analoghe cfr. P. LICCI, *La Consulta*, loc. ult. cit.; M. VACCARI, *Il patrocinio a spese dello Stato nei processi civili*, cit., 155. Difatti, in caso di mediazione negativa, il principio di strumentalità consentirebbe «di computare le spese di assistenza stragiudiziale nell'ambito delle attività complessivamente effettuate a favore della parte ai fini della richiesta di rimborso» (F. FERRARIS, *ADR e patrocinio a spese dello Stato: questioni e prospettive*, cit., 181).

patrocinio a spese dello Stato, che rappresenta l'istituto attraverso il quale è possibile garantire concretamente a coloro che non sono in grado di sopportare il costo del processo «i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione».

Il diritto inviolabile d'azione e difesa non è perciò confinato al piano astratto, bensì necessita di strumenti idonei a garantirne l'effettività, in sintonia con il principio di uguaglianza sostanziale espresso dall'art. 3, comma 2, Cost. In questa prospettiva è compito dello Stato rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che pregiudicano l'accesso dei non abbienti alla tutela giurisdizionale²⁰.

Come noto, oltre a poter essere facoltativamente attivata dalle parti (anche mediante istanza congiunta), la mediazione integra in predefinite materie una condizione di procedibilità della domanda giudiziale²¹, sicché, prima di rivolgersi all'autorità giurisdizionale, la parte è vincolata al previo esperimento del tentativo di mediazione.

In questi casi la mediazione rappresenta un modello di giurisdizione condizionata, la cui legittimità costituzionale trova ormai conforto in numerosi arresti della Consulta, per la quale la tutela *ex art. 24* Cost. non implica l'assoluta immediatezza dell'esperimento del diritto di azione²², sempre che la condizione di procedibilità sia improntata a criteri di ragionevolezza, ovvero non renda la tutela giurisdizionale eccessivamente difficoltosa, e risulti funzionale alla salvaguardia di interessi generali²³.

In quest'ottica il tentativo obbligatorio di mediazione di cui al d.lgs. n. 28/2010, quando non assicura la composizione bonaria della lite, comporta unicamente la postergazione della tradizionale tutela giurisdizionale, senza pregiudizio alla sottesa situazione giuridica sostanziale²⁴. Inoltre, la mediazione civile e commerciale, per sviluppo cronoprocedimentale, appare rispettosa del canone di ragionevolezza e risponde all'interesse pubblico di arginare la crisi cronica della giustizia civile.

Nondimeno, un problema di legittimità costituzionale si pone quando, come nel caso della mediazione civile e commerciale obbligatoria, alla prevista condizione di procedibilità non venga associata la possibilità di accedere, per l'esperimento del relativo procedimento, al patrocinio a spese dello Stato (che invece il percorso giudiziale garantisce). Difatti, in tale evenienza il non abbiente si trova dinanzi ad un impedimento di natura economica all'esercizio effettivo e paritetico del proprio diritto d'azione e difesa. Non può condurre a diversa conclusione la circostanza che i giudici costituzionali abbiano a più riprese riconosciuto ampia discrezionalità al legislatore in materia processuale (con il solo limite della ragionevolezza delle scelte compiute)²⁵ e che, nell'esercizio di tale discrezionalità, un parametro di significativa importanza per orientare le valutazioni legislative sia stato ravvisato nella limitatezza delle risorse finanziarie (e nella conseguente qualificazione della giustizia come una «risorsa non illimitata»²⁶).

²⁰ Per queste riflessioni, v., ad es., [Corte cost. sentt. nn. 178 del 2017, 80 del 2020 e 157 del 2020](#).

²¹ Ai sensi dell'art. 5, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 28/2010, si tratta delle controversie «in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari».

²² In questo senso [Corte cost. sentt. nn. 276 del 2000, 243 del 2014 e 162 del 2016](#).

²³ Cfr. [Corte cost. sentt. nn. 470 del 1990, 154 del 1992, 406 del 1993, 276 del 2000 e 98 del 2014](#). Si v. altresì [Corte cost. sentt. n. 63 del 1977](#), per la quale l'art. 24 Cost. «non impone che il cittadino possa conseguire la tutela giurisdizionale sempre nello stesso modo e con i medesimi effetti, e non vieta quindi che la legge possa subordinare l'esercizio dei diritti a controlli o condizioni, purché non vengano imposti oneri tali o non vengano prescritte modalità tali da rendere impossibile o estremamente difficile l'esercizio del diritto di difesa o lo svolgimento dell'attività processuale»; in senso conforme [Corte cost. ord. n. 73 del 1988](#).

²⁴ Il riferimento è all'art. 5, comma 6, d.lgs. n. 28/2010, in forza del quale «Dal momento della comunicazione alle altre parti, la domanda di mediazione produce sulla prescrizione gli effetti della domanda giudiziale. Dalla stessa data, la domanda di mediazione impedisce altresì la decadenza per una sola volta, ma se il tentativo fallisce la domanda giudiziale deve essere proposta entro il medesimo termine di decadenza, decorrente dal deposito del verbale di cui all'articolo 11 presso la segreteria dell'organismo».

²⁵ Si v., ad esempio, [Corte cost. sentt. nn. 102 del 2021, 47 del 2020, 266 del 2019, 139 del 2019, 97 del 2019 e 77 del 2018](#).

²⁶ L'espressione è rinvenibile in [Corte cost. sentt. nn. 77 del 2018 e 266 del 2019](#). Il tema della limitatezza della risorsa giustizia possiede contorni incerti, sia nella misura in cui è controverso se possa assurgere a principio

Proprio in tema di patrocinio a spese dello Stato, il giudice delle leggi ha del resto spesso rimarcato la necessità di individuare un «punto di equilibrio tra garanzia del diritto di difesa per i non abbienti e necessità di contenimento della spesa pubblica in materia di giustizia²⁷».

Ad esempio, in questa duplice prospettiva – discrezionalità del legislatore in materia processuale e limitatezza della risorsa giustizia – la Consulta ha ritenuto manifestamente infondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 130 d.p.r. n. 115/2002, nella misura in cui stabilisce che, nei casi di patrocinio a spese dello Stato, i compensi spettanti (tra gli altri) al difensore siano ridotti della metà nei procedimenti civili e amministrativi, a differenza di quanto accade nel processo penale ove non è contemplata tale consistente riduzione²⁸.

In virtù degli stessi parametri, la Corte costituzionale ha dichiarato l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 119 d.p.r. n. 115/2002, nella parte in cui non consente nelle controversie civili, amministrative, contabili o tributarie, l'accesso al patrocinio a spese dello Stato di enti e associazioni che, pur non perseguendo fini di lucro, esercitino un'attività economica²⁹.

Sempre attraverso il richiamo alla discrezionalità del legislatore e alla scarsità delle risorse, il giudice delle leggi ha ritenuto giustificata la previsione del filtro disciplinato dall'art. 74, comma 2, d.p.r. n. 115/2002, legato alla non manifesta infondatezza delle ragioni dell'aspirante beneficiario al patrocinio a spese dello Stato per tutti i processi diversi da quello penale (civile, amministrativo, contabile, tributario e di volontaria giurisdizione)³⁰.

Le motivazioni che innervano simili arresti, tuttavia, non possono essere replicate per giustificare la mancata estensione del patrocinio a spese dello Stato ai casi di mediazione obbligatoria (con esito positivo). Come opportunamente evidenziato dalla Corte costituzionale, una conclusione simile – stante la configurazione di una condizione di procedibilità della domanda giudiziale – precluderebbe ai non

processuale in grado di condizionare in via autonoma (e non quale elemento a suffragio di altri principi) l'attività dei giudici, sia perché privo di un esplicito e diretto aggancio normativo. Per queste considerazioni e più in generale per un approfondimento critico sull'argomento cfr. P. NAPPI, *Riflessioni sul «rispetto della non illimitata risorsa giustizia» come principio processuale*, in *Giusto proc. civ.*, 2021, 659 ss.; M. MARINARO, *Il patrocinio a spese dello Stato per i non abbienti nei procedimenti stragiudiziali di composizione negoziale delle liti civili, tra principi costituzionali ed esigenze di bilancio*, in *Riv. arb.*, 2020, 531 ss.

²⁷ [Corte cost. sentt. nn. 16 del 2018, 35 del 2019 e 47 del 2020](#).

²⁸ [Corte cost. ord. n. 350 del 2005](#), secondo cui «la garanzia costituzionale del diritto di difesa non esclude, quanto alle sue modalità, la competenza del legislatore a darvi attuazione sulla base di scelte discrezionali non irragionevoli». Si rimarca inoltre che la «diversità di disciplina fra la liquidazione degli onorari e dei compensi nel processo civile e nel processo penale trova fondamento nella diversità delle situazioni comparate (da una parte gli interessi civili, dall'altra le situazioni tutelate che sorgono per effetto dell'esercizio dell'azione penale)». In senso conforme [Corte cost. ord. n. 201 del 2006](#).

²⁹ [Corte cost. sent. n. 35 del 2019](#). Per la Consulta, «L'area attinta dal dubbio di costituzionalità ammette, dunque, un ampio spazio di riempimento da parte della discrezionalità del legislatore, il quale – e non potrebbe essere diversamente – non può non parametrare le diverse opzioni sulla falsariga delle risorse finanziarie limitate, anche per l'esigenza di contenere le spese giudiziali». Non è pertanto possibile reputare manifestamente irragionevole «la scelta legislativa in base alla quale, in controversie civili, amministrative, contabili o tributarie, è esclusa l'ammissione al beneficio del patrocinio a spese dello Stato di enti o associazioni, i quali, se pure non perseguono fini di lucro, esercitano una attività economica che – proprio perché tale, e a prescindere dalla destinazione degli eventuali utili e dalla consistenza di cespiti patrimoniali – consente accantonamenti in vista, fra l'altro, proprio di eventuali contenziosi giudiziali. Una situazione, questa, assai diversa da quella che caratterizza il regime che disciplina il beneficio in favore delle persone fisiche, per le quali l'attività economica si traduce in un reddito che, sotto soglie che spetta al legislatore determinare ([sentenza n. 219 del 2017](#)), giustifica l'intervento dello Stato a tutela e garanzia dell'effettivo esercizio del diritto di azione e di difesa».

³⁰ [Corte cost. sent. n. 47 del 2020](#). Anche in questo caso il giudice delle leggi evidenzia «la pacifica riconducibilità dell'istituto del patrocinio a spese dello Stato alla disciplina processuale nella cui conformazione il legislatore gode di ampia discrezionalità, con il solo limite della manifesta irragionevolezza o arbitrarietà delle scelte adottate». Nel caso di specie, oltretutto, la finalità perseguita dalla norma censurata «è evidentemente quella di non incoraggiare iniziative temerarie che, da un lato, aggraverebbero il carico dei processi, e, dall'altro, esporrebbero la controparte (abbiente, e quindi con spese a suo carico, o non abbiente, e quindi con ingiustificato aggravio per lo Stato) ad azioni temerarie, con il rischio di determinare una “discriminazione a rovescio”, inducendo i non abbienti a intentare cause palesemente infondate senza dover tener conto del loro peso economico, peso che invece devono sopportare coloro che non rientrano nella platea dei beneficiari».

abbienti «l'effettività dell'accesso alla giustizia, con conseguente sacrificio del nucleo intangibile del diritto alla tutela giurisdizionale³¹». In altri termini, le valutazioni di ordine economico non possono spingersi sino a legittimare il diniego di spese costituzionalmente necessarie, inerenti «all'erogazione di prestazioni sociali incomprimibili»: «è la garanzia dei diritti incomprimibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione»³².

A precisazione del discorso svolto, è utile osservare che, tutto sommato, l'estensione del patrocinio a spese dello Stato alle ipotesi di mediazioni obbligatorie concluse con un accordo non comporta inevitabilmente un aggravio della spesa pubblica.

È verosimile, infatti, che il difensore, consapevole che la propria attività professionale verrà ricompensata, profonda maggiore impegno nel tentativo di raggiungere un accordo stragiudiziale, così indirettamente contribuendo all'obiettivo di contenere la spesa pubblica alla sola fase di mediazione.

La mancata estensione del patrocinio a spese dello Stato potrebbe per contro suggerire all'avvocato (che intenda comunque accettare l'incarico) di dare vita a un procedimento di mediazione destinato già in partenza a fallire (perché la domanda è presentata soltanto al fine di soddisfare la condizione di procedibilità) ovvero finanche di instaurare direttamente il processo senza adire un organismo di conciliazione³³. L'avvio della lite giudiziale garantirebbe così al difensore la liquidazione del compenso per l'attività professionale resa a beneficio del non abbiente, ma provocherebbe l'appesantimento del ruolo del magistrato designato e l'impiego di risorse umane ed economiche per la decisione della causa.

Ultimo dato fondamentale per convalidare la dichiarazione di incostituzionalità in esame è rappresentato dal ruolo dell'avvocato nel contesto analizzato.

In seguito alle modifiche apportate al d.lgs. n. 28/2010 dal d.l. n. 69/2013, convertito nella l. n. 98/2013, sussiste l'obbligo (e non semplicemente la facoltà) di assistenza tecnica della parte nel procedimento di mediazione obbligatoria, come certifica chiaramente l'art. 5, comma 1-*bis*, ai sensi del quale l'istante, nelle materie elencate dalla disposizione, «è tenuto, assistito dall'avvocato, preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione»³⁴.

³¹ Locuzione mutuata da [Corte cost. sent. n. 157 del 2021](#).

³² Espressioni che si rinvengono anche nelle già richiamate [Corte cost. sentt. nn. 152 del 2020](#), [62 del 2020](#) e [275 del 2016](#).

³³ Del resto, ai sensi dell'art. 5, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 28/2010, «l'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza». Anche quando ravvede che la mediazione non è stata esperita, il giudice non chiude il processo in rito ma assegna alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione.

³⁴ Nell'art. 5, comma 1, d.lgs. n. 28/2010 – oggetto della [sentenza di incostituzionalità n. 272/2012](#) – era invece assente la locuzione «assistito dall'avvocato». L'assistenza dell'avvocato non è per converso obbligatoria nel procedimento di mediazione facoltativa. Quest'ultima affermazione, invero, non è esente da discussioni, dal momento che, oltre al già citato art. 5, comma 1-*bis*, due ulteriori disposizioni del d.lgs. n. 28/2010 fanno riferimento al ruolo dell'avvocato nel procedimento di mediazione. Si tratta in particolare dell'art. 8, comma 1, in forza del quale «Al primo incontro e agli incontri successivi, fino al termine della procedura, le parti devono partecipare con l'assistenza dell'avvocato», e dell'art. 12, che distingue, ai fini dell'efficacia dell'accordo come titolo esecutivo e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale, due differenti ipotesi, a seconda che le parti siano o meno assistite in mediazione da un avvocato. La circolare interpretativa del 27 novembre 2013 del Ministero della giustizia ha ricomposto il frastagliato quadro normativo in questi termini: «l'assistenza dell'avvocato è obbligatoria esclusivamente nelle ipotesi di c.d. mediazione obbligatoria (ivi compresa quella disposta dal giudice ex art. 5 comma 2), ma non anche nelle ipotesi di mediazione facoltativa. A tale soluzione si perviene agevolmente osservando che, in via generale, il nuovo testo dell'art. 12, comma 1, espressamente configura l'assistenza legale delle parti in mediazione come meramente eventuale (“ove tutte le parti aderenti alla mediazione siano assistite da un avvocato...”). Di talché, ferma la necessità dell'assistenza legale nelle forme di mediazione obbligatoria, nella mediazione c.d. facoltativa le parti possono partecipare senza l'assistenza di un avvocato. A tale conclusione non è di ostacolo la disposizione dell'art. 8 del decreto legislativo [...] Apparentemente di ambito generale, in realtà tale disposizione costituisce un completamento della previsione di cui all'art. 5, nel senso che, nelle ipotesi in cui il procedimento di mediazione è condizione di procedibilità, la parte che vorrà attivare la procedura di mediazione dovrà avvalersi dell'assistenza di un avvocato non solo al momento del deposito dell'istanza, ma anche per tutti i momenti successivi del procedimento di mediazione, fino al termine della procedura. Naturalmente, nell'ambito della mediazione facoltativa, le parti potranno in ogni momento esercitare la facoltà di ricorrere all'assistenza di un avvocato, anche in corso di procedura di mediazione». Nella giurisprudenza di merito si è successivamente allineato a questa ricostruzione ad es. Trib. Vasto ord. 9 aprile 2018. In direzione contraria si era

Il difetto di assistenza tecnica nel corso del procedimento di mediazione obbligatoria non è peraltro privo di conseguenze e anzi comporta, ove la mancata designazione del difensore sia ascrivibile all'istante, l'improcedibilità della domanda giudiziale³⁵.

La violazione dell'art. 24 Cost. è pertanto manifesta e radicale: se da un lato s'impone di esperire il tentativo di mediazione con l'assistenza dell'avvocato (a pena di improcedibilità della domanda giudiziale), dall'altro lato questa scelta non è controbilanciata dall'estensione del patrocinio a spese dello Stato ai soggetti incapaci, per le condizioni economiche in cui versano, di compensare il difensore.

In linea puramente teorica è interessante osservare che ai fini della dichiarazione di incostituzionalità sarebbe stata verosimilmente sufficiente la previsione della semplice possibilità per le parti di incaricare un avvocato.

Si legge in motivazione che «data l'espressa previsione dell'assistenza dell'avvocato in sede di mediazione obbligatoria [...] è evidente che privare i non abbienti del patrocinio a spese dello Stato significa destinarli di fatto, precludendo loro la possibilità della difesa tecnica, a subire l'asimmetria rispetto alla controparte abbiente in relazione a un procedimento che [...] in determinate materie è direttamente imposto dalla legge e rientra nell'esercizio della funzione giudiziaria giacché condiziona l'esercizio del diritto di azione». Si accenna unicamente alla «previsione dell'assistenza dell'avvocato in sede di mediazione obbligatoria», senza precisazioni in ordine alla sua facoltatività o necessità; soltanto di seguito si specifica che «il non abbiente è, peraltro, addirittura esposto al grave rischio di improcedibilità della sua domanda, qualora l'assistenza tecnica sia ritenuta non solo possibile ma anche obbligatoria dal giudice».

L'asimmetria censurata dalla Corte costituzionale sussiste, pertanto, già soltanto concedendo alle parti la facoltà di farsi assistere da un avvocato, e ciò in quanto l'impossibilità di accedere al patrocinio a spese dello Stato consentirebbe esclusivamente alla parte abbiente di beneficiare dell'assistenza legale, con conseguente squilibrio tra le *chance* difensive dei litiganti nella risoluzione di una controversia che non conosce alternative al previo esperimento del tentativo di mediazione³⁶.

Oltretutto, alcuni dati normativi avvalorano ulteriormente l'importanza di porre anche i non abbienti nella condizione di ricevere l'assistenza di un avvocato nei procedimenti di mediazione obbligatoria. In particolare, l'art. 4 d.lgs. n. 28/2010 suggerisce l'intervento del difensore sin dal momento dell'attivazione, considerato che l'istanza deve essere formulata «presso un organismo nel luogo del giudice territorialmente competente per la controversia» e «deve indicare l'organismo, le parti, l'oggetto e le ragioni della pretesa»³⁷. Inoltre, l'assenza di difesa tecnica nel procedimento di mediazione può riflettersi sull'esito del successivo processo, ove si consideri che in caso di rifiuto della proposta conciliativa formulata dal mediatore, se la successiva decisione giudiziale dovesse corrispondere al contenuto della proposta, il giudice potrà escludere la ripetizione delle spese della parte vincitrice che ha opposto il rifiuto e condannarla al pagamento delle spese processuali della controparte, nonché al versamento di una somma corrispondente all'importo del contributo unificato (art. 13, comma 1, d.lgs. n. 28/2010).

invece espresso, con circolare n. 25-C-2013, il CNF, secondo cui l'obbligo di assistenza tecnica della parte in mediazione concerne ogni modello di mediazione.

³⁵ Il principio è ricavabile da Cass. 27 marzo 2019, n. 8473; nella giurisprudenza di merito cfr. ancora Trib. Vasto ord. 9 aprile 2018. In dottrina, v. G. FANELLI, "Interferenze" ancor più qualificate tra mediazione e processi dopo il c.d. «decreto del fare» n. 98/2013, in *Judicium*, 27 gennaio 2014; P. LICCI, *La Consulta*, loc. ult. cit.

³⁶ In questi termini, del resto, ragiona la Corte di cassazione con riguardo al contesto giudiziale: la disciplina sul patrocinio a spese dello Stato è applicabile in ogni procedimento civile, anche quando l'assistenza tecnica del difensore non sia prevista dalla legge come obbligatoria (Cass. 14 dicembre 2017, n. 30069). D'altronde, questa conclusione è «coerente con la finalità stessa dell'istituto del patrocinio a spese dello Stato, che, in adempimento del disposto di cui all'art. 24 Cost., comma 3, è volto ad assicurare alle persone non abbienti l'accesso alla tutela offerta dalla giurisdizione in modo pieno e consapevole ed in posizione di parità con quanti dispongono dei mezzi necessari. Posizione di parità che si sostanzia, nel caso in cui la parte possa stare in giudizio personalmente, anche nell'esercizio della facoltà di avvalersi della consulenza ed assistenza tecnica di un avvocato al fine di tutelare nel modo ritenuto più adeguato i propri interessi e diritti» (così Cass. 4 giugno 2019, n. 15175).

³⁷ La locuzione evoca, *mutatis mutandis*, gli elementi identificativi della domanda giudiziale ex art. 163 c.p.c.

4. Riflessioni conclusive alla luce della corrente azione riformatrice.

In questo plesso tematico, va segnalato che le istanze recepite dalla Corte costituzionale sono state pressoché contestualmente avvertite dal legislatore, il quale, all'art. 1, comma 4, lett. a), della legge 26 novembre 2021, n. 206, ha conferito al Governo una delega legislativa recante, tra i principi e criteri direttivi, «l'estensione del patrocinio a spese dello Stato alle procedure di mediazione»³⁸.

È notizia recente – il comunicato stampa risale al 28 luglio 2022 – che, nell'ambito degli impegni per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR), il «Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro della giustizia Marta Cartabia, ha approvato, in esame preliminare, due decreti legislativi di attuazione della legge delega di riforma del processo civile e dell'Ufficio per il processo, approvata dal Parlamento il 26 novembre 2021». In attesa dell'esame delle commissioni parlamentari e dell'approvazione definitiva, può rilevarsi che lo schema di decreto legislativo d'interesse in questa sede – «recante delega al governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata»³⁹ – prevede, all'art. 7, l'introduzione nel d.lgs. n. 28/2010 di un capo II-*bis*, rubricato «Disposizioni sul patrocinio a spese dello Stato nella mediazione civile e commerciale» e composto di dieci articoli (artt. 15-*bis* – 15-*undecies*).

Lo schema di decreto legislativo conferma innanzitutto il principio consacrato nella dichiarazione di incostituzionalità esaminata, assicurando alla parte non abbiente l'assistenza dell'avvocato nel procedimento di mediazione obbligatorio definito con l'accordo di conciliazione (art. 15-*bis*)⁴⁰.

³⁸ Come rileva la Consulta, la previsione non spiega tuttavia effetti nel giudizio di legittimità costituzionale, «dal momento che la sua entrata in vigore non vale a escludere l'applicazione delle disposizioni censurate».

³⁹ Il testo dello schema di decreto legislativo è disponibile sul sito della Camera dei deputati.

⁴⁰ In attuazione del principio contenuto nell'art. 1, comma 4, lett. c), l. n. 206/2021, l'art. 7 dello schema di decreto legislativo estende le ipotesi di mediazione obbligatoria alle controversie in materia di contratti di associazione in partecipazione, di consorzio, di franchising, di opera, di rete, di somministrazione, di società di persone e di subfornitura. La legge delega n. 206/2021 contempla altresì l'estensione del patrocinio a spese dello Stato ai procedimenti di negoziazione assistita. L'art. 9 dello schema di decreto legislativo citato prevede l'inserimento all'interno del d.l. n. 132/2014, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 162/2014, di una sezione II, rubricata «Disposizioni sul patrocinio a spese dello Stato nella negoziazione assistita» e composta di dieci articoli (artt. 11-*bis* – 11-*undecies*). In linea di principio, l'estensione del beneficio è destinata anche in questo caso soltanto alle ipotesi in cui l'esperimento del procedimento di negoziazione assistita sia condizione di procedibilità della domanda giudiziale e nel caso in cui venga raggiunto un accordo. Dal punto di vista applicativo sono inoltre regolate condizioni e modalità d'accesso al beneficio. La novità è opportuna per due ordini di ragioni. In primo luogo perché, ferme le significative differenze tra i procedimenti di mediazione e negoziazione assistita, non è possibile trascurare che la pronuncia di incostituzionalità esaminata fa leva su caratteri propri anche della negoziazione assistita, la quale al pari della mediazione i) è funzionale allo snellimento del contenzioso civile; ii) rappresenta, per un numero ragguardevole di controversie, condizione di procedibilità della domanda giudiziale; iii) richiede la necessaria assistenza dell'avvocato. In secondo luogo perché, allo stato, il tema è regolato soltanto dal controverso art. 3, comma 6, d.l. n. 132/2014, in forza del quale «Quando il procedimento di negoziazione assistita è condizione di procedibilità della domanda, all'avvocato non è dovuto compenso dalla parte che si trova nelle condizioni per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato» (in argomento cfr. P. FARINA, *La negoziazione assistita dagli avvocati: da praeambolum ad litem ad outsourcing della decisione del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 528; F. FERRARIS, *ADR e patrocinio a spese dello Stato: questioni e prospettive*, cit., 193 ss.; M. MARINARO, *op. cit.*, 536 ss.; A. TRINCHI, *Profili di incostituzionalità della negoziazione assistita obbligatoria*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 268 ss.; M. VACCARI, *Il patrocinio a spese dello Stato nei processi civili*, cit., 160). Come spiega la relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo (disponibile sul sito del Ministero della giustizia), tale norma esonera la parte non abbiente «dall'obbligo di corrispondere il compenso al proprio avvocato ma, allo stesso tempo, non disciplina la procedura che deve essere seguita per la formale ammissione e, al termine, per il riconoscimento del compenso all'avvocato. In sostanza, quindi, la disciplina vigente, prevede la sostanziale gratuità della prestazione dell'avvocato nei casi di assistenza al non abbiente in una procedura di negoziazione assistita, quando essa è condizione di procedibilità della domanda. L'intervento normativo, in coerenza con il criterio di delega, è quindi volto a superare tale assetto normativo e a introdurre una disciplina che assicuri l'accesso effettivo al patrocinio a spese dello Stato alla parte non abbiente che debba stipulare una convenzione di negoziazione assistita nei casi in cui essa è

Di seguito vengono dettagliatamente regolamentate le condizioni e modalità d'accesso al beneficio, dando così seguito al frammento conclusivo della sentenza della Corte costituzionale, in virtù del quale è lasciata alla discrezionalità del legislatore l'opportunità di introdurre in sede di attuazione della legge delega «una più compiuta e specifica disciplina della fattispecie».

In particolare, viene richiamato l'art. 76 d.p.r. n. 115/2002 quanto alle condizioni di reddito necessarie per l'accesso al patrocinio a spese dello Stato (art. 15-ter)⁴¹ e si stabilisce che in presenza di tale presupposto l'interessato possa chiedere di essere ammesso al beneficio al fine di proporre domanda di mediazione o di partecipare al relativo procedimento, nei casi di mediazione obbligatoria e di mediazione demandata dal giudice (art. 15-quater).

Non risulta pertanto contemplata l'estensione del patrocinio a spese dello Stato ai procedimenti di mediazione di natura volontaria, nonostante l'ampia formula adottata dalla legge delega – che non opera distinzioni tra procedimenti obbligatori e facoltativi – non precluda una simile possibilità⁴².

Come confermano gli argomenti spesi dalla Consulta per approdare alla dichiarazione di incostituzionalità analizzata, questa esclusione non sembra comunque porsi in contrasto con la Carta costituzionale⁴³. Non a caso il punto nevralgico della decisione è rappresentato dalla circostanza che la mediazione obbligatoria integri in alcune materie una condizione di procedibilità, che per il non abbiente, come visto, non significa semplicemente giurisdizione condizionata ma anche e soprattutto diniego di giustizia.

Diverso è invece il caso dei procedimenti facoltativi, che per loro natura non condizionano l'accesso alla tutela giurisdizionale (e di conseguenza al patrocinio a spese dello Stato) e in relazione ai quali sfuma del tutto il nesso di strumentalità con il processo *ex art. 75* d.p.r. n. 115/2002. Per questa ragione, la disciplina dei procedimenti volontari sembra ricadere nella sfera discrezionale in materia processuale del legislatore, destinata nuovamente ad ampliarsi quando è preservato «il nucleo intangibile del diritto alla tutela giurisdizionale»⁴⁴.

prevista dalla legge come condizione di procedibilità della domanda giudiziale, e che consenta al difensore di vedersi riconoscere un compenso per le prestazioni rese in tale procedura».

⁴¹ La relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo espone in modo condivisibile che non sussistono «ragioni per adottare una disciplina differenziata per il caso in cui la richiesta del patrocinio a spese dello Stato è necessaria per accedere alla tutela giurisdizionale o a una procedura alternativa, che deve essere obbligatoriamente instaurata prima di adire il giudice».

⁴² Favorevole all'allargamento del beneficio ai procedimenti stragiudiziali di carattere facoltativo M. MARINARO, *op. cit.*, 541 e 545 ss.

⁴³ *Contra* P. LICCI, *La Consulta*, loc. ult. cit., secondo cui «analoghe perplessità sorgono anche in riferimento a mediazione e negoziazione assistita quando facoltative. Vero è che qui non sorge l'obbligo di ricorrere alla fase nella quale il patrocinio a spese dello Stato non è ammesso, ma è anche vero che nessuno sarebbe motivato a concludere accordi con l'assistenza di un avvocato, sapendo di dover sostenere i costi di tale assistenza che invece nel processo non dovrebbe sopportare».

⁴⁴ Apparirebbe peraltro non scontata la violazione del canone di uguaglianza e ragionevolezza nel caso in cui il patrocinio a spese dello Stato venisse in futuro garantito dal legislatore – nell'ambito dei procedimenti facoltativi, in relazione ai quali come visto non sussiste il rischio di scalfire il «nucleo intangibile del diritto alla tutela giurisdizionale» – soltanto per la mediazione e non per la negoziazione assistita, e ciò in considerazione del fatto che la Corte costituzionale – con [sent. n. 97 del 2019](#) – ha in modo condivisibile evidenziato le maggiori potenzialità della mediazione nel confronto con la negoziazione assistita. Nell'occasione il giudice delle leggi ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale in riferimento all'art. 3 Cost. dell'art. 5, comma 4, lett. a), d.lgs. n. 28 del 2010, laddove prevede l'obbligatorietà del procedimento preliminare di mediazione nel giudizio di opposizione al decreto ingiuntivo a differenza di quanto previsto per la procedura di negoziazione assistita che, secondo quanto disposto dall'art. 3, comma 3, lett. a), del d.l. n. 132 del 2014, non deve essere esperita né nella fase monitoria né nel successivo, eventuale, giudizio di opposizione al decreto ingiuntivo. Per il giudice delle leggi, la scelta di trattare diversamente, con riguardo al giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, le due fattispecie, non è manifestamente irragionevole e arbitraria in quanto, pur presentando i due istituti processuali alcuni profili di omogeneità (il fine di favorire la composizione della lite in via stragiudiziale, la riconducibilità alle misure di *Alternative Dispute Resolution*, il costituire condizioni di procedibilità della domanda giudiziale), «il procedimento di mediazione è connotato dal ruolo centrale svolto da un soggetto – il mediatore, terzo e imparziale – là dove la stessa neutralità non è ravvisabile nella figura dell'avvocato che assiste le parti nella procedura di negoziazione assistita. Il mediatore, infatti, ai sensi dell'art. 14 del d.lgs. n. 28 del 2010, da un lato, non può «assumere diritti od obblighi connessi [...] con gli affari trattati [...]» né percepire compensi direttamente dalle parti (comma 1); dall'altro, è obbligato a sottoscrivere, per ciascuna controversia

In sintesi, lo schema di decreto legislativo prevede inoltre che l'istanza per l'ammissione anticipata sia presentata, dall'interessato o dall'avvocato che ne ha autenticato la firma, al consiglio dell'ordine degli avvocati del luogo dove ha sede l'organismo di mediazione competente ad esperire la procedura. Entro venti giorni dalla presentazione della richiesta, il consiglio dell'ordine degli avvocati, verificata l'ammissibilità dell'istanza e la non manifesta infondatezza della pretesa, ammette l'interessato al patrocinio, in via anticipata e provvisoria, e gliene dà immediata comunicazione (art. 15-*quinqüies*).

In caso di rigetto dell'istanza per l'ammissione anticipata, invece, l'interessato può proporre ricorso, entro venti giorni dalla comunicazione, avanti al presidente del tribunale del luogo in cui ha sede il consiglio dell'ordine che ha adottato il provvedimento (art. 15-*sexies*).

Quando è raggiunto l'accordo di conciliazione, l'ammissione è confermata, su istanza dell'avvocato, dal consiglio dell'ordine che ha deliberato l'ammissione anticipata, mediante apposizione del visto di congruità sulla parcella (art. 15-*septies*). Pertanto, come conferma la relazione illustrativa allo schema del decreto legislativo in parola, l'ammissione definitiva «è condizionata alla dimostrazione del raggiungimento dell'accordo di conciliazione. In caso contrario, infatti, la parte ammessa in via provvisoria, avendo soddisfatto la condizione di procedibilità, è legittimata a presentare domanda giudiziale e, in tal caso, la liquidazione del compenso al difensore della parte non abbiente avviene secondo le regole del TUSG».

Le disposizioni successive disciplinano la revoca del provvedimento di ammissione e il ricorso avverso il relativo decreto (art. 15-*novies*), nonché i meccanismi di controllo e sanzionatori per le false attestazioni circa la sussistenza delle condizioni di reddito necessarie per ottenere o preservare l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato (art. 15-*decies*).

Da ultimo, lo schema di decreto legislativo autorizza, a decorrere dall'anno 2023, la spesa di oltre due milioni di euro per l'attuazione delle disposizioni sul patrocinio a spese dello Stato nella mediazione civile e commerciale (art. 15-*undecies*), in ossequio al principio, enfatizzato dalla decisione commentata, in base al quale è «la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione».

affidatagli, un'apposita "dichiarazione di imparzialità" e a informare l'organismo di mediazione e le parti delle eventuali ragioni che possano minare la sua neutralità (comma 2, lettere a e b)» (punto 5.4.2.). Per la Consulta, «la presenza di un terzo del tutto indipendente rispetto alle parti giustifica, infatti, le maggiori possibilità della mediazione, rispetto alla negoziazione assistita, di conseguire la finalità cui è preordinata e, pertanto, la scelta legislativa di rendere obbligatoria solo la prima, e non la seconda, anche nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo» (punto 5.4.3.).

Paolo Bonini

La questione dell'evoluzione della funzione giurisdizionale (alcune riflessioni sull'eccesso di potere giurisdizionale)*

ABSTRACT: *The article aims to investigate the evolutions of the judicial function in the contemporary constitutional system. Starting from the doctrine's considerations on the "leaps forward" of jurisprudence, the contribution proposes to resort to the figure of "excess of jurisdictional power," a case of abuse of right, to explain the ongoing dynamics. Case law on the subject is also analyzed. In conclusion, it proposes some preventive or subsequent hypotheses in order to rationalize the dynamics proper to the judicial function in relation to the legislative function as well.*

SOMMARIO: 1. Il dibattito sulla 'creatività' della giurisprudenza. – 2. Il tentativo di ricorrere all'istituto dell'eccesso di potere giurisdizionale. – 2.1. La genetica dell'eccesso di potere giurisdizionale: l'abuso del diritto. – 2.2. Configurabilità e conseguenze dell'abuso del diritto. – 2.2.1. Nozione "atecnica" di abuso. – 2.3. L'eccesso di potere come fattispecie pubblicistica di abuso del diritto. – 3. La tradizionale dogmatica dell'eccesso di potere giurisdizionale. – 4. La giurisprudenza in tema di eccesso di potere giurisdizionale. – 5. – Considerazioni conclusive. Le due alternative: la prevenzione in Parlamento e il conflitto innanzi alla Corte costituzionale. – 5.1 La prevenzione: il momento legislativo, specialmente i meccanismi di raccordo previsti dai Regolamenti di Camera e Senato. – 5.2. Il conflitto tra poteri e l'eccesso giurisdizionale. – 5.3. Spunti conclusivi.

1. Il dibattito sulla 'creatività' della giurisprudenza

Nel dibattito contemporaneo, ciclicamente¹, si tende a riconoscere al giudice ordinario una funzione sempre più svincolata dal paradigma formalmente ancora vigente nel sistema costituzionale italiano². Sembra, infatti, emergere una legittimazione del giudice ordinario ad articolare nuove soluzioni giuridiche, in termini di diritti o principi, prescindendo, in modo minore o maggiore, dal momento rappresentativo politico-legislativo di inquadramento assiologico e giuridico della nuova situazione soggettiva che il giudice si trova a 'creare'³, 'inventare'⁴, 'desumere'. Nel complesso, la produzione del diritto oggettivo appare sempre più analitica e meno sistematica, tipica di una riflessione culturale e giuridica propria della mentalità giurisprudenziale, a scapito di quella propria, invece, delle istituzioni politico-rappresentative⁵. Al fine di mettere in luce l'evoluzione della funzione del giudice ordinario nell'ordinamento italiano, dei



¹ Si pensi al [Convegno "Giudici e legislatori"](#), tenuto il 7 novembre 2016 presso la Sala delle lauree della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Roma "Sapienza": cfr. [Questione Giustizia](#), 4, 2016.

² Da ultimo sul tema cfr. S. CASSESE, *Il governo dei giudici*, Bari-Roma, 2022; G. VERDE, *Giustizia, politica, democrazia. Viaggio nel Paese e nella Costituzione*, Soveria Mannelli, 2021; G. CANZIO, F. FIECCONI, *Giustizia. Per una riforma che guarda all'Europa*, Milano, 2021; in senso problematico A. CARRINO, *La Giustizia come conflitto. Crisi della politica e stato dei giudici*, Milano-Udine, 2011. Il tema è oggetto di indagine da molteplici punti di vista; tra gli altri per considerazioni comparate cfr. R. BORK, *Il giudice sovrano*, Macerata, 2008; classicamente sul tema M. CAPPELLETTI, *Giudici e legislatori*, Milano, 1984; M. NISTICÒ, *L'interpretazione giudiziale nella tensione tra i poteri dello Stato. Contributo al dibattito sui confini della giurisdizione*, Torino, 2015.

³ Non è la sede per poter procedere ad una adeguata disambiguazione del termine. Per una condivisibile opera di progressivo inquadramento del termine cfr. L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, in [Questione Giustizia](#), 4, 2016, 18.

⁴ Cfr. P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Bari-Roma, 2017.

⁵ Le cause di queste insufficienze sono da ricercare sul piano dell'atto che i soggetti del circuito politico-rappresentativo producono, seguendo l'indirizzo di analisi sulla c.d. "crisi della legge", su cui cfr. F. CARNELUTTI, *La crisi della legge*, in *Discorsi intorno al diritto*, Padova, 1931, 167 ss.; F. MODUGNO, *A mo' di introduzione. Considerazioni sulla «crisi» della legge*, in F. Modugno (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa*, Milano, 2000, 2; F. MODUGNO, A. CELOTTO, M. RUOTOLO, *Considerazioni sulla «crisi» della legge*, in AA. VV., *Appunti per una teoria generale del diritto. La teoria del diritto oggettivo*, Torino, 2000, 325 ss.; ovvero sul piano istituzionale, sia nell'ambito della rappresentatività parlamentare sui cui cfr. F. LANCHESTER., *Crisi della rappresentanza in campo politico e divieto di mandato imperativo*, in *Osservatorio AIC*, 2020, 1.

confini della sua principale attività, cioè l'interpretazione giurisdizionale⁶, nella consapevolezza di trovarsi in un momento di snodo, è utile interrogarsi sui possibili rimedi di queste 'fughe in avanti' della giurisprudenza.

La domanda di fondo sull'evoluzione della funzione giurisdizionale in Italia, molto legata alle vicende della rappresentatività politica propria delle istituzioni parlamentari, si palesa in alcuni casi emblematici decisi dalla Corte di Cassazione⁷ ovvero dalla Corte costituzionale⁸. Tali casi evidenziano le tendenze "evolutive" in concreto della funzione giurisdizionale nell'ambito del sistema costituzionale, mostrando una relazione diretta tra il giudice ordinario, la Costituzione e le Carte europee che sembra confliggere con la funzione giurisdizionale come concepita, ormai, in astratto, dal modello costituzionale. La preoccupazione di fondo avvertita nel dibattito è che la giurisdizione ordinaria possa porsi come un nuovo circuito anche rappresentativo delle istanze politiche dei cittadini, nonostante il paradigma costituzionale la ponga, formalmente, come subordinata al contesto normativo nel quale il giudice si trova ad operare. È infatti percepibile una generale tendenza, sospinta soprattutto anche dalla posizione del giudice comune rispetto al diritto eurounitario, all'emersione di un modello di giurisdizione funzionalmente ed istituzionalmente in cammino verso esiti originali, non troppo distanti dal modello astratto di giudice di *Common law*⁹.

Al fine di inquadrare queste tendenze, si potrebbe ricorrere alle categorie proprie dell'istituto dell'abuso del diritto, specialmente nella sua configurazione di eccesso di potere giurisdizionale. Verificando tale ipotesi sarà possibile comprendere se l'interpretazione 'creativa' della giurisprudenza possa o meno essere contenuta secondo i rimedi propri di questa dogmatica, ovvero se siano percorribili ulteriori rimedi.

2. Il tentativo di ricorrere all'istituto dell'eccesso di potere giurisdizionale

Questa espressione, che oggi trova maggiore utilizzo nell'ambito del processo civile e amministrativo, attiene alla attribuzione della Corte di Cassazione di decidere sui motivi di giurisdizione o su quelli di legittimità, in caso di impugnazione di una decisione giurisdizionale.

È stata purtuttavia ripresa e sviluppata dal conteso del diritto amministrativo, in relazione alla funzione nomofilattica della Corte di Cassazione rispetto alle decisioni del Consiglio di Stato. Un'ulteriore accezione del tema, quella che in questa sede si ritiene privilegiata, è di segnare il superamento del confine tra il potere giurisdizionale e quello legislativo.

⁶ Sulle diverse teorie e dottrine dell'interpretazione (a partire da quella illuministica, passando per quella c.d. 'realista' o 'scettica' e arrivando alle più avanzate c.d. ermeneutiche), su cui non è possibile soffermarsi in questa sede cfr. M. CAPPELLETTI, *Giudici e legislatori*, cit. e M. NISTICÒ, *L'interpretazione giudiziale nella tensione tra i poteri dello Stato*, cit. Cfr. anche F. MANNELLA, *Giudici comuni e applicazione della Costituzione*, Napoli, 2011.

⁷ Cfr. tra gli altri G.P. DOLSO, *Giudici e Costituzione nella prospettiva della creatività della giurisprudenza*, in *Diritto pubblico*, 2018, 2, 323 ss.; N. LIPARI, *Giudice legislatore (Nota a Cass. civ., sez. un., 25 gennaio 2017, n. 1946, Proc. gen. Cass.)*, in *Foro it.*, 2017, 2, I, 493.

⁸ Si pensi alla c.d. 'giurisdicizzazione' della politica, ai casi della [sentenza n. 1 del 2014](#) sulla legge elettorale e alla [sent. n. 242 del 2019](#) che chiude l'intero meccanismo relativo al caso Cappato. L. VIOLANTE, *Magistrati*, Torino, 2009, 64 ss. tratta di "Repubblica giuridicizzata"; espressioni con cui si tende ad indicare più fenomeni attinenti alla c.d. "crisi della politica" e al vuoto di potere che lascia il suo ritirarsi dalla scelta.

⁹ G. SILVESTRI, *L'integrazione tra l'ordinamento italiano e quello europeo*, in *Nuova Antologia*, 2020, 1, 95, secondo il quale "il giudice nazionale è anche giudice europeo e che [...] il giudice europeo è anche giudice nazionale". A. AMATO, *Giudice comune europeo e applicazione diretta della Carta dei diritti fondamentali dell'UE: Corte di Giustizia e Corte costituzionale a confronto*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2020, 1, 445 ss. a proposito della funzione del giudice comune tra applicazione diretta della Carta europea e remissione alla Corte costituzionale, sostenendo la "attribuzione propria degli organi esercenti la funzione giurisdizionale nello Stato costituzionale" che consiste nell'essere, il giudice comune, "unico organo posto direttamente a presidio delle situazioni giuridiche soggettive; egli è, prima ancora, il giudice del fatto alla luce del quale, successivamente, applica – o, addirittura, "inventa" – il diritto". Del resto, anche in ambito di *Common law* statunitense si osservano tendenze uguali e contrarie in direzione continentale, cfr. J. LYN ENTRIKIN, *The Death of Common Law*, in [Harvard Journal of Law & Public Policy](#), 2019, 42, 2, 351-487.

Più esattamente il termine assume tre accezioni. In riferimento alla giurisdizione in senso proprio (cioè come attribuzione del potere giurisdizionale in capo al singolo ufficio), significa «*invasione della giurisdizione propria di un altro giudice, ordinario o speciale*»¹⁰. In riferimento alla giurisdizione amministrativa specialmente, ma con suscettibilità di riferirsi ad ogni altra giurisdizione, soprattutto in casi particolari di sindacato forte o sindacato nel merito, ovvero di giudizio di ottemperanza¹¹, significa «*invasione della c.d. riserva di amministrazione*» (figura comunque problematica per il diritto costituzionale ma accolta nel sistema di diritto amministrativo¹²), «*per sconfinamento nel merito dell'attività amministrativa*»¹³. Infine, in riferimento alle attribuzioni costituzionali del potere giurisdizionale e nei confronti del legislatore che pone la disposizione, può significare «*invasione del potere legislativo, per appropriazione di un ruolo autenticamente creativo di norme giuridiche*»¹⁴.

Tenendo presente che la dogmatica sull'eccesso di potere rischia di separare ambiti tra loro interconnessi, e nella consapevolezza della parzialità di un approccio limitato ad una soltanto delle accezioni del termine, ai fini di questa analisi occorre concentrarsi sulla terza accezione dell'eccesso di potere giurisdizionale sopra ripercorsa¹⁵. Come avvertito all'inizio, ciascuno dei significati del termine, ivi

¹⁰ È un ambito ampiamente dibattuto da molto tempo, che trascina considerazioni sull'unità o pluralità di giurisdizioni tra ordinaria e amministrativa. Come nota A. LAMORGESE, *Eccesso di potere giurisdizionale e sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti*, in occasione dell'incontro di studio tenutosi in Roma, Corte di Cassazione, 21 settembre 2017, 2-4, origina dalla stessa legge n. 3761 del 1877; cfr. anche G.A. ANSALDI, *Eccesso di potere e unità della funzione giurisdizionale*, in F. Tigano, S. Licciardello, A. Barone (a cura di), *Amministrazione e giustizia. Scritti degli allievi per Ignazio Maria Marino*, Ariccia, 2015, 9-24; B. MAMELI, *Considerazioni sull'eccesso di potere giurisdizionale del giudice amministrativo in materie rientranti nell'ambito della sua giurisdizione esclusiva*, Nota a Cass. sez. un. civ. 1° agosto 1994, n. 7148, in *Giustizia civile*, 1995, fasc. 9, 1, 2203-2211.

Sul punto la Corte di Cassazione è intervenuta di recente con diverse pronunce conformi, tra le altre cfr. Corte di Cassazione, Sez. Un. civili, sent. del 15 maggio 2018, n. 11851.

¹¹ Sul tema la Corte di Cassazione si è pronunciata recentemente in più di un'occasione, chiarendo anche i limiti dell'eccesso di potere giurisdizionale nel caso dei poteri del giudice dell'ottemperanza: cfr. Corte di Cassazione Sez. Un. civili, sent. 30 maggio 2018, n. 13702; sent. 30 maggio 2018, n. 13699;

¹² È infatti dubbio che esista la riserva di amministrazione, almeno formalmente, in capo ad alcuni soggetti, ovvero in alcune materie. Altrettanto chiaro è, tuttavia, il ragionamento che, in virtù del principio della separazione dei poteri, ammette l'esistenza di un dominio privilegiato degli organi della Pubblica amministrazione rispetto alla funzione amministrativa, ex artt. 97 e 98 Cost. - che compongono il Titolo III ("*La Pubblica Amministrazione*"), Parte II ("*Il Governo*"), della Costituzione. Nell'esame di un altro istituto di faglia, questa volta tra il potere legislativo e quello esecutivo, le leggi provvedimento, la dottrina ha chiarito che, tuttavia, non esiste alcuna disposizione che vieterebbe al Parlamento, teoricamente, di entrare in questo tendenziale riservato dominio dell'amministrare: cfr. sul punto S. SPUNTARELLI, *L'amministrazione per legge*, Milano, 2007.

¹³ Cfr. sul punto A. LAMORGESE, *Eccesso di potere giurisdizionale e sindacato della cassazione sulle sentenze del consiglio di stato*, in federalismi.it, 5, 2018; anche R. DIPACE, *L'eccesso di potere giurisdizionale*, in *Diritto Online Approfondimenti Enciclopedici*, Enciclopedia Treccani, Roma, 2013: «l'eccesso di potere giurisdizionale è configurabile quando l'indagine svolta non sia rimasta nei limiti del riscontro di legittimità del provvedimento impugnato, ma sia stata strumentale a una diretta e concreta valutazione dell'opportunità e convenienza dell'atto, o quando la decisione finale, pur nel rispetto della formula dell'annullamento, esprima una volontà dell'organo giudicante che si sostituisce a quella dell'amministrazione, nel senso che, procedendo a un sindacato di merito, si estrinsechi in una pronuncia autoesecutiva». Cfr. anche S. DE NITTO, *A proposito della proporzionalità come criterio giuridico*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, fasc.4, 2017, 1035 ss.

Tra le altre pronunce amministrative, v. anche Cons. St., VI, 14 agosto 2013, n. 4174: «Il giudice invece non può sostituirsi all'autorità amministrativa nelle valutazioni opinabili di fatti (in caso di discrezionalità tecnica) né nel merito dell'azione amministrativa, cioè nelle scelte di opportunità (in caso di discrezionalità amministrativa). [...] In definitiva, il giudice amministrativo, al di fuori dei casi di giurisdizione estesa al merito, può sindacare le scelte irragionevoli dell'amministrazione, anche sul piano tecnico, ma non può sovrapporre proprie valutazioni a quelle che, per le ragioni indicate, sono riservate all'amministrazione stessa».

¹⁴ Le espressioni sono di F. DINELLI, G. PALAZZESI, *Sindacato per motivi di giurisdizione. La tendenza all'estensione del sindacato per motivi di giurisdizione: una "innovativa conferma"*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2015, 4, 939 ss., spec. 941-942.

Su quest'ultima fattispecie la Corte di Cassazione interviene costantemente per chiarire la portata del principio dell'eccesso di potere giurisdizionale, in diverse occasioni, da ultimo cfr. Corte di Cassazione, Sez. Un. civili, ord. 5 giugno 2018, n. 14437; sent. del 3 maggio 2018, n. 10538;

¹⁵ Su cui peraltro la Corte di Cassazione ha affermato essere una "*figura di rilievo affatto teorico, in quanto - dovendosi ipotizzare che il giudice applichi, non già la norma esistente, ma una norma all'uopo creata - detto eccesso potrebbe ravvisarsi solo a condizione di poter distinguere un'attività di produzione normativa inammissibilmente esercitata dal giudice, da un'attività interpretativa; attività quest'ultima certamente non contenibile in una funzione meramente euristica, ma risolvendosi*

compreso il terzo, è a sua volta suscettibile di essere letto da diversi punti di vista: processuale, civilistico, amministrativistico.

Quello che interessa cogliere è la sua attitudine a descrivere la dinamica di relazione tra legislazione e giurisdizione a volte caratterizzata da interferenza, e la possibilità di estendersi all'ambito «costituzionale» di tale relazione, vale a dire la possibilità di traslare questo istituto sul piano dei poteri in sé considerati, anche per il tramite delle relazioni tra le istituzioni in cui si inverano, e secondo quale particolare declinazione.

2.1 – *La genetica dell'eccesso di potere giurisdizionale: l'abuso del diritto*

Seguendo sicura dottrina, è possibile ricostruire la genetica della figura dell'eccesso di potere giurisdizionale, prendendo le mosse dalla constatazione che essa esprime una relazione: dal punto di vista logico, dunque, si tratta di un «concetto parametrato»¹⁶. Per determinare l'eccesso è necessario verificare la normalità, per constatare l'abuso si deve prima definire l'uso. È richiesto un metro di paragone alla luce del quale leggere l'eccesso-abuso.

Occorre una precisazione sulla morfologia di abuso e dunque sotto quale profilo è possibile considerare l'eccesso di potere una specie di abuso¹⁷, tenendo presente come la moderna teoria di abuso sorga in Francia, come elaborazione prettamente giurisprudenziale¹⁸.

Il termine abuso ricorre in modo diverso in ambito legislativo e in sede scientifica; da tale macroscopica distinzione è possibile isolare due principali accezioni dogmatiche del termine abuso. La prima è quella di abuso in senso tecnico, che attiene alla correzione delle più palesi alterazioni del sistema, che si manifestano in comportamenti, «al tempo stesso, “conformi e contrari” al disposto normativo e quindi non sanzionabili espressamente»¹⁹. La seconda è l'abuso in senso atecnico, volto ad individuare il «contenuto della forma qualificativa in termini di illiceità» di una situazione giuridica, vale a dire l'esercizio di un diritto o di un potere in modo difforme dal paradigma normativo, al cui esercizio sono ricondotte conseguenze negative dallo stesso ordinamento positivo²⁰.

Per cogliere la portata abusiva dell'eccesso di potere giurisdizionale, dunque, è necessario indagare questi due ambiti dogmatici.

La nozione tecnica di abuso del diritto appartiene naturalmente all'ambito civilistico e si struttura nell'ordinamento sotto forma di divieto: il divieto di abusare di un diritto dato. Con l'evidente paradossale, ma necessaria, conseguenza della attribuzione della qualità di fonte della responsabilità ad un atto di per sé lecito. Sottesa a tale configurazione vi è l'idea che sia necessario con tale istituto abbandonare la concezione individualistica del diritto soggettivo, al centro, peraltro dello Stato liberale e delle sue certezze.

in un'opera creativa della volontà della legge nel caso concreto", cfr. sentenza Sez. Un., 23 dicembre 2014, n. 27341, a sua volta in coerenza con la sentenza Sez. Un., 10 settembre 2013, n. 20698.

¹⁶ A. CELOTTO, *L'«abuso» del decreto-legge*, Padova, 1997, 4. Si tratta di un'opera che comprende una parte di teoria generale sull'abuso del diritto molto solida e ancora valida, a cui sembra necessario fare riferimento per un esatto inquadramento del tema in analisi.

¹⁷ Se non altro per confermare sotto il profilo giuridico le definizioni nei dizionari della lingua italiana che descrivono l'abuso come un eccesso. La figura di abuso del diritto in Italia è stata esplorata nel corso del Novecento da autorevole dottrina: cfr. M. ROTONDI, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1923, 105 ss.; U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 37 ss.; S. ROMANO, *Abuso del diritto*, in *Enc. del diritto*, I, Milano, 1958, 168 ss.; S. PATTI, *Abuso del diritto*, in *Dig. Disc. Priv.*, Torino, 1987, 2 ss.; D. MESSINETTI, *Abuso del diritto*, in *Enc. del diritto*, II, Milano, 1998, 1 ss.; C. SALVI, *Abuso del diritto. I) Diritto civile*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988; A. GAMBARO, *Abuso del diritto. II) Diritto comparato e straniero*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988; AA.VV., *L'abuso del diritto*, in *Diritto privato 1997*, Padova, 1998; P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998, 13 ss.

¹⁸ A. CELOTTO, *L'«abuso» del decreto-legge*, cit., 10, nota 24; cfr. voce *Abus de droit*, in *Nouveau Répertoire de droit Dalloz*, II, Parigi, 1962, 21.

¹⁹ Così già P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1965, I, 206.

²⁰ A. CELOTTO, *L'«abuso» del decreto-legge*, cit., 5.

Già da tempo la dottrina civilistica discute sulla portata del divieto dell'abuso del diritto, se sia un principio generale dell'ordinamento, ovvero se questo istituto possa assurgere a limite di una situazione giuridica solo in casi singoli e specifici, aprendo alla possibilità di interpretazioni analogiche ovvero estensive ma senza arrivare a poter determinare una categoria generale. Per sostenere la tesi del principio generale, la dottrina utilizza una serie di dati positivi codicistici, ma anche gli artt. 2 e 3, comma 2, Cost. In questa prospettiva si argomenta dalla definizione del «diritto come libertà di agire con effetto sull'altrui sfera giuridica e del rapporto giuridico come misura astratta di potere e dovere», e quindi, osservando l'art. 2 Cost. si può cogliere come questa dualità sia presente anche nella norma costituzionale che affianca alla garanzia dei diritti l'adempimento dei doveri. Mentre l'art. 3, comma 2, Cost., enunciando l'eguaglianza sostanziale sottolinea che ad essa costituiscono impedimento i diversi ostacoli di natura economica e sociale²¹. In ogni caso, si tratterebbe di un principio non espresso, come invece accade in altri ordinamenti²² e da tenere distinto da altre figure concettuali affini la cui indagine esula dal presente discorso²³. La portata dell'abuso che è utile richiamare ai nostri fini è la sua sostanza evocata per determinare «un rifiuto di tutela da parte dell'ordinamento ai poteri (...) esercitati in violazione delle (...) esigenze delle attività di esercizio»²⁴.

La constatazione che in molti ambiti del diritto civile (in particolare nell'ambito dei diritti potestativi), per esempio nell'ambito del diritto commerciale (abuso di brevetto, del marchi, del potere di voto, di potere della maggioranza nelle delibere assembleari, dello schema delle società di capitali), del diritto del lavoro (ipotesi di licenziamento ingiustificato, divieto di condotta antisindacale, abuso del diritto di sciopero, dei licenziamenti collettivi, dell'utilizzo dei permessi, dell'esercizio del potere disciplinare da parte del datore di lavoro), e nel diritto processuale civile tale istituto ha assunto evidenza, consentono la dottrina di ipotizzare la sussistenza di un principio generale²⁵.

Tuttavia, in questa sede, al di là della sua configurabilità come principio generale dell'ordinamento, comprensibile come istanza per tutelare l'esercizio normale (l'uso, rispetto all'abuso) del diritto soggettivo e dei diritti potestativi, rileva mettere a fuoco quando è possibile che ricorra e a quali conseguenze conduce il ricorso a tale fattispecie.

2.2 – Configurabilità e conseguenze dell'abuso del diritto

La dottrina individua una serie di condizioni al verificarsi della quali si determina l'insorgere dell'abuso del diritto, le quali sono variamente categorizzate. Sempre tenendo ferme le conclusioni di Celotto²⁶, si possono riassumere in due circostanze: la «non esorbitanza «del comportamento da precisi limiti di esercizio»; la «alterazione nella funzione obiettiva dell'atto rispetto al potere di autonomia che lo configura» sia sotto il profilo di una alterazione causale, sia come condotta contraria alla buona fede²⁷.

Se l'abuso del diritto è l'istituto con cui si riconduce l'esercizio delle situazioni giuridiche soggettive alle finalità proprie per le quali sono sorte nell'ordinamento, e ciò, in assenza di limiti positivi, per comprendere in quali casi sarebbe possibile ricorrere a tale (discussa) categoria generale dell'ordinamento, è necessario individuare le finalità proprie che l'ordinamento riconosce alla situazione giuridica.

²¹ Cfr. P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., 1965, I, 205, 280, 282.

²² Cfr. art. 2 codice civile svizzero: «Ognuno è tenuto ad agire secondo buona fede così nell'esercizio dei propri diritti come nell'adempimento dei propri obblighi. Il manifesto abuso del proprio diritto non è protetto dalla legge»; par. 226 BGB: «*Die Ausübung eines Rechts ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen*» (L'esercizio di un diritto è inammissibile se può avere solo lo scopo di danneggiare un altro), e poi anche i parr. 242 e 826 BGB; art. 281 codice civile greco secondo cui «L'esercizio di un diritto è proibito se eccede manifestamente i limiti imposti dalla buona fede o dai costumi o dal fine sociale o economico del diritto stesso»

²³ La dottrina civilistica distingue il conflitto di interessi, l'illecito, l'atto emulativo, la fonde alla legge, lo sviamento di potere.

²⁴ S. ROMANO, *Abuso del diritto*, in *Enc. del diritto*, I, Milano, 1958, 169.

²⁵ Si rinvia ad A. CELOTTO, *L'«abuso» del decreto-legge*, cit., 11-18 per ulteriori considerazioni più specifiche sulla materia.

²⁶ A. CELOTTO, *L'«abuso» del decreto-legge*, cit., 19 ss.

²⁷ Cfr. S. ROMANO, voce *Abuso del diritto* c) *Diritto attuale*, cit.168; cfr. A. CELOTTO, *L'«abuso» del decreto-legge*, cit., 19.

L'eccesso-abuso si comprende tenendo a mente la finalità determinata dall'ordinamento per quella tipica situazione di diritto, in modo da valutare se nello specifico il suo esercizio risulti esorbitante rispetto a tale finalità²⁸, ovvero «destinazione sociale e (...) missione che l'ordinamento gli riconosce»²⁹.

Mentre nella fattispecie dell'illecito (civile, penale o amministrativo) il limite ordinamentale all'esercizio del diritto è esplicito e posto in modo palese dallo stesso ordinamento, nella fattispecie dell'abuso, invece, tale limite non espresso, è implicito. Pertanto, ove c'è illecito, non vi è abuso e viceversa. Laddove esistono precisi limiti, in caso di violazione, oltre all'illecito, potrebbero aversi altre «figure sintomatiche» di violazione dell'ordinamento per quanto attiene a quella fattispecie limitata, più o meno intense fino a costituire un illecito.

Inoltre, chiudendo l'analisi dei presupposti, si ritiene necessario che il disposto normativo su cui interviene abbia una portata precettiva, altrimenti divenendo un costrutto superfluo.

Per quanto attiene alle conseguenze dell'applicazione dell'istituto dell'abuso del diritto, si deve considerare come tanto varie sono le ipotesi di abuso, tanto saranno le reazioni che l'ordinamento può generare in risposta rispetto «all'atto di esercizio abusivo»³⁰.

In via generale, si osserva come anche la reazione dell'ordinamento è «negativa», nel senso tuttavia che l'ordinamento nega tutela «ai poteri, diritti ed interessi esercitati abusivamente»³¹, generando dunque un «impedimento a conseguire o a conservare i vantaggi ottenuti – e i diritti connessi – mediante atti di per sé strutturalmente idonei»³². Questo paradigma può assumere la forma «dell'inefficacia, rescindibilità, annullabilità, decadenza, rifiuto dell'azione» ovvero «dell'efficacia dell'atto, della permanenza in vita di un rapporto, del risarcimento dei danni, dell'illiceità»³³; anche la conseguenza, o il rimedio, insomma, è da parametrare alla fattispecie concreta.

2.2.1 – Nozione “atecnica” di abuso

In alcune branche dell'ordinamento è possibile riscontrare l'utilizzo da parte del legislatore del termine «abuso», tuttavia con una portata non esattamente sovrapponibile con quella elaborata nella sede privatistica e ricostruita in chiave di teoria generale già analizzata.

Infatti, scegliendo di qualificare direttamente l'abuso, il concetto esce dalla categoria strettamente abusiva e viene a coincidere con la fattispecie delineata dal legislatore. Questa dinamica di mutazione è chiara se si osserva la portata dell'abuso nel sistema penale. In questo ambito, infatti, l'abuso, ovvero l'elemento abusivo aggiunto come aggettivo, avverbio o vero e proprio verbo, diviene elemento costitutivo della fattispecie incriminatrice e quindi concorre a delimitare l'elemento oggettivo del reato, qualificando quindi una parte (fondamentale) dell'illecito. Infatti, atteso il principio di legalità, *sub specie* di tassatività e determinatezza della fattispecie, non potrebbe essere altrimenti³⁴.

Inoltre, emerge la distinzione tra abuso naturalistico ed abuso giuridico. Non può non considerarsi come, in fondo, ogni reato consiste in uno sviamento di un bene o di una facoltà, di una posizione di libertà dalla sua originaria configurazione. Questo uso abnorme, sviato, resta sul campo meramente naturalistico e non rileva sul piano giuridico, in quanto ciò che l'abuso giuridico intende evidenziare non è il

²⁸ Il riferimento è al concetto di “parametricità” della nozione di abuso del diritto, su cui v. V. GIORGIANNI, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, 1963, 193. L'autore, (ivi, 172 ss.) spiega che è possibile configurare l'abuso del diritto laddove esista una norma o un principio generale che esplicitamente o implicitamente qualifichi come abusivo un certo comportamento, ad un tempo, dunque prescrivendone il divieto: questa è la condizione fondamentale perché emerga la divergenza del comportamento rispetto al «valore che sta a criterio della qualificazione che di esso fa appunto un esercizio del diritto», cfr. A. CELOTTO, *L'«abuso» del decreto-legge*, cit., 19 ss.

²⁹ Così P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit. 269.

³⁰ S. PATTI, voce “*Abuso del diritto*”, cit., 7.

³¹ A. CELOTTO, *L'«abuso» del decreto-legge*, cit., 22, in riferimento a E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, II, Napoli, 1994, 383 ss.

³² S. ROMANO, voce “*Abuso del diritto*”, cit., 169.

³³ A. CELOTTO, *L'«abuso» del decreto-legge*, cit., 22.

³⁴ A. CELOTTO, *L'«abuso» del decreto-legge*, cit., 23.

disallineamento della destinazione naturale degli oggetti, ma dalla direzione teleologica che il diritto stabilisce. Mentre l'abuso "ontologico" o "naturalistico" osserva la dinamica delle *res*, l'abuso giuridico dà rilevanza alla relazione giuridica e quindi assume come termine di riferimento della dinamica "abusiva", come proprio «oggetto», non la realtà, ma «il potere»³⁵. Questa distinzione consente di non attribuire alla fattispecie penalistica dell'«abuso di potere»³⁶ il significato di abuso in senso proprio, essendo sempre un elemento legislativamente previsto della fattispecie penale, e quindi uno degli elementi "di fatto" che rilevano ai fini della ricostruzione della fattispecie (sia astratta, sia in concreto). Così, l'«abuso d'ufficio» (art. 323 cod. pen.)³⁷, oltre al ricorso all'elemento dell'abuso di potere per determinare i confini della fattispecie generando incertezze interpretative in punta di tipicità, comunque lascia emergere il concetto di eccedenza, dell'azione del pubblico ufficiale, dai limiti della competenza; una deviazione dell'atto o del comportamento dalla causa tipica della sua attività determinata dal legislatore e dunque determinante la lesione del bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice, che è, non a caso, il buon andamento della pubblica amministrazione.

La stessa accezione atecnica si riscontra anche nel diritto privato e nel diritto della concorrenza³⁸.

Il codice civile rinvia alla categoria dell'abuso in una serie di casi in cui il titolare del diritto (di godimento o di garanzia) eserciti facoltà che da esso non conseguono e ad egli non possono essere riferite, in particolare «la facoltà di disporre»³⁹. Da una parte emerge il dato che interessa cogliere ai nostri fini, e quindi il carattere della parametricità e la "sanzione" o reazione dell'ordinamento al manifestarsi dello sviamento della situazione soggettiva dal corso giuridico previsto dall'ordinamento. Il parametro, nel sistema del diritto civile, è a volte indicato espressamente dal legislatore (ad esempio agli artt. 10 e 1015, comma 1, cod. civ.), a volte richiede un'attività di ricostruzione del «livello fisiologico» della situazione giuridica soggettiva, l'uso, alla luce del quale determinare l'abuso (ad esempio, l'abuso della cosa da parte del creditore pignoratizio, abuso della potestà sui figli o del potere del tutore). Inoltre, ancora in senso conforme alla nozione di abuso in senso tecnico, l'atto in cui si concreta l'abuso appare conforme alla espressa disciplina, infatti, la violazione censurata dal codice, si rinviene «nei confronti delle finalità dell'istituto, valutato nel suo complesso e di norme che regolano l'intero ordinamento o comunque un settore di attività più ampio di quello strettamente riferibile al diritto considerato»⁴⁰. Tuttavia, si tratta di casi di abuso in senso atecnico in quanto nonostante la natura e la dinamica, la determinazione degli effetti dell'abuso è predeterminata dal legislatore⁴¹.

2.3 – *L'eccesso di potere come fattispecie pubblicistica di abuso del diritto*

L'abuso del diritto, sia nella sua qualificazione propria (peraltro problematica, non espressa e discussa), sia nell'accezione atecnica, si manifesta come rimedio dell'ordinamento per contrastare un uso di una situazione giuridica soggettiva non conforme alle finalità proprie configurate dall'ordinamento stesso per quella data situazione giuridica.

³⁵ Cfr. L. STORTONI, *L'abuso di potere in diritto penale*, Milano, 1976, 6 s., cit. da A. CELOTTO, *op. ult. cit.*

³⁶ Cfr. ad esempio l'art. 31 cod. pen. «Condanna per delitti commessi con abuso di un pubblico ufficio o di una professione o di un'arte. Interdizione».

³⁷ Ma il discorso vale anche per altre fattispecie come, a titolo di esempio: «rivelazione ed utilizzazione di segreti di ufficio» (art. 326 cod. pen.); «esercizio abusivo di una professione» (art. 348); «somministrazione di medicinali in modo pericoloso per la salute pubblica» (art. 445); «inquinamento ambientale» (art. 452-*bis*) e «disastro ambientale» (452-*quater*); «uso abusivo di sigilli e strumenti veri» (art. 471); «falsità in foglio firmato in bianco» (art. 487); «usurpazione di titoli o di onori» (art. 498); «abuso di mezzi di correzione o di disciplina» (art. 571).

³⁸ Si pensi al grande tema dell'abuso di posizione dominante, su cui, tra gli altri cfr. V. CAPUANO, *Abuso di posizione dominante e proprietà intellettuale nel diritto dell'Unione Europea*, Napoli, 2012.

³⁹ P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit. 259.

⁴⁰ Cfr. E. BONASI BENUCCI, *Abuso del marchio*, in *Riv. Dir. Com.*, 1964, 7-8, 255.

⁴¹ Ad esempio, cfr. l'art. 10 cod. civ. dove si prevede il risarcimento del danno per l'abuso dell'immagine altrui; l'art. 330 che reca la possibile perdita della responsabilità genitoriale in conseguenza dell'abuso dei poteri genitoriali; l'art. 1015 che comporta la cessazione dell'usufrutto in caso di abusi da parte dell'usufruttuario.

Tramite questo istituto è possibile comunque cogliere la ratio sottesa a tutte le figure previste o meno di abuso: la conformazione del pratico sviluppo delle situazioni giuridiche soggettive allo scopo teleologicamente posto dall'ordinamento. Laddove, come osservato, è comunque necessario osservare ovvero ricostruire un parametro "fisiologico" di uso, alla luce del quale definire l'abuso.

Avendo osservato come da un punto di vista lessicale abuso equivalga ad eccesso, è necessario verificare se la dogmatica dell'eccesso di potere può essere accostata, ovvero ne sia parte, a quella di abuso del diritto.

Sul piano del diritto pubblico l'abuso del diritto potrebbe configurarsi in modo diverso. Nell'ambito del diritto amministrativo, infatti, per indicare i casi di "abuso di potere" si ricorre all'istituto dello "eccesso di potere" per indicare il vizio dell'atto posto in essere quando un potere «è stato esercitato fuori dai limiti indicati dalla norma che lo attribuisce ad un determinato soggetto»⁴². Si tratta di una «categoria storica» e non di una categoria «logica»⁴³ in quanto è il prodotto di una sintesi giurisdizionale e dottrinale, tuttavia, si può ritenere, talmente antica da potersi ritenere consolidata nell'apparato logico-giuridico dell'ordinamento italiano⁴⁴. Il giudizio per "eccesso di potere" indica già una delle attribuzioni della Cassazione di Roma nel periodo preunitario a giudicare sulla incompetenza assoluta dell'autorità giudicante, sintomatica del difetto di attribuzione e dello straripamento di potere dei giudici speciali. Nel medesimo senso di "straripamento" di potere, e quindi di incompetenza assoluta, l'eccesso di potere compare anche nella legge istitutiva della giurisdizione generale di legittimità del Consiglio di Stato⁴⁵.

Come noto, la giurisprudenza e la dottrina ampliano poi la portata della nozione, che comincia ad includere il «vizio dell'esercizio della potestà discrezionale della pubblica amministrazione, sulla base delle elaborazioni del Consiglio di Stato francese», il quale, sulla spinta delle preoccupazioni post-rivoluzionarie orientate a dare effettività al principio della divisione dei poteri, definisce il «*détournement de pouvoir*» (sviamento di potere), per sanzionare gli atti compiuti dall'amministrazione, nell'esercizio di un potere discrezionale, con uno scopo diverso da quello in vista del quale i poteri stessi esano stati conferiti»⁴⁶. Successivamente, con il r.d. 26 giugno 1924, n. 1054, il testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato, l'ambito di applicazione e, in un certo senso, la tipologia dell'eccesso di potere, sono cresciuti anche a causa del giudizio amministrativo che si configura come sempre più ficcante rispetto alla motivazione del provvedimento⁴⁷ e della produzione dottrinale impegnata a definire l'istituto in riferimento alla teoria generale del negozio, volti a mettere a fuoco l'*iter* dello sviamento della funzione.

⁴² F. MODUGNO, voce "Eccesso di potere, I) Profili generali", in *Enc. Giur.*, XII, Roma, 1988, 2.

⁴³ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, 1976, 1413.

⁴⁴ Cfr. G. MANTELLINI, *I conflitti di attribuzioni in Italia dopo la legge del 31 marzo 1877*, Firenze, 1878, 224 ss, cit. da A. CELOTTO, *L'«abuso» del decreto-legge*, cit., 45, il quale ricorda come l'istituto compare negli ordinamenti preunitari degli Stati più evoluti e come, nel lento processo di composizione della giurisdizione della Cassazione, sia poi stata affidata alla Corte di Cassazione di Roma «la competenza a giudicare dei conflitti positivi o negativi tra i tribunali ordinari e le giurisdizioni speciali e della nullità delle sentenze di tali giurisdizioni per incompetenza o per *eccesso di potere*» (corsivo dell'Autore). Cfr. anche E. CARDI, S. COGNETTI, voce "Eccesso di potere (atto amministrativo)", in *Digesto pubblico*, Torino 1990, V, 341 ss.; C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Giuffrè, Milano 2008.

⁴⁵ Cfr. art. 3, comma 1, legge 31 marzo 1889, n. 5992: «Spetta alla sezione quarta del Consiglio di Stato di decidere sui ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere o per violazione di legge contro atti e provvedimenti di un'autorità amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante, che abbiano per oggetto un interesse d'individui o di enti morali giuridici, quando i ricorsi medesimi non sieno di competenza dell'autorità giudiziaria, né si tratti di materia spettante alla giurisdizione od alle attribuzioni contenziose di corpi o collegi speciali». Cfr. G. SIGISMONDI, *Eccesso di potere e clausole generali, modelli di sindacato sui poteri pubblici e sui poteri privati a confronto*, Napoli 2012; G. SALA, *Le clausole generali nell'età della codificazione del diritto amministrativo*, in *Giur. it.*, 2012, 1191 ss.

⁴⁶ Così A. CELOTTO, *L'«abuso» del decreto-legge*, cit., 47, con riferimenti alla dottrina francese tra '800 e '900 che mette a fuoco questa figura dogmatica, e giurisprudenziali. Sugli sviluppi storici dell'istituto, in particolare sull'introduzione del concetto del "falso scopo" e quindi dell'atto viziato teleologicamente dallo sviamento, cfr. F. BASSI, *Lo straripamento di potere (profilo storico)*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1964, 245 ss.; A. AZZENA, *Natura e limiti dell'eccesso di potere amministrativo*, Milano, 1976, 15 ss., O. ABBAMONTE, *L'eccesso di potere. Origine giurisprudenziale del concetto nell'ordinamento italiano (1877-1892)*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1986, 68 ss.

⁴⁷ Cfr. l'art. 26: «Spetta al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale di decidere sui ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere o per violazione di legge, contro atti e provvedimenti di un'autorità amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante, che abbiano per oggetto un interesse d'individui o di enti morali giuridici; quando i ricorsi medesimi non siano di

Tutto comincia a cambiare quando, a metà del secolo scorso, la dottrina si emancipa dalle conclusioni giurisprudenziali e comincia a strutturare i contorni dell'istituto definito da autorevole dottrina «lo strumento più sottile elaborato nel mondo contemporaneo per vincolare l'amministrazione pubblica al rispetto non formalistico del principio di legalità»⁴⁸, inquadrando l'eccesso di potere come vizio della funzione⁴⁹. Infatti, tale vizio si annida proprio su di una potestà discrezionale, dove il potere può essere esercitato dal soggetto a cui è attribuito scegliendo l'*an*, il *quomodo*, il *quando* e il *quid* dell'atto che l'esercizio del potere produce: un ampio spettro giuridico nel quale è possibile non tanto viziare l'atto in sé per una "eccedenza" dei «presupposti, del modo, della misura e della direzione» posti per l'esercizio del potere; bensì, in questo ampio confine della discrezionalità, è possibile deviare il potere dal canale concepito dall'ordinamento, dalla funzione per la quale la norma attribuisce il potere o la situazione giuridica soggettiva⁵⁰.

Ecco il nesso tra l'abuso del diritto in generale e l'eccesso di potere in particolare. Del resto, come già si nota classicamente, ricorre l'eccesso di potere nei casi di «violazione di principi giuridici che potrebbero riassumersi nel divieto di abuso e di frode»⁵¹.

È importante ai nostri fini sottolineare queste conclusioni della autorevole e classica dottrina, costitutive della dogmatica dell'eccesso di potere e che ne mostrano le affinità con la figura dell'abuso del diritto, discussa e incerta clausola generale: il provvedimento amministrativo risulta viziato quando devia dagli scopi stabiliti dalla legge (intesa come principio di legalità) e non per vizi dell'atto (dunque per violazione di legge in senso formalistico); è il medesimo paradigma dell'atto o comportamento in uno «conforme e contrario» alle norme civilistiche, dove rileva la «alterazione della funzione obiettiva dell'atto rispetto al potere di autonomia che lo configura»⁵².

Infatti, come l'abuso del diritto, anche l'eccesso di potere è un vizio concettualizzato al di là della legge, che non rientra nelle tipologie tipiche di censura degli atti e dei provvedimenti, ancorché sia stato successivamente recepito, la sua dogmatica precede e supera gli scarni riferimenti testuali. Anche da una prospettiva logica, infatti, come afferma autorevole dottrina, se il vizio si potesse verificare senza ricorrere alla categoria extra-giuridica, si tratterebbe di violazione di legge e laddove si dovesse giudicare ricorrendo alle regole non scritte di buona amministrazione si finirebbe per dare luogo ad un sindacato di merito; «il *tertium genus* dell'eccesso di potere ha ragion d'essere allorché, essendo inibito l'accertamento dell'obiettiva corrispondenza dell'atto sottoposto al controllo ai fini di pubblico interesse cui è preordinato, si debba ripiegare sull'attività precedente all'atto, *sul processo volitivo da cui questo è emerso*»⁵³. Inoltre, accomuna le due figure anche la parametricità già analizzata, l'operazione logico-prognostica di verifica con un parametro "normale", "fisiologico" del potere non eccessivo. Infatti, il giudizio per determinare l'eccesso si caratterizza per essere «valutativo, talora sintetico, talora sintomatico»⁵⁴.

Trattandosi quindi di un «vizio occulto» dell'atto⁵⁵, in quanto non si manifesta in una palese violazione del diritto oggettivo positivo, come noto, ci si affida a figure sintomatiche per verificarne l'esistenza, riconducibili alla violazione di principi generali quali: la lesione del principio di ragionevolezza (manifesta

competenza dell'autorità giudiziaria, né si tratti di materia spettante alla giurisdizione od alle attribuzioni contenziose di corpi o collegi speciali». Cfr. M. D'ALBERTI, *La giurisprudenza amministrativa degli anni trenta*, in AA.VV., *Il diritto amministrativo degli anni trenta*, Bologna, 1992.

⁴⁸ Cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, III, Milano, 1993, II, 321, cit. in A. CELOTTO, *L'«abuso» del decreto-legge*, cit., 49.

⁴⁹ In questi termini F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. Dir. Pubbl.* 1950, 16 ss., il quale sottolinea lo scopo di garanzia della funzione amministrativa.

⁵⁰ Cfr. la classica definizione di A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1984, 677, il quale sostiene che emerge il vizio dell'eccesso di potere quando «l'autorità amministrativa (...) si avvalga del potere di adottare un provvedimento per un fine (...) diverso da quello specifico pel quale il potere stesso fu conferito».

⁵¹ G. ABBAMONTE, *Il processo costituzionale italiano*, II *Questioni di legittimità costituzionale promosse con ricorso*, Napoli, 1962, 206.

⁵² A. CELOTTO, *L'«abuso» del decreto-legge*, cit., 51.

⁵³ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, 1991, 290, corsivo aggiunto.

⁵⁴ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 321.

⁵⁵ F. CARNELUTTI, *Eccesso di potere*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1924, I, 48.

illogicità e contraddittorietà della motivazione rispetto al dispositivo), del principio di giustizia sostanziale (manifesta disparità di trattamento), dell'organizzazione amministrativa (deviazioni di prassi consolidate)⁵⁶.

Qualora ricorrano le figure sintomatiche è possibile, per l'operatore giuridico, verificare se in quel caso, tale figura sia accompagnata una non sicura «convergenza tra risultato effettivo e risultato istituzionale e potenziale dell'atto»⁵⁷.

3 – La tradizionale dogmatica dell'eccesso di potere giurisdizionale

Come osservato all'inizio, vi sono tre possibili definizioni di eccesso di potere giurisdizionale, che si possono riassumere come eccesso tra giurisdizioni ordinaria e speciale, eccesso della giurisdizione nel merito amministrativo, eccesso di attività giurisdizionale che si sostituisce al legislatore.

Tradizionalmente, l'eccesso di potere giurisdizionale è identificato come ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione, che assorbe tutte le diverse sotto-categorie delle prime due ipotesi riportate. La Cassazione, giudice dei conflitti di giurisdizione e tra giurisdizioni, ha sempre inteso il caso dell'eccesso di potere giurisdizionale per sconfinamento dell'attività giurisdizionale ordinaria nell'ambito dei poteri di organi «amministrativi o legislativi o costituzionali» come ipotesi «meramente teoriche»⁵⁸. Per questo, la figura ancora oggi esprime piuttosto la deviazione dell'attività giurisdizionale nei confronti dell'azione amministrativa⁵⁹.

Tuttavia, da una prospettiva processual-civilistica è stato autorevolmente sostenuto che l'eccesso di potere giurisdizionale potrebbe sorgere sotto forma di «esercizio del potere processuale rivolto ad un fine non processuale (cioè a costituire, anziché ad accertare, il diritto obiettivo o ad esercitare il diritto subiettivo) rilevato dalla particolare gravità dell'errore del giudice»⁶⁰.

Potrebbe essere questo l'anello di congiunzione dogmatico tra l'impianto istituzionale dell'equilibrio dei poteri dello Stato e i casi di c.d. creatività della giurisdizione: intendendo dunque creatività nel senso di eccesso di potere, di interpretazione che, pur non essendo fisiologicamente mera applicazione, legandosi ai principi della Costituzione e della giurisprudenza sovranazionale, affianca al discorso normativo legislativo un circuito para-normativo tendenzialmente autonomo rispetto alle istituzioni politico-rappresentative. In

⁵⁶ F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, cit., 22 e G. ABBAMONTE, *Il processo costituzionale italiano*, cit., 199 s.

⁵⁷ A. CELOTTO, *L'«abuso» del decreto-legge*, cit., 53.

⁵⁸ A. CELOTTO, *L'«abuso» del decreto-legge*, cit., 55; cfr. F. MODUGNO, voce «Eccesso di potere, III) Eccesso di potere giurisdizionale», in *Enc. Giur.*, XII, Roma, 1988, 4 ss.

⁵⁹ Tra gli altri, cfr. gli interventi al seminario di studi «Eccesso di potere giurisdizionale e diniego della giurisdizione dei giudici speciali al vaglio delle Sezioni Unite della Cassazione», tenutosi in Roma presso la Corte di Cassazione, il 21 settembre 2017 con interventi di A. LAMORGESE, R. RORDORF, A. TRAVI, M.A. SANDULLI, *A proposito del sindacato della Corte di cassazione sulle decisioni dei giudici amministrativi*, Intervento alla Tavola Rotonda su «Attualità e prospettive del riparto di giurisdizione», nell'ambito dell'Incontro di studi organizzato dalla SSM in collaborazione con l'Ufficio Studi massimario e formazione della giustizia amministrativa su «Il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo: i settori controversi e l'esigenza di speditezza del giudizio civile», svoltosi al TAR del Lazio nei giorni 16 e 17 marzo 2017; R. VILLATA, *La giurisdizione amministrativa e il suo processo sopravviveranno ai «Cavalieri dell'apocalisse»?», in Riv. dir. proc.*, 2017, 106 ss.; R. DE NICTOLIS, *L'eccesso di potere giurisdizionale (tra ricorso per «i soli motivi inerenti alla giurisdizione» e ricorso per «violazione di legge»)*, in *Sipotra*; F. DINELLI, G. PALAZZESI, *Sindacato per motivi di giurisdizione. La tendenza all'estensione del sindacato per motivi di giurisdizione: una «innovativa conferma»*, in *Giur. it.*, 2015, 4, 939; R. VILLATA, *Sui motivi inerenti la giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 632 ss.; G. VERDE, *La Corte di cassazione e i conflitti di giurisdizione (appunti per un dibattito)*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 2, 367 ss.; M. MAZZAMUTO, *L'eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1677 ss.; B. SASSANI, *Sindacato sulla motivazione e giurisdizione: complice la translatio, le Sezioni Unite riscrivono l'articolo 111 della Costituzione*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1583 ss.

⁶⁰ F. CARNELUTTI, *Eccesso di potere*, cit., 49: egli porta un esempio teorico: «se Tizio chiede lo scioglimento del matrimonio per la *impotentia generandi* della moglie, sebbene si possa ritenere errata la soluzione affermativa fondata dal giudice sulla interpretazione dell'art. 107 c.c. [del 1865], nessuno parlerà di eccesso di potere; ma se egli chiede e il giudice concede il divorzio, per quanto la concessione possa esser mascherata da uno sforzo di interpretazione della legge vigente, nessuno crederà a un errore involontario e il fine non giudiziario sarà manifesto».

questa attività giurisdizionale, dunque, non vi è una esplicita e manifesta violazione della legge (ovvero della legalità costituzionale), bensì, una azione ad un tempo “conforme e contraria” al complessivo assetto dei poteri costituzionali, da cui si genera una deviazione dal parametro rappresentato dal fisiologico atteggiarsi della giurisdizione rispetto agli altri poteri dello Stato.

Tuttavia, tale impostazione appare un po’ forzata, per quanto suggestiva, e necessita della ricognizione delle istanze giurisprudenziali in materia.

4. – *La giurisprudenza in tema di eccesso di potere giurisdizionale*

La Corte di Cassazione ha autorevolmente confermato il proprio costante orientamento, in cui ammette una nozione di eccesso di potere giurisdizionale nei confronti del legislatore come ipotesi teorica ed astratta. Recentemente sono intervenute diverse decisioni in materia.

In una recente ordinanza, le Sezioni Unite civili della Cassazione decidono un caso in cui emerge proprio la funzione della Corte come giudice dei conflitti tra giurisdizioni. Ai sensi dell’art. 111, comma 8, Cost., le Sezioni Unite definiscono il ricorso presentato avverso la decisione del Consiglio di Stato, ritenuta eccedente i limiti della giurisdizione amministrativa a danno del legislatore o dell’amministrazione. La Corte ritiene che il disposto dell’art. 111, comma 8, abiliti a ricorrere solo per la violazione dei limiti esterni della giurisdizione. Tali limiti sarebbero violati solo quando il giudice amministrativo «neghi o affermi la propria giurisdizione a favore o a danno di un altro plesso giurisdizionale». A proposito dei confini con il legislatore, infatti, al Corte afferma che ritenere «la mancata o inesatta applicazione di norme di legge» comporti «la creazione di una norma inesistente e, quindi, l’invasione della sfera di attribuzioni del potere legislativo (...)» costituisce un assunto «di natura paralogica». Nel contesto dell’art. 111, comma 8, e quindi in riferimento al giudizio sulla giurisdizione rispetto ai confini di una giurisdizione speciale o ordinaria, tale controllo «sulla giurisdizione non è in alcun caso estensibile alla prospettazione di pure e semplici violazioni di legge da parte del giudice speciale, l’incensurabilità delle cui valutazioni al riguardo, innanzi a questa Corte Suprema, è l’effetto di una precisa scelta costituzionale»⁶¹.

La Corte ha poi deciso una questione in cui al giudice amministrativo veniva contestato di aver prevaricato i limiti esterni della giurisdizione amministrativa e di aver provocato «la creazione di norme»⁶². Il collegio è piuttosto rapido nelle argomentazioni relative all’eccesso di potere giurisdizionale per sconfinamento nelle attribuzioni legislative, spiegando che questa fattispecie sia «configurabile solo qualora il giudice speciale abbia applicato non la norma esistente, ma una norma da lui creata, esercitando un’attività di produzione normativa che non gli compete»⁶³. Solo in quel caso, quindi, sarebbe configurabile l’eccesso di potere giurisdizionale.

Con la sentenza n. 33659 del 2018, le Sezioni Unite, richiamando un principio espresso nel 2013, precisando che non è possibile configurare l’eccesso di potere giurisdizionale del giudice amministrativo avverso il legislatore qualora il giudice, «nell’esercizio del suo compito di rinvenimento della “*regula iuris*” applicabile», proceda ad una interpretazione estensiva del regolamento comunale⁶⁴.

⁶¹ Cfr. Corte di Cassazione, Sez. Unite civili, ordinanza 17 giugno 2018, n. 16974, punto 2 dei motivi della decisione.

⁶² Cfr. Corte di Cassazione, Sez. Unite civili, sentenza 12 dicembre 2018, n. 32175, punto 5 dei motivi della decisione

⁶³ Cfr. Corte di Cassazione, sentenza n. 32175 del 2018, cit., punto 8, dove argomenta come nel caso di specie «l’assunto secondo il quale il giudice amministrativo avrebbe invaso la sfera di attribuzioni proprie del legislatore, creando una norma di nuovo conio laddove nessuna corrispondente disposizioni di legge sussisterebbe, non trova riscontro alcuno nella motivazione dell’impugnata sentenza, che si è attenuta alla stretta applicazione della norma sugli effetti del giudicato, applicazione che include l’attività interpretativa della norma stessa che è uno degli elementi caratterizzanti proprio l’attività giurisdizionale».

⁶⁴ Cfr. Corte di Cassazione, Sez. Unite civili, sentenza 28 dicembre 2018, n. 33659, che puntualizza come il giudice abbia correttamente individuato «il vero oggetto del contendere, vale a dire la verifica della applicazione o meno, da parte della commissione esaminatrice delle prove concorsuali, della *regula iuris* riconducibile ad una norma di legge già esistente, cioè il comma 4 bis dell’art. 26 della legge n. 109 del 1994, norma, questa, che consentiva di verificare l’esattezza o meno della risposta al quesito n. “33”. Né l’interpretazione, da parte del giudice amministrativo, di tale norma, allora vigente ed applicabile alla fattispecie in esame, implica la creazione di una disposizione inesistente, comportante un’invasione della sfera di attribuzione

Ancora più di recente, le Sezioni Unite tornano a fare il punto – per la nostra indagine utile per mettere a fuoco la definizione dell'eccesso di potere giurisdizionale e la possibilità di utilizzarla ai fini di questo studio – sul tema con una serie di pronunce. La prima riafferma l'inammissibilità del motivo relativo all'eccesso di potere in casi diversi a quello in cui la decisione del giudice amministrativo «abbia violato l'ambito della giurisdizione in generale, esercitando la giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o alla discrezionalità amministrativa, oppure, al contrario, negando la giurisdizione sull'erroneo presupposto che la domanda non possa formare oggetto in modo assoluto di funzione giurisdizionale». Ancora, è ammissibile il ricorso avverso il provvedimento del giudice che «abbia violato i c.d. limiti esterni della propria giurisdizione (pronunciandosi su materia attribuita alla giurisdizione ordinaria o ad altra giurisdizione speciale; o negandola o compiendo un sindacato di merito, pur trattandosi di materia attribuita alla propria giurisdizione limitatamente al solo controllo di legittimità degli atti amministrativi, e invadendo arbitrariamente il campo dell'attività riservato alla, P.A.»⁶⁵.

La Corte, inoltre, affronta il «concetto più ampio di giurisdizione» che è definito “dinamico” o “funzionale” o “evolutive”. In base a questa lettura, l'oggetto del sindacato giurisdizionale sulla giurisdizione e sul suo eccesso, si potrebbe estendere non solo alle «norme che individuano i presupposti» della funzione giurisdizionale, ma anche i casi in cui il giudice determini una violazione di legge a causa di «un'interpretazione “abnorme o anomala” (...), di uno “stravolgimento” (...) delle “norme di riferimento” (...) in particolare in caso di violazione di norme sovranazionali»⁶⁶.

Questa prospettiva è stata segnata da una importante censura della Corte costituzionale che, con [sentenza n. 6 del 2018](#) ha respinto la nozione di giurisdizione dinamica in caso di giudizio sull'eccesso di potere giurisdizionale, sulla quale vale la pena soffermarsi tra un attimo.

Infine, in senso conforme alla sentenza della Corte costituzionale e alle Sezioni Unite da ultimo richiamate, decide ancora la Corte di Cassazione, Sezioni Unite civili, sentenza 25 marzo 2019, n. 8311. Anch'essa, per quanto riguarda specificamente l'eccesso di potere giurisdizionale per lesione della sfera del legislatore afferma che si configura quando il giudice amministrativo applichi, invece della norma esistente, una «norma ma una norma da lui creata, esercitando un'attività di produzione normativa che non gli compete». Fattispecie che non si realizza quando il giudice si limiti ad interpretare le disposizioni ancorché la propria attività ermeneutica dia luogo ad assurde conclusioni assolutamente disallineate con le funzioni del giudice e l'attività di interpretazione, seguendo, nella citazione meccanica il precedente del 25 marzo 2019.

Questi arresti della Corte di Cassazione confermano la prospettiva della dottrina sull'eccesso di potere giurisdizionale, anche se l'approccio relativo alla fattispecie di eccesso nei confronti del legislatore tende a considerare una nozione astratta di legislatore, come organo preposto alla posizione del diritto oggettivo e quindi il parametro della nozione di eccesso, essendo così stretto, inevitabilmente comporta l'esclusione della fattispecie in tutti i casi in cui il giudice non “crei” la norma in senso radicale. Infatti, non troppo tempo addietro, la stessa Cassazione individua una certa natura creativa della giurisdizione, ammettendo la distinzione tra interpretazione e normazione, soffermandosi sul fatto che «l'attività interpretativa è segnata dal limite di tolleranza ed elasticità del significante testuale»⁶⁷. Questo può voler indicare che la Cassazione ritiene esistere l'eccesso avverso il legislatore solo quando il giudice possa sostituirsi al legislatore, assumendo come parametro dell'eccesso, una nozione di attività legislativa per cui il legislatore pone le disposizioni, nel senso di meri significanti testuali, e il giudice intenda sostituirsi in questa attività al legislatore, cioè corrobora la propria interpretazione su basi testuali che egli stesso inventi.

Si tratta, dunque, di una nozione molto ristretta di creatività, che, al di là dei casi pratici oggetto di giudizio della Cassazione, sembra del tutto residuale rispetto alla funzione propria e tipica del giudizio ex

del potere legislativo sindacabile dalla Corte di cassazione ai sensi dell'art. 362, comma 1, c.p.c., non assumendo rilievo il risultato dell'interpretazione che ricade, come tale, in un eventuale errore di giudizio sottratto al sindacato delle Sezioni Unite».

⁶⁵ Cfr. Corte di Cassazione, Sez. Unite civili, sentenza 20 marzo 2019, n. 7926.

⁶⁶ Cfr. Corte di Cassazione, sentenza n. 7926 del 2019.

⁶⁷ Corte di Cassazione, Sez. Unite civili, sentenza 23 dicembre 2014, n. 27341.

art. 111, comma 8, Cost., che orienta la funzione di giurisdizione di legittimità a censurare l'eccesso di potere giurisdizionale in modo più efficace sotto il profilo di conflitti tra giurisdizioni.

La Corte costituzionale, con [sentenza n. 6 del 2018](#) è intervenuta sulla questione, dirimendo il dubbio se sia consentito il sindacato della Cassazione, avverso i provvedimenti del giudice amministrativo o contabile, per i motivi di giurisdizione, «solo» quando è richiesto di accertare lo «sconfinamento dai limiti esterni della giurisdizione» al fine di verificare l'esistenza di vizi attinenti «l'essenza della funzione giurisdizionale e non il modo del suo esercizio», e pertanto escludendo «ogni sindacato sui limiti interni», vale a dire le ipotesi, secondo il consolidato orientamento della Cassazione, «cui attengono gli *errores in iudicando* o *in procedendo*». Questa lettura dell'eccesso di potere comporta la possibilità di ricorrere in Cassazione nei casi di «violazione dell'ambito della giurisdizione in generale», vale a dire quando la funzione è esercitata in modo lesivo della «sfera riservata al legislatore o alla discrezionalità amministrativa» ovvero quando è «negata sull'erroneo presupposto che la domanda non possa formare oggetto in modo assoluto di funzione giurisdizionale», ovvero, infine, per invasione di altra giurisdizione da parte del giudice il cui atto è in discussione.

A questo indirizzo, si affianca nella più recente giurisprudenza della Cassazione, l'interpretazione c.d. dinamica del concetto di giurisdizione, che comporterebbe il sindacato anche sulle norme «che stabiliscono “le forme di tutela” attraverso cui la giurisdizione si estrinseca» e non solo quelle che «individuano i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale»⁶⁸.

La Corte afferma a chiare lettere l'incompatibilità con l'art. 111, comma 8 Cost. della nozione dinamica di giurisdizione che include i casi di *errores in iudicando* o *in procedendo* nei motivi di censura dei provvedimenti giurisdizionali. Il contrasto con «la lettera e lo spirito della norma costituzionale» emerge confrontando il comma 8 con il comma 7 dell'art. 111 Cost. Da tale confronto emergerebbe la divergenza tra un ricorso per violazione di legge, ex comma 7⁶⁹, ed uno per i «soli» motivi di giurisdizione al comma 8⁷⁰.

La Corte approfitta dell'occasione per sostenere l'unità della giurisdizione italiana, divisa istituzionalmente, ma da considerare un *corpus* unico sotto il profilo della attribuzione a più soggetti di un'unica funzione giurisdizionale. Questo è il dato della sentenza su cui generalmente la dottrina si è soffermata nel commentare la decisione che, da alcuni è stata definita come «un sostanziale schiaffone all'indirizzo seguito dalla Corte di cassazione, ritenuta responsabile di aver promosso un irragionevole ampliamento della portata del predetto ricorso»⁷¹. Anche la dottrina, infatti, negli ultimi tempi ammetteva una nozione più elastica dei limiti alla giurisdizione rilevabili sotto specie di eccesso di potere giurisdizionale, ricomprendendovi anche quelli “interni”, e dunque i casi di “cattivo esercizio”⁷².

Ai nostri fini, invece, interessa la definizione di «eccesso di potere giudiziario» che la Corte mette a fuoco nei termini seguenti: «denunciabile con il ricorso in cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione, come è sempre stato inteso, sia prima che dopo l'avvento della Costituzione, va riferito, dunque, alle sole ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione, e cioè quando il Consiglio di Stato o la Corte dei conti affermi la propria giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o all'amministrazione (cosiddetta invasione o sconfinamento), ovvero, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che la materia non può formare oggetto, in via assoluta, di cognizione giurisdizionale (cosiddetto arretramento); nonché a quelle di difetto

⁶⁸ Cfr. Corte costituzionale, [sentenza n. 6 del 2018](#), punto 6 del considerando in diritto; la questione sottesa attiene alla decisione del Consiglio di Stato che interpreta norme del diritto interno in contrasto con la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea.

⁶⁹ «Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge. Si può derogare a tale norma soltanto per le sentenze dei tribunali militari in tempo di guerra».

⁷⁰ «Contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione».

⁷¹ F. DAL CANTO, *Il ricorso in Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione dinanzi alla Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 3, 1, 2018, 1537 ss.

⁷² Cfr. A. LAMORGESE, *Eccesso di potere giurisdizionale e sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in [federalismi.it](#), 2018, 1, 1 ss.; P. PATRITO, *I “motivi interni alla giurisdizione” nell'impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato*, Napoli 2016, 1 ss.; S. OGGIANU, *Giurisdizione amministrativa e funzione nomofilattica*, Milano 2011.

relativo di giurisdizione, quando il giudice amministrativo o contabile affermi la propria giurisdizione su materia attribuita ad altra giurisdizione o, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che appartenga ad altri giudici»⁷³.

Tale definizione non ammette letture diverse come quelle che vorrebbero il controllo di giurisdizione limitato «ai casi in cui si sia in presenza di sentenze “abnormi” o “anomale” ovvero di uno “stravolgimento”, a volte definito radicale, delle “norme di riferimento”»⁷⁴.

Anche dalla [sentenza n. 6 del 2018](#) della Corte costituzionale emerge dunque una concezione di eccesso di potere giurisdizionale più attenta alla relazione tra diverse “specialità” della giurisdizione, ma nel rapporto con la legislazione l'eccezione si astrae e diventa di fatto impossibile da proporre, in quanto è sempre configurata come ipotesi teorica⁷⁵.

La Cassazione, quindi, è il luogo e l'istanza di composizione della funzione giurisdizionale, dove trovano sintesi anche gli aspetti legati all'ambito di giurisdizione del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti, ma non può interferire con la “gestione” della giurisdizione amministrativa o contabile svolta dalle Corti a cui essa è affidata⁷⁶.

5. – Considerazioni conclusive. Le due alternative: la prevenzione in Parlamento e il conflitto innanzi alla Corte costituzionale

La recente dinamica delle decisioni giurisdizionali, in particolare della Corte di Cassazione, mostra come l'attività-attivismo del giudice sia in parte causa delle inerzie e inefficienze del potere legislativo. Questioni che possono essere di natura istituzionale⁷⁷ ovvero di natura procedimentale⁷⁸, comunque legate a doppio filo all'organizzazione del Parlamento. Anche ammettendo, come comunque non sembra possibile sostenere, che tutte le ipotesi di interferenza tra giurisdizione e legislazione siano da imputare a tale inerzia, non è affatto detto che il vuoto determinato dal legislatore debba necessariamente provocare l'attivazione del giudice (di merito o di legittimità) per colmarlo.

I due momenti della produzione del diritto, infatti, non sono fungibili, in quanto rispondono ad esigenze diverse. La legislazione individua l'assetto normativo di un tema, sintetizzando l'indirizzo democratico della società rappresentata in Parlamento in fonti giuridiche normative, così dando all'ordinamento una direzione non solo giuridica, ma anche assiologica, nel rispetto di quella più generale garantita e approntata dalla Costituzione. Alla giurisdizione è invece affidata l'attribuzione di concretizzare la tutela dei diritti

⁷³ Corte costituzionale, [sentenza n. 6 del 2018](#), punto 15 del considerando in diritto.

⁷⁴ Corte costituzionale, [sentenza n. 6 del 2018](#), punto 16 del considerando in diritto.

⁷⁵ Da ultimo, la Corte costituzionale è intervenuta sul tema con la [sentenza n. 184 del 2022](#). Chiamata a dirimere un conflitto promosso dalla Regione Siciliana che aveva ritenuta preclusa la competenza della Corte dei conti a parificare il rendiconto della Regione, la Corte ha negato che il potere giurisdizionale del giudice contabile incida «sulla potestà legislativa» delle «assemblee regionali», le quali «esercitano la propria competenza legislativa "in piena autonomia politica, senza che organi a ess[e] estranei possano né vincolarla né incidere sull'efficacia degli atti che ne sono espressione (...)». Sulle vicende della giurisdizione contabile, v. B. CARAVITA, E. JORIO, *La Corte costituzionale e l'attività della Corte dei Conti*, in [federalismi.it](#), 2014, 6, a commento della [sentenza n. 30 del 2014](#), con cui la Consulta aveva dichiarato illegittimo il potere di controllo attribuito alla Corte dei conti dall'art. 1 del d.l. n. 174 del 2012 per la «verifica annuale della gestione finanziaria delle regioni, all'esito delle quali, se necessario, i Presidenti delle regioni erano tenuti ad eliminare le irregolarità rilevate»; obbligo dichiarato incostituzionale perché «invasivo dell'autonomia legislativa regionale nonché travalicante i poteri riconosciuti alla Corte dei conti, dal momento che le attribuzioni di quest'ultima non possono spingersi sino a vincolare il contenuto degli atti legislativi o a privarli dei loro effetti».

⁷⁶ Cfr. V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1978, 383 s.; E. CAPACCIOLI, *Unità della giurisdizione e giustizia amministrativa*, in *Diritto e processo. Scritti vari di diritto pubblico*, Padova, 1978, 349 s.

⁷⁷ Relative all'articolazione stessa del bicameralismo, del bicameralismo perfetto, dell'assenza di forme di razionalizzazione della forma di governo (come, ad esempio, la sfiducia costruttiva).

⁷⁸ Si tratta delle inefficienze proprie del procedimento legislativo come articolato nei Regolamenti parlamentari, che potrebbe conciliare meglio le necessità di dibattito ed approfondimento, con le esigenze di inclusione delle istanze generalizzate e di speditezza dei procedimenti.

che emergono da quella direzione, combinando, se del caso, tali indirizzi normativi con quelli della Costituzione e delle altre fonti dell'ordinamento italiano e sovranazionale.

L'unica giurisdizione, comunque del tutto peculiare, fungibile in parte e per il resto sovraordinata al legislatore, è quella costituzionale. Si ritiene utile quindi, puntualizzare la specificità propria della giurisdizione ordinaria nell'ambito dell'equilibrio dei poteri, osservando le peculiarità della giurisdizione costituzionale e la sua "affinità" con il potere legislativo, evidenziando così "per sottrazione" qual è il campo nel quale il giudice ordinario non può entrare.

La possibilità di traslare sul piano del diritto costituzionale questa dinamica e parametrare la situazione di fibrillazione della giurisdizione che emerge dai casi esaminati, al paradigma dell'eccesso di potere giurisdizionale come forma di abuso del diritto, potrebbe consentire di sistematizzare questa dinamica in corso della funzione giurisdizionale. Dunque, la dinamica in corso che si tenta in questa sede di analizzare, potrebbe piuttosto essere considerata come un sintomo di una transizione in corso verso un diverso assetto, in concreto, dei poteri dello Stato.

Ammettendo l'ipotesi di poter davvero ricorrere alla figura di eccesso di potere giurisdizionale, come fattispecie dell'abuso del diritto, categoria comunque discussa, si può verificare in quali rimedi operativi potrebbe verificarsi.

La dottrina recente⁷⁹ rileva tre possibili direttrici: la prevenzione; l'ipotesi del conflitto tra poteri; la responsabilità del magistrato.

5.1 – *La prevenzione: il momento legislativo, specialmente i meccanismi di raccordo previsti dai Regolamenti di Camera e Senato*

È comunque assodato che il giudice trovi il suo vincolo naturale nella lettera della legge. Tale limite può essere superato, come ampiamente illustrato nei casi analizzati, con l'intervento della Corte costituzionale. Tale intervento legittima operazioni giuridiche che non potrebbero avere luogo senza decisioni costituzionali, tuttavia in modo non così meccanico e con tutti i problemi che le diverse tipologie di sentenze della Corte costituzionale comportano. Infatti, il giudizio di legittimità è la sede propria in cui un buon numero di questioni possono trovare una definizione, ordinando l'interpretazione giurisdizionale che, altrimenti, rischia, con le migliori intenzioni, di generare una confusione interpretativa⁸⁰.

Nell'impianto costituzionale «il principio esclusivo di organizzazione dello Stato»⁸¹ è il principio democratico, laddove la volontà dei cittadini, tramite gli strumenti democratici che la Costituzione predispone, è la linfa dell'intero ordinamento⁸². Il portato di questo orientamento è che il Parlamento sia la sede, appunto, in cui tali principi trovano estrinsecazione in modo pressoché immediato, tramite la funzione legislativa.

Il procedimento legislativo oggi non è sempre all'altezza della rapidità decisionale necessaria propria di quest'epoca⁸³, né si mostra sempre in grado di dibattere un tema nell'interesse generale⁸⁴ e in coerenza con

⁷⁹ M. NISTICÒ, *L'interpretazione giudiziale nella tensione tra i poteri dello Stato. Contributo al dibattito sui confini della giurisdizione*, Torino, 2015, 263 ss.

⁸⁰ Cfr. L. ELIA, *Sentenze «interpretative» di norme costituzionali e vincolo ai giudici*, in *Giur. Cost.*, 1966, 1715 ss., il quale sostiene come il giudizio di costituzionalità sia sostanzialmente un processo interpretativo, con le sue conseguenze nella dinamica complessiva dell'interpretazione giurisdizionale, a tutti i livelli.

⁸¹ V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana*, in *Stato, popolo, governo: illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, 1985, 91 ss.

⁸² Cfr. M. RUINI, *Relazione al Progetto di Costituzione della Repubblica italiana*, presentata alla Presidenza dell'Assemblea costituente il 6 febbraio 1947, in *Atti parlamentari*, Roma, 9 ss.: «la sovranità spetta tutta al popolo, che è l'organo essenziale della nuova Costituzione, la forza viva cui si riconduce ogni potere, l'elemento decisivo che dice sempre la prima e l'ultima parola».

⁸³ Cfr. di recente E. LONGO, *La legge precaria. Le trasformazioni della funzione legislativa nell'età dell'accelerazione*, Torino, 2017, il quale, attraverso la cifra della "precarizzazione" ripercorre i tratti della crisi della legge, arrivando a concludere per una sorta di mutazione della legislazione, da fenomeno per porre norme stabili e durevoli a produzione di norme "geneticamente" finalizzate a trasformarsi.

la Costituzione⁸⁵, non sembra intendere la propria funzione come primo momento di sviluppo delle norme costituzionali. Al contrario, nella legislazione, spesso si sceglie di non decidere, ovvero si decide utilizzando rinvii ad altre fonti, ovvero rinvii alla giurisprudenza stessa⁸⁶.

Si può dunque procedere alla prevenzione dell'eccesso di potere lungo due direttrici.

La prima⁸⁷, che costituisce il campo di azione tradizionale, è proprio intervenire nei margini lasciati aperti dal procedimento legislativo e dall'attività dei diversi uffici coinvolti, sui profili qualitativi della crisi della legge⁸⁸. Si tratta di una migliore e maggiore applicazione delle regole di *drafting*, delle "tecniche legislative"⁸⁹, al fine di consegnare testi legislativi coerenti con la funzione normativa, pertanto recanti disposizioni generali e astratte, e in grado di ridurre le incertezze degli interpreti con un testo chiaro e il più possibile tale da contribuire alla certezza del diritto.

La seconda, invece potrebbe essere una forma di raccordo e preventiva non tanto "nel" testo legislativo, bensì del raccordo istituzionale tra Corte costituzionale, legislatore e quindi, per riflesso, giudice ordinario. Chiaramente, si tratta di una prevenzione "di sponda", cioè che attiene al seguito delle sentenze della Corte costituzionale o delle Corti sovranazionali, ma che potrebbe prevenire "abusi", nel senso di eccesso di potere giurisdizionale, del giudice comune che si trova ad interagire con le norme colpite da sentenze della Corte costituzionale eventualmente generatrici di vuoti o di attese del legislatore.

I Regolamenti del Senato della Repubblica e della Camera dei Deputati, recependo nel 1971 quanto previsto dall'art. 136 Cost. e dall'art. 23, comma 4⁹⁰ e art. 30, comma 2⁹¹ della legge 11 marzo 1953, n. 87, prevedono alcuni strumenti per generare un circuito virtuoso tra funzioni e soggetti istituzionali del processo decisionale giuridico-politico.

Il Regolamento del Senato prevede all'art. 139, rubricato «Sentenze della Corte costituzionale – Invio alle Commissioni e decisioni consequenziali delle Commissioni stesse», una articolata procedura attraverso la quale il Senato ha l'occasione di conoscere e discutere il testo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale e sia messo nelle condizioni di attivarsi per adeguare l'ordinamento nella sede propria, quella legislativa.

Qualora la Corte decida ai sensi dell'art. 136 Cost., infatti, il Presidente del Senato comunica al Senato la pronuncia della Corte «non appena pervenutagli la relativa sentenza». È poi stampata, per regolamento, e trasmessa alla Commissione competente. Questo meccanismo garantisce la conoscibilità all'interno del

⁸⁴ Per una lettura delle recenti tendenze in merito all'evoluzione della funzione legislativa, cfr. G. FIORIGLIO, *La legislazione di mera formula. Considerazioni a partire da alcune intuizioni di Giovanni Tarello*, in *Nomos*, 2015, 3.

⁸⁵ Si pensi ai non più troppo eccezionali casi in cui il Presidente della Repubblica, nell'atto di promulgare una legge, la accompagni con una lettera ai Presidenti del Senato della Repubblica, della Camera dei Deputati, e al Presidente del Consiglio dei Ministri, in cui ne evidenzia alcune criticità: è il caso della legge di conversione del decreto legge 14 giugno 2019, n. 53 recante "*Disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica*"; il caso della promulgazione della legge sulla legittima difesa; la legge istitutiva della Commissione di inchiesta sulle banche, con lettera indirizzata ai Presidenti delle Camere; il caso del in data 24 luglio la legge di conversione, con modificazioni, del c.d. decreto terremoto, pur manifestando profili di criticità con una lettera inviata al Presidente del Consiglio. Sul tema cfr. G. BASCHERINI, *Il controllo presidenziale sulle leggi. Prospettive della Presidenza Mattarella*, in *Rivista AIC*, 2018, 3, 20 luglio 2018.

⁸⁶ Cfr. recentemente a titolo di esempio: art. 5, comma 1, lett. g), legge 8 agosto 2019, n. 86; art. 2, comma 2, lett. a) legge 22 novembre 2017, n. 175; art. 1, comma 17, legge 4 agosto 2017, n. 124 di modifica dell'art. 138, comma 2 del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209; art. 1, comma 3, lett. d), legge 16 marzo 2017, n. 30.

Si tratta spesso di leggi di delega, che richiamano il rispetto o l'adeguamento ai principi della giurisprudenza.

⁸⁷ Questa è la prospettiva di prevenzione espressa anche da M. NISTICÒ, *L'interpretazione giudiziale nella tensione tra i poteri dello Stato. Contributo al dibattito sui confini della giurisdizione*, cit., 263 ss.

⁸⁸ Tra gli altri, di recente, v. anche V. ITALIA, *Le malattie delle leggi. Leggi speciali e leggi di principio*, Milano, 2014.

⁸⁹ Il tema è esplorato classicamente da F. Modugno (a cura di), *Trasformazione della funzione legislativa*, Milano, 2000; R. PAGANO, *Introduzione alla legistica. L'arte di preparare le leggi*, Milano, 2004. Da ultimo, tra gli altri, cfr. L. TRUCCO, P. COSTANZO, *Le radici del "drafting" legislativo nel parlamentarismo liberale*, in *Rassegna Parlamentare*, 2018, 3, 679-697.

⁹⁰ La disposizione prevede che l'autorità giurisdizionale che solleva una questione di legittimità costituzionale ordini la trasmissione degli atti alla Corte costituzionale, nonché al Presidente del Consiglio dei ministri o al Presidente della Giunta regionale, in dipendenza che la questione di legittimità riguardi una legge statale o regionale, ed inoltre anche ai Presidenti delle Camere del Parlamento o al Presidente del Consiglio regionale.

⁹¹ Ove si prevede che, una volta resa la decisione, essa è comunicata, entro due giorni dalla data del deposito, alle Camere e ai Consigli regionali, «affinché, ove lo ritengano necessario adottino i provvedimenti di loro competenza».

Senato e l'istruzione minima all'interno dell'organo fondamentale del procedimento legislativo ordinario della decisione della Corte costituzionale. Il comma 2 precisa che il Presidente ha la facoltà di inoltrare alle Commissioni secondo questo meccanismo «tutte le altre sentenze della Corte» che egli «giudichi opportuno» sottoporre all'attenzione degli organi parlamentari.

Ricevuta la sentenza, ai sensi del comma 3, sono previste due operazioni di “filtro” al fine di attivare il meccanismo vero e proprio di raccordo. Infatti, la Commissione competente procede ad una valutazione discrezionale: verifica se le norme dichiarate illegittime costituzionalmente «debbono essere sostituite da nuove disposizioni di legge». La latitudine della discrezionalità della Commissione sembra chiara, avendo scelto la disposizione di esplicitare che tale valutazione è da compiere «allorquando ritenga» la Commissione stessa. La seconda verifica, che tuttavia è in realtà una vera e propria condizione, consiste in una ricognizione sulla presenza di iniziativa legislativa assunta «al riguardo». Qualora tale iniziativa risulti, infatti, il meccanismo si arresta. Sotto questo profilo si potrebbe discutere della latitudine della disposizione: «e non sia stata assunta al riguardo un'iniziativa legislativa». Chiaramente, interpretando in senso ampio il termine «iniziativa», si potrebbe paralizzare il procedimento: considerare una iniziativa in materia la mera presentazione di un disegno di legge sullo stesso tema della norma censurata, neutralizza il meccanismo, in quanto basti pensare che nella XVIII Legislatura, alla Camera dei Deputati, in circa un anno di durata a cavallo tra il 2018 e il 2019, sono stati presentati 2059 progetti di legge⁹², mentre al Senato della Repubblica nello stesso periodo 1412, per un totale di 3441⁹³. Invece, restringendo la portata e dando rilevanza al termine «assunta», si potrebbero considerare i progetti di legge non solo presentati, ma almeno che abbiano concluso l'iter di discussione in Commissione e siano pronti per essere trasmessi all'Assemblea.

Questa seconda lettura sembra preferibile, in quanto il comma 3 dispone una procedura da svolgersi in Commissione, in cui l'organo parlamentare è il regista e, pertanto, sia sotto il profilo soggettivo che sotto quello oggettivo, la valutazione sulla assunzione di iniziativa legislativa è da imputare alla Commissione parlamentare, non al ramo del Parlamento di cui è parte, e si riferisce all'attività propria della Commissione, la quale nell'assumere una iniziativa legislativa definisce il provvedimento assegnatole dalla Presidenza del Senato. Dunque l'iniziativa assunta potrebbe considerarsi quella della Commissione, ovvero, al limite, della Assemblea, ma in ogni caso, non sembra indicare la mera presentazione di disegni di legge.

Svolta questa verifica, sempre ai sensi del comma 3, la Commissione «adotta una risoluzione» tramite la quale «invita il Governo a provvedere»; risoluzione poi trasmessa dal Presidente del Senato al Presidente del Consiglio dei ministri, «dandone notizia al Presidente della Camera dei deputati».

La molto scarna prassi⁹⁴ al Senato ha dimostrato una lettura restrittiva dell'iniziativa, considerandola come presentazione di un disegno di legge in Senato sul tema oggetto della sentenza. Questa conclusione si può trarre dai lavori delle Commissioni che si sono confrontate con la procedura di cui all'art. 139 Reg. Sen. Tra queste, ad esempio, la Commissione Territorio, ambiente e beni ambientali, nella seduta del 30 ottobre 1996 afferma che l'adozione di una iniziativa legislativa significa l'intenzione di colmare il vuoto normativo generato dall'intervento della Corte costituzionale, pertanto da ciò si può ritenere superata l'adozione della risoluzione⁹⁵.

In ogni caso, si è evidenziato come quella prevista dall'art. 139 rappresenti «una procedura ormai desueta», e infatti, il caso più recente di adozione di una risoluzione ai sensi di tale disciplina risale al

⁹² Cfr. sul [sito](#) internet istituzionale della Camera dei Deputati le statistiche *Presentazione di progetti di legge – Riepilogo generale*, n. 25, 2 agosto 2019.

⁹³ Cfr. i dati presenti sul [sito](#) internet istituzionale del Senato della Repubblica, alla pagina “*statistiche sull'attività legislativa*”.

⁹⁴ Ripresa fino al 2008 in G. SCACCIA, *Il seguito delle decisioni della Corte che accertano l'esistenza di un'omissione del legislatore*, in CORTE COSTITUZIONALE, *Problemi dell'omissione legislativa nella giurisprudenza costituzionale. Quaderno predisposto in occasione della Conferenza delle Corti costituzionali europee*, Vilnius 2-7 giugno 2008, 74-85, spec. 80

⁹⁵ Cfr. XIII Commissione Territorio, ambiente e beni ambientali del 30 ottobre 1996, ripresa poi dalla II Commissione Giustizia, seduta del 18 novembre 1998; cfr. G. SCACCIA, *Il seguito delle decisioni della Corte che accertano l'esistenza di un'omissione del legislatore*, cit., 80.

2012⁹⁶. Con tale risoluzione, la Commissione impegna il Governo «a prevedere il superamento di criteri rigidi» di assegnazione dei dirigenti scolastici, «ad avviare una riflessione comune sugli organici, ponendo criteri oggettivi per quantificare un bisogno condivisibile, al fine di trovare una convergenza progressiva in una logica di solidarietà e di sussidiarietà verticale», a garantire poi «la certezza dei criteri», prevedendo che questi siano «chiari, coerenti, trasparenti e ragionevoli». Il caso atteneva alla censura di una norma in materia di aggregazione di istituti scolastici di diverso ordine e grado con il coinvolgimento della competenza dello Stato e delle Regioni.

Il regime del recepimento alla Camera dei Deputati è parzialmente diverso. L'art. 108 Reg. Cam., che è l'unica disposizione del Capo XXIV «Seguito delle Sentenze della Corte Costituzionale», prevede un procedimento più articolato, con un tasso di discrezionalità della Commissione ridotto. La disposizione prevede un automatismo: le sentenze della Corte costituzione «sono stampate, distribuite e inviate» non solo alla Commissione competente per materia, ma anche alla Commissione affari costituzionali. Si prevede il termine di trenta giorni entro cui la Commissione «esamina» la questione. La disposizione non lascia spazio per valutazioni o condizioni, il procedimento si articola in una serie di attività teleologicamente orientate e stabilite dal Regolamento. Segnatamente, inoltre, il comma 2, prevede che la questione sia esaminata dalla Commissione con la partecipazione di un rappresentante del Governo. Questo dato è del tutto apprezzabile, in quanto coinvolge anche l'esecutivo «parlamentarizzando» il processo decisionale politico-giuridico. L'esito della discussione è un documento finale in cui è indicato l'avviso della Commissione «sulla necessità di iniziative legislative» insieme all'indicazione dei «criteri informativi» di tali iniziative. Ancora, il comma 4 dispone che tale atto sia «stampato e distribuito», ed anche comunicato ai Presidenti delle Camere, al Presidente del Consiglio dei ministri e al Presidente della Corte costituzionale. Infine, l'art. 108 dispone che nel caso in cui esista un progetto di legge «sull'argomento», ovvero nelle more della procedura fosse presentato, «l'esame dovrà essere congiunto», e dunque la Commissione non esprime il documento finale e non lo comunica, dunque, ai vertici di Governo, Parlamento e Corte costituzionale.

Nonostante la maggiore perentorietà della disposizione del Regolamento della Camera, anche nel Ramo più basso del Parlamento la prassi è davvero scarna⁹⁷. Sicuramente è rispettata la prima parte della disposizione, nel senso che tutte le sentenze della Corte costituzionale sono annunciate nell'Allegato A al resoconto di Assemblea e sono assegnate alle Commissioni di merito e Affari costituzionali. Il resto della procedura, invece, resta sostanzialmente disatteso⁹⁸.

Si tratta dunque di un procedimento dall'alto potenziale ma dal basso rendimento pratico, che meriterebbe attenzione nell'ambito della prevenzione dell'eccesso di potere giurisdizionale. Infatti, si potrebbe recuperare la portata di raccordo istituzionale che è potenzialmente in grado di dispiegare tale procedimento di recepimento, migliorando la procedura.

Un'ipotesi di lavoro potrebbe essere di configurare i lavori parlamentari in modo da prendere atto della necessità di ricorrere a tale strumento. In questo senso, la predisposizione di un comitato di deputati e di senatori, magari nell'ambito della Commissione Affari costituzionali a cui demandare l'implementazione stabile della istruttoria e analisi delle sentenze della Corte costituzionale e compulsare l'attivazione dei soggetti interni preposti a tale circuito.

Tuttavia almeno tre fattori impediscono la strutturazione di questo, pur utile, organo intermedio più o meno formale. Il primo è la sussistenza di un numero rilevante di competenze in capo alla Commissione Affari costituzionale, che non facilita il disbrigo degli affari correnti e potrebbe costituire un primo rilevante ostacolo alla conduzione di ulteriori attribuzioni. Il secondo è il conseguente carico quantitativo di attività referente, redigente, consultiva che non consente di sottrarre manodopera o energie dalle attività

⁹⁶ Cfr. Senato della Repubblica, XVI Legislatura, Risoluzione della VII Commissione permanente (Istruzione pubblica, beni culturali, ricerca scientifica, spettacolo e sport), approvata il 10 luglio 2012, Doc. VII-bis, n. 1; si tratta di una risoluzione susseguente la [sentenza della Corte costituzionale n. 147 del 2012](#), che dichiara costituzionalmente illegittimo l'art. 19, comma 4, del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 giugno 2011, n. 111.

⁹⁷ Cfr. R. BIN, C. BERGONZINI, *La Corte costituzionale in Parlamento*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotta, P. Veronesi (a cura di), *“Effettività” e “seguito” delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, Napoli, 2006, 215-237.

⁹⁸ G. SCACCIA, *Il seguito delle decisioni della Corte che accertano l'esistenza di un'omissione del legislatore*, cit., 75-76.

ordinarie. Il terzo è il coinvolgimento della Commissione in particolari momenti di congiuntura storico-politica, come sede di sintesi di questioni di primo piano per lo sviluppo dell'ordinamento, tale da trasformare l'attività ordinaria in una sorta di "sessione riformatrice permanente": quando l'organo si trova permanentemente mobilitato in un lavoro di predisposizione, istruttoria o consultivo ai fini della riforma dell'ordinamento costituzionale, tale da oberare ulteriormente le ordinarie attribuzioni⁹⁹.

Del resto non si può attribuire la carenza di attivazione alla scarsa informazione dei deputati, dalla lettura degli atti parlamentari emerge chiaramente che i rappresentanti della Nazione sono "costantemente aggiornati in tema di giurisprudenza costituzionale"¹⁰⁰. Piuttosto, tale inattività in questa sede, può significare la preferenza per gli altri strumenti indicati e dunque l'utilizzo di atti di indirizzo e controllo ovvero questioni pregiudiziali di costituzionalità¹⁰¹. Strumenti, peraltro, di poco impatto nell'economia complessiva del procedimento legislativo¹⁰².

Emerge dunque un quadro di scarsa deferenza dei membri delle Assemblee rispetto al raccordo tra giurisprudenza costituzionale e decisione politica¹⁰³.

Se infatti in teoria il Parlamento è l'interlocutore per eccellenza della Corte costituzionale, in pratica si tratta ancora nel XXI secolo di superare quella diffidenza politica nei confronti della *judicial review* del giudice delle leggi e quella spinta intrinseca del Parlamento a conservare la propria autonomia e discrezionalità politica non solo sul *quomodo* ma a monte sull'*an* della funzione legislativa. In un contesto ordinamentale in cui le istituzioni sono sempre alla continua ricerca della legittimazione, sia nei confronti della società, sia rispetto al contesto sovranazionale, sarebbe forse il momento di rivedere questo rapporto e sforzarsi di attivare ogni strumento che possa favorire l'ordinato sviluppo delle situazioni giuridiche soggettive, sia nella sede propria normativa di definizione e posizione democratica in generale e astratto, sia in quella particolare di applicazione e sviluppo in modo particolare e determinato.

5.2 – Il conflitto tra poteri e l'eccesso giurisdizionale

Si è già detto della più recente giurisprudenza costituzionale in merito alla nozione di eccesso di potere giurisdizionale e ai confini del sindacato possibile, inevitabilmente possibile, per la Corte, solo rispetto ai limiti esterni della giurisdizione e non rispetto ai limiti interni.

In effetti, la Corte costituzione distingue il giudizio sul modo di esercizio della funzione ed il controllo sulla riconducibilità dell'atto alla funzione¹⁰⁴. Mentre il primo è esclusivo appannaggio della giurisdizione comune, il secondo è azionabile anche nel giudizio sul conflitto tra poteri dello Stato, sia del tipo "interorganico" sia "intersoggettivo".

La Corte, infatti, ha sempre ribadito l'insindacabilità degli *errores in iudicando* nell'ambito del proprio giudizio; insindacabilità che peraltro ripara la Corte costituzionale dalla inopinata confusione del rimedio costituzionale rispetto alle sedi più prossime alle dinamiche della giurisdizione, quali il processo di merito e di legittimità ordinaria.

⁹⁹ Come nei casi in cui si prevede la lunga procedura di predisposizione ed attuazione di una riforma costituzionale; è il caso della XVII Legislatura.

¹⁰⁰ Resta valida questa affermazione, formulata a più di dieci anni di distanza, in R. BIN, C. BERGONZINI, *La Corte costituzionale in Parlamento*, cit., 222.

¹⁰¹ Anche se tali strumenti sono utilizzati nell'ambito di una azione politica in Parlamento, in cui le sentenze della Corte costituzionale sono utilizzate in modo improprio dai parlamentari, per fondare le proprie ragioni politiche; cfr. R. BIN, C. BERGONZINI, *La Corte costituzionale in Parlamento*, cit., 222-229.

¹⁰² Si pensi che nella XVII Legislatura sono state presentate 43 questioni pregiudiziali di costituzionalità, nella XVIII Legislatura 40, ma anch'esse assomigliano più ad un rito di opposizione che non ad un vero strumento efficace per rilevare le anomalie e criticità di aspetti degli atti esaminati, rispetto alla Costituzione.

¹⁰³ Gli stessi meccanismi brevemente richiamati, sono stati anche definiti, infatti, come «uno stanco rito» dell'Assemblea «secondo cui si interviene sempre contro e nel peggior modo possibile»¹⁰³.

¹⁰⁴ Cfr. M. NISTICÒ, *L'interpretazione giudiziale nella tensione tra i poteri dello Stato*, cit., 270.

Tuttavia, se la dottrina tradizionale, nel contesto costituzionale anch'esso tradizionale, ritiene questa distanza della Corte dal sindacato sul *modo* di esercizio della funzione giurisdizionale¹⁰⁵ coerente per non nuocere all'indipendenza della magistratura, oggi si potrebbe riconsiderare questo equilibrio, sempre ove si accettasse la nozione di eccesso di potere giurisdizionale per sconfinamento nella funzione legislativa ipotizzata nei termini di abuso del diritto, alla luce dell'estensione dell'accesso al giudizio per conflitto tra poteri che la Corte ha determinato negli ultimi anni.

Certo, dal punto di vista logico-giuridico esiste la differenza tra le interpretazioni non esatte o le false applicazioni, da una parte, e gli elementi che segnano i confini esterni della giurisdizione. Tuttavia, è possibile che proprio una non esatta, cattiva, falsa interpretazione possa determinare il travalicamento dei confini tra funzioni¹⁰⁶. È noto il caso del giudice che, ritenendo parificabili la legge regionale e gli atti amministrativi, nel regime precedente alla riforma del Titolo V della Costituzione, abbia disapplicato l'atto normativo¹⁰⁷. In quel caso, la Regione solleva conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato nei confronti della Corte di Cassazione che con sentenza disapplica le leggi regionali ritenute sostanzialmente dei provvedimenti amministrativi (c.d. leggi provvedimento), avendole ritenute costituzionalmente illegittime. La Corte costituzionale procede ad annullare la sentenza della Cassazione perché non spetta allo Stato e per esso al giudice di legittimità disapplicare le leggi regionali. Per giungere a questo esito, chiaramente, la Corte deve entrare nel merito della motivazione della sentenza della Cassazione.

Si tratta quindi di un esame «dall'interno» della giurisdizione comune¹⁰⁸, del modo di esercizio della giurisdizione rispetto alla funzione interpretativa. Infatti, in quel caso è stato necessario evidenziare la distorta interpretazione che il giudice di legittimità pone dell'art. 5, legge 20 marzo 1865, n. 2248, All. E, che legittima il giudice a disapplicare i provvedimenti amministrativi.

Non sembra peregrino ravvisare in questo e in casi analoghi un eccesso di potere giurisdizionale generato da un *error in iudicando*. Una deviazione del potere originata nell'esercizio della funzione stessa. Questa dinamica può essere letta secondo il paradigma dell'abuso del diritto, sempre qualora si accettasse tale principio generale, osservando come la norma sulla esatta definizione di interpretazione giurisdizionale non esista espressamente ma possa ricavarsi dal complesso di principi costituzionali che attengono alla legislazione, alla giurisdizione e all'equilibrio dei poteri; e utilizzando tale sistema implicito come parametro dell'uso fisiologico, normale, della funzione giurisdizionale.

Il confine tra sindacato interno e limiti esterni della giurisdizione potrebbe essersi assottigliato in tutti quei casi, analizzati in questa sede, in cui l'interpretazione giurisdizionale assume profili problematici anche, ma non solo, perché non si rivolge al Giudice delle Leggi laddove è necessario chiudere il circolo ermeneutico aperto in sede di merito.

La recente giurisprudenza in materia di accesso al giudizio sui conflitti di attribuzione conferma la tendenza della Corte, in questa fase della storia repubblicana e nel contesto costituzionale contemporaneo, a considerare questo giudizio come sede privilegiata di ricomposizione dell'equilibrio tra i poteri dello Stato anche in situazioni inedite fino a qualche tempo prima¹⁰⁹.

¹⁰⁵ Cfr. C. MEZZANOTTE, *La nozione di potere e di conflitto nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1979, 131 ss.; A. PACE, *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale nel conflitto tra poteri*, in *Giur. cost.*, 1986, 797 ss.

¹⁰⁶ In questo senso M. NISTICÒ, *L'interpretazione giudiziale nella tensione tra i poteri dello Stato*, cit., 271.

¹⁰⁷ Cfr. Corte costituzionale, [sentenza n. 285 del 1990](#).

¹⁰⁸ M. NISTICÒ, *L'interpretazione giudiziale nella tensione tra i poteri dello Stato*, cit., 271.

¹⁰⁹ Di recente, infatti, la Corte ha avuto modo di pronunciarsi, in un caso che resterà "storico", sull'accesso al conflitto per attribuzioni del singolo parlamentare. La questione, dichiarata inammissibile con la [ordinanza n. 17 del 2019](#), ha generato un *obiter dictum* nella decisione resa dalla Corte, in cui ammette la possibilità dell'accesso del singolo parlamentare per lamentare la lesione di competenze fondamentali assolutamente comprese nelle fasi del procedimento legislativo. Cfr., tra gli altri, i commenti all'ordinanza presenti su [federalismi.it](#), 2019, 4: S. CAVINO, *La necessità formale di uno statuto dell'opposizione*; S. CURRERI, *L'occasione persa*; R. DICKMAN, *La corte dichiara inammissibile il conflitto di attribuzioni contro il testo della legge di bilancio 2019-21 approvato dal Senato e ribadisce che i singoli parlamentari sono poteri dello Stato*; S. LUCARELLI, *La violazione del procedimento legislativo "costituzionale" è una violazione grave e manifesta?*; N. LUPO, *Un'ordinanza compromissoria, ma che pone le basi per un procedimento legislativo più rispettoso della Costituzione*; A. MANZELLA, *L'opposizione in regime di parlamentarismo assoluto*; A. MORRONE, *Lucciole per lanterne. La n. 17/2019 e la terra promessa*

Tuttavia, la stessa giurisprudenza, dimostra anche come la Corte assuma questo compito con riluttanza e preferisca, ove possibile, procedere a soluzioni che stabiliscano coordinate per l'esercizio delle funzioni in conflitto, ma senza agire direttamente per ristabilire la legalità costituzionale (che potrebbe coincidere, nell'ipotetica attualità della figura dell'abuso del diritto, con la fisiologia del potere di cui si eccede). Sembra del tutto condivisibile la prospettiva di chi ritiene questo rimedio «apparentemente perfetto ed idoneo (...) ad annullare la pronuncia viziata»¹¹⁰; tuttavia la Corte dovrebbe scegliere di assumere anche quest'onere, accettare la sfida di verificare, ed eventualmente sanzionare, l'interpretazione del giudice non in linea con la fisiologia della funzione giurisdizionale.

5.3 – Spunti conclusivi

Questa breve disamina del rapporto tra giurisdizione e legislazione, dalla prospettiva della figura dell'eccesso di potere giurisdizionale, consente di verificare la problematicità della situazione attuale dell'equilibrio tra i poteri dello Stato¹¹¹

Si tratta ormai apertamente del concetto di “giudice comune europeo”¹¹² nel senso di giudice ordinario come istituzione sia del circuito nazionale, sia di quello più ampio eurounitario, con caratteristiche funzionalmente predisposte per superare in radice le questioni anche assiologiche poste dal testo del legislatore, configurando l'interpretazione giurisdizionale come applicazione diretta delle Carte costituzionali (la Carta europea dei diritti fondamentali e la Costituzione della Repubblica italiana)¹¹³ che lo autorizza ad un'attività rappresentativa, oltre che strettamente giuridico-processuale.

Il giudice è sempre più vicino alle esigenze dei cittadini¹¹⁴ e i meccanismi giurisdizionali, come ad esempio il funzionamento del giudizio incidentale di legittimità costituzionale, la funzione nomofilattica e persuasiva della Corte di Cassazione, stanno entrando nell'orizzonte dell'opinione pubblica.

di quote di potere per il singolo parlamentare; F. SORRENTINO, La legge di bilancio tra Governo e Corte costituzionale: il Parlamento approva a scatola chiusa.

¹¹⁰ M. NISTICÒ, *L'interpretazione giudiziale nella tensione tra i poteri dello Stato*, cit., 272.

¹¹¹ Su cui rimane fondamentale l'insegnamento di G. SILVESTRI: cfr. Id., *La separazione dei poteri*, I, II, Milano, 1984; Id., *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, 1997; *Sovranità popolare e magistratura*, in Carlassare (a cura di), *La sovranità popolare nel pensiero di Esposito, Crisafulli, Paladin*, Padova, 2004; Id., *L'effettività e la tutela dei diritti fondamentali nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2009, 10-13.

¹¹² Cfr. S. PAJNO, *Giudizi morali e pluralismo nell'interpretazione costituzionale. Un percorso tra Hart e Dworkin*, Torino, 2013, spec. 211; G. SILVESTRI, *L'integrazione tra l'ordinamento italiano e quello europeo*, in *Nuova Antologia*, 2020, 1, 95, secondo il quale “il giudice nazionale è anche giudice europeo e che [...] il giudice europeo è anche giudice nazionale”. Come sostiene ancora A. AMATO, *Giudice comune europeo*, cit., 8, il giudice comune europeo è l'istituzione centrale “costantemente e direttamente coinvolto nella tutela multilivello dei diritti fondamentali, nell'esercizio dei suoi tre poteri fondamentali: i) il potere di interpretazione conforme (giudice comune come interprete legittimato, al pari della Corte costituzionale, ad interpretare fonti costituzionali e paracostituzionali); ii) il potere di emettere un'ordinanza di rimessione (giudice comune come “introduttore necessario” del giudizio di costituzionalità-eurounarietà); iii) il potere di disapplicare norme interne in contrasto con il diritto europeo (giudice comune come decisore della questione di legittimità costituzionale)”.

¹¹³ Chiaramente si deve distinguere, da una prospettiva politico-costituzionale, la natura di Carta dei diritti, propria sia della Costituzione, sia delle Carte internazionali; e quella di Carta dei poteri, propria solo della prima. Una distinzione seria che non consente, ancora, di assimilare realmente entrambi i piani, ancora non risolvendo definitivamente, per di più, il grande tema della struttura monista o dualista del rapporto tra gli ordinamenti nazionale e sovranazionale. Si ritiene comunque condivisibile l'impostazione di parte autorevole della dottrina, che ritiene comunque prevalente il criterio della subordinazione del giudice nel contesto giuridico attuale: cfr. R. BIN, *Cose e idee. Per un consolidamento della teoria delle fonti*, in *Dir. Cost.*, 2019, 1, 24; M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, cit., 402 ss.; ID., *Certezza del diritto e clausole generali*, in *Questione Giustizia*, 2020, 1, 70; ID., *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, 2014, 4, 454. Registrano invece una progressiva spinta verso nuovi paradigmi sulla base delle dinamiche eurounitarie M. FIORAVANTI, *Il legislatore e i giudici di fronte alla Costituzione*, in *Quad. cost.*, 2016, 1, 18; G. SILVESTRI, *Verso uno ius commune europeo dei diritti fondamentali*, in *Quad. cost.*, 2006, 1, 14.

¹¹⁴ Da ultimo, per una autorevole riflessione critica sull'evoluzione dell'organizzazione e della funzione del potere giurisdizionale in questa ultima fase storica cfr. S. CASSESE, *Il governo dei giudici*, Roma-Bari, 2022; Per una articolata critica della funzione giurisdizionale nello Stato costituzionale contemporaneo, con indagine sulle radici giusfilosofiche e sulle cause

In questo senso, il circuito istituzionale giurisdizionale – che prevede rapporto tra giudice ordinario, Corti europee, Corte costituzionale – si affianca alle istituzioni politico-rappresentative tradizionali – Parlamento, Governo, e relative istituzioni dell’Unione europea – come interlocutore dei cittadini. Essi, infatti non solo richiedono al giudice per sé stessi la tutela o la dichiarazione di un diritto individuale (*ius-dicere*), ma, nel contesto di un caso che vale come momento di riflessione e definizione collettiva, pretendono la posizione di una nuova situazione giuridica o di una rinnovata comune interpretazione sulle situazioni giuridiche poste in precedenza dal legislatore.

Siamo quindi in un momento che necessita una riflessione sull’equilibrio tra i poteri dello Stato alla luce delle evoluzioni degli ultimi 40 anni. In senso ampio, il tema della “giustizia” resta una preoccupazione latente, come dimostrano anche i recenti referendum e l’approvazione della c.d. riforma Cartabia. In questo dibattito il pendolo delle riforme istituzionali potrebbe oscillare verso la ristrutturazione del modello costituzionale, intervenendo su nuove sedi di raccordo anche parlamentari tra i due momenti di posizione del diritto (legislativo e giurisdizionale); ovvero propendere per nuove originali formulazioni del rapporto tra legislazione e giurisdizione, guardando alla posizione del giudice comune come cerniera tra ordinamento nazionale ed eurounitario tendendo ad una sorta di ‘*Common law* all’italiana’.

storiche di tale evoluzione, cfr. A. CARRINO, *La Giustizia come conflitto. Crisi della politica e stato dei giudici*, Milano-Udine, 2011.

Antonio Ruggeri
In tema di paradossi della Costituzione e della giustizia costituzionale
(prime notazioni)* **

ABSTRACT: *The contribution focuses on some paradoxes that emerged from the constitutional dictate, with specific reference to the expressive enunciations of the fundamental principles, as well as on other paradoxes inherent in constitutional justice which, called to satisfy fundamental rights and to preserve institutional balances, unnaturally becomes a tool to alter such balances. The study ends with a concise final reflection on the "dialogue" between the Courts as a possible cultural remedy for deviations from the constitutional route.*

SOMMARIO: 1. I paradossi disseminati tra i principi fondamentali della Carta: in ispecie, il rapporto di distinzione e, allo stesso tempo, di mutua fungibilità intercorrente tra i diritti fondamentali e i doveri inderogabili di solidarietà. – 2. Distinzione e integrazione dei principi fondamentali (l'esempio dei rapporti tra unità-indivisibilità della Repubblica e autonomia). – 3. Il paradosso insito nel principio del divieto di mandato imperativo, idoneo a porsi al servizio del valore democratico e, però, allo stesso tempo a pregiudicarlo. – 4. Il carattere parziale e non autosufficiente dei principi fondamentali, norme le più *forti* e, allo stesso tempo, le più *deboli* dell'ordinamento. – 5. Di alcune manipolazioni semantiche patite dai principi fondamentali per mano della giurisprudenza costituzionale (con specifico riguardo al piano delle relazioni interordinamentali). – 6. Il paradosso insito nella giustizia costituzionale che, pensata al fine di dare appagamento ai diritti fondamentali e preservare gli equilibri istituzionali, si presenta tuttavia idonea a commutarsi in strumento di alterazione di questi ultimi, di cui può aversi (e talora effettivamente si ha) riscontro, per un verso, al piano dei rapporti che la Corte intrattiene sia con il legislatore che con i giudici e, per un altro verso, in sede di risoluzione dei conflitti tra poteri dello Stato e di giudizi sull'ammissibilità delle iniziative referendarie. – 7. Ancora del paradosso di una Corte che, per farsi garante dei diritti e, in genere, della Costituzione, si fa decisore politico, ed il ruolo giocato dal "dialogo" intergiurisprudenziale quale rimedio culturale agli scostamenti dall'alveo costituzionale.

1. I paradossi disseminati tra i principi fondamentali della Carta: in ispecie, il rapporto di distinzione e, allo stesso tempo, di mutua fungibilità intercorrente tra i diritti fondamentali e i doveri inderogabili di solidarietà

La Costituzione – come si tenterà ora di mostrare con esempi – racchiude in sé numerosi paradossi, stranamente sfuggiti all'attenzione anche della più avveduta dottrina; quanto meno, così è da dire in relazione agli esiti teorico-ricostruttivi raggiunti in relazione a taluni enunciati della Carta¹, a partire proprio da quelli che ne danno la cifra più qualificante ed espressiva, riguardanti i principi fondamentali dell'ordinamento repubblicano. È poi chiaro che essi hanno la loro prima e più diretta proiezione nella giustizia e nella giurisprudenza costituzionale, quale *viva vox Constitutionis*, come è comunemente definita. Ovviamente, non ci si nasconde che siffatta qualifica comporti una eccessiva semplificazione del rapporto complesso e continuamente cangiante che s'intrattiene tra la legge fondamentale dell'ordinamento e l'esperienza in cui essa si cala ed inverte; ed a darne sicura conferma basti solo pensare all'apporto di non secondario rilievo che viene da altri operatori (a partire dai giudici comuni), dal mondo della cultura e dallo stesso corpo sociale, nelle sue plurime articolazioni ed espressioni, al fine della messa a punto semantica ed ottimale affermazione della Carta, alle



** *Testo rielaborato di un intervento svolto all'incontro di studio su Il sistema della giustizia in Italia e in Brasile, Palermo 14 settembre 2022, alla cui data lo scritto è aggiornato.*

¹ I paradossi, infatti, non sono nei disposti della (e nella) Carta, in sé e per sé considerati, bensì nelle loro *norme*, vale a dire nelle letture che degli stessi vengono affacciate, specie di quelle che si affermano e fanno valere nell'esperienza. Si tratta di una precisazione ovvia, che nondimeno avverto qui il bisogno di fare prima di rappresentare il mio punto di vista sulla questione ora studiata.

condizioni oggettive di contesto. Ciò nondimeno, il punto di osservazione della Consulta rimane pur sempre quello privilegiato al fine della verifica della bontà di talune letture della Carta che si vanno affacciando nelle sedi istituzionali più varie ovvero, seppur talora confusamente, emergendo in seno alla comunità. È pur vero, poi, che taluni paradossi disvelati dalla giustizia e della giurisprudenza costituzionale si risolvono e traducono, a loro volta, in paradossi della Costituzione, con un moto – come si vede – di mutua, incessante ricarica tra i termini della relazione in parola.

È interessante notare che – come si accennava poc’anzi – di paradossi sono disseminati gli stessi principi fondamentali, specie per il modo con cui, secondo opinione corrente, hanno senso e ricevono conferma dall’esperienza.

Si consideri, ad es., il disposto di cui all’art. 2 della Carta, nella parte in cui parrebbe tenere nettamente distinta la condizione dei diritti inviolabili da quella dei doveri inderogabili di solidarietà. Una distinzione che, tuttavia, può tenersi ferma solo fino ad un certo punto ove si convenga a riguardo del fatto che – come si è tentato di mostrare altrove – in seno alla struttura dei diritti in parola si dà una componente deontica che vigorosamente sollecita chi ne gode a farli valere al massimo del formidabile potenziale espressivo di cui sono dotati. E ciò, per la elementare ragione che un ordinamento di tradizioni liberali, quale il nostro, può reggersi e trasmettersi integro nel tempo unicamente alla condizione che la pianta dei diritti fondamentali² sia messa in grado di crescere e dare frutto, non già che sia abbandonata a se stessa e, dunque, fatalmente condannata ad appassire.

Come si è altrove osservato, abbiamo insomma il *dovere di far valere i nostri diritti*: un dovere fondamentale, al pari dei diritti stessi, ponendosi – come si è veduto – in funzione servente del mantenimento dell’ordinamento e della sua indeclinabile vocazione a durare nel tempo.

È vero però anche l’inverso; e, per strano che possa per molti versi sembrare, abbiamo anche il *diritto di esercitare i nostri doveri*³; ed è – si faccia caso – un diritto gravante su *tutti* i componenti la comunità organizzata, tra i quali sono da annoverare pure gli stranieri stabilmente residenti nel territorio della Repubblica che, dunque, condividono con i cittadini parimenti residenti le esperienze di vita fondamentali, dalle quali dipende la maturazione ed affermazione della personalità di ciascun individuo e, con essa, la crescita complessiva della società⁴. Una precisazione, questa, a mio modo di vedere, di non secondario rilievo, dal momento che portata fino ai suoi ultimi e lineari svolgimenti fa gravare anche gli stranieri in parola dell’adempimento dei doveri inderogabili, persino di quello di

² Preferisco adoperare il sintagma che ora figura nel testo, al posto di altri quale quello di “diritti umani”, di solito – come si sa – ricorrente nei discorsi degli internazionalisti (ma v., tra i cultori del diritto costituzionale, V. ANGIOLINI, *Diritti umani. Sette lezioni*, Giappichelli, Torino 2012) o di altri ancora, come quello adoperato dalla stessa Carta costituzionale nell’art. 2, considerando l’attributo della “inviolabilità” una conseguenza della “fondamentalità” propria dei diritti in parola [ragguagli sul punto, se si vuole, nel mio *I diritti fondamentali, tra riconoscimento normativo ed effettività della tutela*, in *Nuove Autonomie*, 2/2022]. Quali diritti poi possano fregiarsi di siffatto attributo e come possa aversene il riconoscimento è questione teorica ad oggi animatamente discussa, il cui esame nondimeno obbligherebbe questo studio ad una deviazione marcata dal solco entro il quale è obbligato a svolgersi, qui dunque d’impossibile realizzazione.

³ Giusta l’impostazione ora data e alla luce degli svolgimenti da essa linearmente discendenti, se ne ha l’impossibilità di tenere rigorosamente distinte, in seno alle situazioni soggettive costituzionalmente riconosciute, quelle di natura attiva dalle passive; piuttosto, in relazione a ciascuna di esse e per le congiunture in cui è chiamata a farsi valere, può – questo sì – darsi diverso rilievo all’uno o all’altro profilo, nel senso che l’una componente (attiva) potrebbe presentarsi in forma maggiormente marcata dell’altra (passiva), e viceversa. Fa, nondimeno, difetto ad oggi uno studio a ciò specificamente dedicato.

⁴ È vero che gli stranieri, specie quelli componenti la prima generazione d’immigrati, tendono sovente a rinchiudersi in se stessi al fine di coltivare e promuovere la propria cultura e, per quanto possibile, impedirne l’assorbimento da parte di quella dominante nel posto in cui si stanziano. Come si viene dicendo nel testo, ad ogni buon conto essi ugualmente condividono con i cittadini le esperienze di vita fondamentali (istruzione, lavoro, cura della salute, ecc.). La qual cosa, peraltro, si rende ancora più evidente con riguardo agli immigrati di seconda e, più ancora, terza generazione, grazie alla formidabile forza di trascinamento esercitata dalla padronanza della lingua del posto, quale veicolo potente d’integrazione culturale. Gli esempi, di cui la cronaca non di rado rende dolorosa testimonianza, di giovani (specie di sesso femminile) fatti oggetto di violenze e persino uccisi dai familiari proprio perché aspiravano a condurre un regime di vita in tutto eguale a quello dei loro coetanei cittadini, sono assai eloquenti in tal senso.

difesa della patria che, secondo la comune opinione, sarebbe proprio dei soli cittadini. Non vedo, tuttavia, come si possa impedire a chi è minacciato dall'attacco del nemico nella sua stessa vita o in quella dei propri cari, oltre che nei beni posseduti, di difendersi al pari del (ed accanto al) cittadino. D'altronde, come si sa, le bombe che piovono dal cielo non chiedono il documento d'identità prima di esplodere...

Il vero è che un paradosso irrisolto si annida nella costruzione teorica corrente che seguita stancamente a disancorare lo *status* di cittadino dalla comunanza delle esperienze di vita fondamentali legate al territorio e, perciò, alla reciproca vicinanza di quanti in esso operano. Paradossale, insomma, è che gli stessi diritti politici del cittadino stabilmente residente entro i confini della Repubblica siano goduti anche dal cittadino nato e cresciuto all'estero, che se del caso non parla la nostra lingua e poco o nulla sa del quadro politico-sociale complessivo da noi esistente, mentre ne restino esclusi gli stranieri in parola⁵.

Forse, è dunque il caso di porsi il cruciale quesito se possa dirsi autenticamente democratico un ordinamento che non dà il giusto rilievo, in ordine al godimento dei diritti politici, al legame col territorio, in contraddizione peraltro col rilievo che a quest'ultimo è da assegnare quale elemento costitutivo dello Stato (e di altri enti): una contraddizione resa viepiù marcata e palese proprio nel contesto presente segnato da flussi imponenti di immigrazione cui si deve una trasformazione profonda della struttura stessa degli Stati nazionali, foriera di effetti ad oggi non in tutto esplorati, specie per le ulteriori conseguenze che possono da essi discendere nell'intero assetto della società e nei suoi più salienti sviluppi.

2. Distinzione e integrazione dei principi fondamentali (l'esempio dei rapporti tra unità-indivisibilità della Repubblica e autonomia)

Di qui, poi, la necessità di far luogo ad un complessivo ripensamento del dovere di fedeltà alla Repubblica⁶, non soltanto per l'aspetto dei soggetti chiamati al suo adempimento, dovendosi per le ragioni appena dette annoverarsi tra di essi anche gli stranieri stabilmente residenti nel nostro Paese, ma anche per ciò che attiene alle pratiche necessarie allo scopo, tra le quali, alla luce dei rilievi appena fatti, centrale rilievo è da assegnare a quelle volte alla integrazione degli immigrati, avuto specifico riguardo a coloro che hanno in animo di stanziarsi stabilmente nel territorio della Repubblica⁷.

La fedeltà alla Repubblica, poi, riconsiderata in prospettiva assiologicamente orientata, vale a dire nel suo disporsi al servizio, in primo luogo, dei valori che della Repubblica stessa sono il fondamento e la più genuina e qualificante espressione, rimanda essa pure alle attività necessarie alla salvaguardia ed alla integra trasmissione nel tempo dell'ordinamento, siano esse poste dai pubblici poteri che dalla

⁵ Questa è, ad ogni buon conto, secondo opinione corrente, la soluzione fatta propria dalla Carta (e dalla disciplina normativa che vi dà attuazione) che, pertanto, può essere cambiata unicamente battendo la via indicata nell'art. 138. Non contesto qui – sia chiaro, a scampo di ogni possibile fraintendimento del mio pensiero – quest'esito ricostruttivo, pur riservandomi di tornare a riflettere su di esso altrove; eppure, il testuale riferimento ai cittadini presente nell'art. 48 parrebbe non essere insuperabile per via interpretativa, sol che si pensi che lo è stato con riguardo ad altri enunciati costituzionali, pur se espressivi di principi fondamentali (si rammenti, in ispecie, la lettura ormai invalsa dell'art. 3).

⁶ Sul dovere in parola, dopo i noti studi di G. Lombardi e L. Ventura, rammento qui, part., quelli di A. MORELLI, del quale v., almeno, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Giuffrè, Milano 2013.

⁷ Ai migranti di passaggio, poi, occorre offrire ogni prestazione adeguata alla salvaguardia delle condizioni di vita dignitosa cui ogni essere umano, sol perché tale, ha diritto. Lo impone, appunto, il dovere di fedeltà alla Repubblica nel suo fare tutt'uno con quello di solidarietà che, nella sua emblematica e più qualificante espressione, naturalmente tende a convertirsi ed a risolversi in fraternità intimamente vissuta e praticata (in tema, per tutti, i contributi di F. PIZZOLATO, tra i quali *Il principio costituzionale di fraternità*, Città Nuova Editrice, Roma 2012; v., inoltre, utilmente, E. RESTA, *Il diritto fraterno*, Laterza, Roma-Bari 2005; AA.VV., *La fraternità come principio del diritto pubblico*, a cura di A. Marzanati e A. Mattioni, Città Nuova Editrice, Roma 2007, e I. MASSA PINTO, *Costituzione e fraternità. Una teoria della fraternità conflittuale: "come se" fossimo fratelli*, Jovene, Napoli 2011).

comunità. La fedeltà è, dunque, valore che in sé riassume e comprende i valori restanti, allo stesso tempo però ponendosi in funzione servente nei loro riguardi.

Questa è, d'altronde, la cifra identificante di ogni valore fondamentale e, per ciò pure, dei principi parimenti fondamentali che vi danno la prima, diretta e maggiormente qualificante specificazione-attuazione positiva. Ogni principio ha, infatti, una propria autonomia concettuale e positiva, non spiegandosi altrimenti la loro connotazione plurale e disposizione seriale in testa al libro costituzionale⁸. È però anche... *inautonoma*, concettualmente e positivamente, se è vero – com'è vero – che ciascuno di essi dà ai restanti e da questi riceve ciò che gli è necessario per la sua stessa messa a punto semantica ed ottimale affermazione, alle condizioni oggettive di contesto, nell'esperienza.

Riprendo al riguardo, per speditezza di analisi, alcuni esempi altrove fatti, riconsiderandoli ora dallo specifico angolo visuale e per le peculiari esigenze di questo studio.

Ebbene, si ponga mente al modo con cui l'unità-indivisibilità della Repubblica entra in rapporto, per un verso, con l'autonomia e, per un altro verso, con i principi di libertà ed eguaglianza⁹. Per l'uno aspetto, si tratta non già – come, invece, comunemente si pensa – di due valori in potenziale, perenne ed irriducibile conflitto bensì dei due profili di un unico, internamente articolato valore, l'unità facendosi ed incessantemente rinnovandosi col fatto stesso della promozione dell'autonomia e quest'ultima assumendo senso unicamente nella cornice della prima. L'autonomia è, dunque, sì, tenuta a prestare rispetto all'unità e, però, allo stesso tempo, la fa ed incessantemente rinnova, così come le prestazioni riconducibili all'unità stessa sono chiamate a mostrarsi rispettose dell'autonomia e, al contempo, a darne la massima promozione possibile.

Per altro verso, è da considerare che la Repubblica non è una ed indivisibile unicamente in quanto (e fintantoché) ne è preservata l'integrità territoriale e, con essa, l'identità costituzionale che ad essa è inscindibilmente legata ma anche per il fatto che i componenti la comunità politicamente organizzata godono dei medesimi diritti fondamentali e sono gravati dei medesimi doveri inderogabili di reciproca solidarietà; e molto a questo fine può appunto fare l'autonomia che resta priva di senso se intesa e fatta valere in modo autoreferenziale, assumendo piuttosto significato per il suo porsi in funzione servente dei valori fondamentali di libertà ed eguaglianza, costitutivi – piace a me dire – della *coppia assiologica fondamentale* dell'ordinamento, a motivo del flusso ininterrotto di mutue implicazioni che tra di essi s'intrattengono¹⁰.

Si coglie in ciò un paradosso di cruciale rilievo teorico e dai non pochi, rilevanti risvolti per la pratica giuridica e le sue complessive esigenze.

L'autonomia ha infatti la sua ragion d'essere nel servizio che, utilizzata a modo nel suo formidabile potenziale¹¹, è in grado di offrire alla coppia suddetta, in vista dell'ottimale appagamento di alcuni

⁸ In realtà, principi fondamentali si rinvencono anche al di fuori dei primi dodici articoli della Carta e, comunque, il peculiare regime di cui essi godono si estende altresì a norme in sé e per sé inespressive di principi che tuttavia si reputino idonee a darvi la prima, diretta e necessaria specificazione-attuazione. Come, poi, riconoscerle senza soverchie incertezze è questione che, nuovamente, dev'essere rimandata ad una sede scientifica ad essa dedicata.

⁹ Le notazioni che seguono sono riprese, con ulteriori precisazioni, da precedenti miei studi, spec. da *Il valore di "unità-autonomia" quale fondamento e limite dei giudizi in via d'azione e della "specializzazione" dell'autonomia regionale (prime notazioni)*, in AA.VV., *Il regionalismo italiano alla prova delle differenziazioni*, a cura di M. Cosulich, Editoriale Scientifica, Napoli 2021, 429 ss., e già in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 3/2020, 28 settembre 2020, 100 ss.; *Autonomia e unità-indivisibilità della Repubblica: il modello costituzionale alla prova dell'emergenza*, in Dirittifondamentali.it, 3/2020, 18 ottobre 2020, 132 ss.; *Sovranità e autonomia regionale, dal modello costituzionale al tempo dell'emergenza (prime notazioni)*, in *Nuove Autonomie*, 1/2021, 113 ss.

¹⁰ In tema, v., part., G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari 2009.

¹¹ Purtroppo, rilevante resta lo scarto, che va anzi sempre di più aggravandosi, tra il modello, qui nei suoi lineamenti essenziali sommariamente descritto, ed un'esperienza che appare essere dallo stesso significativamente discosta, specie a motivo della ormai endemica crisi della rappresentanza politica di cui si hanno tangibili ed inequivoche testimonianze ad ogni livello istituzionale, centrale o periferico che sia. Se e come vi si possa porre almeno in parte rimedio, contenendo (se non pure eliminando) i guasti maggiormente evidenti discendenti da siffatto stato di cose, è la grande, irrisolta questione costituzionale del tempo presente. Qui pure – com'è chiaro – si tocca con mano un paradosso del sistema

dei bisogni maggiormente diffusi e avvertiti dalle popolazioni locali¹², concorrendo dunque, per la sua parte, a dare pratico senso ai diritti fondamentali e ad eliminare le cause di diseguaglianza profondamente radicate nel tessuto sociale¹³. Al tempo stesso, però, per il mero fatto della sua esistenza e specie laddove sia portata ad incisive applicazioni, l'autonomia può recare (ed effettivamente reca) un *vulnus* palese ai diritti ed all'eguaglianza a motivo delle sue differenziate e, per dir così, "graduate" realizzazioni. La più sensibile dottrina¹⁴ ha prodotto – come si sa – sforzi notevoli al fine di evitare quest'esito ed accreditare così l'idea che l'autonomia non costituisca un elemento spurio del sistema bensì si inserisca a pieno titolo tra i principi di base dell'ordinamento costituzionale, coniugandosi armonicamente con i principi restanti e facendo con essi "sistema", sì da concorrere – come si diceva – per la sua parte alla incessante rigenerazione semantica ed ottimale affermazione del sistema stesso nella sua totalità significativa. È però un dato innegabile che, per il modo con cui gli strumenti facenti capo all'autonomia sono utilizzati, si abbiano discriminazioni *di fatto* nel trattamento complessivo riservato ai componenti la comunità a seconda dei luoghi in cui siano stanziati e delle misure, normative ed amministrative, cui vadano pertanto soggetti.

Ora, è bene che si abbia piena avvertenza del fatto che, risultando differenziati e *quodammodo* graduati i diritti e l'eguaglianza, ne risente comunque anche il primo dei valori fondanti la Repubblica, quello democratico, non a caso menzionato in testa alla Carta unitamente al bene-valore del lavoro, fonte vitale di un'esistenza "libera e dignitosa", come mirabilmente la qualifica l'art. 36 della Carta stessa.

Un esito, questo, paradossale appunto, sol che si pensi che, grazie all'autonomia ed alla previsione delle sedi istituzionali in cui essa si appunta ed afferma, per un verso, se ne ha la promozione del valore democratico, specie nella sua forma della ottimale partecipazione delle comunità stanziate sul territorio al governo della cosa pubblica, e però, per un altro verso, lo stesso risente della differenziata salvaguardia dei diritti e dell'eguaglianza.

3. Il paradosso insito nel principio del divieto di mandato imperativo, idoneo a porsi al servizio del valore democratico e, però, allo stesso tempo a pregiudicarlo

Plurime testimonianze, d'altronde, possono addursi, in aggiunta a quanto si è fin qui venuti dicendo, a riprova dei paradossi che si annidano nella struttura internamente composta del valore democratico. Mi limito ora solo ad accennare ad una questione di centrale rilievo ad oggi rimasta insoluta e temo che tale possa restare a lungo.

Si pensi, dunque, ad una delle maggiori espressioni del valore in parola, quale si ha per il tramite della rappresentanza politica. Quando si dice democrazia, infatti, è proprio a quella c.d.

politico-istituzionale, dal momento che i responsabili dei guasti in parola sono proprio coloro che dovrebbero eliminarli; ed è da temere che a ciò si voglia porre mano con lo stesso metodo del Barone di Münchhausen... Non mi sembra, dunque, francamente infondato il sospetto che manchi non soltanto la capacità di progettazione delle soluzioni allo scopo praticabili ma, prima e peggio ancora, la volontà di porre mano alla loro ricerca e, quindi, di metterle a punto come si conviene e farne retta applicazione.

¹² ... e segnatamente, appunto, di quelli in relazione ai quali l'autonomia è riconosciuta idonea a farsi valere: questione, questa, come si sa, di grave impegno teorico, rimandando alla interpretazione delle etichette presenti negli enunciati indicativi dei campi materiali rimessi alla coltivazione degli enti dotati di autonomia ed *ex adverso* dello Stato.

¹³ Sull'apporto recato dall'autonomia, specie nella sua dimensione regionale, alla salvaguardia dei diritti, v., almeno, il corposo studio curato da A. Morelli e L. Trucco su *Diritti e autonomie territoriali*, Giappichelli, Torino 2014, che racchiude in sé un'autentica miniera di dati di considerevole interesse; consiglieri, pertanto, di far luogo al loro aggiornamento alla luce delle novità nel frattempo registratesi nelle discipline adottate in sede locale.

¹⁴ Mi si conceda qui di fare solo un nome, quello del mio compianto Maestro, T. MARTINES, che allo studio dell'autonomia, specie nella sua conformazione come "politica" per il tramite dell'azione regionale, ha offerto contributi di speciale rilievo (per tutti, v., almeno il suo *Studio sull'autonomia politica delle Regioni in Italia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, 100 ss., nonché in *Opere*, III, Giuffrè, Milano 2000, 293 ss.).

“rappresentativa” che in primo luogo si pensa: una forma, di certo, imperfetta e gravata da non poche ipoteche di ordine politico-istituzionale che hanno fin qui impedito, da noi come altrove, che essa potesse affermarsi nella pienezza del significato evocato dal sostantivo di cui dà la qualificazione. D'altronde, le altre specie di democrazia, la diretta e la pluralista¹⁵, per l'uno o per l'altro verso, vanno incontro a limiti corposi di rendimento, nel mentre la c.d. democrazia elettronica, per le realizzazioni concrete ad oggi avute, appare essere una specie di democrazia diretta solo apparente, risolvendosi piuttosto in un'autentica mistificazione, ovverosia in una vera e propria olocrazia¹⁶.

Ebbene, uno dei tratti maggiormente caratterizzanti il *munus* parlamentare è dato – com'è noto – dal divieto di mandato imperativo: un istituto dalle risalenti e nobili origini¹⁷, di certo al servizio della democrazia, per il fatto stesso di porsi a salvaguardia dei rappresentanti e, per ciò pure, dell'organo da essi composto e delle funzioni che gli sono assegnate. In questo, infatti, l'istituto in parola ha la sua ragion d'essere, in vista della ottimale formazione della volontà politica del Parlamento, al servizio dei più diffusi ed avvertiti bisogni della comunità governata. Sennonché, per effetto dello scioglimento dal vincolo di mandato, non infrequenti e repentini (specie proprio nelle ultime legislature) sono stati (e seguitano ad essere) i cambi di casacca politica dei rappresentanti¹⁸, espressivi agli occhi di coloro che ne hanno determinato la elezione di una vera e propria frode politica perpetrata a loro danno. E così – piaccia o no – stanno invero le cose, a chiamarle con il loro giusto nome¹⁹, sol che si ammetta – come devesi – che il voto degli elettori si appunta, sì, *anche* sulle persone ma principalmente s'indirizza nei riguardi dei partiti sotto le cui bandiere i candidati si presentano, sottoponendosi al verdetto popolare.

Insomma, il divieto di mandato imperativo è, per la sua parte, forma della democrazia, connotando l'istituto della rappresentanza politica, ma, portato fino alle sue ultime e lineari applicazioni, può non di rado risolversi (ed effettivamente si risolve) in un *vulnus* grave e – come si diceva – forse irreparabile per la stessa, con riflessi peraltro di rilevante portata, seppur non immediatamente visibili, a carico dei valori restanti, con i quali quello democratico fa “sistema”.

4. Il carattere parziale e non autosufficiente dei principi fondamentali, norme le più forti e, allo stesso tempo, le più deboli dell'ordinamento

Dopo le cose qui sommariamente dette, non occorre – a me pare – spendere altre parole ad ulteriore riprova del fatto che i valori fondamentali positivizzati compongono un fascio unitario ed inscindibile

¹⁵ Mi rifaccio qui, come si vede, ad una tripartizione con esemplare chiarezza illustrata da T. MARTINES, in più scritti, tra i quali *Diritto costituzionale*¹⁶, a cura di G. Silvestri, Giuffrè - Francis Lefebvre, Milano 2022, 202 s.

¹⁶ ... come si sa, messa a nudo ed avversata con penetranti rilievi da A. SPADARO (*Contributo per una teoria della Costituzione*, I, *Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Giuffrè, Milano 1994) nella critica di alcune mirabili pagine di H. Kelsen dedicate al passo giovanneo del processo a Gesù.

¹⁷ In tema, per tutti, v., almeno, R. SCARCIGLIA, *Il divieto di mandato imperativo. Contributo a uno studio di diritto comparato*, Cedam, Padova 2005; v., inoltre, utilmente, la Ricerca 2019, condotta in seno al Seminario di studi e ricerche parlamentari “S. Tosi”, su *Il divieto di mandato imperativo: un principio in discussione*, a cura di P. Caretti, M. Morisi e G. Tarli Barbieri, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2019. Infine, L. PEDULLÀ, *Contributo allo studio sul divieto di mandato imperativo. Dalle liste bloccate alle primarie*, Torre, Catania 2011.

¹⁸ Ben 456 nel corso della XVIII legislatura, secondo un dato riferito da *Openpolis*, 7 settembre 2022; 468, invece, a quanto ne dice G. DE ROSA, *Un Parlamento e 468 cambi di casacca: storia di una legislatura*, in *Il Foglio*, 15 settembre 2022; in tema, v., inoltre, F. GONZATO - L. LOGUERCIO, *Dal 2018 i “cambi di casacca” in Parlamento sono stati più di 400*, in *Pagella Politica*, 4 agosto 2022, e A. CERON - E. VOLPI, *La reazione dei partiti ai cambi di casacca*, in *lavoce.info*, 24 agosto 2022.

¹⁹ Non infrequente e francamente penosa è la giustificazione addotta a sostegno dei cambiamenti in parola da chi li pone in essere, che rinverrebbe la sua causa efficiente in un mutamento di rotta del partito, per cui il “tradimento” sarebbe da imputare a quest'ultimo, non già a chi si sposta da una formazione politica all'altra. Certo è, però, che allorquando uno stesso rappresentante vi fa luogo con una certa frequenza, qualche dubbio sulla bontà della giustificazione in parola per vero rimane. Ad ogni buon conto, come che stiano al riguardo le cose, il valore democratico comunque ne soffre; e tanto basta ai fini del discorso che si va ora facendo.

nelle sue parti, di modo che l'affermazione di uno di essi ridonda a beneficio di tutti gli altri, così come i sacrifici patiti parimenti si riflettono a carico di tutti. E ciò – si faccia caso – malgrado i casi della vita obblighino a quotidiane e rilevanti operazioni di reciproco “bilanciamento” – come suole essere chiamato²⁰ – i valori stessi (e, perciò, i principi e le norme in genere che vi danno voce, in primo luogo, nella Carta e, quindi, discendendo nelle fonti poste in essere in vista della loro specificazione-attuazione). Astraendo tuttavia dai casi e dalle mobili composizioni su basi di valore dagli stessi sollecitate, è sicuro che la crescita di ciascuno dei valori fondamentali porti ad un arricchimento del patrimonio assiologico di cui godono i componenti la comunità e quest'ultima nella sua interezza, così come l'impoverimento dello stesso ridonda e si converte in un complessivo pregiudizio. Un esito, questo, di cui si è avuta, ancora da ultimo, riprova con la modifica operata dell'art. 9 (e 41) della Carta, volta a far ulteriormente espandere le potenzialità espressive racchiuse nel quadro costituzionale disegnato dal Costituente²¹. Ed è bensì vero che dell'ambiente si è fatta parola in sede di rifacimento del Titolo V ma – com'è chiaro – non è affatto la stessa cosa che esso trovi ora posto tra i principi fondamentali²².

Ora, i principi stessi – preme qui mettere in particolare risalto –, proprio a motivo della loro peculiare natura e funzione, si rivelano essere parziali e non autosufficienti. Costituiscono, infatti, secondo la comune opinione, le norme più *forti* dell'ordinamento, si da resistere ad ogni innovazione positiva volta a pregiudicarne il vigore, ovvero sia – come si è detto da un'accreditata dottrina – avente finalità di “restaurazione”²³, nel mentre non soltanto non si oppongono a modifiche volte alla ulteriore dilatazione della struttura nomologica degli enunciati che le esprimono ma anzi – come si è tentato di mostrare altrove²⁴ – vigorosamente le sollecitano o, diciamo pure, le impongono²⁵.

²⁰ In realtà, il lemma in parola parrebbe rimandare a soluzioni costantemente mediane ed ottimali di composizione assiologica, laddove non di rado (e, forse, il più delle volte) si assiste a squilibrate affermazioni di un valore rispetto ad altri con i quali si trovi occasionalmente in conflitto e, persino, al totale sacrificio di uno o più di essi, obbligati a farsi da canto per dar modo al valore giudicato meritevole di prioritaria affermazione di potersi fare valere. Quali, poi, possano essere i criteri o i parametri di riferimento proficuamente utilizzabili allo scopo è questione teorica il cui esame porterebbe, ancora una volta, questo studio a portarsi molto oltre l'*hortus conclusus* entro il quale è tenuto a stare. Deve, nondimeno, far molto riflettere la circostanza per cui, in mancanza di altro, il più delle volte si finisce col fare appello a quell'autentico *deus ex machina* che è il canone della ragionevolezza che somiglia molto all'“essenziale ... invisibile agli occhi” di *Il piccolo principe* di Antoine de Saint-Exupéry.

²¹ Prendo qui partito – come si vede – a favore di una ricostruzione teorica che è per vero assai discussa. Come si passa subito a dire, l'innovazione apportata all'art. 9 della Carta – secondo la lettura prospettata in alcuni commenti – non parrebbe tuttavia avere particolari conseguenze, specie laddove ad essa si assegni valore minimale, quale mera esplicitazione cioè di concetti implicitamente deducibili dal dettato costituzionale (ma v. quanto se ne dice al riguardo subito nel testo).

²² Non si trascurino, poi, le ulteriori novità introdotte dalla legge cost. n. 1 del 2022, col riferimento in essa fatto alle generazioni future ed alla tutela degli animali, da cui possono farsi discendere consistenti obblighi sia di *facere* che di *non facere*.

²³ Così, part., G. SILVESTRI, *Spunti di riflessione sulla tipologia e i limiti della revisione costituzionale*, in *Studi in onore di P. Biscaretti di Ruffia*, II, Giuffrè, Milano 1987, 1183 ss., spec. 1206; se si vuole, possono poi vedersi talune precisazioni che sono nei miei *Revisioni formali, modifiche tacite della Costituzione e garanzie dei valori fondamentali dell'ordinamento*, in *Dir. soc.*, 4/2005, 451 ss., e *Tre questioni in tema di revisione costituzionale*, in AA.VV., *Alla prova della revisione. Settanta anni di rigidità costituzionale*, a cura di U. Adamo - R. Caridà - A. Lollo - A. Morelli - V. Pupo, Editoriale Scientifica, Napoli 2019, 367 ss.

²⁴ Raggiugli sul punto di cruciale rilievo nel mio [I principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale tra interpretazioni storicamente orientate e revisioni a finalità espansiva](#), in questa [Rivista](#), 2022/II, 473 ss.

²⁵ Che, poi, come sempre si ha in presenza di obblighi di *facere* in genere imposti al legislatore, non si diano rimedi efficaci a fronte della perdurante inerzia e refrattarietà al loro adempimento è un discorso – come si sa – già molte volte fatto, senza che peraltro ad oggi la riflessione teorica sul punto abbia prodotto risultati concretamente tangibili ed apprezzabili.

Ad ogni buon conto, non si trascuri la sana avvertenza fatta dalla migliore dottrina a tenere distinta la prescrittività del comportamento dalla esistenza di un efficace corredo sanzionatorio posto a suo presidio. L'una, infatti, non cessa di sussistere sol perché, in tutto o in parte, difettoso appare essere l'altro.

Le norme in parola sono però anche – è qui il paradosso – le più *deboli*, sol che si pensi che, prima (e più ancora) di altri disposti della Carta, quelli ad essi relativi, per un verso, richiedono di appoggiarsi gli uni agli altri e, persino, di integrarsi reciprocamente al fine della loro stessa messa a punto semantica, ancora prima che della ottimale implementazione nell’esperienza. Per un altro verso, poi, al medesimo fine, hanno bisogno di essere opportunamente specificati ed attuati, con norme costituzionali in prima battuta²⁶ e, a seguire, con norme di grado sottostante, oltre che a mezzo di atti e comportamenti in genere congrui ed efficaci adottati dai pubblici poteri (giudici ed amministratori) come pure dai privati, senza di che, a mo’ di sacchi vuoti, sarebbero fatalmente condannati a crollare al suolo ed a restare pertanto privi di qualsivoglia capacità d’incidenza sulle dinamiche ordinamentali in genere.

La circolarità dell’esperienza giuridica, specie nelle sue più rilevanti manifestazioni, è – come si sa –, ormai da quasi un secolo a questa parte, un dato metodico-teorico acquisito che connota e permea l’ordinamento nella sua interezza²⁷. E, tuttavia, è proprio nelle dinamiche interpretative facenti capo ai principi che si coglie con immediata evidenza il bisogno di ciascuno di essi di fare “sistema” con gli altri aventi la sua stessa natura, nonché con i disposti, costituzionali e non, che vi danno la prima, diretta e necessaria specificazione-attuazione.

È dunque al piano della teoria della interpretazione, più (o anzi) che a quello della teoria delle fonti, che si coglie ed apprezza la condizione strutturale di vulnerabilità e debolezza dei principi, ancora più pronunciata di quella che è comunque propria di ogni disposto normativo, per il solo fatto che tutti si consegnano agli interpreti al fine della loro ricognizione semantica. Una debolezza – non è inopportuno qui rammentare – che si rende manifesta per effetto delle sostanziali manipolazioni cui le statuizioni di principio vanno soggette non soltanto per mano dei decisori politici ma persino degli stessi organi di garanzia, a partire dal giudice costituzionale, le cui pronunzie – non è superfluo qui rammentare – si sottraggono a qualsivoglia forma di “impugnazione”²⁸.

5. Di alcune manipolazioni semantiche patite dai principi fondamentali per mano della giurisprudenza costituzionale (con specifico riguardo al piano delle relazioni interordinamentali)

Ebbene, delle manipolazioni in parola si hanno plurime testimonianze riguardanti praticamente ogni ambito materiale di esperienza, seppur per vero talora abilmente occultate grazie ad un uso sapiente e raffinato delle tecniche argomentative²⁹. Ed è interessante notare che, per effetto della loro

²⁶ L’adozione di fonte costituzionale – tengo qui, ancora una volta, a precisare – è, a mio modo di vedere, richiesta, in particolare, per un’adeguata specificazione dell’art. 2, in sede dunque di previsione dei c.d. nuovi diritti fondamentali. La qual cosa, tuttavia, per plurime ragioni altrove indagate, non è stato e non è (ulteriori svolgimenti sul punto, *infra*).

²⁷ Rammento qui la formidabile intuizione racchiusa nella *durchgehende Korrelation* tra le fonti di russiana memoria (v., dunque, ancora una volta, A. ROSS, *Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlagen dogmenhistorischer Untersuchungen*, Deuticke, Leipzig-Wien 1929).

²⁸ Sul peculiare significato che il termine acquista nelle esperienze della giustizia costituzionale possono, volendo, vedersi i miei *Storia di un “falso”. L’efficacia inter partes delle sentenze di rigetto della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano 1990, e *Ripensando alla natura della Corte costituzionale, alla luce della ricostruzione degli effetti delle sue pronunzie e nella prospettiva delle relazioni con le Corti europee*, in AA.VV., *La Corte costituzionale vent’anni dopo la svolta*, a cura di R. Balduzzi, M. Cavino e J. Luther, Giappichelli, Torino 2011, 349 ss.

²⁹ Sul rilievo della parte motiva delle pronunzie del giudice costituzionale, per tutti, v. AA.VV., *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, a mia cura, Giappichelli, Torino 1994, e A. SAIITA, *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano 1996. Per un raffronto con le tecniche interpretative e argomentative di *common law*, v. V. VARANO, *Regola del precedente, overruling, giustizia predittiva*, in AA.VV., *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il diritto giurisprudenziale*, a cura di V. Messerini - R. Romboli - E. Rossi - A. Sperti - R. Tarchi, University Press, Pisa 2020, 173 ss.; pure *ivi*, V. FREDIANELLI, *L’uso del precedente interno da parte della Corte suprema statunitense: la vicenda del prospective overruling*, 221 ss., e V. BARSOTTI, *Diritto giurisprudenziale e comparazione giuridica*, 245 ss.; infine, G. ROMEO, *L’argomentazione costituzionale di common law*, Giappichelli, Torino 2020.

messa in atto, vengono a prendere forma alcuni paradossi di non poco rilievo sia per la teoria costituzionale che per alcune pratiche giuridiche di particolare spessore e significato.

Faccio solo ora un paio di esempi relativi a talune questioni di centrale importanza riguardanti lo svolgimento delle relazioni interordinamentali.

Si pensi, dunque, alla condizione riservata in ambito interno al diritto (ieri comunitario ed oggi) eurounitario per un verso, al diritto convenzionale (con specifico riguardo alla CEDU) per un altro.

Per il primo aspetto, in disparte la “invenzione” della copertura offerta al diritto sovranazionale dall’art. 11, frutto di una evidente riscrittura dell’enunciato costituzionale³⁰, si considerino solo, in primo luogo, le aporie di costruzione insite nella teorizzazione dei “controlimiti”³¹, quale argine positivo all’ingresso di norme dell’Unione giudicate irrispettose dei principi fondamentali di diritto interno e, secondariamente, il modo con cui si è argomentato l’utilizzo delle tecniche decisorie di risoluzione delle antinomie tra le norme dei due ordinamenti.

Come vado dicendo da tempo, si fatica invero a capire la ragione che porta il principio fondamentale di cui all’art. 11 a dover sottostare *per sistema* ad altri principi aventi la sua stessa natura e forza, in disprezzo dell’aureo insegnamento che esclude una sistemazione di stampo gerarchico degli stessi, con la conseguente affermazione “tirannica” di uno o più di essi a discapito di altri. Di contro, la “logica” che governa le dinamiche della normazione e dell’applicazione riguardanti i principi è – come si sa – quella della loro mobile combinazione in ragione dei casi e, dunque, del loro mutuo “bilanciamento”. E se le cose stanno così, ciò che vale – potrebbe dirsi, seppur con un bisticcio di parole, *in via di principio* – per le questioni di esclusivo rilievo interno non si vede perché non dovrebbe valere pari pari per quelle che si pongono al piano delle relazioni interordinamentali.

Di qui, piana discende – a me pare – la conclusione per cui non già una qualsivoglia incompatibilità di norma sovranazionale nei riguardi di questo o quel principio fondamentale giustifica il ricorso all’arma dei “controlimiti”. Di contro, essa appare suscettibile di essere messa in campo unicamente laddove dovesse reputarsi che, per effetto dell’ingresso di norma sovranazionale, la tavola dei principi fondamentali, *riguardata nella sua interezza*, patisca una incisione maggiore di quella dei benefici che potrebbero derivarne per questo o quel principio, e naturalmente viceversa: potendosi (e dovendosi) fare utilizzo nella pratica giuridica di norme dell’Unione, *seppur incompatibili con singoli principi*, che si presentino idonee ad offrire all’*insieme* dei principi un servizio ancora maggiore di quello suscettibile di aversi senza di esse e ad opera di norme interne con esse confliggenti, e segnatamente offrire l’ottimale appagamento, alle condizioni oggettive date, ai valori fondamentali di libertà ed eguaglianza³².

³⁰ ... a conti fatti, giustificabile con la formazione di una *consuetudine culturale*, frutto dell’apporto congiunto di una consistente schiera di studiosi e della Corte costituzionale, con il fattivo supporto assicurato a quest’ultima dai giudici comuni: una consuetudine che, perlomeno ad oggi, parrebbe resistere ai tentativi da più parti fatti per rimetterla in discussione (ma v., sul punto, anche *infra*).

³¹ ... a riguardo della quale, nella ormai incontinentabile lett., v., almeno, S. POLIMENI, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del “dialogo” tra le Corti*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018; D. PELLEGRINI, *I controlimiti al primato del diritto dell’Unione europea nel dialogo tra le Corti*, Firenze University Press, Firenze 2021; A. LO CALZO, *Dagli approdi giurisprudenziali della Corte costituzionale in tema di controlimiti alle recenti tendenze nel dialogo tra le Corti nel contesto europeo*, in federalismi.it, 1/2021, 13 gennaio 2021, 85 ss. e, da ultimo, G. SCACCIA, *Il controllo della legittimità costituzionale del diritto dell’Unione europea*, relaz. all’incontro di studi su *Diritto europeo e legalità costituzionale a trent’anni dal volume di Pietro Perlingieri*, Università Politecnica delle Marche (San Benedetto del Tronto), 9-10 settembre 2022, in *paper*.

³² D’altronde, le limitazioni di sovranità insite nel principio fondamentale di apertura al diritto internazionale e sovranazionale rinvengono la loro ragion d’essere nel bisogno di spianare il terreno all’ingresso di norme in grado di porsi al servizio della coppia assiologica di libertà ed eguaglianza e, in genere, della Costituzione come “sistema” dei valori fondamentali di stampo liberal-democratico.

Prospettare perciò – come si è talora fatto – innovazioni all’art. 11 volte a svuotare del suo genuino e pregnante significato il principio suddetto, nel segno di una impossibile involuzione o – per dirla con G. Silvestri – “restaurazione”

Una irrisolta aporia di costruzione si rinviene, poi, nella impostazione data dalla Consulta in merito all'utilizzo delle tecniche di risoluzione delle antinomie, specie per effetto del nuovo corso inaugurato da [Corte cost. n. 269 del 2017](#)³³. Ancora una volta, infatti, ne soffre l'art. 11 che subisce una parziale (e, nondimeno, significativa) delimitazione della sua attitudine a porsi a fondamento del vigore del diritto sovranazionale in ambito interno: una delimitazione – si badi – dallo stesso non autorizzata. Se, infatti, la regola è quella per cui delle norme dell'Unione *self-executing* deve subito farsi applicazione in vece di quelle interne con esse incompatibili, non si vede quale precetto della stessa Unione o di norma costituzionale abiliti a far luogo allo scostamento dal canone in parola in relazione non soltanto – si faccia caso – a disposti della Carta di Nizza-Strasburgo giudicati idonei ad essere portati ad immediata applicazione³⁴ ma persino a norme di diritto derivato alle prime *quodammodo* “connesse”³⁵. Né si vede quale sia mai la norma che riconosca in capo all'operatore nazionale la facoltà di determinarsi circa l'ordine di priorità con il quale investire la Corte costituzionale ovvero la Corte dell'Unione per i casi di c.d. “doppia pregiudizialità”, così come invece stabilito dalla Consulta nel 2019, che finisce per rendere casuale l'utilizzo delle tecniche di risoluzione delle antinomie e, per ciò pure, la produzione degli effetti dalle stesse discendenti³⁶.

Infine, ancora una volta, non si capisce perché mai la stessa Carta dei diritti dell'Unione, cui – come si è rammentato – è espressamente riconosciuto carattere *tipicamente* costituzionale, debba considerarsi provvista del medesimo rango di ogni altra fonte sovranazionale e, perciò, tenuta *per sistema* a prestare osservanza alla Carta costituzionale (seppur limitatamente ai suoi principi fondamentali³⁷), trascurandosi la circostanza per cui – come si diceva – è solo caso per caso che può stabilirsi dove si situi la maggior tutela per la tavola dei valori fondamentali positivizzati nella sua totalità significativa.

Quest'ultimo appunto può pari pari dirigersi nei riguardi dell'assetto stabilito dal giudice costituzionale in merito ai rapporti tra norme interne e CEDU (e, a mia opinione, ogni altra Carta dei diritti).

ordinamentale, appare essere intrinsecamente, irriducibilmente contraddittorio: suonerebbe, infatti, quale contestazione della essenza della Costituzione, spiegabile pertanto unicamente con l'avvento di un nuovo fatto costituente.

L'appartenenza all'Unione europea, insomma, è una conquista irreversibile, che astrattamente si presta ad essere rimessa in discussione unicamente laddove si dimostri – ma è ipotesi, a mia opinione, francamente inverosimile – che l'Unione stessa si è ormai commutata, snaturandosi, in altro da sé, smarrendo il marchio d'origine, qualificante, proprio delle liberal-democrazie, che la connota e ne governa gli svolgimenti storico-concreti (condivido, perciò, e interamente sottoscrivo quanto ha al riguardo efficacemente detto A. MORRONE, *La Costituzione secondo la premier in pectore annulla i limiti al potere e le garanzie*, in [Domani](#), 30 settembre 2022 in merito al carattere intrinsecamente contraddittorio di un progetto di legge, primo firmatario G. Meloni, che vorrebbe piegate le norme dell'Unione alla loro compatibilità, tra gli altri, con il principio di sovranità).

³³ Delle tecniche in parola ha, ancora di recente, trattato G. SCACCIA, nello scritto sopra cit., con impostazione e svolgimenti teorico-ricostruttivi tuttavia distanti da quelli presenti in alcuni miei studi sul tema.

³⁴ Proprio qui – se ci si pensa – è il *punctum crucis* della questione ora nuovamente discussa, perché la vera ragione che ha indotto la Consulta alla manovra di “riaccentramento” – come suole essere chiamata – messa in atto nel [2017](#) sta, con ogni verosimiglianza, nella indisponibilità a dare seguito alle indicazioni venute dalla Corte dell'Unione, nella parte in cui riconosce l'attitudine della Carta di Nizza-Strasburgo ad esprimere, al pari di alcune fonti di diritto derivato, norme *self-executing*, applicandosi pertanto ad esse la tecnica usuale di risoluzione delle antinomie in generale valevole per siffatta specie di norme, in vece del sindacato di costituzionalità messo in atto dalla Consulta.

³⁵ Questa, infatti, come si sa, la qualifica datane, con una irrisolta e sommamente rischiosa ambiguità concettuale, da [Corte cost. n. 20 del 2019](#).

³⁶ È chiaro, infatti, che, accordandosi la precedenza alla pregiudiziale sovranazionale, dalla risposta venuta da Lussemburgo potrebbe, se del caso, discendere l'immediata applicazione della norma sovranazionale, senza che dunque ne possa risultare investita la Consulta, salvo che la risposta stessa induca ad azionare l'arma dei “controlimiti”. Naturalmente, come si sa, non è questa la sola evenienza possibile.

³⁷ Ciò che, poi, ogni volta ripropone la micidiale questione teorica relativa al loro riconoscimento, specie ove si consideri che – come si è fatto poc'anzi notare – il vincolo del rispetto potrebbe estendersi altresì a norme (costituzionali e non) in sé e per sé inespressive di principi che tuttavia di questi ultimi danno la *prima, diretta e necessaria* specificazione-attuazione, la loro violazione pertanto ridondando in violazione dei principi stessi nel loro fare “sistema”.

Qui, anzi, l'aporia di costruzione si rende ancora più marcata ed evidente, sol che si consideri la qualifica di fonte "subcostituzionale" data alla Convenzione³⁸. Una qualifica, peraltro, stranamente giudicata valevole al piano della teoria delle fonti ma destinata a restare in buona sostanza priva di effetti al piano della teoria della interpretazione: vuoi per il fatto che non si nega (e anzi si conferma) che la Carta di Nizza-Strasburgo debba essere interpretata e fatta valere in senso conforme alla Convenzione, così come peraltro la stessa prescrive³⁹, con la sola eccezione che si presenti idonea ad innalzare rispetto a quest'ultima il livello della tutela dei diritti⁴⁰, e vuoi perché proprio questo canone, per la natura assiologico-sostanziale che lo contraddistingue, è strutturalmente incompatibile con ogni sistemazione d'ispirazione formale-astratta. Ammettendo, infatti, esplicitamente che norme di legge comune possano prevalere (ed effettivamente prevalgano) su norme convenzionali, in deroga al disposto di cui all'art. 117, comma 1, e, prima ancora, ovviamente, a quello di cui all'art. 11, la Consulta, per un verso, mette risolutamente da canto la qualificazione della CEDU quale fonte "subcostituzionale", nel mentre, per un altro verso, spiana la via – piaccia o no – alla generalizzata applicazione del canone della miglior tutela, anche dunque al piano dei rapporti tra la CEDU stessa e la Costituzione.

Il vero è che le norme in campo possono ogni volta giocare la partita alla pari, in vista della ottimale affermazione della coppia assiologica fondamentale di libertà ed eguaglianza, laddove è il fondamento del principio della massimizzazione della tutela: un autentico "metaprincipio" – si è detto altre volte –, siccome volto alla mobile combinazione dei principi fondamentali in ragione dei casi⁴¹.

³⁸ ... perciò tenuta – si dice – al rispetto di ogni norma costituzionale e non soltanto dei principi fondamentali, come invece si ha per la Carta dell'Unione. Si è, nondimeno, fatto in altri luoghi notare che, per gli oggetti della loro disciplina e, soprattutto, per il linguaggio *per essentialia* adoperato, la Convenzione e le Carte dei diritti in genere sono naturalmente portate a confrontarsi pur sempre con i principi fondamentali o, comunque, con norme dagli stessi "coperte".

³⁹ Ciò che, peraltro, porta al paradosso di obbligare una fonte di rango costituzionale a conformarsi in sede interpretativa ad una fonte meramente "subcostituzionale".

In realtà, il paradosso lo crea la giurisprudenza, con la complessiva sistemazione d'ispirazione formale-astratta data alle Carte in campo; la stranezza, però, viene subito a cessare laddove i rapporti intercorrenti tra le stesse si riguardino ed apprezzino in prospettiva assiologico-sostanziale, sempre e soltanto puntando all'obiettivo dell'ottimale innalzamento della tutela dei diritti in gioco, per la cui affermazione – com'è chiaro – è inadeguato l'utilizzo di schemi di formale fattura.

⁴⁰ Qui pure – se ci si pensa – si annida un paradosso, se si considera che il raffronto tra i livelli della tutela può farsi unicamente *dopo* che si sia concluso il processo interpretativo di ciascuna Carta *uti singula*; solo che la messa a punto semantica delle Carte stesse richiede di perfezionarsi per il tramite della loro mutua integrazione nei fatti interpretativi: una indicazione metodico-teorica, questa, nella quale la giurisprudenza costituzionale da tempo si riconosce ([sent. n. 388 del 1999](#) e, più di recente, [sentt. nn. 84 del 2021](#) e [145 del 2022](#)) e che, nuovamente, urta frontalmente con la supposta ordinazione gerarchica dei documenti costituzionali in parola.

⁴¹ In questi termini ne tratta anche A. RANDAZZO, *Il "metaprincipio" della massimizzazione della tutela dei diritti*, in [Dirittifondamentali.it](#), 2/2020, 10 giugno 2020, 689 ss.. Un'accreditata dottrina [part., R. BIN, in molti scritti, tra i quali, *Critica della teoria dei diritti*, FrancoAngeli, Milano 2018, spec. 63 ss., ma *passim*; *Cose e idee. Per un consolidamento della teoria delle fonti*, in *Dir. cost.*, 1/2019, 11 ss., spec. 21 ss., nonché l'intervista sul tema *Giudice e giudici nell'Italia postmoderna?*, a cura di R.G. Conti, in [Giustizia Insieme](#), 10 aprile 2019 e in AA.Vv., *Il mestiere del giudice*, a cura di R.G. Conti, Wolters Kluwer - Cedam, Milano 2020, 1 ss.; *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quad. cost.*, 4/2019, 757 ss., spec. 764 e nt. 15, e, nella stessa *Rivista*, *A che serve la Carta dei diritti? Un problema poco considerato*, 4/2020, spec. 866 ss.] ha confutato l'esistenza del "metaprincipio" in parola, del quale nondimeno – piaccia o no – si fa quotidianamente uso nelle operazioni di "bilanciamento" su basi di valore poste in essere in sede giudiziaria (e, segnatamente, dalla Consulta). Rilievi teorici a suo sostegno possono, volendo, vedersi in alcuni miei studi, tra i quali, [Diritto giurisprudenziale e diritto politico: questioni aperte e soluzioni precarie](#), in questa *Rivista*, 2019/III, 707 ss., spec. 714 in nt. 30, e *Tecniche decisorie dei giudici e "forza normativa" della Carta di Nizza-Strasburgo*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 8 aprile 2020. V., inoltre, B. NASCIBENE, *La tutela dei diritti fondamentali in Europa: i cataloghi e gli strumenti a disposizione dei giudici nazionali (cataloghi, arsenale dei giudici e limiti o confini)*, in [Eurojus.it](#), 3/2020, 277; I. ANRÒ, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e CEDU: dieci anni di convivenza*, in [federalismi.it](#), 19/2020, 17 giugno 2020, 109 ss.; F. DONATI, *Tutela dei diritti e certezza del diritto*, in *Lo Stato*, 14/2020, 49 ss.; I. DEL VECCHIO, *La massimizzazione dei diritti fondamentali e la struttura dell'argomentazione giuridica nel costituzionalismo pluralista*, Editoriale Scientifica, Napoli 2020; C. CARUSO, *Granital reloaded o di una «precisazione» nel solco della continuità*, in [Giustizia Insieme](#), 19

In conclusione, nessuna sistemazione piramidale su basi formali- astratte può aversi tra documenti aventi *tutti* natura materialmente costituzionale⁴² e, discendendo, tra gli atti adottati al fine di darvi la prima, diretta e necessaria specificazione-attuazione; può, di contro, aversi (ed è, anzi, inevitabile che si abbia) una ordinazione gerarchica che si fa ed incessantemente rinnova tra le *norme* risultanti dai documenti stessi, all'insegna del "metapprincipio" suddetto, per i modi con i quali in concreto lo si intende ed applica alle peculiari esigenze di ciascun caso.

6. Il paradosso insito nella giustizia costituzionale che, pensata al fine di dare appagamento ai diritti fondamentali e preservare gli equilibri istituzionali, si presenta tuttavia idonea a commutarsi in strumento di alterazione di questi ultimi, di cui può aversi (e talora effettivamente si ha) riscontro, per un verso, al piano dei rapporti che la Corte intrattiene sia con il legislatore che con i giudici e, per un altro verso, in sede di risoluzione dei conflitti tra poteri dello Stato e di giudizi sull'ammissibilità delle iniziative referendarie

Il vero è che si dà un paradosso di fondo che sta a base dei restanti, per i modi con cui essi si manifestano a mezzo delle ricostruzioni teoriche operate dagli studiosi e delle letture della Carta patrocinate dai giudici (in ispecie, da quello costituzionale): un paradosso che si coglie con particolare evidenza in alcune tendenze della più recente giurisprudenza ma il cui seme si rinviene già in taluni risalenti orientamenti.

Lo disvelano le trasformazioni strutturali registratesi nella giustizia costituzionale, riguardate alla luce della teoria della Costituzione. Si dà, infatti, un filo sottile ma resistente che lega la conformazione della prima alla seconda.

Secondo la lapidaria ed efficacissima definizione di Costituzione consegnataci dai rivoluzionari francesi e scolpita nell'art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789, l'essenza della Costituzione si rinviene – come si sa – nel riconoscimento dei diritti fondamentali e nella separazione dei poteri. Le competenze della Corte costituzionale rispecchiano in modo fedele questa indicazione teorico-positiva, sol che si pensi che l'organo è stato istituito allo specifico fine di preservare l'equilibrio nel riparto orizzontale e verticale della sovranità⁴³ e di salvaguardare i diritti fondamentali, specie laddove dovessero essere minacciati dalla massima espressione politica della sovranità, la legge. Ora, è singolare (paradossale, appunto) il fatto che in vista del conseguimento del fine in parola la Corte

ottobre 2020; R. CONTI, [CEDU e Carta UE dei diritti fondamentali, tra contenuti affini e ambiti di applicazione divergenti](#), in questa [Rivista](#), 2020/III, spec. 588 ss.; B. NASCIBENE - I. ANRÒ, *Primato del diritto dell'Unione europea e disapplicazione. Un confronto fra Corte costituzionale, Corte di Cassazione e Corte di giustizia in materia di sicurezza sociale*, in [Giustizia Insieme](#), 31 marzo 2022. Notazioni di vario segno, infine, in AA.VV., *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel sistema integrato di tutela*, a cura di C. Amalfitano, M. D'Amico e S. Leone, Giappichelli, Torino 2022, in particolare nel contributo di G. SCACCIA, *Sindacato accentrato di costituzionalità e diretta applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, 146 ss.

⁴² Paradossale è, perciò, che si assuma in premessa che i documenti in parola condividano tutti la medesima natura materialmente costituzionale, pervenendo quindi alla conclusione che li vede dotati di graduata forza normativa.

⁴³ Sarebbe qui troppo lungo il discorso, che pure andrebbe per vero fatto, riguardante la distribuzione della sovranità tra livelli istituzionali diversi, in ispecie tra Stato e Regioni (ed enti territoriali minori), per un verso, e, per un altro verso, tra ordinamento interno ed ordinamenti esterni (internazionale ed europolitano). Con riferimento al primo versante, al quale ora specificamente si guarda, una risalente (e, però, ad oggi diffusa) ricostruzione teorica tiene nettamente a distinguere la condizione dello Stato, quale ente sovrano, da quella delle Regioni (e degli enti minori), dotati di autonomia (termine quest'ultimo, che a sua volta richiederebbe non poche spiegazioni relative sia alle sue forme che agli effetti da queste discendenti). In realtà, per ragioni altrove esplicitate, non si dà, a mia opinione, una differenza di qualità tra gli enti abilitati all'esercizio della funzione legislativa (nella sua ristretta e propria accezione), *proprio perché muniti di quest'ultima*; e, dunque, se mai, la differenza andrebbe fatta tra Stato e Regioni da un canto, gli enti territoriali minori dall'altro. La stessa sovranità dello Stato, specie per effetto dei vincoli viepiù stringenti cui è soggetta in seno alla Comunità internazionale ed all'Unione europea, non sembra, poi, essere – ne va preso atto – sostanzialmente diversa da come si presenta l'autonomia.

dia vita ad operazioni esse stesse espressive di un complessivo squilibrio, tanto lungo il versante dei suoi rapporti con il legislatore quanto su quello che la collega ai giudici comuni. Né vale, a “copertura” dell’operato della Corte, fare appello alla “logica” machiavellica dei fini che giustificano i mezzi, se è vero che – com’è stato efficacemente notato⁴⁴ – sono sempre i secondi a “prefigurare” i primi.

Per il primo versante, il tratto di maggiore evidenza è dato dalla “supplenza” – com’è usualmente chiamata – che sempre più di frequente la Corte si trova a dover esercitare al fine di porre un qualche rimedio ad annose e vistose carenze degli organi della produzione giuridica.

Si tratta di una vicenda – come si sa – dalle antiche e ramificate radici, a riguardo della quale sono stati versati fiumi d’inchiostro e che, perciò, parrebbe non meritare che vi si dedichi ulteriore attenzione. Il punto è però che nel tempo a noi più vicino essa ha raggiunto livelli parossistici e francamente intollerabili, concorrendo per la sua parte ad imprimere una brusca accelerazione al processo di trasformazione della giustizia costituzionale⁴⁵.

Due sole, rapide notazioni al riguardo.

La prima, che qui pure mi sta molto a cuore di rappresentare, è che la supplenza in parola si manifesta persino nei riguardi del legislatore costituzionale, se è vero che il riconoscimento di nuovi diritti fondamentali o la messa a punto dei vecchi accompagnata da modifiche espresse (e non già – come si è talora avuto – tacite⁴⁶) della Costituzione avrebbe richiesto – come vado dicendo da tempo e qui pure si è già accennato – una disciplina a prima battuta con fonte di rango costituzionale⁴⁷; ciò che, però, non si è avuto e non si ha.

La seconda attiene alla svolta di non poco momento registratasi con il sostanziale abbandono del limite delle “rime obbligate” e il passaggio alle “rime possibili” o – com’è stato efficacemente detto – ai “versi sciolti”⁴⁸. A questo quadro va, peraltro, riportata anche la tecnica della decisione in due (e,

⁴⁴ A. PUGIOTTO, *Dalla “porta stretta” alla “fuga” dalla giustizia costituzionale? Sessant’anni di rapporti tra Corte e giudici comuni*, in *Quad. cost.*, 1/2016, 169.

⁴⁵ Mi è già stata offerta l’opportunità di dirne per taluni aspetti nei miei *Dove va la giustizia costituzionale in Italia?*, in *Dirittifondamentali.it*, 1/2021, 16 aprile 2021, 456 ss., e *La giustizia costituzionale in navigazione verso l’ignoto*, in *Diritti Comparati*, 2/2022, 9 giugno 2022.

⁴⁶ Molto studiate *ab antiquo* le modifiche in parola, specie nei loro profili di ordine teorico-generale; non sarebbe, tuttavia, inopportuno un aggiornamento del quadro in cui esse s’inscrivono, accompagnato da un esame puntuale, operato sul campo, avente per specifico oggetto quelle la cui venuta alla luce si deve in primo luogo alla mano del giudice costituzionale, sia pure con il fattivo concorso di altri operatori. Le riflessioni di maggior spessore, infatti, non si riferiscono proprio alla stagione più recente, alla quale i rilievi che si vanno ora facendo specificamente si indirizzano [v., dunque, M.P. IADICICCO, *Dinamiche costituzionali. Spunti di riflessione sull’esperienza italiana*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2019, 20 gennaio 2020, e, della stessa, *Il limite del testo fra modifiche tacite ed interpretazioni creative*, in AA.VV., *Alla prova della revisione. Settanta anni di rigidità costituzionale*, cit., 231 ss.; pure *ivi*, può vedersi, se si vuole, il mio *Le modifiche tacite della Costituzione, settant’anni dopo*, 415 ss., nonché in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2/2018, 20 giugno 2018. Inoltre, S. BARTOLE, *Considerazioni in tema di modificazioni costituzionali e Costituzione vivente*, in *Rivista AIC*, 1/2019, 23 marzo 2019, 335 ss.; i contributi che sono in AA.VV., *Mutamenti costituzionali*, a cura di A. Mangia - R. Bin, in *Dir. cost.*, 1/2020; Y.M. CITINO, *Dietro al testo della Costituzione. Contributo a uno studio dei materiali fattuali costituzionali nella forma di governo, Editoriale Scientifica, Napoli 2021*, e, della stessa, ora, *I materiali fattuali costituzionali nella forma di governo italiana tra vecchie e nuove tendenze*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2/2021, 21 maggio 2021, 40 ss. Infine, con specifica attenzione al procedimento legislativo, M. MANETTI, *Le modifiche tacite al disegno costituzionale del procedimento legislativo*, in *Quad. cost.*, 3/2021, 531 ss.].

⁴⁷ Una soluzione, questa, a mio modo di vedere, obbligata, specie con riguardo ai c.d. “nuovi” diritti, in relazione ai quali si è invece assistito ad un esito, una volta di più, paradossale. Per un verso, infatti, la qualifica suddetta parrebbe dare conferma della impossibilità di riportare i diritti in parola sotto la “copertura” degli enunciati in vigore (part. dell’art. 13); ciò che dovrebbe linearmente condurre alla conclusione che restino – in attesa, appunto, del loro riconoscimento – sguarniti di protezione costituzionale. Per un altro verso, però, per l’istante, essi sono usualmente agganciati al disposto omnicomprensivo di cui all’art. 2 – un autentico “buco nero” o, se si preferisce altrimenti dire, un *deus ex machina* calato dal cielo in soccorso degli uomini, incapaci di risolvere i problemi da loro stessi creati –, al fine di apprestare ai diritti stessi la salvaguardia di cui hanno bisogno.

⁴⁸ La formula si deve – come si sa – a D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bononia University Press, Bologna 2020, 101 ss.; delle “rime possibili” hanno, tra gli altri,

a quanto pare, anche tre⁴⁹) tempi, inaugurata – come si sa – in *Cappato* e quindi più volte utilizzata⁵⁰, con la quale la Corte riconosce *per tabulas* il carattere politico del proprio intervento, altrimenti non si spiegherebbe la ragione della moratoria concessa al legislatore che non dispone di alcuna norma positiva che l'autorizzi⁵¹.

Si perfeziona in tal modo l'*innaturale conversione del sindacato di validità in uno di opportunità* che, oltre tutto, dà modo alla Corte di far luogo a piacimento alla sostanziale riscrittura dei testi di legge, senza alcun limite appunto⁵². Ovviamente, la Consulta ha pur sempre bisogno di essere sollecitata in tal senso dai giudici comuni. Il circolo è tuttavia perfetto e il meccanismo ben oliato in ciascuno degli ingranaggi di cui si compone. Da un canto, infatti, la Corte crea nuove “rime” libere perché le viene richiesto; dall'altro, inventandole di sana pianta, incoraggia i giudici a sottoporle questioni sempre più ardite (o, meglio, temerarie) ed innovative: con un moto – come si vede – che si ricarica da sé senza sosta e in misura crescente.

Qui, la questione s'intreccia con l'altra relativa allo squilibrio sul versante dei rapporti con gli operatori di giustizia comune.

Ancora una volta, l'esito – se ci si pensa – appare essere paradossale.

Per un verso, infatti, l'iperattivismo della Corte si alimenta da (ed accompagna a) quello dei giudici nella formulazione di questioni che ormai in alcuni casi si fatica a qualificare di “legittimità” costituzionale, a motivo appunto della loro sostanziale e marcata colorazione politica.

Per un altro verso, però, il versante in parola è segnato da quella tendenza vistosa al “riaccentramento”, cui si è poc'anzi fatto cenno discorrendo delle più recenti e salienti tendenze in tema di rapporti interordinamentali (e, segnatamente, con l'Unione europea).

Se ne danno, peraltro, plurime e varie espressioni, tanto nei giudizi sulle leggi quanto in occasione dell'esercizio di altre funzioni, come si vedrà a momenti.

Per il primo aspetto, si pensi ad es. alla consistente (e, in taluni casi, francamente abnorme) dilatazione cui è andata soggetta la nozione di giudice *a quo*⁵³ che ha portato a riversare in capo alla

discorso S. LEONE, *La Corte costituzionale censura la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione a «rime possibili»*, in *Quad. cost.*, 1/2019, 183 ss.; F. ABRUSCIA, *Assetti istituzionali e deroghe processuali*, in *Rivista AIC*, 4/2020, 23 ottobre 2020, 282 ss., spec. 293; I. GOIA, *Una giustificabile “invasione” di campo*, in questa *Rivista*, 2021/III, 1001 ss., e G. BRUNELLI, *Un'additiva “a rime possibili” in tema di eguaglianza di genere nell'accesso alle cariche elettive*, in *Quad. cost.*, 3/2022, 594 ss. In tema, v., inoltre, *ex plurimis*, A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2/2019, 264 ss., e, dello stesso, *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in *federalismi.it*, 12/2021, 5 maggio 2021, spec. 197 ss.; M. RUOTOLO, *Oltre le rime obbligate?*, in *federalismi.it*, 3/2021, 27 gennaio 2021, 58 ss., e, nella stessa *Rivista*, N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, 94 ss.

⁴⁹ ... dal momento che ad un primo rinvio ne ha fatto seguito un secondo (e, forse, in analoghe circostanze potrebbero aversene anche altri...).

⁵⁰ In tema, da ultimo e per tutti, V. MARCENÒ, *Una tecnica controversa: l'ordinanza interlocutoria con rinvio a data fissa*, in *Giur. cost.*, 1/2022, 497 ss.

⁵¹ Si faccia caso al fatto che la Corte (e, per essa, il suo Presidente) dispone del potere di fissare il calendario dei propri lavori; una volta, però, che si metta in moto il processo volto alla definizione delle controversie portate alla sua cognizione, non può esimersi dal farvi luogo nei tempi stabiliti, nell'interesse delle parti e, prima ancora, in quello superiore della giustizia costituzionale (e, dunque, della Costituzione).

Si tenga altresì presente la differenza che si ha tra una decisione formalmente adottata, seppur dotata di *vacatio*, ed una invece formalmente non presa (ma già nella sostanza anticipata), in quanto appunto rimandata ad un tempo successivo [in genere, sulle manipolazioni degli effetti temporali delle proprie pronunzie da parte della Corte, v., ora, R. PINARDI, *Governare il tempo (e i suoi effetti). Le sentenze di accoglimento nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2/2022, 43 ss.].

⁵² ... che, poi, come si è fatto altrove osservare, si accompagna non di rado ad un sostanziale, seppur non appariscente, rifacimento del parametro costituzionale, specie – come si diceva – laddove costituito da enunciati dalla struttura nomologica particolarmente duttile, quali sono quelle espressivi di principi.

⁵³ Riferimenti in A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*⁷, Giappichelli, Torino 2022, 241 ss.

Corte questioni che avrebbero meritato di essere risolte presso sedi istituzionali diverse e, dunque, a mezzo di tecniche decisorie parimenti diverse da quelle messe in atto presso la Consulta. E, ancora, si pensi all'uso esso pure fin troppo generoso (e, comunque, oscillante) fattosi della rilevanza, specie con riguardo ai casi di leggi di cui non si era ancora avuta applicazione né era sicuro che si sarebbe avuta in seguito⁵⁴.

Per il secondo aspetto, il dato maggiormente appariscente (e, forse, rilevante) è costituito dalla polverizzazione della nozione di “potere dello Stato”⁵⁵, in relazione alla quale balza, ancora una volta, subito agli occhi un paradosso di particolare rilievo. L'allargamento del canale di accesso alla Consulta, infatti, da un canto, dà modo alla Corte di offrire prestazioni frequenti e notevoli, per natura ed effetti, in vista del mantenimento degli equilibri istituzionali e, in genere, della salvaguardia della legalità costituzionale. Da un altro canto, però, l'eccessivo “accentramento” fa andare incontro al rischio micidiale dello scadimento del “tono” costituzionale dei conflitti – per riprendere la felice etichetta di C. Mezzanotte – e, perciò, della “banalizzazione” – se così può dirsi – della Costituzione, vale a dire di un uso inflazionato e persino dozzinale della stessa, laddove talune controversie, conformemente alla loro natura, potrebbero ancora meglio trovare sfogo in campi materiali diversi da quelli in cui prendono forma i giudizi della Corte, ora presso le sedi in cui si amministra la giustizia comune ed ora in sedi non giurisdizionali, risolvendosi a mezzo di tecniche politico-convenzionali (in senso lato).

Il vero è che, al fondo delle esperienze e tendenze ora evocate, c'è un pensiero sovente inesplorato e tuttavia fortemente condizionante, espressivo di un autentico preorientamento ideologico, prima ancora che metodico-teorico; ed è che la Costituzione dica tutto su tutto e che ogni forma d'illecito o, come che sia, di pregiudizio patito negli interessi di questo o quel soggetto od organo costituisca sempre (o quasi) manifestazione di un *vulnus* recato alla Costituzione stessa, a porre rimedio al quale spetti dunque alla Corte provvedere.

Si trascura, in tal modo, un dato che pure meriterebbe di essere fatto oggetto di attenta e scrupolosa riflessione, quello per cui si danno spazi non poco consistenti per il “non normato” costituzionale – come a me piace chiamarlo⁵⁶ –, la cui “copertura” risulti pertanto rimessa a fonti diverse dalla Carta ovvero, *omisso medio*, all'autodeterminazione dei soggetti del pluralismo⁵⁷.

Della tendenza a sovraccaricare la Costituzione di contenuti dei quali non si ha in essa obiettivamente riscontro si ha, peraltro, conferma anche con riguardo a competenze della Corte diverse da quelle qui richiamate.

Si pensi, ad es., ai giudizi sull'ammissibilità delle iniziative referendarie⁵⁸. È doveroso riconoscere che della gran parte dei limiti ad esse posti dalla Consulta, nel corso della sua ormai pluridecennale giurisprudenza, si fatica a rinvenire traccia alcuna nel testo costituzionale, non tanto per ciò che attiene alla libera e consapevole formazione ed espressione della volontà dei partecipanti alle consultazioni referendarie⁵⁹, quanto in ordine ai limiti oggettivi, costituiti da norme di leggi non riportabili allo scarno catalogo contenuto nell'art. 75.

⁵⁴ Il primo riferimento va – com'è chiaro – fatto alla disciplina elettorale.

⁵⁵ Raguagli, nuovamente, nell'*op. ult. cit.*, 328 ss.

⁵⁶ Su ciò, ora, il mio *Il “non normato” costituzionale e le sue specie*, Intervento alla Giornata di studi in onore di Vittorio Angiolini su *Questioni vecchie e nuove di diritto costituzionale*, Milano 30 settembre 2022, in corso di stampa in [Rivista del Gruppo di Pisa](#).

⁵⁷ Su quest'ultimo punto faccio qui richiamo solo del noto ed approfondito studio di V. ANGIOLINI, *Costituente e costituito nell'Italia repubblicana*, Cedam, Padova 1995.

⁵⁸ Se n'è, ancora di recente, discusso da vari angoli visuali ed a finalità teorico-ricostruttive parimenti diverse, nei contributi di A. D'ANDREA, *L'impatto dell'abrogazione referendaria sulla forma di governo italiana. Un'analisi retrospettiva*; A. PERTICI, *IL referendum abrogativo e il suo procedimento, tra garanzie e ostacoli. Un bilancio complessivo*, e F. MEDICO, *La Corte costituzionale disattiva il “plusvalore democratico” del referendum. Riflessioni a partire dall'ultima tornata referendaria*, tutti in *Quad. cost.*, 3/2022, rispettivamente, 459 ss., 493 ss. e 525 ss.

⁵⁹ Questione, questa, che – come si sa – rimane insoluta in relazione al referendum costituzionale; ed è singolare (o – se si vuole – paradossale...) che l'ordinamento si faccia carico di preservare la libera e consapevole espressione del voto

Ancora una volta, il paradosso sta dietro l'angolo.

Per un verso, il sovraccarico dei limiti si traduce in un'accresciuta garanzia non soltanto – come si è appena rilevato – per la volontà di ciascun votante ma anche, per ciò che maggiormente importa, per i beni della vita costituzionalmente protetti e fatti oggetto di disciplina da parte delle norme legislative prese di mira dai promotori. Si spiega, d'altronde, in questa luce la pur ambigua e sommamente elastica nozione di “tutela minima”, apprestata dalle norme in parola, in ogni tempo spendibile a loro “copertura”.

Per un altro verso, però, è sempre incombente il rischio che della nozione in parola, al pari degli altri limiti, si faccia un uso obiettivamente penalizzante per l'istituto referendario e, dunque, per la democrazia cui esso, per la sua parte, dà voce.

Come si vede, al fondo il discorso torna sempre alla partenza, allo stato di salute del valore democratico, che – ahimè – versa in condizioni critiche, forse persino comatose⁶⁰, senza che si dia alcun segno, quanto meno non è dato a me di vederne, che induca ad un pur cauto e vigilato ottimismo circa una possibile inversione di tendenza.

7. Ancora del paradosso di una Corte che, per farsi garante dei diritti e, in genere, della Costituzione, si fa decisore politico, ed il ruolo giocato dal “dialogo” intergiurisprudenziale quale rimedio culturale agli scostamenti dall'alveo costituzionale

Le esperienze alle quali si è fatto riferimento, unitamente ad altre cui per brevità non si è ora fatto richiamo, avvalorano, in conclusione, l'idea che al fine di dare comunque appagamento ai diritti fondamentali e, in genere, di offrire un congruo servizio alla Costituzione, la Corte ha ritenuto (e ritiene) di doversi commutare alla bisogna in un decisore politico (anzi, nel massimo decisore politico). Come dire, insomma, che per farsi garante della Costituzione non disdegna, laddove i casi della vita lo richiedano, di deviare dal solco nella stessa tracciato e perciò, per la sua parte, di mettere sotto *stress* quel principio della separazione dei poteri che – come si sa – è una delle due gambe su cui cammina, nei suoi sovente non lineari e comunque sofferti percorsi, lo Stato costituzionale.

La Corte è, senza alcun dubbio, uno dei tasselli principali del mosaico disegnato nella Carta: il principio suddetto, dunque, si riferisce ad essa pure, se si conviene che la stessa è pur sempre un potere costituito, non già un potere costituente, malgrado la formidabile “copertura” offerta alle sue decisioni dal già richiamato art. 137.

Il rischio della innaturale conversione del massimo garante della legalità costituzionale nel massimo decisore politico è, nondimeno, costantemente incombente. E, invero, le più salienti tendenze in atto rendono plurime ed eloquenti testimonianze del carattere viepiù recessivo in cui versa l'“anima” giurisdizionale della Corte a fronte di quella politica che, specie in talune circostanze, parrebbe puntare risolutamente a soffocare la prima. Ed è allora da chiedersi se si diano risorse adeguate a porre un argine al *trend* crescente in corso e, ove al quesito si risponda affermativamente, come possano essere spese al meglio allo scopo.

Il divieto di cui all'art. 137 si pone quale un ostacolo positivo insuperabile. Non si dimentichi, tuttavia, che la Corte ha pur sempre bisogno della cooperazione degli altri operatori e degli stessi componenti la comunità statale al fine di assicurare alle proprie decisioni l'ottimale implementazione nell'esperienza. Esse si pongono, infatti, come il momento centrale del processo costituzionale che, nondimeno, non si chiude con la loro adozione, sol che si pensi che alle stesse deve quindi darsi

in occasione dello svolgimento del referendum abrogativo e non pure con riguardo al referendum costituzionale. Né vale opporre che – secondo un'accreditata dottrina – tutte le leggi di revisione costituzionale dovrebbero avere pur sempre un oggetto puntuale e circoscritto, dal momento che non si vede chi e come possa assicurare il rispetto del canone in parola (ammesso, ma non concesso, che esso sussista davvero...).

⁶⁰ In questi termini se ne discorre nel mio [Lo stato comatoso in cui versa la democrazia rappresentativa e le pallide speranze di risveglio legate a nuove regole e regolarità della politica](#), in questa [Rivista](#), 2021/I, 124 ss.

“esecuzione” (in senso lato⁶¹) presso le sedi in cui si amministra la giustizia comune, le altre sedi istituzionali in genere e in seno alla comunità.

L’interpretazione delle pronunzie della Corte, viste nella loro totalità significativa (e, dunque, avuto specifico riguardo alla parte motiva), non è cosa affatto semplice e priva di insidie, non di rado comportando uno sforzo (latamente) “creativo” da parte di chi è chiamato a farvi luogo.

Non abbiamo dati sicuri per ciò che attiene ai casi – potrebbe dirsi, adattando un discorso usualmente riferito alla Costituzione – di “modifiche tacite” delle pronunzie in parola. A me pare però che sia da mettere in conto che le modifiche stesse possano essere consistenti, specie con riferimento a pronunzie riguardanti temi scottanti, particolarmente avvertiti ed animatamente discussi tra gli operatori e in seno alla pubblica opinione. Può, insomma, dirsi che si abbiano (forse, non infrequenti) manifestazioni di una sorta di “diritto di resistenza” esercitato nei riguardi delle decisioni in parola, la cui portata nondimeno non è agevolmente quantificabile.

I rimedi, ad ogni buon conto, non possono che aversi pur sempre al piano culturale.

Assegno al riguardo uno speciale rilievo al c.d. “dialogo” tra le Corti e, per ciò pure, alla comparazione quale metodo di lavoro e tecnica allo stesso tempo al servizio dei diritti e, in genere, della Costituzione⁶². Quest’ultimo punto – per strano che possa per più versi sembrare – rimane comunque ad oggi non adeguatamente fissato. Tarda, infatti, a farsi largo l’idea che l’identità costituzionale⁶³ abbia una struttura interna dalla connotazione “plurale”, frutto della feconda alimentazione che gli ordinamenti reciprocamente ed incessantemente si danno e che si debba non già (o non soltanto) ad una sorta di moto spontaneo o di reciproca disponibilità, di cui potrebbe aversi così come non aversi riscontro, in quanto frutto di una opzione politica di fondo liberamente fatta. Piuttosto, essa risponde ad un preciso obbligo giuridico discendente dal principio fondamentale di “apertura” al diritto avente origine esterna (internazionale e sovranazionale), quale risulta dagli artt. 10 e 11 della Carta, nel loro porsi in funzione servente nei riguardi della coppia assiologica fondamentale di cui agli artt. 2 e 3.

Ebbene, il “dialogo” intergiurisprudenziale si pone, per diffuso riconoscimento, quale forma emblematica dell’apertura stessa, a motivo del ruolo di centrale rilievo esercitato dai giudici in ordine (non soltanto alla tutela ma prima ancora) al riconoscimento dei diritti. Nessuna Corte può sottrarsi all’adempimento dell’obbligo suddetto, dando pertanto vita ad un circolo virtuoso di mutua influenza e incessante, cospicua ricarica dei rispettivi orientamenti. Quanto meno così dovrebbe essere secondo modello, seppur non sempre è secondo esperienza, nella quale il confronto culturale appare talora viziato da fraintendimenti e – diciamo pure – sostanziale indisponibilità all’ascolto. La mia personale esperienza di studio, tuttavia, mi porta a concludere che sono di gran lunga più frequenti i casi di convergenza e mutuo sostegno, seppur talora conseguenti ad una iniziale distanza delle posizioni⁶⁴.

D’altro canto, una volta spezzato il monopolio dapprima stabilmente detenuto dalla Costituzione in ordine al riconoscimento dei diritti, in un contesto ormai segnato da una costellazione di documenti materialmente costituzionali (tra i quali, per ciò che è qui di maggior interesse, la CEDU e la Carta dei diritti dell’Unione), è fuor di dubbio che ogni Corte debba tenerne conto. Come si è dietro

⁶¹ ... comprensivo sia dell’applicazione che dell’attuazione, con specifico riguardo ai casi di pronunzie *per principia*, bisognose di essere quindi seguite da *regole* volte a darvi la opportuna specificazione concettuale e positiva.

⁶² Sul ricorso alla comparazione da parte della Consulta, di recente v. P. PASSAGLIA, *L’utilizzo del diritto comparato da parte della Corte costituzionale italiana. Alcuni spunti di riflessione a partire dalla giurisprudenza del periodo 2000-2021*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2/2022, 91 ss.

⁶³ ... la cui essenza – come si è tentato di mostrare altrove – si coglie ed apprezza in prospettiva assiologicamente orientata, per il concorso cioè offerto dalla tavola dei valori fondamentali alla sua messa a punto semantica e positiva [ragguagli, di recente, nei miei *Comparazione giuridica, dialogo tra le Corti, identità “intercostituzionale”*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2/2022, 30 maggio 2022, 1 ss., e *Teoria della Costituzione, identità costituzionale e tutela dei diritti fondamentali*, in *Dirittifondamentali.it*, 3/2022, 12 settembre 2022, 1 ss..].

⁶⁴ *Taricco*, per tutti, *docet*; e, per quanto l’esito della vicenda non sia dato da un perfetto allineamento dei punti di vista della Corte dell’Unione e della Consulta, apprezzabile è il sostanziale avvicinamento degli stessi: a conferma, appunto, che un “dialogo” ben fatto non manca poi di dare frutto.

rammentato, nessuna Carta può essere intesa e fatta valere a modo nel chiuso di se stessa, richiedendo piuttosto tutte – come si è già rammentato – di integrarsi reciprocamente nella interpretazione. Riprendendo una notazione sopra fatta, l'identità costituzionale subirebbe una evidente torsione ricostruttiva laddove se ne dovessero ricercare i tratti qualificanti e maggiormente espressivi nel chiuso delle mura domestiche, per il sol fatto che in tal modo si trascurerebbe di dare il giusto rilievo al principio fondamentale di apertura suddetto.

Il rilievo appena fatto – com'è chiaro – può (e deve) essere riproposto altresì in relazione alla identità dell'ordinamento dell'Unione che si coglie anche (e specificamente) per il modo con cui si dà il giusto rilievo ai principi di struttura degli Stati membri, secondo la pregnante indicazione di cui all'art. 4.2 TUE.

Qui pure – se ci si fa caso – viene in evidenza un ossimoro, se si considera che l'identità dell'Unione, quale per la sua parte risulta dal disposto appena richiamato, si fa anche per effetto del concorso datovi dalle identità nazionali⁶⁵, le quali nondimeno attingono – come si è veduto – dalla prima; e viceversa, queste ultime identità abbisognando, al fine della loro stessa definizione e qualificazione, di far capo all'identità sovranazionale. Insomma, si danno una pluralità di circoli potenzialmente virtuosi⁶⁶, in ambito nazionale come pure in seno all'Unione, senza che nei processi culturali volti a darvi senso e concretezza si rinvenga un principio ed una fine ma solo (e sempre) un *continuum*, un “dare-avere” non quantificabile nella sua effettiva consistenza, eccezion fatta di alcuni casi in cui è marcata e vistosa l'influenza esercitata dall'una sull'altra Corte.

Nello scenario qui sommariamente rappresentato non può trovare posto quella sistemazione piramidale delle Carte cui la giurisprudenza costituzionale, unitamente ad una nutrita schiera di studiosi, fa luogo muovendo da un'ispirazione formale-astratta dell'ordine delle fonti. L'esperienza, di contro, conferma – il punto è molto importante e tengo qui pure nuovamente a rimarcarlo – che le Corti si confrontano tutte *paritariamente* su questioni di diritto comuni; e, d'altronde, venendo a formazione il “dialogo” che tra di esse s'intrattiene al piano culturale, non potrebbe essere altrimenti. Si produce, insomma, uno sforzo poderoso da tutti gli attori istituzionali sulla scena, al fine di persuadersi a vicenda col ragionamento (e, dunque, a mezzo di un uso sapiente e raffinato delle tecniche retorico-argomentative).

In questa competizione che incessantemente si fa e rinnova, chi ha di meglio da offrire al “mercato” dei diritti lo esibisce e sottopone all'attenzione degli altri operatori. È pur vero, tuttavia, che, in via di principio, la Corte dell'Unione muove da una posizione di vantaggio, sfruttando le potenzialità racchiuse nella Carta di Nizza-Strasburgo, per il fatto di essere venuta alla luce in un tempo più recente rispetto a quello di nascita della Costituzione e di tenere dunque conto, in particolare, degli sviluppi della scienza e della tecnologia. La formidabile duttilità strutturale di cui ogni Carta è dotata, a partire appunto dalla Costituzione e dalla CEDU, agevola nondimeno l'opera di aggiornamento semantico operato dai giudici nazionali, per un verso, e dalla Corte di Strasburgo, per un altro.

A conti fatti, come si è mostrato altrove, il “dialogo” si pone, a un tempo, quale fattore di stabilizzazione e di rinnovamento degli indirizzi giurisprudenziali, ora più l'una ed ora più l'altra cosa in ragione delle condizioni complessive del contesto in cui essi s'inscrivono e svolgono, con un *mix*, ancora una volta, degli elementi utilizzati nell'uno e nell'altro verso. Ciò che qui maggiormente importa è che esso obbliga ciascun operatore di giustizia ad uscire dall'isolamento nel quale sarebbe tentato di rinchiudersi in forza della natura posseduta e dell'ordinamento in cui si esercita il *munus* demandatogli.

Anche per quest'aspetto, fermo restando che ogni Corte possiede connotati peculiari, in ragione delle funzioni che le sono conferite e della collocazione ordinamentale in cui si situa, la comune

⁶⁵ ... e, segnatamente, dalle stesse *uti singulae* come pure dall'insieme delle stesse composte, secondo quanto è avvalorato dal rilievo giocato dalle c.d. tradizioni costituzionali comuni e dall'attitudine da esse posseduta a commutarsi in un principio generale dell'Unione.

⁶⁶ ... sempre che, ovviamente, si faccia buon uso delle tecniche interpretative, della qual cosa però non si ha sempre riscontro.

funzione di apprestare tutela ai diritti fondamentali ne rimarca il carattere materialmente costituzionale: proiezione immediata e diretta della natura parimenti costituzionale, nel senso sopra precisato, della Carta di cui è istituzionalmente garante⁶⁷.

Il “dialogo” tra le Corti, insomma, è – a me pare – la migliore risorsa di cui si dispone avverso il rischio sempre incombente del solipsismo giurisprudenziale, del tutto inadeguato, per un verso, alle complessive esigenze della integrazione tra gli ordinamenti che, seppur ad oggi immatura, è nondimeno avanzata e bisognosa di essere coltivata e ulteriormente promossa e, per un altro verso, alla ottimale salvaguardia dei diritti fondamentali e, per ciò stesso, alla congiunta affermazione della Costituzione e delle altre Carte *magis ut valeant*.

⁶⁷ In realtà, anche quest’ultima qualifica, qui ripresa da una consolidata tradizione teorica, meriterebbe di essere ridiscussa, se si conviene a riguardo del fatto che i giudici nazionali sono, a un tempo, garanti della Costituzione e delle altre Carte, in quanto fonti comunque produttive di giuridici effetti in ambito interno. Dal canto suo, la Corte dell’Unione – come si è poc’anzi rammentato – è chiamata a tenere conto delle sollecitazioni venute dagli ordinamenti nazionali, nel mentre anche la Corte di Strasburgo variamente attinge sia dalla giurisprudenza eurolunitaria che da quelle nazionali indicazioni preziose al fine della formazione e dell’incessante rinnovo dei propri indirizzi.

Maria Cristina Carbone

Famiglia e nuovi rapporti di parentela: la Corte costituzionale traccia il sentiero per il riconoscimento giudico della “familiarità sociale”*

Abstract: *The paper analyzes the Italian Constitutional Court's ruling No. 79 of 2022 on the issue of the recognition of kinship relationships arising from adoption "in special cases." The reflection then examines the concept of family in the light of experience, which gives us new forms of family life “de facto couples”, same-sex unions) based on the emotional element and the free expression of consent between the partners.*

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Le coordinate essenziali della questione. – 3. Le motivazioni della Corte – 4. Gli effetti della [sentenza 79/2022](#) sulla condizione giuridica dei figli di coppie omogenitoriali nati da PMA: la promozione dello *status filiationis*. – 5. *Segue*: le omissioni e la responsabilità del legislatore. – 6. «A noi pare che ... ciò che rende morale nella coscienza popolare la formazione della famiglia, sia in primo luogo l'esistenza di sentimenti».

1. *Premessa.*

Con la [sentenza n. 79 del 2022](#), la Corte costituzionale ha invalidato le norme che escludevano, per particolari tipi di adozione, l'instaurarsi di rapporti civili tra l'adottato e i parenti dell'adottante¹. Sono stati, così, equiparati i gradi di tutela dei minori indipendentemente dalla situazione di fatto o di diritto da cui il nuovo *status* di figlio ha tratto origine, rimediandosi alla discriminatoria assenza di riconoscimento giuridico di apprezzabili manifestazioni della vita familiare idonee a formare l'identità del bambino e a consolidarne la dimensione personale e patrimoniale.

Nel solco di un modello ormai diffuso di “giuridificazione per mezzo della giurisdizione”², la spinta di rinnovamento emergente dal corpo sociale è stata, ancora una volta, accolta dalla Consulta, chiamata a farsi arbitro di un delicato equilibrio tra diritto ed esperienze di vita, con l'attribuzione di effetti giuridici a ciò che già avviene con pienezza sul piano dei rapporti affettivi³. In questo contesto, la pronuncia, i cui esiti erano, peraltro, attesi, contribuisce a sostenere viepiù l'accreditamento della giurisprudenza costituzionale come interprete di primo piano dell'evoluzione della coscienza sociale, sempre più investito di questioni attinenti a diritti della persona nella vita di relazione, su cui è spesso anche in atto un intenso dibattito nell'opinione pubblica⁴. Come non infrequentemente accade, però, nel quadro di vicende giurisdizionali dai contorni evanescenti, l'intervento della Corte, anche nel nostro caso, non sembra valere a fugare completamente le incertezze e le ambiguità derivanti dall'assenza di un'azione sistematica e coordinata del legislatore.



¹ La sentenza è stata commentata da G. FERRANDO, *Adozione in casi particolari e rapporti di parentela. Cambia qualcosa per i figli nati da maternità surrogata?* in [Questione Giustizia](#), 7 giugno 2022; N. CHIRICALLO, *Adozione in casi particolari e unità dello stato filiale. La Consulta indica al legislatore l'agenda della riforma*, in [Familia](#), n. 3/2022, 17 maggio 2022; E. CRIVELLI, *La Corte costituzionale garantisce i rapporti di parentela a tutti i minori adottati: nota alla sentenza n. 79 del 2022*, in [Osservatorio costituzionale](#), fasc. 5 del 2022, 6 settembre 2022.

² In questi termini si vedano le risalenti ma attuali riflessioni di ma M. TARUFFO, *Note sui modi della giuridificazione*, in *Pol. dir.*, 1987, 581 ss.

³ Sul punto, una riflessione completa e articolata è offerta da V. BALDINI, *La concretizzazione dei diritti fondamentali (tra limiti di diritto positivo e sviluppi della giurisprudenza costituzionale e di merito)*, Napoli, 2015.

⁴ Su questo tema si vedano le ampie considerazioni offerte da N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della “coscienza sociale”, interpretazione della costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in [Rivista AIC](#), n. 4/2017, 21 novembre 2017, 1 ss.

2. Le coordinate essenziali della questione.

Passando, comunque, ora all'analisi della fattispecie, si rammenta come la pronuncia della Corte abbia fatto seguito faccia all'ordinanza con cui il Tribunale per i minorenni di Bologna aveva sollevato, in riferimento agli artt. 3, 31 e 117, comma 1, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 8 CEDU, questione di legittimità costituzionale dell'art. 55 della legge 4 maggio 1983, n. 184 (*Diritto del minore ad una famiglia*), nella parte in cui stabiliva che l'adozione in casi particolari non avrebbe dato luogo ad alcun rapporto di parentela tra l'adottato e i parenti dell'adottante in forza del rinvio all'art. 300, comma 2, cod. civ. a mente del quale l'adottato conserva tutti i diritti e i doveri verso la sua famiglia di origine, nel tempo stesso in cui «*l'adozione non induce alcun rapporto civile tra l'adottante e la famiglia dell'adottato né tra l'adottato e i parenti dell'adottante*». Tale ultima disposizione, giustificata e coerente con l'adozione di soggetto maggiorenne⁵, era apparsa problematica con riguardo all'adozione in casi particolari di minori, poiché reputata disarmonica con l'articolo 74 cod. civ. che, nel riconoscere l'unicità dello *status* di figlio, testualmente afferma che: «*la parentela è il vincolo tra le persone che discendono da uno stesso stipite, sia nel caso in cui la filiazione è avvenuta all'interno del matrimonio, sia nel caso in cui è avvenuta al di fuori di esso, sia nel caso in cui il figlio è adottivo*»⁶.

Più nel dettaglio, la vicenda processuale era stata originata dalla richiesta, da parte del genitore sociale, dell'adozione particolare della figlia biologica del compagno unito civilmente, con il quale aveva condiviso il percorso di fecondazione assistita all'estero, facendovi da corollario l'ulteriore richiesta del riconoscimento dei rapporti civili della minore con i parenti dell'adottante.

Il giudice *a quo*, accogliendo la domanda di adozione⁷, ha ritenuto, però, che la legislazione vigente non consentisse anche il riconoscimento in via consequenziale del vincolo di parentela in ragione del fatto che l'art. 55 summenzionato, con il rinvio alle norme relative all'adozione dei maggiori di età, lo escludeva testualmente⁸. Né è sembrato potersi giungere a diversa conclusione attraverso un'interpretazione estensiva dell'art. 74 cod. civ., nel senso, cioè, di un'abrogazione tacita, per suo tramite, della norma discendente dal combinato disposto dell'art. 55, l. 184/1983 e dell'art. 300, comma 2, cod. civ. Nel giustificare la non manifesta infondatezza della questione, l'organo rimettente ha evidenziato, nel modo già accennato, come un siffatto assetto normativo integrasse la violazione sia degli artt. 3 e 31 Cost. poiché in contrasto con il principio di parità di trattamento di tutti i figli, nati all'interno o fuori dal matrimonio e adottivi (anche per come concretizzato dalla riforma della filiazione di cui alla legge 10 dicembre 2012, n. 219), sia dell'art. 117, comma 1, Cost. in relazione all'art. 8 CEDU posto a presidio della vita privata e familiare che proprio nelle relazioni parentali trova la sua prima e fondamentale espressione.

3. Le motivazioni della Corte

Le argomentazioni poste alla base della decisione in commento possono, dal canto loro, sintetizzarsi nei seguenti punti.

⁵ In tal caso, di regola, sussiste la necessità di conservare doveri rispetto alla famiglia di origine e al contempo possono porsi peculiari esigenze di tutela, anche patrimoniale, della famiglia dell'adottante.

⁶ Sull'unificazione dello *status* di figlio si veda, per tutti, P. RESCIGNO, "La filiazione "riformata" e l'unicità dello *status*", in *Giurisprudenza italiana*, 2014, fasc. 5, 1261.

⁷ Ponendosi in continuità con una giurisprudenza oramai piuttosto univoca sulla vicenda: v. Cass., Sez. I, 22 giugno 2016, n. 12962, Cass., Sezz. Un., 8 maggio 2019, n. 12193, e Corte costituzionale [sentt. nn. 272 del 2017](#), [32](#) e [33 del 2021](#) (su cui si tornerà *infra*).

⁸ Diversamente, il Tribunale per i minorenni di Bologna, con sentenza n. 70 del 2020, ha affermato l'immediata instaurazione di legami di parentela a seguito di adozione in casi particolari sulla base di un' *interpretatio abrogans* dell'art. 55 l. 184/1983, alla luce della novella dell'articolo 74 cod. civ.

I. *L'applicazione estensiva delle norme sulle adozioni particolari in funzione del "primario interesse del minore"*.

In primo luogo, la Corte opera una ricostruzione complessiva dell'evoluzione dell'istituto dell'adozione in casi particolari *ex art. 44, l. 184/83* (dalla sua originaria giustificazione ai complessi rapporti intrattenuti con le diverse forme di instaurazione dello *status* di figlio). Inizialmente prevista con lo scopo di formalizzare il legame affettivo instauratosi tra il minore e i soggetti che si stanno effettivamente occupando di lui, senza che questi abbia a recedere dalla famiglia di origine, tale figura ha progressivamente ampliato il proprio ambito applicativo⁹. Seguendo un tracciato costante, la giurisprudenza ha valorizzato la strumentalità dell'istituto, non più, infatti, puntuale e marginale, ma generalmente finalizzato allo scopo di sottrarre il minore in stato di semi-abbandono permanente al destino del ricovero in istituto o al succedersi di affidamenti temporanei.

Più recentemente, poi, l'adozione particolare ha rappresentato il modo per rispondere a specifiche esigenze di riconoscimento legale di rapporti affettivi non diversamente riconosciuti dall'ordinamento, ma così intensi da essere assimilabili in tutto al legame genitoriale, anche qualora l'adottante sia *partner* del genitore dell'adottando nell'ambito di una relazione omoaffettiva¹⁰. Laddove, rispetto a tale ultima circostanza, allorché il minore sia nato a seguito di procreazione medicalmente assistita (PMA), neppure sussisterebbe l'esigenza di tutelare un nucleo familiare "originario" diverso da quello in cui il minore è stato inserito sin dalla nascita, dal momento che quest'ultimo riconosce come uniche figure genitoriali di riferimento il genitore biologico e l'adottante; e, quindi, di conseguenza, percepisce a tutti gli effetti come propria famiglia le rispettive famiglie di provenienza dei genitori con cui vive.

In secondo luogo, viene ribadito che il *focus* del diritto vivente e della giurisprudenza della Corte stessa si è concentrato sul "primario interesse del minore", sicché gli sforzi ermeneutici protesi all'elaborazione di modelli ampi e plurali di adozione sarebbero finalizzati non già alla legittimazione di un desiderio di genitorialità, perseguito talora anche attraverso pratiche vietate dall'ordinamento come esemplarmente la surrogazione di maternità¹¹, ma esclusivamente alla tutela dei minori che vivono di fatto una relazione affettiva con il *partner* del genitore biologico¹².

II. *Impraticabilità di una interpretazione costituzionalmente conforme.*

Poste queste premesse, viene escluso anche dalla Corte che la norma censurata possa ritenersi tacitamente abrogata per effetto della modifica dell'art. 74 cod. civ., introdotta dall'art. 1, comma 1, l. 219/2012¹³; e ciò perché la legge di riforma della filiazione ed il successivo d.lgs. 154/2013 non hanno indicato tra le norme abrogate anche l'art. 300, comma 2, cod. civ., richiamato dall'art. 55 l. 184/1983, che esclude esplicitamente i rapporti civili tra adottato e parenti dell'adottante¹⁴.

⁹ Per un'analisi approfondita e completa dell'istituto si veda G. FERRANDO, *L'adozione in casi particolari. Orientamenti innovativi, problemi, prospettive*, in *Nuova giur. Civ. comm.*, 2012, 679 ed EAD., *L'adozione in casi particolari alla luce della più recente giurisprudenza*, in *Dir. Succ. pers.*, 2017, 79 ss.

¹⁰ Si richiamano solo alcune delle sentenze di legittimità: Corte di cassazione, sez. I civ., ordd. 15 dicembre 2021, n. 40308, 22 novembre 2021, n. 35840, 25 gennaio 2021, n. 1476 e 13 febbraio 2020, n. 3643

¹¹ Sul punto, la Corte conferma un orientamento consolidato secondo cui il desiderio di genitorialità non legittima un presunto diritto alla genitorialità, attraverso il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, lasciata alla libera autodeterminazione degli interessati (Corte cost. [sent. n. 221/2019](#)). La surrogazione di maternità continua ad essere considerata una pratica vietata dall'ordinamento e lesiva della dignità della donna. Tuttavia, lo sforzo di arginare la pratica della maternità surrogata non consente di ignorare la realtà di minori che vivono di fatto in una relazione affettiva con il partner del genitore biologico.

¹² Punto 5 cons. in dir.

¹³ In senso opposto si è espressa autorevolissima dottrina: C.M. BIANCA, *La legge italiana conosce solo figli*, in *Riv. Dir. Civ.*, n. I del 2013, 898 ss.

¹⁴ Punto 6 cons. in dir. Invero, una soluzione del genere era stata prospettata dalla giurisprudenza di merito. In particolare, la Corte di appello di Milano, sez. famiglia, con l'ordinanza del 9 giugno 2017, per prima, ha affermato che "il novellato articolo 74 del codice civile – a norma del quale "la parentela è il vincolo che unisce persone che discendono dallo stesso stipite, sia nel caso in cui la filiazione è avvenuta all'interno del matrimonio, sia nel caso in cui è avvenuta fuori di esso, sia nel caso in cui il figlio è adottivo", con l'eccezione della adozione dei maggiorenni – suggerisce la fine della gerarchia delle diverse forme che assume l'adozione e la necessità di ricondurre tutte le filiazioni biologiche e tutte le filiazioni adottive di minori ad un unico status di figlio".

III. Il minore adottato in casi particolari acquisisce sotto il profilo sostanziale lo status di figlio.

Nel procedere, poi, alla ricostruzione della *ratio* della normativa in materia di filiazione, la Corte ha fornito, della vigente disciplina dei rapporti parentali, un'interpretazione "personalistica" che, illuminata dal principio di 'eguaglianza, mirerebbe alla tutela del figlio nell'ambito della propria rete affettiva senza che «*le linee parentali siano condizionate dalla relazione giuridica tra i genitori*». Tale concezione sarebbe alla base della valorizzazione dei legami parentali attratti dalla filiazione mediante la previsione di un complesso di diritti e doveri facenti capo ai parenti «*che accompagnano il percorso di crescita del minore, con l'apporto di relazioni personali e di tutele patrimoniali*». Assumendo, pertanto, come riferimento esclusivamente il "*best interest of the child*", l'adozione in casi particolari istituisce un legame sostanziale tra adottante e adottato che è pienamente ascrivibile allo *status filiationis*, derivandone, in capo all'adottante, la responsabilità genitoriale, mentre, ai sensi dell'art. 48, commi. 1 e 2, l. 184/1983, su di lui incombono tutti i doveri che spettano ai genitori ex art. 147 cod. civ. Di qui, l'obbligo per il giudice, nel valutare le condizioni per procedere all'adozione, di verificare «*l'idoneità affettiva e la capacità di educare e istruire il minore*» oltre che "*l'ambiente familiare degli adottanti*» (art. 57, comma 2, l. 184/1983). Pur tuttavia, il minore adottato in casi particolari, pur assumendo lo *status* di figlio, a mente della norma indubbiata, sarebbe stato destinato a restare privo del complesso di relazioni che accedono e caratterizzano il rapporto di filiazione, concorrendo al suo sviluppo emotivo e sociale¹⁵.

IV. L'irragionevolezza della discriminazione.

Ma, secondo il ragionamento della Corte, poiché l'adozione particolare aggiunge un nuovo vincolo di filiazione giuridica che si affianca a quello di sangue, sicché il bambino viene inserito in una nuova comunità familiare che contribuisce, insieme a quella naturale, a formarne l'identità, disconoscere la giuridicità dei legami scaturenti dal vincolo adottivo equivarrebbe a «*disconoscere tale identità*» in ragione del retaggio di una «*logica di appartenenza in via esclusiva*» inconciliabile con il preminente interesse del minore. Ne deriverebbe un trattamento discriminatorio del minore divenuto figlio a seguito dell'adozione mite rispetto all'unicità dello *status* di figlio, dal momento che al solo minore adottato in casi particolari vengono irragionevolmente negati i legami con la famiglia del genitore adottivo. Le ragioni di un *plus* di tutela rispetto a situazioni peculiari e delicate e il mancato doveroso riconoscimento giuridico di relazioni che hanno un'incidenza fondamentale sulla crescita e sulla formazione dei minori finiscono, inoltre, per riverberarsi anche in una violazione dell'art. 117, co. 1, Cost., in relazione all'art. 8 CEDU, come interpretato dalla giurisprudenza della Corte EDU¹⁶.

La Corte di Strasburgo, infatti, con specifico riferimento alla posizione dei minori nati a seguito di surrogazione di maternità, ha sottolineato che, pur non potendosi dedurre dall'art. 8 CEDU un diritto al riconoscimento dei rapporti di filiazione conseguiti all'estero, risulta comunque necessario che gli Stati, sia pure avvalendosi del loro margine di apprezzamento, provvedano a preservare un legame che *de facto* si sia venuto a consolidare con il c.d. "genitore d'intenzione" a tutela esclusiva dell'interesse del minore; laddove, analogamente si ragiona per i legami familiari con i parenti del genitore che rappresentano uno degli aspetti principali della "vita familiare"¹⁷.

4. Gli effetti della [sentenza 79/2022](#) sulla condizione giuridica dei figli di coppie omogenitoriali nati da PMA: la promozione dello status filiationis.

¹⁵ Punto 7 cons. in dir.

¹⁶ Tra le varie pronunce sul tema si veda, *Marckx c. Belgio*, ric. n. 6833/74, 13 giugno 1979, in cui la Corte EDU ha ricordato che la giurisprudenza europea sull'art. 8 non distingue la famiglia "legittima" da quella "illegittima", perché tale discriminazione sarebbe incompatibile con la locuzione "ogni persona" inserita nel testo della disposizione. L'interpretazione ampia dell'art. 8 è, inoltre, confermata dal testo dell'art. 14, che vieta discriminazioni basate sulla "nascita".

¹⁷ Punti 8 e 9 cons. in dir.

Dalle perspicue argomentazioni della Corte costituzionale è possibile trarre qualche considerazione di più ampio respiro.

In particolare, emergono due profili di riflessione, tra loro connessi. Il primo, più circoscritto, è riferito all'evoluzione del diritto delle relazioni familiari nel contesto delle unioni omoaffettive; l'altro, di carattere sistematico, involge il complessivo ripensamento del concetto di comunità familiare e, dunque, l'attualità dell'art. 29 Cost. La sentenza, infatti, non confina le proprie conclusioni al solo ambito delle famiglie omosessuali, rispetto alle quali l'istituto dell'adozione mite si modella con profili peculiari, ma le estende a tutti i minori adottati in casi particolari.

Riguardo alla prima questione, la sentenza sembra collocarsi in continuità con un indirizzo consolidato (seguito, seppur con accenti differenti, anche dalla Corte di cassazione), che, in riferimento alle complesse e variegate problematiche involgenti minori nati all'estero a seguito di procreazione medicalmente assistita, ha valutato, di volta in volta, l'arbitrarietà delle differenze di trattamento che vengono in rilievo, al fine di scongiurare discriminazioni tra i figli, affinché tutti possano crescere in un ambiente solido e protetto in forza della sussistenza di vincoli familiari.

Come noto, nel nostro ordinamento, alle coppie omosessuali, anche se legate in un'unione civile, è inibita qualsiasi aspirazione genitoriale¹⁸. Esse, infatti, non possono avere accesso né a percorsi di adozione, né all'utilizzo delle tecniche di fecondazione assistita, e neppure a pratiche di surrogazione di maternità, che risultano, anzi, penalmente sanzionate dall'art. 12, comma 6, l. n. 40/2004¹⁹.

Nei fatti, tuttavia, tali vincoli normativi non hanno impedito la realizzazione in territorio estero di percorsi di "genitorialità condivisa", sia procreativa, sia adottiva, nell'ambito di ordinamenti giuridici che invece consentono scelte di questo tipo. La realtà concreta si caratterizza, infatti, per la presenza di una pluralità di aggregazioni familiari i cui assetti relazionali non possono definirsi in base a criteri puramente biologici né possono essere ricondotti alle tradizionali categorie di "ascendenza e discendenza". Fermo, in ogni caso, il disvalore attribuito a forme di maternità surrogata a fini commerciali (ribadito anche dalla sentenza in commento), la giurisprudenza è stata chiamata, nel silenzio del legislatore, a formalizzare in necessari vincoli giuridici questo coacervo di relazioni umane, focalizzando l'attenzione non tanto sulle aspirazioni genitoriali²⁰, quanto sulla peculiare posizione dei bambini, ed evitando che proprio sui minori e sui loro diritti ricadessero le conseguenze di uno stigma sociale. In questa direzione, è parso decisivo il richiamo argomentativo al concetto (per la verità non privo di ambiguità) del preminente interesse del minore, che ha oramai assunto una forza assiologica tale da risultare prevalente, sembrando sottrarsi a qualsiasi bilanciamento con interessi concorrenti²¹.

Sul punto, se è vero che con le sentenze n. [221 del 2019](#) e n. [230 del 2020](#)²², relative all'accesso alla PMA per coppie formate da sole donne, ha ribadito la legittimità della scelta legislativa di non

¹⁸ Sul punto si vedano le ricche riflessioni di F. Paterniti, *Status di figlio e limiti alle possibilità genitoriali delle coppie omoaffettive: lacune dell'ordinamento, attese legislative e (problematici) arresti giurisprudenziali*, in [Rivista AIC](#), n. 4 del 2021, 228 ss.

¹⁹ E. MALFATTI, *La gestazione per altri, tra "letture neutralizzanti" il fenomeno e tutela sovranazionale degli 'human rights'*, in [Dirittifondamentali.it](#), n. 1 del 2021; F. PIERGENTILI, *Il divieto di fecondazione eterologa "per infertilità sociale" al vaglio della Corte costituzionale. A proposito della sentenza n. 221 del 2019, ibid.*, n. 2 del 2020; G. Luccioli, *Qualche riflessione sulla sentenza delle Sezioni Unite n. 12193 del 2019 in materia di maternità surrogata*, in [GenIUS](#), n. 1 del 2020; F. ANGELINI, *Bilanciare insieme verità di parto e interesse del minore. La Corte costituzionale in materia di maternità surrogata mostra al giudice come non buttare il bambino con l'acqua sporca*, in [Costituzionalismo.it](#), n. 1 del 2018, 149; M. DI MASI, *Maternità surrogata, dal contratto allo "status"*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2014, 615; A. LORENZETTI, *Maternità surrogata*, in *Dig. civ.*, Aggiornamento, VI, Torino, 2011, 617.

²⁰ La Corte costituzionale è ferma nell'escludere un presunto diritto alla genitorialità non solo dell'*an* e del *quando* ma anche del *quomodo*: sul punto, v. sent. n. [221 del 2019](#), cons. dir. n. 10.

²¹ Per la definizione e indagine della categoria del miglior interesse del minore, cfr. F. BOCCHINI, *Diritto di famiglia. Le grandi questioni*, Torino, 2013, spec. 235; M. ACIERNO, *Il mantra del preminente interesse del minore*, in [Questione Giustizia](#) n. 2 del 2019; E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016.

²² A. APOSTOLI, *La tutela dei nati da PMA eterologa in un contesto omosessuale femminile*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 6 del 2020, 2760; G. FERRANDO, *Di chi è figlio un bambino con due mamme? Commento a prima lettura di Corte cost. n. 230/2020*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 2 del 2021, 417.

estendere la PMA anche a coppie omosessuali, in ragione della complessità della materia e dello scarso consenso da parte della comunità sociale al momento dell'emanazione della legge, la Corte costituzionale non ha mancato, tuttavia, di manifestare la necessità di un intervento del legislatore a tutela del rapporto di fatto tra minore e genitore intenzionale, a tal fine ha individuando come possibile rimedio il ricorso alla “adozione non legittimante”.

Nello stesso solco, si pongono le più recenti sentenze nn. [32](#) e [33 del 2021](#)²³.

Con la prima, la Corte si è trovata ad affrontare, in un contesto di crisi della relazione affettiva tra genitore biologico e genitore intenzionale, la questione relativa agli interessi di due minori nate a seguito dell'iniziativa congiunta di una coppia di donne che, nell'ambito di un'unione omosessuale, avevano attivato all'estero un percorso di PMA. Nello specifico, la madre intenzionale aveva chiesto alle autorità italiane la rettifica dell'atto di nascita delle bambine, in modo da essere formalmente riconosciuta come genitore, pur senza il consenso della madre biologica. In questo contesto, infatti, non risultava praticabile l'adozione in casi particolari stante l'indisponibilità della madre biologica a prestare il suo indispensabile assenso per procedere in tal senso. Ebbene, il giudice costituzionale, anche tenendo conto dell'orientamento espresso dalla Corte di Strasburgo²⁴, ha rilevato la lacunosità dell'attuale assetto normativo che, pur non ponendosi in frontale contrasto con la Carta costituzionale, non è in grado di garantire un'adeguata protezione ai bambini nati da PMA, che, come nel caso di specie, rischiano di non veder mai riconosciuti giuridicamente i legami affettivi e familiari non biologici.

A quest'ultimo scopo, non sempre, però, il rimedio dell'adozione è parso soccorrere nei casi particolari che, in situazioni di conflittualità tra i membri della coppia, non offre strumenti sufficienti a garanzia del rapporto del minore con la “madre intenzionale”. Considerazioni, queste,

ulteriormente avvalorate dalla sentenza n. [33 del 2021](#), scaturita da una vicenda giurisdizionale relativa agli interessi di un bambino, figlio di una coppia di uomini, nato a seguito un percorso procreativo di maternità surrogata utilizzando i gameti di uno solo dei due *partner*. Costoro, sposati in Canada e uniti civilmente in Italia, avevano ottenuto, a seguito di una pronuncia giurisdizionale, che sull'atto di nascita fossero entrambi considerati genitori, chiedendo, quindi, la rettifica anche in Italia dell'atto di nascita del bambino, sulla base della decisione della Corte canadese. Anche in questo caso, la Corte costituzionale ha imperniato l'argomentazione sull'interesse del bambino a mantenere, anche sotto il profilo giuridico, i legami con entrambi i membri della coppia che lo hanno congiuntamente accudito sin dalla nascita. In quest'ottica, peraltro, il solo riconoscimento del rapporto di filiazione con il genitore biologico non è parso soddisfare pienamente l'interesse del minore. Tuttavia, la Corte ha ritenuto per la prima volta di chiarire come la “preminenza” del diritto del minore sia da intendere come “rilevanza” dello stesso, ma non come assoluta ed incondizionata prevalenza rispetto ad altri possibili interessi coinvolti, lasciando completamente al margine il concorrente interesse pubblico connesso al divieto di maternità surrogata. La soluzione indicata, allora, è stata quella di «*un procedimento di adozione effettivo e celere, che riconosca la pienezza del legame di filiazione tra adottante e adottato, allorché ne sia stata accertata in concreto la corrispondenza agli interessi del bambino*», la cui definizione, peraltro, spetta al legislatore ordinario. In questa prospettiva, la possibilità di continuare a ricorrere all'adozione in casi particolari rappresenta, dunque, una forma di tutela significativa ma non pienamente adeguata. Con la sentenza in commento, la Corte ha confermato una tendenza giurisprudenziale “evolutiva”, correggendo uno dei maggiori effetti distorsivi connessi al ricorso ampio all'adozione particolare dei bambini nati da tecniche di PMA da parte di coppie dello stesso sesso, e ha aperto la strada alla costituzione dei rapporti con i familiari del genitore intenzionale.

²³ Sul punto F. PATERNITI, *Status di figlio e limiti alle possibilità genitoriali delle coppie omoaffettive*, cit., 228 ss.; A. RUGGERI, *La PMA alla Consulta e l'uso discrezionale della discrezionalità del legislatore (Nota minima a Corte cost. nn. 32 e 33 del 2021)*, in questa *Rivista*, [2021/I](#), 221 ss.

²⁴ Proprio su questa vicenda, la Corte EDU ha reso il suo primo [parere](#) nell'esercizio della competenza prevista dall'articolo 3 del Protocollo addizionale n. 16.

5. Segue: *le omissioni e la responsabilità del legislatore*

Non si potrebbe a questo punto omettere di rilevare come l'esigenza del pieno riconoscimento dell'identità del minore che diviene figlio a seguito di adozione particolare si intrecci con la recente questione della nuova disciplina dell'attribuzione del cognome.

Con sentenza [131 del 2022](#)²⁵, la Corte costituzionale ha, infatti, dichiarato l'illegittimità delle norme che prevedevano l'automatica attribuzione del cognome paterno, perché discriminatorie e lesive dell'identità del figlio, indicando come nuova regola l'assunzione del cognome di entrambi i genitori nell'ordine dai medesimi concordato, salvo che essi decidano, di comune accordo, di attribuire soltanto il cognome di uno dei due.

Ebbene, proprio perché il cognome, insieme al prenome, rappresenta il «fulcro dell'identità giuridica e sociale» e «collega l'individuo alla formazione sociale che lo accoglie tramite lo status filiationis», non vi è dubbio che il nuovo principio affermato dalla Consulta debba valere anche per i minori figli delle coppie omosessuali, anche se a tal fine è necessaria una disciplina di coordinamento con quella dell'adozione particolare. Infatti, la l. 184/1983 stabilisce che l'adozione produce effetto dalla data della sentenza che la pronuncia, mentre, ai sensi dell'art. 299, comma 3, cod. civ. (cui rinvia l'art. 55 della l. 184/1983), l'adottato assume il cognome dell'adottante e lo antepone al proprio. Ebbene, tale ultima norma codicistica è stata dichiarata costituzionalmente illegittima, nella parte in cui prevedeva che l'adottato assumesse il cognome del marito, anziché disporre che l'adottato assuma i cognomi di entrambi gli adottanti, nell'ordine dagli stessi concordato, fatto salvo il diverso l'accordo raggiunto nel procedimento di adozione. Perciò, nel caso dei figli di coppie omosessuali varrà l'automatismo del doppio cognome, nell'ordine scelto dai genitori al momento della pronuncia di adozione²⁶.

Risulta evidente che la Corte, sfruttando tutte le potenzialità del processo costituzionale, ha progressivamente costruito un nuovo apparato di tutele per i figli nati da PMA nel contesto di famiglie omoaffettive, volto a evitare qualsiasi profilo di disparità. Cionondimeno, si ritiene che non sia mutata la necessità della definizione legislativa di un procedimento adottivo che consenta un'effettiva parificazione tra i figli delle coppie eterosessuali e quelli delle coppie omosessuali, sotto altri profili non ancora indagati.

Rispetto alla fattispecie esaminata sussistono, invero, ulteriori punti critici forieri di discriminazione²⁷ quali la previsione dell'obbligo di inventario dei beni del minore e la peculiare disciplina di revoca dell'adozione²⁸. Si tratta di strumenti senz'altro coerenti con lo scopo originario dell'adozione mite ma che non sono più attuali, sicuramente dissonanti con le nuove e più complesse funzioni che l'istituto ha assunto nell'ottica di parificare i rapporti familiari a prescindere dall'identità sessuale dei componenti.

Un aspetto di forte criticità è rappresentato, inoltre, dalla circostanza che l'adozione particolare presuppone che sia il genitore sociale a farne richiesta, di talché, anche a fronte di una scelta

²⁵ Con commento di L. BARTOLUCCI, [La disciplina del "doppio cognome" dopo la sentenza n. 131 del 2022: la prolungata inerzia del legislatore e un nuovo capitolo dei suoi rapporti con la Corte](#), in questa *Rivista*, [2022/III](#), 941ss.

²⁶ Sul punto si segnala che il Trib. minori di Genova, sent. 13 giugno 2019, ha pronunciato una *stepchild adoption* incrociata in favore di due donne, unite civilmente, che avevano chiesto di poter adottare ciascuna il figlio dell'altra. Contestualmente, ai due minori veniva attribuito lo stesso cognome, risultante cioè dalla medesima successione di cognomi di entrambe le donne, proprio per preservarne l'identità.

²⁷ Si veda A. SCHUSTER, *L'adozione – non più mite? – davanti alla Corte costituzionale: dubbi di inammissibilità*, in [Questione Giustizia](#) del 22 febbraio 2022.

²⁸ L'adozione in casi particolari si può revocare nei soli casi previsti dalla legge. Su richiesta dell'adottante: se l'adottato, maggiore di quattordici anni, abbia attentato alla vita dell'adottante, del coniuge, dei discendenti o ascendenti di lui ovvero si sia reso colpevole verso di loro di delitto punibile con pena restrittiva della libertà personale non inferiore nel minimo a tre anni. Se l'adottante muore in conseguenza dell'attentato, la revoca dell'adozione può essere chiesta da coloro che sarebbero eredi in mancanza dell'adottato e dei suoi discendenti. Su richiesta dell'adottato: se i fatti sopra esposti siano stati compiuti dall'adottante nei confronti dell'adottato, il coniuge, gli ascendenti o discendenti di lui. Su richiesta del pubblico ministero in caso di violazione dei doveri cui l'adottante è tenuto (mantenimento, educazione, istruzione del minore).

procreativa condivisa e condotta assieme al genitore biologico, il primo potrebbe, in seguito, decidere di abdicare al proprio ruolo, sottraendosi alle responsabilità non solo educative e sentimentali, ma anche economiche e patrimoniali. Sotto questo profilo, soprattutto alla luce della sentenza in commento, costituisce un ulteriore *punctum dolens* che la valenza identitaria dello *status filii* resti in balia dell'arbitrio dell'adulto, genitore non biologico, la cui relazione - sebbene ancora non formalizzata - con il figlio nato da PMA non può essere considerata priva di rilevanza, ma assume natura intrinsecamente familiare, nel momento in cui la coppia sceglie di intraprendere un progetto comune di genitorialità²⁹. Ne consegue che, in questo caso peculiare, a fronte dell'impossibilità di trascrivere l'atto di nascita rilasciato da uno stato estero con l'indicazione di entrambi i genitori³⁰, la richiesta di adozione particolare non può essere considerata alla stregua di una mera valutazione personale, ma integra un obbligo di protezione scaturente dal contatto sociale qualificato tra minore e genitore sociale³¹. Purtuttavia, allo stato, il figlio nato a seguito di PMA attuata da coppia omosessuale non dispone di alcuno strumento paragonabile all'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità *ex art 269*, comma 1, cod. civ. Specularmente, il perfezionamento dell'adozione richiede il necessario assenso del genitore biologico il quale, soprattutto in situazioni sopravvenute di crisi di coppia, potrebbe decidere di non prestarlo, così privando autoritativamente il bambino del fondamentale rapporto con l'altro "genitore"³².

In ultima analisi, quindi, se è indubbio che l'annotata decisione della Corte costituzionale rappresenti un ulteriore passo avanti nella costruzione di una tutela adeguata per i diritti dei bambini nati a seguito di una progettualità genitoriale condivisa di una coppia omosessuale, praticata attraverso la PMA effettuata all'estero, nell'ottica, tuttavia, dell'unificazione dello stato di figlio, la tutela dei minori non può più risolversi nella risoluzione casistica delle situazioni che, di volta in volta, giungono all'attenzione dei giudici, dal momento che l'attuale disciplina dell'adozione particolare resta comunque insufficiente, presentando margini di forte incertezza, i cui effetti potenzialmente svantaggiosi ricadrebbero esclusivamente sui minori.

Certo, non ci si nasconde che, nonostante l'urgenza di regolamentazione, il relativo compito si appalesa tutt'altro che banale a fronte della determinazione della tutela dei minori nati da PMA da parte dei Tribunali dei Minori, della Corte di cassazione e della Corte costituzionale, pervenuta ormai ad un alto grado di specificazione in grado di condizionare in modo stringente la discrezionalità del legislatore. Resta, inoltre, comunque, irrisolta la questione dell'accesso alla PMA in Italia anche per le coppie omosessuali³³: ferma restando, infatti, l'indiscutibile esigenza di tutelare primariamente il minore, un atteggiamento ambiguo sul tema contribuisce ad alimentare forti disegualianze tra soggetti che dispongono delle risorse economiche sufficienti per recarsi all'estero ed altri che, invece, ne sono privi³⁴.

²⁹ Si condividono le belle riflessioni di G. FERRANDO, *Adozione in casi particolari e rapporti di parentela*, cit., 8, secondo cui "Nella PMA non è il sangue che rende genitori, ma la "scelta". È quella scelta che "mette al mondo" il bambino perché senza di essa il centro medico non avrebbe accolto la richiesta di PMA e il bambino non sarebbe nato. È a quella scelta che il bambino deve la propria vita ed alla responsabilità per quella scelta il genitore non si può e non si deve sottrarre".

³⁰ Sul punto si segnala l'ordinanza interlocutoria 1842/2022 con la quale la Prima Sezione Civile della Corte di Cassazione intende rimettere alle Sezioni Unite la questione riguardo il riconoscimento di entrambi i genitori, biologico ed intenzionale, nell'atto di nascita del minore nato tramite maternità surrogata. La giurisprudenza sul tema è copiosa. Per una rassegna esaustiva e completa si rinvia all'apposita sezione "Trascrizione atto di nascita" curata dalla rivista [Articolo29](#).

³¹ Non è possibile, in questa sede, approfondire le conseguenze in tema di responsabilità relative alla definizione di "contatto sociale qualificato" della relazione tra minore nato da PMA nell'ambito di un'unione omosessuale e il genitore non biologico prima della pronuncia di adozione, trattandosi di un tema tipico della riflessione civilistica.

³² Queste considerazioni sono già state formulate dalla Corte costituzionale nelle menzionate sentenze [32](#) e [33 del 2021](#).

³³ In termini generali, si vedano le riflessioni di B. RANDAZZO, *Diritto ad avere un genitore v. diritto a divenire un genitore alla luce della giurisprudenza della Corte EDU: le trasformazioni degli istituti dell'adozione e della filiazione "sorrette" da un'ambigua invocazione del preminente interesse del minore*, in [Rivista AIC](#), 1/2017.

³⁴ Così anche E. CRIVELLI, *La Corte costituzionale garantisce i rapporti di parentela*, 18

6. «A noi pare che ... ciò che rende morale nella coscienza popolare la formazione della famiglia, sia in primo luogo l'esistenza di sentimenti»³⁵.

A bene vedere, infine, le argomentazioni della Corte sembrano rinviare a scenari ancora più ampi, apparendovi superata l'idea tralaticia dell'appartenenza giuridica ad un'unica famiglia a favore del riconoscimento di rapporti familiari ulteriori, fondati su ragioni esclusivamente affettive, che possono affiancarsi a quelli "tradizionali" senza che questi vengano meno. Si pone, dunque, in precario equilibrio il dogma dell'esclusività della famiglia, soccombente rispetto alla tutela dell'interesse del bambino.

In altre parole, la Corte costituzionale dopo aver progressivamente riconosciuto rilievo giuridico alla genitorialità sociale, ove non coincidente con quella biologica, sembra proseguire nel riconoscimento della "familiarità sociale" che include l'appartenenza a una pluralità di nuclei familiari, tenuto conto che il dato della sola provenienza genetica non costituisce più un imprescindibile requisito dell'unione familiare. Tale processo, in una realtà composita e in continua evoluzione, è alimentato dalle elaborazioni dei giudici di legittimità e di merito, che muovono dalla specificità dei casi concreti e dalla necessità di rendere effettivo il godimento di diritti costituzionali fondamentali. Recentemente, ad esempio, la Corte di cassazione³⁶ ha riconosciuto l'adozione particolare, da parte del ricorrente, della figlia della moglie, benché la minore avesse mantenuto un legame stabile con il padre biologico e con la sua famiglia, e contestualmente ha formalizzato i legami parentali con la famiglia del genitore adottivo, sancendo così la coesistenza dei legami giuridici sia con la famiglia del compagno della madre, divenuto padre adottivo, sia con quelli della famiglia del padre biologico. Secondo i giudici di legittimità, l'idea per cui si possa avere una sola famiglia, tradizionalmente intesa, risulterebbe superata proprio dalla riforma della filiazione e dal riverbero del principio di eguaglianza sullo *status filiationis*, alla luce della lettura datane dalla Corte costituzionale³⁷.

La giurisprudenza ricordata rappresenta, d'altro canto, soltanto l'ultimo approdo di un'esperienza sostanziale lunga e progressiva, segnata dal superamento dell'istituzione matrimoniale tradizionale come vincolo esclusivo di costruzione di una vita familiare, dal riconoscimento delle unioni omosessuali, dall'abbandono del concetto di genitorialità in senso esclusivamente biologico e, infine, dalla valorizzazione dei rapporti di parentela a prescindere dalla sussistenza di legami di sangue. Emerge, così, chiaramente la crisi del figurino tradizionale della famiglia, che non troverebbe più riscontro non solo nei soliti modelli organizzativi ma neanche nella sensibilità sociale.

Sicché oggi, anche attraverso l'allargamento giurisprudenziale del novero dei diritti riconosciuti ai minori, termini come "famiglia" e "matrimonio" nonché locuzioni come "unità familiare" impiegati dall'art. 29, comma 1, non sembrerebbero più in grado di esprimere significati definiti e attuali tanto è vero che tali definizioni sono interamente ed esclusivamente rimesse alla legge comune, quando non *omisso medio* alla loro continua ridefinizione ad opera dei giudici.

Ne costituisce ancora un sintomo significativo la circostanza che, nella pronuncia in commento, che pure è interamente imperniata sul diritto fondamentale del minore a godere di relazioni familiari e affettive stabili e riconosciute, non trova mai spazio il richiamo all'art. 29 Cost., mentre il ragionamento del giudice costituzionale appare più aderente alla più ampia locuzione "diritto alla vita privata e familiare" di cui all'art. 8 CEDU. Sembra, cioè, che la Corte prediliga un approccio volto a valorizzare le situazioni soggettive individuali e, successivamente, le conseguenze relazionali delle scelte personali piuttosto che i valori di unità e stabilità del gruppo congiunto da legami di sangue.

³⁵ N. IOTTI, *Sul divorzio, Discorsi parlamentari*, 25 novembre 1969.

³⁶ Corte di cassazione, sez. I civ., ord. 5 aprile 2022, n. 10989

³⁷ La sentenza è stata annotata da R. TREZZA, *È consentito avere un padre biologico e un padre adottivo nell'interesse superiore del minore*, in *Famiglia*, 7 aprile 2022.

In questo processo di rimodellamento dell'ordinamento in materia di famiglia e legami familiari, numerose sono, dunque, le criticità determinate dal difficile contemperamento tra le istanze concrete di tutela e la tenuta dell'ordinamento giuridico, tanto da far ritenere ormai necessario un nuovo inquadramento dello statuto costituzionale della famiglia³⁸. Tale esito potrebbe ottenersi ricorrendo a una rilettura "creativa" del testo, ancorando il modello costituzionale di famiglia «agli obiettivi di promozione della personalità e trasformazione della società accolti dalla Costituzione» negli artt. 2 e 3³⁹, e rinvenendo, così, nella locuzione "società naturale" un «dispositivo politico-costituzionale di garanzia delle formazioni familiari, in chiave antiautoritaria»⁴⁰.

La richiamata soluzione interpretativa è molto suggestiva ma comunque non risolutiva. La valorizzazione della "naturalità" della scelta familiare, nel prisma del principio personalista, lascia comunque irrisolta la questione relativa al matrimonio quale dato formale che, nell'interpretazione consolidata della Corte costituzionale, segna il discrimine tra la famiglia di cui all'art. 29 Cost. e le altre formazioni sociali, anche "para-familiari", ricondotte invece all'art. 2. Lasciando invariato il testo costituzionale, sarebbe necessario un intervento legislativo volto a consentire l'accesso al matrimonio anche alle coppie formate da persone dello stesso sesso⁴¹ in modo da accoglierle nell'alveo dell'art. 29 Cost., anche se continuerebbe a rimarrebbe incerta la collocazione per le famiglie cd. di fatto o non matrimoniali e per tutte le aggregazioni affettive che la giurisprudenza ha riconosciuto come unite da vincoli familiari.

In altri termini, se, come pare anche dalla lettura della più recente giurisprudenza costituzionale, la nozione di famiglia è andato progressivamente evolvendosi nel senso di valorizzare i legami affettivi che la fondano, non appare fuori tema nemmeno l'ipotesi di un intervento riformatore del legislatore costituzionale che, anche sulla scorta della disciplina sovranazionale, proceda ad un aggiornamento dei canoni tradizionali.

³⁸ La questione se procedere a un'interpretazione evolutiva o a una revisione della Costituzione è stata autorevolmente posta da A. RUGGERI, "Strane" idee sulla famiglia, loro ascendenze teoriche ed implicazioni di ordine istituzionale, in [Rivista del Gruppo di Pisa](#) 8 giugno 2013

³⁹ Così A. SCHILLACI, *Famiglie e dignità delle relazioni: una lettura costituzionale*, in [Questione Giustizia](#), n. 2 del 2019, 17.

⁴⁰ A. SCHILLACI, *Famiglie*, cit., 28

⁴¹ Si veda ancora A. SCHILLACI, *Idem*, *Costruire il futuro. Omosessualità e matrimonio*, in Id. (a cura di), *Omosessualità eguaglianza diritti*, Roma, 2014, 195 ss.

Armando Lamberti

Il diritto all'istruzione delle persone con disabilità: prospettive di tutela *multilevel** **

ABSTRACT: *The following contribution is dedicated to the multilevel protection of the right to education of persons with disabilities: after having examined the constitutional legal bases, from which its configuration as a fundamental social right emerges in the prism of the dignity of the human person, the analysis is focused on the main international documents, starting with the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, in relation to which the need for greater enhancement by constitutional jurisprudence as an interposed parameter of constitutionality is argued. The construction in progress, still in the process of consolidation, of a complete multilevel protection system will be appreciated, as evidenced by the fluctuations in the jurisprudence of the Court as in Strasbourg - regarding which the need for fixed points in defining the limits to the margin of appreciation by the States is underlined - and by the slow affirmation of school inclusion among the values of the European Union legal system.*

SOMMARIO: 1. Premessa e delimitazione del campo d'indagine. – 2. Il diritto all'istruzione delle persone con disabilità: un diritto sociale fondamentale nel prisma della dignità della persona. Principi e norme costituzionali. – 3. Tutela multilivello del diritto all'istruzione delle persone con disabilità: norme di diritto internazionale ed europeo. – 3.1 (*segue*) La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità nel contesto evolutivo del diritto internazionale dei diritti umani. Per una valorizzazione della Convenzione come parametro interposto nel giudizio di legittimità costituzionale. – 3.2 (*segue*). La CEDU e la Carta Sociale Europea. La giurisprudenza della Corte di Strasburgo e le sue oscillazioni. – 3.2.1. (*segue*) La sentenza [G. L. contro Italia](#). Un passo avanti nell'individuazione di limiti al margine di apprezzamento degli Stati parti: una prima conclusione. – 3.3 (*segue*). L'ordinamento dell'Unione Europea. Cenni sulla giurisprudenza della CGUE.

1. Premessa e delimitazione del campo d'indagine.

Il presente saggio intende offrire una rinnovata riflessione ricostruttiva e critica su un tema di peculiare importanza: la tutela del diritto all'istruzione delle persone con disabilità.

In primo luogo, la configurazione della situazione giuridica soggettiva in esame come “diritto sociale fondamentale” ci induce a porre l'accento direttamente sui principi fondamentali del nostro ordinamento, inserendosi a pieno titolo in quel magistrale disegno di emancipazione della persona umana rappresentato dalla Costituzione del '47: anzi, non possono affatto comprendersene né la portata né tanto meno il significato profondo, se non guardando ad esso nel prisma della dignità della persona¹.

La tutela dei soggetti deboli (a partire dalle persone con disabilità) e il principio di eguaglianza sostanziale individuano i tratti caratterizzanti della Carta costituzionale, improntandola allo spirito del costituzionalismo democratico e sociale.

In tale prospettiva, dunque, affrontare lo studio del diritto all'istruzione di soggetti disabili diviene al contempo una opportunità per valutare la portata dei principi fondamentali nei diversi “meandri” dell'ordinamento, a partire dalla legislazione scolastica. La scuola, in effetti, come formazione sociale in cui si svolge la personalità umana e primo momento di interrelazione extra-familiare dell'individuo e di apertura alla società, è uno straordinario laboratorio di pluralismo, di rispetto e promozione delle diversità attraverso il confronto e l'arricchimento reciproco. In fondo, permane nella sua attualità l'insegnamento di Calamandrei, che vedeva nella scuola un “organo costituzionale”, quale luogo ove alimentare l'afflato vitale della democrazia e l'anelito alle libertà grazie alla partecipazione. In senso più generale, allora, può dirsi che



* *Il presente contributo riprende e sviluppa alcune riflessioni oggetto del volume Il diritto all'istruzione delle persone con disabilità e inclusione scolastica, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020 (Cap. I).*

¹ Sul punto, sia consentito il rinvio ad A. LAMBERTI, *Il diritto all'istruzione delle persone con disabilità: tutela giurisdizionale ed equilibrio di bilancio*, in [Dirittifondamentali.it](#), 3/2022, 30-66 (31, in particolare in *Premessa*).

la scuola è il primo strumento di “socializzazione” delle persone, e ciò vale a maggior ragione per i soggetti deboli, e per quelli diversamente abili in particolare².

In secondo luogo, la disamina sarà orientata alla tutela multilivello del diritto all’istruzione dei soggetti disabili, con particolare riferimento alla Convenzione Onu sui diritti delle persone con disabilità, nonché, a livello regionale, agli strumenti di tutela apprestati dal Consiglio d’Europa (con particolare riferimento alla Cedu – e alla costruzione giurisprudenziale operata dalla Corte di Strasburgo – e alla Carta Sociale Europea) e, per concludere, alla dimensione del diritto dell’Unione Europea, ravvivata dalla luce della Carta dei diritti fondamentali e dal suo contenuto “*di impronta tipicamente costituzionale*”³. Potrà, allora, osservarsi l’avanzamento dei processi di armonizzazione intersistemica e di *cross-fertilization* anche in relazione alla tutela dei diritti delle persone con disabilità, come testimoniato dall’importante pronuncia resa recentemente dalla Corte di Strasburgo nel caso [G.L. c. Italia](#), a partire dalla quale si tratteranno dei punti fermi nell’individuazione dei limiti ai margini di apprezzamento degli Stati parti nella definizione dei mezzi di tutela e del conseguente consolidamento del sistema di tutela multilivello.

2. Il diritto all’istruzione delle persone con disabilità: un diritto sociale fondamentale nel prisma della dignità della persona. Principi e norme costituzionali.

Se obiettivo di questo studio è quello di provare ad offrire una riflessione sulla tutela del diritto all’istruzione delle persone con disabilità, non può non considerarsi prioritariamente il dato primario cui tende qualsiasi analisi concernente i diritti fondamentali: la centralità della persona umana. Può asserirsi, allora, che - rispetto ai due modelli alternativi di Costituzione, secondo la ripartizione proposta da Costantino Mortati proprio in relazione al diverso ruolo che può assumervi la persona umana - la Costituzione italiana propende decisamente verso una sua configurazione come “valore-fine in sé”, invece che come “strumento per la realizzazione degli interessi collettivi”⁴.

A partire da questa riflessione di carattere generale, possono agevolmente abbracciarsi le considerazioni di attenta dottrina: “il riconoscimento e la garanzia (...) dei diritti dei disabili, per il conseguimento di quella ‘pari dignità sociale’ (...) che consente il ‘pieno sviluppo della persona umana’ (...), trova un saldo

² Configura un “diritto alla socializzazione attraverso la scuola” C. COLAPIETRO, *I diritti delle persone con disabilità nella giurisprudenza della Corte costituzionale: il “nuovo” diritto alla socializzazione*, in [Dirittifondamentali.it](#), 2/2020, 154-197. Sul tema, v. anche C. COLAPIETRO – F. GIRELLI, *Persone con disabilità e Costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020. Nella letteratura recente, cfr. G. ARCONZO, *I diritti delle persone con disabilità*, Franco Angeli, Milano, 2021; G. MATUCCI, *Persona, formazione, libertà. L’autorealizzazione della persona con disabilità tra istruzione e legal capacity*, Franco Angeli, Milano, 2021.

³ Cfr. [Corte cost., sent. 269/2017](#), punto 5.2, Considerato in diritto.

⁴ Così M. R. MORELLI, *La dignità della persona tra inviolabilità dei diritti fondamentali e doveri di solidarietà, nel quadro del pluralismo delle fonti nazionali e sovranazionali*, in *Studi Urbinati* V. 67, N. 1-2 (2016), 106. Sul tema della dignità della persona umana e del personalismo costituzionale la letteratura è sterminata. V., tra i tanti, nella dottrina filosofico-giuridica, costituzionalistica e internazionalistica, C. AMIRANTE, *La dignità dell’uomo nella legge fondamentale di Bonn e nella Costituzione Italiana*, Milano, 1971; AA.VV., *La concezione del diritto e dello Stato nell’era di rivendicazione della dignità della persona umana, Atti del Colloquio internazionale organizzato dalla Facoltà di scienze politiche dell’Università di Roma “La Sapienza”, d’intesa con il Comitato consultivo italiano per i diritti dell’uomo e l’Institut International des Droits de l’Homme, Strsbourg, 29-31 ottobre 1984*, Milano, 1988; A. PIROZZOLI, *Il valore costituzionale della dignità. Un’introduzione*, Roma, 2007; P. BECCHI, *Il principio dignità umana*, Brescia, 2009; U. VINCENTI, *Diritti e dignità umana*, Roma-Bari, 2009; E. W. BÖCKENFÖRDE, *Dignità umana e bioetica*, Brescia, 2010; R. SPAEMANN, *Tre lezioni sulla dignità della vita umana*, Torino, 2011; G. KATEB, *Human dignity*, Londra, 2011; A. PAPISCA, *Il diritto della dignità umana. Riflessioni sulla globalizzazione dei diritti umani*, Venezia, 2011; M. Napoli (a cura di), *La dignità*, Milano, 2011; M. ROSEN, *Dignità. Storia e significato*, Torino, 2013; A. Abignente – F. Scamardella (a cura di), *Dignità della persona. Riconoscimento dei diritti nelle società multiculturali*, Napoli, 2013; V. SCALISI, *L’ermeneutica della dignità*, Milano, 2013; H. J. SANDKÜHLER, *Menschenwürde und Menschenrechte. Über die Verletzbarkeit und den Schutz der Menschen*, Monaco, 2014; G. TURCO, *Dignità e diritti. Un bivio filosofico-giuridico*, Torino, 2017; F. Fontana – A. Tarantino (a cura di), *Dignità e fragilità della persona umana*, Napoli, 2017; G. TARANTINO, *Autonomia e dignità della persona umana*, Milano, 2018; V. Marzocco (a cura di), *La dignità in questione. Un percorso nel dibattito giusfilosofico contemporaneo*, Torino, 2018; M. Krienke (a cura di), *Ripensare il diritto naturale e la dignità umana. Tradizione e attualità di due topoi etico-giuridici*, Torino, 2020; C. CROSETTA, *Dignità intangibile. Un percorso giusfilosofico*, Roma, 2021

fondamento proprio in quel *parametro espansivo* offerto dalla Costituzione e rappresentato dalla *pienezza dello sviluppo della persona*⁵.

Appare fin da subito chiaro, pertanto, che la bussola che dovrà orientare la trattazione è rappresentata dagli articoli 2 e 3 della Costituzione⁶: “la pari dignità sociale, combinandosi all’eguaglianza sostanziale, assimila il disegno personalista⁷ tratteggiato dal Costituente e lo diluisce, in porzioni eguali, all’interno della società, che collabora tutta, in ragione di un’umanità condivisa, alla realizzazione di un contesto inclusivo che non estrometta la disabilità dai processi d’implementazione dell’identità personale”⁸. In altre parole, un’analisi orientata alla tematica in esame sarebbe assolutamente monca, forse inutile, se non si tenesse conto dei fondamenti costituzionali e – soprattutto – di quel ‘fondamento dei fondamenti’ (o, se si preferisce, di quell’ “assoluto costituzionale”⁹) che è la dignità della persona umana¹⁰, intesa come “presupposto assiologico dei diritti fondamentali”¹¹, ovvero “sostrato assiologico dell’attributo dell’invulnerabilità”¹² dei diritti, da riferirsi al “patrimonio irretrattabile della persona umana”¹³. Allora, posto che l’articolo 3 della Costituzione ci consegna l’idea di una “pari dignità sociale”, e – dunque – della dignità di un uomo ‘in relazione’¹⁴, non di un individuo-atomo senza legami e senza radici, ben può comprendersi l’esigenza di “rafforzare la tutela dei soggetti deboli e della loro dignità”¹⁵, garantendo al contempo “il loro diritto alla diversità”¹⁶, atteso che la dignità costituisce “il presupposto della relazione con l’altro e del riconoscimento reciproco”¹⁷, atteggiandosi come fondamento del rispetto di ogni diversità¹⁸.

Come è stato opportunamente illustrato, “la dignità, con tutte le sue ambiguità, con tutte le sue difficoltà di percezione, ha un doppio significato; essa esprime il valore della persona umana in sé ed in astratto: tutti siamo uguali e tutti abbiamo la stessa dignità, ma sappiamo che poi non è vero, perché tutti siamo anche diversi e la diversità troppo spesso diventa sopraffazione. E allora la dignità deve essere valutata non solo in

⁵ C. COLAPIETRO, in *Diritti dei disabili e Costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, 14-15

⁶ In particolare, secondo S. P. PANUNZIO (*Il cittadino handicappato psichico nel quadro costituzionale*, in *Scritti in memoria di Pietro Gismondi*, Giuffrè, Milano, 1988, 525 ss.), l’articolo 2 è il punto di partenza su cui si fondano le situazioni giuridiche costituzionali dei soggetti disabili: “i diritti di libertà civile – così Colapietro (C. COLAPIETRO, in *Diritti dei disabili e Costituzione*, cit., 68), commentando l’A. – “sia quelli concernenti le cc.dd. libertà negative (che per il loro oggetto e contenuto deve poter ‘godere chiunque, per il solo fatto di esser persona umana’, a prescindere dalla sua stessa capacità di intendere e volere), sia quelli relativi alle cc.dd. libertà positive – nonché i diritti politici”.

⁷ Per quanto attiene al principio personalista, è significativa la sentenza della Cassazione civ., I sez., del 16 ottobre 2007, n. 21748, in cui si legge che esso “anima la nostra Costituzione, la quale vede nella persona umana un valore etico in sé, vieta ogni strumentalizzazione della medesima per alcun fine eteronomo e assorbente, concepisce l’intervento solidaristico e sociale in funzione della persona e del suo sviluppo e non viceversa, e guarda al limite del ‘rispetto della persona umana’ in riferimento al singolo individuo, in qualsiasi momento della sua vita e nell’integralità della sua persona, in considerazione del fascio di convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche che orientano le sue determinazioni volitive”.

⁸ F. MASCI, *L’inclusione scolastica dei disabili: inclusione sociale di persone*, in Costituzionalismo.it, 2/2017, 140.

⁹ A. RUGGERI, [La dignità dell’uomo e il diritto di avere diritti \(profili problematici e ricostruttivi\)](#), in questa [Rivista 2018/II](#), 395.

¹⁰ Di fronte ad un “concetto multiforme e, per certi versi, nebuloso, connotato da molteplici accezioni assunte sia in senso diacronico che sincronico” (così A. DI STASI, *Brevi considerazioni intorno all’uso giurisprudenziale della nozione di dignità umana da parte della Corte di Giustizia dell’Unione Europea*, in *Scritti offerti a Claudia Morviducci*, Cacucci, Bari, 2019, 861), la prospettiva adottata dal presente lavoro non può prescindere da una declinazione della dignità in senso oggettivo, secondo la tradizione europeo-continentale (cfr. G. M. FLICK, *Elogio della dignità (se non ora, quando?)*, in [Rivista AIC](#), 4/2014).

¹¹ Così G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, Intervento al Convegno trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, tenutosi a Roma il 1° ottobre 2007, in [Associazione dei Costituzionalisti \(2003-2010\)](#).

¹² C. COLAPIETRO, M. RUOTOLO, *Diritti e libertà*, in F. Modugno (a cura di), *Lineamenti di diritto pubblico*, Giappichelli, Torino, 2010, 549 ss.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Cfr., sul punto, A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Giappichelli, Torino, 1997, *passim*, il quale fa espresso riferimento alla “persona sociale”.

¹⁵ G. M. FLICK, *Dignità umana e tutela dei soggetti deboli: una riflessione problematica*, in E. Ceccherini (a cura di), *La tutela della dignità dell’uomo*, Editoriale scientifica, Napoli, 2008, 56.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Sul punto, si rinvia a C. COLAPIETRO, in *Diritti dei disabili e Costituzione*, cit., 96.

astratto, come il valore della persona umana in quanto tale; ma deve essere valutata in concreto come valore, come attributo, come requisito e come coefficiente ineliminabile di ogni persona umana nella sua concretezza e specificità¹⁹.

La pari dignità sociale consegnataci dal disegno dei Costituenti, dunque, traccia “sullo sfondo dell’impianto dei diritti un’immagine dell’uomo che dalla concretezza del radicamento sociale del soggetto non può fare astrazione”²⁰. In altri termini, non si può prescindere da quella “rivoluzione della dignità” che rende così peculiare la tradizione del costituzionalismo del Secondo Dopoguerra rispetto al liberalismo ottocentesco²¹.

Una rivoluzione della dignità, quindi, che designa, di fatto, una nuova forma di Stato: “è la ‘persona’ a offrire il principio sostanziale che, coordinato con le strutture ‘formali’ dello Stato di diritto, separa alla radice la nuova democrazia costituzionale dallo ‘Stato totalitario’; è la ‘persona’ a suggerire un’immagine del soggetto distante dall’ ‘individualismo’ liberale, a opporre la ‘solidarietà’ all’ ‘egoismo’, i diritti ‘sociali’ alla mera libertà ‘negativa’.”²²

Pertanto, se è vero che “attraverso il riferimento alla persona penetrano nell’ordine giuridico, ed assumono autonoma rilevanza, figure soggettive diverse, espressive della condizione umana, e perciò cariche a loro modo di forza eversiva, nel senso che trasferiscono in una dimensione comunque formalizzata le articolazioni e le contraddizioni della realtà”²³, una di queste articolazioni è rappresentata proprio dalle persone portatrici di disabilità. Il che significa, quindi, che – scendendo dal generale al particolare – orientarci grazie alla “bussola” della dignità induce a valorizzare il soggetto disabile in quanto *persona con disabilità*, cioè – per dirla chiaramente – innanzitutto in quanto *persona*, da rispettare e tutelare in quanto connotata dell’inscindibile attributo della dignità.

La pari dignità sociale, allora, è logico presupposto dell’eguaglianza e, in tal senso, da una parte “richiede di garantire a tutti le stesse possibilità di sviluppo”²⁴ mentre, dall’altra, “si specifica nel divieto di discriminazioni”²⁵. L’esigenza primaria “di rispettare la dignità umana impone di evitare comportamenti che – per la loro natura o per le modalità con le quali sono posti in essere – provochino nella persona un senso di umiliazione o una sensazione di avvilitamento: in questa prospettiva, le molte differenze (...) che frastagliano la società non debbono costituire il presupposto per atti di discriminazione, suscettibili di incrinare la eguale dignità delle persone”²⁶.

Dunque, “sotto questo profilo, il tema della dignità offre ampio spazio alla riflessione sulla necessità di rafforzare la tutela dei soggetti deboli e della loro dignità; e su quella, connessa, di garantire il loro diritto alla diversità: così da evitare, da un lato, che la garanzia della diversità si risolva in discriminazione e, dall’altro, che quella dell’eguaglianza si risolva in una assimilazione forzata”²⁷. Come osserva autorevole dottrina riprendendo il pensiero di Habermas, “l’ ‘inclusione dell’altro’ (...) non vuol dire né ‘accaparramento assimilatorio, né chiusura contro il diverso’, ma significa piuttosto ‘che i confini della comunità sono aperti a tutti: anche – e soprattutto – a coloro che sono reciprocamente estranei e che estranei

¹⁹ Così G. M. FLICK, *Diritto e disabilità o “diritto alla disabilità”?* in federalismi.it, 12/2013, 3.

²⁰ Così P. RIDOLA, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, in R. Nania, P. Ridola (a cura di), *I diritti costituzionali*, I, Giappichelli, Torino, 2006, 128 ss.

²¹ Evoluzione, questa, che si snoda attraverso una serie di passaggi: “dal soggetto come mero centro di imputazione di situazioni giuridiche alla persona come via per il recupero integrale dell’individualità e per l’identificazione di valori fondativi del sistema; da una nozione che predicava indifferenza, più che neutralità, a una che si fa tramite dei dati di realtà; da un concetto fissato una volta per tutte ad una struttura giuridica che accompagna lo sviluppo della personalità; da una situazione di separazione ad una condivisione; da una fondazione metafisica a una realistica” (S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012, 164)

²² Così P. COSTA, *Lo Stato di diritto: un’introduzione storica*, in P. Costa, D. Zolo (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milano, 2003, 152.

²³ Così S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 153.

²⁴ G. M. FLICK, *Dignità umana e tutela dei soggetti deboli: una riflessione problematica*, cit., 51.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Così G. ROLLA, *Profili costituzionali della dignità umana*, in E. Ceccherini (a cura di), *La tutela della dignità dell’uomo*, cit., 68.

²⁷ G. M. FLICK, *Dignità umana e tutela dei soggetti deboli: una riflessione problematica*, cit., 51.

vogliono rimanere’; l’eguale rispetto per chiunque non concerne ‘chi è simile a noi, bensì la persona dell’altro (degli altri) nella sua specifica diversità’: ognuno chiede, infatti, ‘che la sua diversità sia rispettata dall’altro’ e che nella comunità sociale si affermi l’idea di una ‘responsabilità solidale per un altro visto come uno di noi’²⁸.

Inoltre, la pari dignità sociale non è soltanto il punto di partenza ed il presupposto della tutela dei diritti fondamentali della persona umana, ivi compresi i diritti dei soggetti disabili, ma ne è al contempo l’esito concreto: se è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli che limitano la libertà e l’eguaglianza dei cittadini, le norme costituzionali, al pari di quelle legislative, non possono che orientarsi e tendere alla pari dignità, “superando le distinzioni che impediscono il riconoscimento e la garanzia dei diritti inviolabili dell’uomo”²⁹.

E, allora, “l’uguaglianza sostanziale trova il suo fondamento nella pari dignità sociale, ma dall’altra parte il realizzarsi dell’eguaglianza presuppone il riconoscimento della dignità di ciascuno. Questa relazione tra dignità ed uguaglianza si completa, ed è correttamente portata a maturazione però solo laddove si operi nel rispetto di un altro valore cardine che è la solidarietà, l’unico motore che può davvero consentire il superamento e la ricomposizione delle diversità”³⁰.

In questo contesto, pertanto, appare manifesto come l’esclusione sociale rappresenti la “negazione in fatto di tutti i diritti”³¹ e ciò tanto più è vero quanto più si consideri la persona con disabilità, troppo spesso emarginata e resa subalterna da perigliosi pregiudizi e rovinose barriere sociali ed economiche di varia natura.

Di qui la rivoluzione promessa consegnata dalla Costituzione repubblicana, come amava ripetere Calamandrei, una rivoluzione democratica che si rivolge anzitutto ai soggetti deboli³², per renderne effettiva la libertà e garantirne lo sviluppo della personalità, nell’ottica della piena partecipazione all’ “organizzazione politica, economica e sociale del Paese” (art. 3 Cost.).

Ecco, quindi, che personalismo, solidarismo ed eguaglianza si incontrano e si intrecciano per perseguire questo scopo. E questo incontro non può non avvenire sul terreno del riconoscimento e della garanzia dei diritti sociali, ove i “diritti sociali rivestono (...) il duplice ruolo di strumento sia di attuazione che di possibile ulteriore perfezionamento del principio democratico, in quanto consentono l’effettiva partecipazione di ciascun individuo alla vita politica ed economica del paese, tutelando in tal modo il substrato di valore della democrazia stessa rappresentato dalla pari dignità di ciascun uomo”³³. E non è certo, dunque, un caso, se il tema dei diritti sociali, in effetti, sia stato giustamente considerato “un tema potentemente inclusivo”³⁴ e plurale.

Sotto questa luce, può, pertanto, apprezzarsi l’intimo significato dell’articolo 34, comma 1, della Costituzione, il quale, nell’affermare che “la scuola è aperta a tutti”, riconosce il diritto all’istruzione a tutti ed a ciascuno, secondo una prospettiva naturalmente inclusiva e aperta alle diversità, che si correla al riconoscimento dell’obbligatorietà in vista di un “obiettivo di integrazione sociale, per attuare lo scopo del

²⁸ Così C. COLAPIETRO, *Una scuola aperta a tutti e a ciascuno: la scuola inclusiva ai tempi della crisi*, in G. Matucci (a cura di), *Diritto all’istruzione e inclusione sociale*, Franco Angeli, Milano, 2019, 17, che commenta il pensiero di J. HABERMAS (*L’inclusione dell’altro. Studi di teoria politica*, Feltrinelli, Milano, 1998, 10 e 22).

²⁹ F. MASCI, *L’inclusione scolastica dei disabili: inclusione sociale di persone*, cit., 162.

³⁰ Così C. VIGILANTI, *Il diritto all’istruzione dei disabili come paradigma della tutela dei diritti sociali*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 7 marzo 2012, 5.

³¹ Così F. MODUGNO, *I diritti del consumatore: una nuova «generazione» di diritti?* in *Scritti in onore di Michele Scudiero*, Napoli 2008, tomo III, 1391.

³² Ciò, allora, “impone alle istituzioni di ricreare per le persone con disabilità ‘una situazione analoga, se non uguale, agli altri soggetti’, perché anche i disabili possano effettivamente esercitare tutte le situazioni soggettive costituzionalmente garantite”. Così C. COLAPIETRO, in *Diritti dei disabili e Costituzione*, cit., 71, commentando il pensiero di U. DE SIERVO, *Libertà negative e positive*, in R. Belli (a cura di), *Libertà inviolabili e persone con disabilità*, Franco Angeli, Milano, 2000, 37.

³³ Così F. POLITI, *I diritti sociali*, in R. Nania, P. Ridola (a cura di), *I diritti costituzionali*, volume III, 1025, nel ricordare la lezione di P. HÄBERLE (*Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, trad. it., Nis, Roma, 1993).

³⁴ Così L. VIOLINI, *Costituzione e inclusione sociale. Riflessioni conclusive*, in G. Matucci (a cura di), *Diritto all’istruzione e inclusione sociale*, cit., 413.

raggiungimento dell'eguaglianza sostanziale sancito dall'art. 3 Cost.³⁵, come già emergeva dagli interventi di Aldo Moro e Concetto Marchesi in Assemblea costituente. È l'idea, in altri termini, del riconoscimento del "diritto di ognuno ad una adeguata istruzione, indipendentemente dalle sue condizioni economiche e sociali"³⁶.

La stretta correlazione, in termini di coesistenzialità, tra scuola aperta a tutti e principio di eguaglianza, nella sua duplice accezione formale e, soprattutto, sostanziale, determina la configurazione dell'istruzione come "un vero e proprio diritto soggettivo nei confronti dell'azione dei pubblici poteri"³⁷.

La naturale vocazione inclusiva dell'art. 34 Cost., in fondo, appare ulteriormente confermata anche dal progetto di costituzione che fu sottoposto all'esame dell'Assemblea costituente, nel quale la formulazione del futuro art. 34, pur tecnicamente poco felice "ma certo illuminante del significato che le si voleva attribuire"³⁸, era la seguente: "la scuola è aperta al popolo".

L'onnicomprensività³⁹ dell'articolo 34, comma 1, e la sua correlata vocazione inclusiva sono chiare nelle parole di un Maestro come Umberto Pototschnig, il quale ebbe ad evidenziare l'intento dei Costituenti di superare lo stato di emarginazione di ampie fette di società anche attraverso l'istruzione, nella consapevolezza che la libertà dal bisogno fosse strettamente legata alla libertà dall'ignoranza e che, dunque, spezzare simili catene sarebbe stato un impegno decisivo della neoistituita Repubblica per promuovere il pieno sviluppo della persona umana e per dare corpo alla democrazia attraverso l'effettiva partecipazione all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese (art. 3, comma 2, Cost.).

La ricostruita relazione diretta tra l'art. 34 Cost. e gli artt. 2-3 Cost., allora, ci consente di chiarire che "il principio della scuola 'aperta a tutti' vale, oggi come allora (...) quale criterio interpretativo *generale* dell'intera disciplina costituzionale dell'istruzione"⁴⁰. Anzi, spingendoci ancora più in là, non sarebbe certo cosa peregrina affermare che la norma fondamentale della c.d. Costituzione scolastica rappresenti l'"architave dell'intera costruzione costituzionale"⁴¹ e, come tale, si atteggi a criterio qualificativo della forma di *Stato sociale di diritto* e *Stato di cultura* che caratterizza la Repubblica⁴², in quanto sussumibile, nelle

³⁵ Così S. MANZIN MAESTRELLI, *Istruzione dell'obbligo*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, IX vol. Torino, 1994, 1.

³⁶ Così A. POGGI, *Art. 34*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Volume primo, UTET, Torino, 2006, 704.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ In questi termini, U. POTOTSCHNIG, *Istruzione (diritto alla)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, 1973, 99.

³⁹ Cfr., sul punto, G. MATUCCI, *Dall'inclusione all'universalizzazione. Itinerari di sviluppo della scuola della Costituzione*, in Id. (a cura di) *Diritto all'istruzione e inclusione sociale*, cit., 36, secondo la quale l'art. 34, comma 1, delinea una "disciplina onnicomprensiva".

⁴⁰ Ivi, 39.

⁴¹ Così S. PENASA, *La persona e la funzione promozionale della scuola: la realizzazione del disegno costituzionale e il necessario ruolo dei poteri pubblici. I casi dell'istruzione delle persone disabili e degli alunni stranieri*, in F. Cortese (a cura di), *Tra amministrazione e scuola. Snodi e crocevia del diritto scolastico italiano*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, 3.

⁴² In proposito, osserva assai opportunamente M. BENVENUTI: "Non si comprende appieno la centralità costituzionale del diritto all'istruzione, che emerge già in molte e belle discussioni svoltesi in seno all'Assemblea costituente, a meno di collocare gli enunciati alfine racchiusi nell'art. 34 Cost. nel prisma dei principi fondamentali della Carta repubblicana del 1947 e, in particolare, degli artt. 9, comma 1, e 1, comma 1, Cost. Ad essi occorre fare riferimento al fine di intendere appieno la valenza architettonica del diritto qui considerato e, con essa, la funzione a cui la scuola repubblicana nel suo complesso è vocata. In virtù dell'art. 9, comma 1, Cost., il diritto all'istruzione è espressione di quell'obiettivo di sicura sostanza costituzionale che è la promozione dello sviluppo della cultura, che si accompagna a quello della ricerca scientifica e tecnica, nonché alla tutela del paesaggio e del patrimonio storico e artistico nazionale (art. 9, comma 2, Cost.). In questa cornice, in cui la "Repubblica" e la "Nazione" aprono e chiudono il medesimo articolo, il diritto in questione si inserisce a pieno titolo in un più ampio progetto di crescita intellettuale individuale e collettiva – di incivilimento, ben potrebbe dirsi, secondo una felice espressione cara a Gian Domenico Romagnosi – a cui tutti e ciascuno sono chiamati a partecipare" (M. BENVENUTI, *La scuola è aperta a tutti? Potenzialità e limiti del diritto all'istruzione tra ordinamento statale e ordinamento sovranazionale*, in *Federalismi*, 4/2018, 102-103). E, ancora, "quanto all'art. 1, comma 1, Cost., da parte sua, tale diritto è proiettato sul piano della continua sostanziazione della cittadinanza repubblicana e, dunque, fornisce sempre nuova linfa al pactum societatis. Da questo punto di vista, non v'è dubbio che il diritto all'istruzione serve a conoscere - da qui massimamente il summenzionato legame di derivazione con l'art. 9, comma 1, Cost. - ma esso risulta parimenti necessario per conoscersi e persino riconoscersi, in questo caso, in quanto appartenenti all'Italia, prima parola della Carta repubblicana del 1947, cioè al Paese còlto nella sua immediata dimensione storica, geografica, culturale, esistenziale. Tale duplice inquadramento dell'art. 34 Cost. nel più ampio orizzonte ordinamentale porta a conseguenze

parole indimenticate di Spagna Musso, nell'ambito di "fenomeni sociali che, per la rilevanza e l'influenza nei confronti dei fini e della organizzazione dello Stato, costituiscono, tramite la tutela giuridica che viene loro imposta, altrettante prospettive di qualificazione dello stesso ordinamento statale"⁴³.

La forza propulsiva dell'articolo 34, comma 1, della Costituzione, in un certo senso, supera, lo stesso articolo 38, comma 3, pure espressamente dedicato alla tutela dei diritti dei disabili, ma che risulta connotato, nella sua stessa formulazione letterale, da un linguaggio tale da rivelare una concezione medica e assistenziale della disabilità (a partire dal termine "minorati").

Una simile considerazione non intende certo ridimensionare la portata di tale norma costituzionale, il cui obiettivo, coerentemente al disegno sistematico di emancipazione della persona umana, è pur sempre rappresentato dall'integrazione sociale delle persone con disabilità – sebbene, *prima facie*, nell'ottica, prevalente se non esclusiva, della funzionalizzazione dell'istruzione alla collocazione nel mercato del lavoro⁴⁴ - quanto piuttosto evidenziare che essa costituisca il retaggio di una "visione medica ed individualizzante"⁴⁵, evidentemente non più attuale, del fenomeno della disabilità.

D'altronde, non si può neppure dimenticare che – nonostante la asserita naturale forza inclusiva dell'articolo 34, comma 1 – i Costituenti ritenevano pienamente legittima l'istituzione di scuole speciali per i bambini disabili: analogamente, in dottrina, anche un autore come Pototschnig, che pure più di altri aveva valorizzato la spinta propulsiva della norma in questione, affermava che potessero essere "legittimamente istituite e fatte funzionare scuole riservate a particolari categorie di allievi"⁴⁶, nel quadro di una "logica di matrice separatista"⁴⁷.

La piena valorizzazione del dettato costituzionale ha aspettato, allora, l'avvento, tra gli anni Settanta e Ottanta, del c.d. "Modello Sociale della Disabilità", in virtù del quale la disabilità non è di per se stessa un ostacolo, ma lo diviene nel momento in cui si manifesta in un ambiente discriminatorio centrato "sulla ritenuta irrecuperabilità del dato biofisico"⁴⁸: una prospettiva teorica – medica e sociologica oltre che giuridica - che si focalizza sul contesto sociale ed ambientale di riferimento, evidenziando la necessità di promozione di una effettiva inclusione sociale che assicuri una piena "libertà *nonostante* la disabilità"⁴⁹ (corsivo nostro).

Ecco, quindi, come si prepara il terreno per una lettura integrata e sistematica del testo costituzionale, che non si limiti alla lettera dell'articolo 38, comma 3⁵⁰, ma che attraversi gli articoli 2, 3, 34 e 38, considerandoli, nel loro combinato disposto, come il punto di partenza positivo per la configurazione del diritto all'istruzione dei disabili come diritto sociale fondamentale.

La giurisprudenza costituzionale ha opportunamente valorizzato questa lettura integrata del testo costituzionale: fin dalla storica [sentenza 215/1987](#), che ha "dato il la" ai riconoscimenti che di lì a poco avrebbe posto in essere il legislatore con la legge 104/1992, la Corte ha sottolineato il rapporto di feconda relazione tra l'art. 34 e l'art. 38, comma 3, Cost., unitamente agli artt. 2 e 3: "*statuendo che 'la scuola è aperta a tutti', e con ciò riconoscendo in via generale l'istruzione come diritto di tutti i cittadini, l'art. 34, primo comma, Cost. pone un principio nel quale la basilare garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo 'nelle*

di grande portata, perché fornisce la cifra tangibile di una collettività che incessantemente interroga se stessa sulle ragioni più profonde della convivenza".

⁴³ Così E. SPAGNA MUSSO, *Lo Stato di cultura nella Costituzione italiana*, Morano, Napoli, 1961, 14.

⁴⁴ Sul punto, vedasi, G. MATUCCI, *Dall'inclusione all'universalizzazione. Itinerari di sviluppo della scuola della Costituzione*, cit., 37, che ricorda, in proposito, le osservazioni dell'Onorevole Valenti in seno all'Assemblea Costituente (in particolare, nota 21).

⁴⁵ Così I. DE CESARE, *Costituzione e linguaggio non discriminatorio. Riflessioni intorno all'uso del termine "minorati"*, in G. Matucci (a cura di), *Diritto all'istruzione e inclusione sociale*, cit., 216.

⁴⁶ Così U. POTOTSCHNIG, *Istruzione (diritto alla)*, cit., 99.

⁴⁷ In questi termini, G. MATUCCI, *Dall'inclusione all'universalizzazione. Itinerari di sviluppo della scuola della Costituzione*, cit., 38.

⁴⁸ Così F. MASCI, *L'inclusione scolastica dei disabili: inclusione sociale di persone*, cit., 143.

⁴⁹ R. BELLI, *Introduzione*, in Id. (a cura di), *Libertà inviolabili e persone con disabilità*, Franco Angeli, Milano, 2000, 7.

⁵⁰ Del resto, ricorda in proposito De Siervo: "anche in riferimento al tema della tutela a livello costituzionale delle persone con disabilità, sarebbe pericolosamente riduttivo affrontare i loro problemi solo alla luce del comma 3 dell'art. 38", in U. DE SIERVO, *Libertà negative e positive*, cit., 35.

formazioni sociali ove si svolge la sua personalità' apprestata dall'art. 2 Cost. trova espressione in riferimento a quella formazione sociale che è la comunità scolastica. L'art. 2 poi, si raccorda e si integra con l'altra norma, pure fondamentale, di cui all'art. 3. secondo comma, che richiede il superamento delle sperequazioni di situazioni sia economiche che sociali suscettibili di ostacolare il pieno sviluppo delle persone dei cittadini. Lette alla luce di questi principi fondamentali, le successive disposizioni contenute nell'art. 34 palesano il significato di garantire il diritto all'istruzione malgrado ogni possibile ostacolo che di fatto impedisca il pieno sviluppo della persona. L'effettività dell'istruzione dell'obbligo è, nel secondo comma, garantita dalla sua gratuità: quella dell'istruzione superiore è garantita anche a chi, capace e meritevole, sia privo di mezzi, mediante borse di studio, assegni alle famiglie ed altre provvidenze (...). (...) Assumere che il riferimento ai "capaci e meritevoli" contenuto nel terzo comma dell'art. 34 comporti l'esclusione dall'istruzione superiore degli handicappati in quanto "incapaci" equivarrebbe a postulare come dato insormontabile una disuguaglianza di fatto rispetto alla quale è invece doveroso apprestare gli strumenti idonei a rimuoverla, tra i quali è appunto fondamentale - per quanto si è già detto - l'effettivo inserimento di tali soggetti nella scuola".

La Corte, inoltre, si è spinta a sancire la prevalenza del diritto all'istruzione delle persone con disabilità sugli stessi vincoli di bilancio⁵¹, sia con la [sent. 80 del 2010](#) sia, in particolare, con la [sent. 275/2016](#), ove si è affermato che, ferma restando la discrezionalità del legislatore nell'individuazione della misura di tutela dei diritti dei disabili, *"una volta normativamente identificato, il nucleo invalicabile di garanzie minime per rendere effettivo il diritto allo studio e all'educazione degli alunni disabili non può essere finanziariamente condizionato in termini assoluti e generali"*, per cui *"è di tutta evidenza che la pretesa violazione dell'art. 81 Cost. è frutto di una visione non corretta del concetto di equilibrio del bilancio, sia con riguardo alla Regione che alla Provincia cofinanziatrice. È la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione"*.

Ciò comporta, in altri termini, che *"nel difficile bilanciamento tra il principio dell'equilibrio finanziario e la tutela costituzionale dei diritti incompressibili"*⁵², la Corte fa prevalere questi ultimi, affermando che il rilievo costituzionale del diritto in oggetto *"costituisce un limite invalicabile all'intervento discrezionale del legislatore, così che il nucleo di garanzie minime per renderlo effettivo dovrebbe essere assicurato al di là di ogni esigenza di bilancio"*.

E, allora, specie allorquando vengano in rilievo situazioni giuridiche costituzionalmente garantite di soggetti deboli, e quindi, come tali, particolarmente meritevoli di tutela, *"il legislatore dovrebbe, in ogni caso, attivarsi per garantirli, non potendo giustificare la mancata attuazione a fronte della generica carenza di disponibilità finanziarie, magari destinate a diverse, voluttuarie e facoltative voci di spesa"*⁵³.

La Corte, insomma, è chiamata a far valere una questione di *"priorità costituzionali"*⁵⁴ – a partire dalla tutela della persona umana e della sua dignità, nell'ottica del suo continuo, progressivo e pieno sviluppo – *"che comportano destinazioni di fondi costituzionalmente doverose, dal momento che vincolano a fini costituzionalmente imposti la legge"*⁵⁵.

3. Tutela multilivello del diritto all'istruzione delle persone con disabilità: norme di diritto internazionale ed europeo.

⁵¹ Su cui, più ampiamente, cfr., se si vuole, A. LAMBERTI, *Il diritto all'istruzione delle persone con disabilità: tutela giurisdizionale ed equilibrio di bilancio*, cit., *passim*.

⁵² In questi termini, E. FURNO, *Pareggio di bilancio e diritti sociali. La ridefinizione dei confini nella recente giurisprudenza costituzionale in tema di diritto all'istruzione dei disabili*, cit., 18.

⁵³ In questi termini R. CABAZZI, *Diritti incompressibili degli studenti con disabilità ed equilibrio di bilancio nella finanza locale secondo la sent. della Corte costituzionale n. 275/2016*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 29 gennaio 2017, 2.

⁵⁴ C. COLAPIETRO, *Una scuola aperta a tutti e a ciascuno: la scuola inclusiva ai tempi della crisi*, in G. Matucci (a cura di), *Diritto all'istruzione e inclusione sociale*, cit., p.28.

⁵⁵ *Ibidem*.

Il diritto all'istruzione delle persone con disabilità è oggetto di una tutela multilivello in via di consolidamento, una tutela 'a cerchi concentrici' che non pregiudica affatto la centralità logica e positiva del testo costituzionale, anzi lo "arricchisce e completa, collocando la Costituzione al centro di ogni altro (concorrente) ordinamento quale fonte condizionante di ogni virtuosa integrazione"⁵⁶. In particolare, i diritti delle persone con disabilità, ivi compreso il diritto all'istruzione, sono oggi protagonisti di "un fenomeno di policentrismo normativo, il quale impegna una pluralità di ordinamenti, quello internazionale, quello comunitario e quello nazionale, la cui convergenza ha consentito l'articolazione di un apparato di garanzia strutturato su più livelli"⁵⁷. Giunti a tale stadio del presente studio, ci si propone per l'appunto di offrire una riflessione critica sulla prospettiva *multilevel* che involge il diritto all'istruzione delle persone diversamente abili, cercando di tratteggiarne le complessità, anche alla luce di un lungo processo storico-evolutivo.

3.1 (segue) *La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità nel contesto evolutivo del diritto internazionale dei diritti umani. Per una valorizzazione della Convenzione come parametro interposto nel giudizio di legittimità costituzionale.*

Nel quadro del diritto internazionale dei diritti umani, spicca la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, approvata dall'Assemblea Generale dell'Onu il 13 dicembre 2006, firmata il 30 marzo 2007 ed entrata in vigore il 3 maggio 2008⁵⁸.

L'approccio degli estensori della Convenzione è debitore di un lungo processo storico⁵⁹ ed è il frutto di convincimenti maturati attraverso innumerevoli studi specialistici, non solo di carattere giuridico, ma anche di natura psicologica, medica, sociologica.

In questo processo va senz'altro collocato il cosiddetto Modello Sociale della Disabilità⁶⁰ (*Social Model of Disability*), il quale – lungi dal focalizzarsi sui deficit personali, fisici o mentali – predilige un approccio

⁵⁶ Si permetta di riprendere le espressioni già formulate in A. LAMBERTI, *Libertà di informazione e democrazia: approccio multilevel e questioni attuali*, in A. DI Stasi, L. S. Rossi (a cura di) *Lo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia a 20 anni dal Consiglio europeo di Tampere*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, 139-188.

⁵⁷ Così A. VENCHIARUTTI, *Sistemi multilivello delle fonti e divieto di discriminazione per disabilità in ambito europeo*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2014, 409 ss.

⁵⁸ L'Italia l'ha ratificata e resa esecutiva con legge 18/2009. Sulla Convenzione, numerosi sono gli studi condotti sia a livello internazionale che ad opera della dottrina italiana. Cfr. A. S. KANTER, *The Promise and Challenge of the United Nations on the Rights of Persons with Disabilities*, in *Syracuse J. Int'l L. & Com.*, vol. 34, 2007, 287 e ss.; R. KAYESS – P. FRENCH, *Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, in *HRLR*, 8, 1, 1-34; A. PALACIOS – M. WALLS, *Changing the Paradigm – the potential impact of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, in *Irish Yearbook of International Law*, vol. 1, 2007; A. LAWSON, *The United Nations Convention on the Rights of Persons with disabilities: New Era or False Dawn?* in *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol. 34, 2006-2007, 563-619; G. QUINN, *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Toward a New International Politics of Disabilities*, in *Texas Journal on Civil Liberties & Civil Rights*, Vol. 15:1, 2009-2010, 34 ss.; M. A. STEIN – J. E. LORD, *Future Prospects for the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, in O. M. Arnadóttir – G. Quinn (a cura di), *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities. European and Scandinavian Perspectives*, Martinus Nijhoff, Amsterdam, 2009; A. BRODERICK, D. FERRI, *International and European Disability Law and Policy: Text, Cases and Materials*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019. Nel contesto nazionale, si rinvia, fra i tanti, a F. SEATZU, *La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone disabili: i principi fondamentali*, in *Diritti umani e diritti fondamentali*, 3, 2008, 535 ss.; F. SEATZU, *La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone disabili: diritti garantiti, cooperazione, procedure di controllo*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2, 2009, 259 ss.; L. PANELLA, *La protezione internazionale di una categoria vulnerabile*, in M. L. Chiarella, G. Cosco, A. D. Marra, B. Saccà (a cura di), *Tutela della persona e Disability Studies*, Falzea Editore, Reggio di Calabria, 2012; V. DELLA FINA, *La Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità*, in C. Colapietro - A. Salvia (a cura di), *Assistenza, inclusione sociale e diritti delle persone con disabilità. A vent'anni dalla legge 5 febbraio 1992, n. 104*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, 299 ss.

⁵⁹ Cfr. M. R. SAULLE, *The disabled Persons and the International Organizations*, International Documentation Ent, New York, 1981.

⁶⁰ Sul Modello Sociale della Disabilità si rinvia a M. OLIVER, *The politics of disablement*, Basingstoke Macmillans, London, 1990. Cfr anche C. BARNES, *Disabled People in Britain and Discrimination: A Case for Anti-Discrimination Legislation*, Hurst, and Co. in association with the British Council of Organisations of Disabled People, London, 1991; C. BARNES, *The Social Model of Disability: Valuable or Irrelevant?* in N. Watson - A. Roulstone - C. Thomas, (a cura di) *The Routledge Handbook of Disability*

teso ad avvicinarsi “alla disabilità incentrando l’analisi sui processi e sulle forze sociali che fanno sì che le persone affette da menomazioni evidenti diventino disabili”⁶¹. In altri termini, questo modello invita a tenere a mente un dato di fondamentale importanza: non è la disabilità a generare l’esclusione, ma è l’esclusione a generare la disabilità. È l’emarginazione sociale, dunque, a rendere “realmente” disabili gli individui soggetti a deficit fisici o mentali: relegarli e condannarli alla subalternità e all’esclusione significa perdere la loro “diversa-abilità” trasformandola in “disabilità”, smarrire ogni possibilità di partecipazione delle diversità erigendo muri e barriere (in)visibili.

Diventa evidente, allora, come questo approccio consenta di gettare nuova luce sulla vicenda umana ed esistenziale delle persone diversamente abili, e di guardare ai diritti loro riconosciuti e garantiti come figli di un processo di emancipazione. Una emancipazione dai pregiudizi, dalle barriere sociali, dagli occhi disprezzanti dei presunti “normali”, e che, come ogni processo di liberazione *da*, è perennemente attuale, *in fieri*, è uno *Streben* ininterrotto ed inesauribile che tende verso la piena partecipazione.

La Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità è certamente debitrice di questo modello, attesa la nozione di disabilità richiamata nel punto e) del Preambolo: “(e) Riconoscendo che la disabilità è un concetto in evoluzione e che la disabilità è il risultato dell’interazione tra persone con minorazioni e barriere attitudinali ed ambientali, che impedisce la loro piena ed efficace partecipazione nella società su una base di parità con gli altri”.

Questo approccio alla disabilità viene arricchito e completato dallo *human rights model of disability*, che affonda le proprie radici negli studi condotti nei primi anni 2000 da Degener e Quinn⁶². Gli Autori sostengono un modello che, nel guardare alla dignità intrinseca delle persone, guardi al fenomeno della disabilità attraverso la lente dell’interconnessione tra diritti civili e politici da una parte, e diritti economici, sociali e culturali dall’altra, o – se si preferisce – tra diritti di prima e di seconda generazione. In tal senso, ogni individuo portatore di disabilità è tutelato anzitutto come titolare di una identità concreta: il modello in esame, in altri termini, aspira ad arricchire di nuove prospettive l’approccio del *Social Model*, nell’ottica della lotta alla discriminazione “intersezionale” (vale a dire quella discriminazione fondata su una pluralità di fattori) e della promozione della dignità intrinseca dell’essere umano, suo attributo fondamentale ed ineliminabile. Osserva, in proposito, autorevole dottrina: “mentre il modello sociale della disabilità può essere utile ad identificare la causa della marginalizzazione delle persone con disabilità, non offre prospettive giuridiche atte a porre fine a tale marginalizzazione. In buona sostanza, avendo riguardo all’elaborazione dottrinale di Degener, si potrebbe sottolineare che lo *human rights model* muove dal modello sociale e ne abbraccia in toto la prospettiva, declinandolo però in termini giuridici e di tutela, e arricchendolo di nuove sfumature”⁶³.

La Convenzione ONU del 2006 accoglie i modelli prospettati, superando definitivamente l’ “approccio medico”⁶⁴ alla disabilità, “recepandone una nozione che, oltre a ribadire il principio della dignità delle

Studies, Palgrave MacMillan, Londra, 2012, 12 ss.; C. BARNES, *Capire il “modello sociale della disabilità”* (trad. it. di A.D. Marra), in *Intersticios. Revista Sociológica de Pensamiento Crítico*, vol. 2, 1, 2008, 87 ss.

⁶¹ Così A.D. MARRA, *Diritto allo studio delle persone con disabilità: diritti umani e norme antidiscriminazione*, in *Intersticios - Revista Sociológica de pensamiento crítico*, Vol. 8 (2) 2014, 164. Questo modello, pertanto, quale autentica rivoluzione copernicana nel contesto dei *Disability Studies*, permette (anche) al giurista di osservare - continua l’A. - che: “a) la qualità della vita della persona con disabilità non è determinata dalle sue caratteristiche fisiche, dal modo in cui funziona il suo corpo o la sua mente; b) che è necessario tenere distinto il deficit fisico o mentale della persona dalle barriere che determinano svantaggio sociale o limitazione di partecipazione; c) che la segregazione della persona disabile è determinata dai pregiudizi e dalla discriminazione, dal mancato utilizzo delle risorse necessarie a eliminare barriere e creare ambienti accessibili, nonché dalla mancanza di adeguato supporto”

⁶² G. QUINN, T. DEGENER, *Human Rights and Disability: The Current Use and Future Potential of the United Nations Human Rights Instruments in the Context of Disability*, United Nations, New York-Geneva, 2002, 14. Cfr. anche M. A. STEIN, *Disability Human Rights*, in *California Law Review*, Vol. 95, 2007, 75 ss.

⁶³ In questi termini si esprime D. FERRI, *La giurisprudenza costituzionale sui diritti delle persone con disabilità e lo Human Rights Model of Disability: “convergenze parallele” tra Corte costituzionale e Comitato ONU sui diritti delle persone con disabilità*, in Dirittifondamentali.it, 1/2020, 536.

⁶⁴ Così C. CROSETTA, *Il diritto all’istruzione e all’integrazione dei minori disabili a scuola: diritto effettivo o “paper right”?* cit., 35.

persone che ne sono portatrici, individua nel contesto culturale e sociale un fattore determinante e una risorsa potenziale, in positivo o in negativo, a seconda delle opportunità offerte alla persona nel raggiungere livelli di realizzazione e autonomia”⁶⁵.

La Convenzione, pertanto, rappresenta il superamento delle precedenti forme e modalità di riconoscimento e tutela accordate dai documenti internazionali più risalenti. In particolare, si ricorda la Dichiarazione dei diritti degli handicappati, approvata dalle Nazioni Unite il 9 dicembre 1975, emblematica e paradigmatica di un non più attuale approccio “medico/mutualistico”⁶⁶ alla disabilità, per il quale essa è vista “come problema esclusivamente individuale cui far fronte mediante misure compensative di tipo prettamente economico”⁶⁷.

Approccio, questo, presente anche nella pressoché coeva Dichiarazione ONU sui diritti delle persone con ritardo mentale (1971), in cui il soggetto disabile è finanche (s)qualificato come “subnormale mentale”. Esplicazione di questo modello medico-mutualistico⁶⁸, altresì, è la prima Classificazione internazionale di Menomazioni, Disabilità ed Handicap, pubblicata dall’Organizzazione Mondiale della Sanità nel 1980.

Non occorre obliare, tuttavia, che la Convenzione ONU del 2006 è il frutto di un percorso evolutivo: in altre parole, se è vero che essa si caratterizza per la sua innovatività, consacrando definitivamente sul piano normativo internazionale lo *human rights model of disability* quale arricchimento del precedente Modello Sociale, nondimeno essa va collocata in un contesto già reso maturo da una pluralità di interventi e documenti internazionali.

Già negli anni Ottanta, infatti, si verifica il graduale passaggio dal modello di “attenzione” all’approccio dei “diritti”⁶⁹, di cui è testimonianza la designazione da parte dell’ONU del “Decennio delle Nazioni Unite per i Disabili”. Questa sensibilità matura pienamente negli anni Novanta: si pensi, a titolo esemplificativo, alla *World Declaration on Education for All* (1990), alle *Norme Standard per la realizzazione delle pari opportunità dei disabili* (1993) e alla *Salamanca Declaration and Framework for Action* (1994). In particolare, l’articolo 6 delle citate Standard Rules, approvate dall’Assemblea Generale dell’Onu il 20 dicembre 1993, afferma che “*gli Stati dovrebbero riconoscere il principio che l’istruzione primaria, secondaria e terziaria per i bambini, i giovani e gli adulti con disabilità deve essere egualmente accessibile e avvenire «in ambienti integrati»*”. Inoltre, più in generale, introducendo il principio delle pari opportunità per i disabili “al fine di una loro piena inclusione nella società”⁷⁰, le Norme Standard designano “la condizione preliminare per l’eguale partecipazione dei disabili alla vita politico-sociale nell’accrescimento della consapevolezza”⁷¹.

Da non trascurare, inoltre, è la Convenzione sui diritti dell’infanzia e dell’adolescenza (1989), che spicca per un approccio “intermedio”, chiaramente ancorato al Modello Sociale ma non ancora scervo da tracce precedenti. Rilevano, in proposito, l’articolo 28, con il suo richiamo generale al diritto all’istruzione “aperta ed accessibile ad ogni fanciullo”⁷², e l’articolo 23⁷³.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ Così C. VIGILANTI, *Il diritto all’istruzione dei disabili come paradigma della tutela dei diritti sociali*, cit., 17. Con riguardo a questa Dichiarazione, parla di “emarginazione temperata dalla carità” C. COLAPIETRO, in *Diritti dei disabili e Costituzione*, cit., 45.

⁶⁷ Così C. VIGILANTI, *Il diritto all’istruzione dei disabili come paradigma della tutela dei diritti sociali*, cit., 45.

⁶⁸ Cfr., tra gli altri, C. COLAPIETRO, *Una scuola aperta a tutti e a ciascuno: la scuola inclusiva ai tempi della crisi*, cit., 15.

⁶⁹ “*Los años Ochenta marcaron el paso irreversible del modelo de ‘atención’ al modelo de ‘derechos’*”. Così G. QUINN – T. DEGENER, *Derechos Humanos y Discapacidad. Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad*, OACDH HR/PUB/02/1, Nazioni Unite.

⁷⁰ Così C. COLAPIETRO, *Diritti dei disabili e Costituzione*, cit., 47.

⁷¹ In questi termini F. FURLAN, *La tutela costituzionale del cittadino portatore di handicap*, in C. Cattaneo (a cura di), *Terzo settore, statualità e solidarietà sociale*, Milano, 2001, 235.

⁷² Così C. CROSETTA, *Il diritto all’istruzione e all’integrazione dei minori disabili a scuola: diritto effettivo o “paper right”?* cit., 33.

⁷³ Si riportano qui i primi tre paragrafi della norma: “1. Gli Stati parti riconoscono che i fanciulli mentalmente o fisicamente handicappati devono condurre una vita piena e decente, in condizioni che garantiscano la loro dignità favoriscano la loro autonomia ed agevolino una loro attiva partecipazione alla vita della comunità. 2. Gli Stati parti riconoscono il diritto dei fanciulli handicappati di beneficiare di cure speciali ed incoraggiano e garantiscono, in considerazione delle risorse disponibili, la concessione, dietro richiesta, ai fanciulli handicappati in possesso dei requisiti richiesti, ed a coloro i quali ne hanno la custodia,

La Convenzione ONU del 2006, dunque, costituisce proprio il risultato di un ricco sostrato culturale e giuridico internazionale. Alla luce di questa ricostruzione storico-evolutiva, allora, sarà più agevole cogliere l'estrema rilevanza dell'articolo 24, che riconosce il diritto all'istruzione delle persone con disabilità, nell'ottica della piena partecipazione alla vita comunitaria e di una effettiva valorizzazione della dignità umana, ai fini del libero (e pieno) sviluppo della personalità⁷⁴.

Attraverso l'articolo 24⁷⁵, si mira ad una partecipazione piena ed effettiva delle persone con disabilità nella vita sociale e civile, obiettivo – questo – che traspare dalla strettissima connessione della norma in esame con l'articolo 9, dedicato all'accessibilità, la quale è una precondizione essenziale per la piena ed eguale partecipazione alla società.

di un aiuto adeguato alle condizioni del fanciullo ed alla situazione dei suoi genitori o di coloro ai quali egli è affidato. 3. In considerazione delle particolari esigenze dei minori handicappati, l'aiuto fornito in conformità con il paragrafo 2 del presente articolo è gratuito ogni qualvolta ciò è possibile, tenendo conto delle risorse finanziarie dei loro genitori o di coloro ai quali il minore è affidato. Tale aiuto è concepito in modo tale che i minori handicappati abbiano effettivamente accesso alla educazione, alla formazione, alle cure sanitarie, alla riabilitazione, alla preparazione al lavoro ed alle attività ricreative e possano beneficiare di questi servizi in maniera atta a concretizzare la più completa integrazione sociale ed il loro sviluppo personale, anche nell'ambito culturale e spirituale.” In tema v. P. FRANZINA, I. AQUIRONI, *Persone di minore età e disabilità*, in *Autorità Garante per l'Infanzia e l'Adolescenza, La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza. Conquiste e prospettive a 30 anni dall'adozione*, 2019, 292 ss. V. anche CRC *and Its Friends: 30 Years of Outsourcing Interpretation of Children's Rights* (a cura di Francesca Ippolito e Giacomo Biagioni), in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2020, n. 1.

⁷⁴ E, allora, in quest'ottica, “non è più la disabilità a graduare la realizzazione del disegno personalista, ma il concetto stesso di ‘persona’, che rifugge qualsiasi alterità rispetto al deficit psico-fisico e riconduce eventuali menomazioni nell'alveo della fisiologia relazionale. La disabilità non è in re ipsa un ostacolo: lo diventa quando la minorazione si esplica in un ambiente che distingue l'essere disabili dall'essere persone, fondando un'intollerabile disequaglianza sulla ritenuta irrecuperabilità del dato biofisico. Se oggetto del disegno personalista è la pienezza dello sviluppo umano, il riconoscimento e la garanzia dei diritti dei disabili si ergono a naturale emanazione della pari dignità, che è motore dell'effettiva inclusione sociale della persona” (In questi termini si esprime F. MASCI, *L'inclusione scolastica dei disabili: inclusione sociale di persone*, cit., 143).

⁷⁵ Si riporta di seguito il testo della norma: “1. Gli Stati Parti riconoscono il diritto delle persone con disabilità all'istruzione. Allo scopo di realizzare questo diritto senza discriminazioni e su una base di eguaglianza di opportunità, gli Stati Parti faranno in modo che il sistema educativo preveda la loro integrazione scolastica a tutti i livelli e offra, nel corso dell'intera vita, possibilità di istruzione finalizzate: (a) al pieno sviluppo del potenziale umano, del senso di dignità e dell'autostima ed al rafforzamento del rispetto dei diritti umani, delle libertà fondamentali e della diversità umana; (b) allo sviluppo, da parte delle persone con disabilità, della propria personalità, dei talenti e della creatività, come pure delle proprie abilità fisiche e mentali, fino al loro massimo potenziale; (c) a mettere in grado le persone con disabilità di partecipare effettivamente a una società libera. 2. Nel realizzare tale diritto, gli Stati Parti dovranno assicurare che: (a) le persone con disabilità non vengano escluse dal sistema di istruzione generale sulla base della disabilità e che i bambini con disabilità non siano esclusi da una libera ed obbligatoria istruzione primaria gratuita o dall'istruzione secondaria sulla base della disabilità; (b) le persone con disabilità possano accedere ad un'istruzione primaria e secondaria integrata, di qualità e libera, sulla base di eguaglianza con gli altri, all'interno delle comunità in cui vivono; (c) un accomodamento ragionevole venga fornito per andare incontro alle esigenze individuali; (d) le persone con disabilità ricevano il sostegno necessario, all'interno del sistema educativo generale, al fine di agevolare la loro effettiva istruzione; (e) efficaci misure di supporto individualizzato siano fornite in ambienti che ottimizzino il programma scolastico e la socializzazione, conformemente all'obiettivo della piena integrazione. 3. Gli Stati Parti devono mettere le persone con disabilità in condizione di acquisire le competenze pratiche e sociali necessarie in modo da facilitare la loro piena ed eguale partecipazione all'istruzione e alla vita della comunità. A questo scopo, gli Stati Parte adotteranno misure appropriate, e specialmente: (a) Agevolare l'apprendimento del Braille, della scrittura alternativa, delle modalità, mezzi, forme e sistemi di comunicazione alternativi e migliorativi, di 19 abilità all'orientamento e alla mobilità e agevolare il sostegno tra pari e il mentoring; (b) Agevolare l'apprendimento del linguaggio dei segni e la promozione dell'identità linguistica della comunità dei non udenti; (c) Assicurare che l'istruzione delle persone, ed in particolare dei bambini ciechi, sordi o sordociechi, sia erogata nei linguaggi, nelle modalità e con i mezzi di comunicazione più appropriati per l'individuo e in ambienti che ottimizzino il progresso scolastico e lo sviluppo sociale. 4. Allo scopo di aiutare ad assicurare la realizzazione di tale diritto, gli Stati Parti adotteranno misure appropriate per impiegare insegnanti, ivi compresi insegnanti con disabilità, che siano qualificati nel linguaggio dei segni e o nel Braille e per formare professionisti e personale che lavorino a tutti i livelli dell'istruzione. Tale formazione dovrà includere la consapevolezza della disabilità e l'utilizzo di appropriati modalità, mezzi, forme e sistemi di comunicazione migliorativi e alternativi, tecniche e materiali didattici adatti alle persone con disabilità. 5. Gli Stati Parti assicureranno che le persone con disabilità possano avere accesso all'istruzione post-secondaria generale, alla formazione professionale, all'istruzione per adulti e alla formazione continua lungo tutto l'arco della vita senza discriminazioni e sulla base dell'eguaglianza con gli altri. A questo scopo, gli Stati Parti assicureranno che sia fornito un accomodamento adeguato alle persone con disabilità.

Gli obiettivi della norma emergono, inoltre, dal Commento Generale n. 4 sul diritto all'educazione inclusiva del Comitato ONU sui diritti delle persone con disabilità, in cui si constata l'impegno degli estensori ad una *“full and effective participation, accessibility, attendance and achievement of all students”*⁷⁶. In proposito, il diritto all'inclusione scolastica, in un'ottica antidiscriminatoria e partecipativa, è qualificato come un diritto fondamentale dei discenti (dei *learners*, non già dei genitori o dei tutori), nonché un principio che valorizza il benessere di tutti gli studenti. E, ancora, esso si atteggia come il risultato di un impegno continuo e proattivo ad eliminare barriere ed ostacoli di ogni tipo, nonché – a sua volta – quale un mezzo per realizzare altri diritti fondamentali, atteso che *“it is the primary means by which persons with disabilities can lift themselves out of poverty, obtain the means to participate fully in their communities, and be safeguarded from exploitation”*. Il Commento, poi, dopo le sollecitazioni rivolte agli Stati membri a firmare e ratificare il Trattato di Marrakech per facilitare l'accesso ai testi pubblicati alle persone cieche, con incapacità visive o altre difficoltà ad accedere al testo stampato (2013) – un Trattato di cui, allo stato, l'Italia non è Parte contraente –, si sofferma su un aspetto di sicura importanza nell'economia dell'articolo 24, vale a dire quello degli *“accomodamenti ragionevoli”*.

E' opportuno osservare, infatti, che dopo il riconoscimento di un diritto all'inclusione delle persone con disabilità nel sistema educativo generale, si preveda che vengano posti in essere *‘accomodamenti ragionevoli’* parametrati ai bisogni del singolo; di seguito si dispone che *‘le persone con disabilità ricevano il sostegno necessario, all'interno del sistema educativo generale, al fine di agevolare la loro effettiva istruzione’* (lett. d) e che *‘siano fornite efficaci misure di sostegno personalizzato in ambienti che ottimizzino il progresso scolastico e la socializzazione, conformemente all'obiettivo della piena integrazione’*.

Trattasi di previsioni che richiedono risposte diverse dagli Stati parte della Convenzione: *“se l'assenza di accomodamento ragionevole, come definito dal penultimo capoverso dell'art. 2 della Convenzione medesima, implica una risposta immediata, che faccia cessare la discriminazione derivante da tale carenza, le misure di sostegno e supporto, di cui alle lett. d) ed e), sono sprovviste di tale immediatezza e possono anche essere perseguite con gradualità”*⁷⁷. In questo modo, allora, ben può affermarsi che la Convenzione rifiuti un *“one-size-fits-all approach”*.

La realizzazione progressiva delle misure di intervento, in ogni caso, non pregiudica quegli obblighi, incumbenti agli Stati Parti, immediatamente applicabili: tra questi, accanto alla non-discriminazione e all'istruzione primaria obbligatoria, libera ed aperta a tutti, si collocano per l'appunto i suddetti accomodamenti ragionevoli, atteso che – sulla scia dell'orientamento consolidato del Comitato ONU sui diritti economici, sociali e culturali, gli Stati Parti hanno *“a minimum core obligation to ensure the satisfaction of, at the very least, minimum essential levels”*.

Se, dunque, è nell'ambito del testo della Convenzione che occorre distinguere tra norme di carattere programmatico, prive di immediatezza ed espressive di obiettivi perseguibili con gradualità, e norme dalla diretta precettività, è decisamente da rifiutare quell'orientamento, pur accolto in alcune occasioni dalla Corte costituzionale, che, nel considerare la Convenzione come *in toto* non contenente una disciplina auto-applicativa, tende ad escluderne la rilevanza come parametro interposto nel giudizio di legittimità costituzionale.

Questo orientamento, talora condiviso dalla Corte costituzionale, secondo cui agli Stati parti della Convenzione risulta riconosciuta una libertà nell'individuare *“in concreto – in relazione alle specificità dei singoli ordinamenti e al correlativo e indiscusso margine di discrezionalità normativa – i mezzi ed i modi necessari a darvi attuazione”* (così nella [sent. 275/2016](#), par. 3.1, che pure è stata una decisione fondamentale nell'affermazione del diritto sociale fondamentale all'istruzione delle persone con disabilità e della sua primazia sulle esigenze di bilancio⁷⁸), di talché il rispetto della Convenzione rappresenterebbe un mero obbligo di risultato, in realtà è da respingere.

⁷⁶ Si veda anche il Commento Generale n. 6 (2018) su eguaglianza e non discriminazione, il cui art. K è dedicato all'istruzione.

⁷⁷ Così P. ADDIS, *Il diritto all'istruzione delle persone con disabilità: profili sostanziali e giurisprudenziali*, in E. Catelani, R. Tarchi (a cura di), *I diritti sociali nella pluralità degli ordinamenti*, ESI, Napoli, 2015, 154.

⁷⁸ Sul punto, sia consentito di nuovo il rinvio ad A. LAMBERTI, *Il diritto all'istruzione delle persone con disabilità: tutela giurisdizionale ed equilibrio di bilancio*, cit., in particolare 50 ss.

In prima battuta, infatti, l'efficacia *self-executing* “non può essere valutata in relazione al trattato nel suo complesso, come fatto dalla Consulta nella [sentenza n. 2 del 2016](#), ma avendo riguardo alla singola norma rilevante”⁷⁹.

In secondo luogo, come la stessa Corte costituzionale – sulla scia dell'orientamento della Corte di Giustizia dell'Unione Europea – ha affermato, sia pure in relazione alle norme comunitarie, la distinzione tra norme *self-executing* e non *self-executing* non determina, per ciò solo, la non configurabilità delle seconde come parametri di legittimità costituzionale: anzi, se nell'ambito dei rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario si sostiene che, nel caso di una norma di legge interna incompatibile con le prescrizioni di una norma di una direttiva UE non *self-executing*, il giudice comune, non potendo disapplicare la prima in ragione della mancanza di efficacia diretta della seconda, è tenuto a sollevare la questione di legittimità costituzionale della norma di legge interna in ragione del parametro interposto rappresentato dalla norma comunitaria priva di effetti diretti, a maggior ragione questo ragionamento, tipicamente internazionalistico, dovrebbe valere per le disposizioni delle convenzioni internazionali.

La Corte costituzionale, allora, dovrebbe proseguire nel cammino intrapreso in altre circostanze, nelle quali, correttamente, si è avvalsa della Convenzione ONU ora come criterio interpretativo ausiliario ([sent. 251/2008](#)), ora come parametro interposto di legittimità costituzionale nell'individuazione di un “nucleo indefettibile di garanzie” che si pone come limite alla discrezionalità del legislatore ([sent. 80/2010](#)), ora guardando alla Convenzione come “accordo misto” nel quadro dell'ordinamento dell'Unione Europea ([sent. 235/2012](#)), con le conseguenze che ne derivano in termini di adattamento (come la possibilità di configurare una responsabilità risarcitoria dello Stato italiano per mancata attuazione della Convenzione o l'attribuzione ai giudici comuni del potere-dovere di non applicazione della normativa interna incompatibile⁸⁰).

La giurisprudenza costituzionale, in sostanza, non dovrebbe limitarsi a considerare il parametro dell'art. 117, comma 1, Cost. solo in relazione alle norme interposte della CEDU, ma dovrebbe più decisamente estendere il metodo delle [sentenze gemelle nn. 348 e 349 del 2007](#) anche a tutti i trattati internazionali ratificati dall'Italia (in quanto fonti di “obblighi internazionali” ai sensi del citato art. 117).

Tornando ai profili di ordine generale, l'obbligo degli Stati al rispetto delle disposizioni precettive della Convenzione e l'impegno a promuovere gli strumenti idonei a garantire, attraverso l'inclusione scolastica, l'effettiva partecipazione delle persone con disabilità alla vita sociale e civile della comunità si arricchiscono, acquistando ulteriore significato, nel contesto delle cinque dimensioni della qualità dell'educazione, tra le quali, secondo l'UNESCO – accanto alla *relevance*, alla *pertinence* ed agli obiettivi di *efficiency* ed *efficacy* – figurano (anche), per l'appunto, l'equità (*equity*) e il rispetto dei diritti (*respect for rights*).

E non si ometterebbe, infine, che – nel quadro dell'Agenda ONU 2030 – si colloca il fondamentale obiettivo di **“offrire un'educazione di qualità, inclusiva e paritaria e promuovere le opportunità di apprendimento durante la vita per tutti” (Sustainable Development Goal N. 4).**

3.2 (segue). *La CEDU e la Carta Sociale Europea. La giurisprudenza della Corte di Strasburgo e le sue oscillazioni.*

Spostandoci dal piano “universale” alla dimensione regionale, e segnatamente nel quadro del Consiglio d'Europa, vengono in rilievo la Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (1950) e la Carta Sociale Europea (1961).

Per quanto attiene alla CEDU, manca, com'è noto, una formulazione espressa, attesa la natura della Convenzione *in primis* come strumento di riconoscimento e tutela dei diritti civili. Tuttavia, il diritto in

⁷⁹ Così D. AMOROSO, *Inutiliter data? La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità nella giurisprudenza italiana*, in [SIDI Blog](#), 7 febbraio 2017.

⁸⁰ *Ibidem*. Lo stesso A., segnala, però, che “quest'ultimo effetto, tuttavia, potrebbe essere precluso dalla giurisprudenza della CGUE che nega efficacia diretta alla Convenzione” (cfr. sent. Glatzel, su cui, più compiutamente, v. *infra*)

parola può ricostruirsi dal combinato disposto dell'articolo 14 CEDU e dell'articolo 1 del Protocollo Addizionale n. 2 alla Convenzione⁸¹.

In base ad esso, può ragionevolmente sostenersi che il diritto all'istruzione, il quale “non può essere rifiutato a nessuno”, deve riconoscersi alle persone con disabilità senza incorrere in discriminazioni, atteso che la disabilità rientra evidentemente in quella clausola residuale cui fa riferimento l'articolo 14 (“ogni altra condizione”)⁸².

La giurisprudenza della Corte di Strasburgo⁸³, nondimeno, si segnala per le frequenti oscillazioni.

Anzitutto, l'interpretazione offerta di fronte alle prime fattispecie portate all'attenzione della Commissione prima, della Corte poi, si caratterizzava per un approccio restrittivo: nella decisione *Graeme c. Regno Unito* (1990), la Commissione aveva affermato che la seconda parte dell'art. 2, Prot. 1 Cedu non richiedeva che un minore affetto da un severo handicap mentale dovesse essere ammesso presso una scuola privata ordinaria piuttosto che in una scuola speciale per disabili, interpretazione – questa – confermata dalla Corte nella successiva *Klerks c. Paesi Bassi* (1995), “nella convinzione che non spettasse a lei definire le risorse che devono essere utilizzate per soddisfare le esigenze educative dei minori disabili, perché sono le autorità nazionali a trovarsi in una situazione più idonea, rispetto ad un giudice internazionale, per prendere decisioni relative alla situazione e alle pertinenti esigenze locali”⁸⁴.

Anche in sentenze successive si può osservare un approccio simile, che ricorre fortemente al margine di discrezionalità degli Stati membri: a titolo esemplificativo, nel caso *MacIntyre c. Regno Unito* (1998), la mancata installazione di un ascensore in una scuola primaria a beneficio di un discente affetto da distrofia muscolare fu riconosciuta non lesiva dell'articolo 2, Protocollo 1 (sia considerato nella sua autonomia che in combinato disposto con l'articolo 14 Cedu); ancora, nella sentenza *Kalkanli c. Turchia* (2009), il rifiuto da parte di una scuola di ammettere alle sue classi un allievo disabile veniva giudicato non in contrasto con l'articolo 2, Protocollo 1 né tantomeno integrante una violazione sistemica del diritto all'istruzione del ricorrente in considerazione della sua disabilità.

I primi mutamenti giurisprudenziali sono andati verificandosi in relazione ad alcuni casi coinvolgenti la Turchia: in particolare, nel caso *Cam* (2016), la Corte ha riconosciuto la lesione dell'art. 2 Protocollo 1 e del divieto di discriminazione di cui all'articolo 14 Cedu in conseguenza del rifiuto, da parte di un'Accademia musicale, di procedere all'iscrizione di uno studente cieco, nonostante l'avvenuto superamento dell'esame di ammissione, sulla base del fatto che le autorità locali non avevano provveduto a porre in essere gli “accomodamenti” necessari per soddisfare le necessità educative del ricorrente; nel caso *Enver Sahin* (2018), la Corte è intervenuta per censurare il comportamento di un'università turca, la quale – a causa della presunta insufficienza di fondi *ad hoc* – aveva di fatto impedito, in conseguenza del mancato avvio dei lavori necessari, l'accesso ai locali dell'ateneo ed il prosieguo degli studi ad uno studente, già iscritto, divenuto paraplegico: detta fattispecie integrava, nelle valutazioni della Corte di Strasburgo, una violazione tanto delle due norme analizzate quanto dell'articolo 8, concernente la tutela del diritto al rispetto della vita privata e

⁸¹ La prima disposizione citata, nel porre un divieto di discriminazione, afferma che “*Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione*”, mentre la seconda stabilisce che “*Il diritto all'istruzione non può essere rifiutato a nessuno. Lo Stato, nell'esercizio delle funzioni che assume nel campo dell'educazione e dell'insegnamento, deve rispettare il diritto dei genitori di provvedere a tale educazione e a tale insegnamento secondo le loro convinzioni religiose e filosofiche*”.

⁸² Cfr., tra le altre, Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 30 aprile 2009, ricorso n. 13444/04, *Glor c. Svizzera*. In tema, L. LOUCAIDES, *The Role of the European Court of Human Rights in the Protection of the Rights and Dignity of People with Disabilities*, in *Human Rights, Disability, Children*, Council of Europe, 2005, 37 ss.

⁸³ Sulla giurisprudenza CEDU sul tema in esame, si segnalano i seguenti studi: E. CRIVELLI, *Luci ed ombre sulla scuola come luogo di necessaria inclusione nella recente giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Rivista AIC*, 2/2019; B. ANDÒ, *Alla ricerca di un contenuto minimo del diritto all'istruzione del disabile tra giurisprudenza nazionale e Corte Edu*, in *Comparazione e diritto civile*, 2012.

⁸⁴ Così E. CRIVELLI, *Luci ed ombre sulla scuola come luogo di necessaria inclusione nella recente giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, cit., 448.

familiare, cagionata da un comportamento irragionevole lesivo del bisogno del ricorrente di vivere nella maniera più autonoma ed indipendente possibile.

Questa evoluzione giurisprudenziale è senza dubbio il frutto della mutata sensibilità giuridica internazionale, di cui è paradigma la Convenzione Onu del 2006, non a caso sovente richiamata dai giudici di Strasburgo. L'educazione inclusiva, in altri termini, è valutata, nel nuovo contesto giuridico internazionale ed alla luce di un accresciuto *consensus* europeo, come un diritto fondamentale necessario per assicurare la piena partecipazione delle persone con disabilità alla vita civile e sociale, nonché come il “mezzo più appropriato”⁸⁵ per garantire il rispetto di altri diritti e libertà fondamentali⁸⁶.

Tuttavia, non mancano decisioni, anche piuttosto recenti, le quali possono non a torto definirsi come un “passo indietro” rispetto al nuovo contesto giuridico internazionale: in particolare, ci si riferisce alla sentenza *Sanilsoy c. Turchia* (2016) e, soprattutto, alla sentenza *Dupin c. Francia* (2019), con cui la Corte nega il verificarsi di una lesione degli articoli 14 Cedu e 2 Prot. 1 in conseguenza della scelta, da parte delle autorità francesi, di un istituto scolastico specializzato per l'istruzione di un minore affetto da autismo, in luogo della scuola normale, richiesta dai genitori del fanciullo. In proposito, appaiono assolutamente condivisibili le osservazioni di chi rimarca che la motivazione della Corte appare anche “in contrasto con le specifiche indicazioni che il Comitato europeo dei diritti sociali ha riservato al sistema francese nella soluzione di alcuni reclami collettivi”⁸⁷.

A proposito di questo richiamo, appare opportuno segnalare l'accoglimento di un reclamo, da parte dal Comitato Europeo dei diritti sociali⁸⁸, presentato contro la Francia dall'associazione *Action européenne des handicapés*, concernente l'istruzione separata dei soggetti affetti da autismo. Invero, l'orientamento più aperto ed espansivo del Comitato è certamente dovuto alla presenza di una norma *ad hoc* nel contesto della Carta Sociale Europea, vale a dire l'articolo 15⁸⁹.

Pur permanendo, nella formulazione della norma citata, il richiamo ad istituzioni specializzate, è altrettanto vero che il Comitato, abile interprete del sentire del suo tempo e dell'evoluzione del contesto giuridico nel quadro della tutela internazionale dei diritti umani, è da tempo fautore di un orientamento teso a garantire l'effettività del diritto all'inclusione scolastica, valorizzando l'articolo 15 CSE soprattutto in combinato disposto con l'articolo 17.1 lett. a CSE⁹⁰.

⁸⁵ Cfr. Corte EDU, D.H. e altri c. Repubblica Ceca, GC, 13 novembre 2007 (sia pur pronunciata in un altro contesto, quello dell'inclusione scolastica dei minori appartenenti alla comunità Rom, la citazione sopra riportata ci appare particolarmente significativa ai fini della configurazione come diritto fondamentale dell'istruzione inclusiva; sul punto, cfr. anche E. CRIVELLI, *Luci ed ombre sulla scuola come luogo di necessaria inclusione nella recente giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, 448).

⁸⁶ La Corte EDU rimarca anche la stretta correlazione con il rispetto della dignità umana (cfr. par. 63 della sentenza) ricondotto alla “*very essence of the Convention*” (così Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza dell'11 luglio 2002, ricorso n. 28957/95, *Goodwin c. Regno Unito*, par. 90). Sul rispetto della dignità umana nell'ambito della CEDU, v. A. DI STASI, *Human dignity as a normative concept: “dialogue” between European Courts (ECtHR and CJEU)?* in P. Pinto de Albuquerque, K. Wojtyczek (eds.), *Judicial power in a globalized world. Liber amicorum Vincent De Gaetano*, Cham, 2019, 115-130.

⁸⁷ Così E. CRIVELLI, *Luci ed ombre sulla scuola come luogo di necessaria inclusione nella recente giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, cit., 446.

⁸⁸ Cfr. Comitato europeo dei diritti sociali, decisione dell'11 settembre 2013 sul reclamo n. 81 del 2012, § 78.

⁸⁹ “Per garantire alle persone portatrici di handicap l'effettivo esercizio del diritto all'autonomia, all'integrazione sociale ed alla partecipazione alla vita della comunità, a prescindere dall'età e dalla natura ed origine della loro infermità, le Parti si impegnano in particolare: 1) ad adottare i provvedimenti necessari per somministrare alle persone inabili o minorate un orientamento, un'educazione ed una formazione professionale nel quadro del diritto comune ogni qualvolta ciò sia possibile oppure, se tale non è il caso, attraverso istituzioni specializzate pubbliche o private; 2) a favorire il loro accesso al lavoro con ogni misura suscettibile d'incentivare i datori di lavoro ad assumere ed a mantenere in attività persone inabili o minorate in un normale ambiente di lavoro e ad adattare le condizioni di lavoro ai loro bisogni o, se ciò fosse impossibile per via del loro handicap, mediante la sistemazione o la creazione di posti di lavoro protetti in funzione del grado di incapacità. Tali misure potranno giustificare, se del caso, il ricorso a servizi specializzati di collocamento e di accompagnamento; 3) a favorire la loro completa integrazione e partecipazione alla vita sociale mediante misure, compresi i presidi tecnici, volte a sormontare gli ostacoli alla comunicazione ed alla mobilità ed a consentire loro di avere accesso ai trasporti, all'abitazione, alle attività culturali e del tempo libero”.

⁹⁰ “Per assicurare ai bambini ed agli adolescenti l'effettivo esercizio del diritto di crescere in un ambiente favorevole allo sviluppo della loro personalità e delle loro attitudini fisiche e mentali, le Parti s'impegnano a prendere sia direttamente sia in cooperazione con le organizzazioni pubbliche o private tutte le misure necessarie e appropriate miranti: 1. a) a garantire ai

La citata decisione del 2013, del resto, si colloca nell'alveo di un precedente di gran rilievo, sempre coinvolgente la Francia e riguardante l'inclusione scolastica degli autistici: “nella prima azione collettiva in difesa dei diritti dei disabili in Europa presentata nel 2002 dall'organizzazione non governativa Internazionale *Association Autism-Europe*, il Comitato europeo aveva infatti riconosciuto che la Francia non rispettava gli obblighi educativi nei confronti delle persone con autismo, in violazione dell'art. 15.1 e 17.1 della Carta sociale”⁹¹.

Pertanto, anche alla luce del chiaro (e deciso) orientamento del Comitato Europeo dei diritti sociali, è fortemente auspicabile, come si dirà più puntualmente anche *infra*, che la Corte Europea dei diritti dell'uomo, proseguendo nel cammino avviato con il caso *Cam*, consolidi l'interpretazione estensiva delle norme della Cedu, valorizzandone le sicure potenzialità nell'ottica di una *cross-fertilization* dei diritti umani fondamentali.

3.2.1 (segue) [La sentenza G. L. contro Italia](#). *Un passo avanti nell'individuazione dei limiti al margine di apprezzamento degli Stati parti: una prima conclusione.*

Interessanti prospettive, da accogliere con favore, provengono da una recente sentenza emessa dalla Corte di Strasburgo in un caso riguardante proprio l'Italia ([sentenza G.L. c. Italia, 10 settembre 2020](#)), che si segnala per una attenta valorizzazione – in particolare sulla scia del caso *Cam* – del combinato disposto dell'art. 14 CEDU e dell'art. 2, Protocollo 1 allegato alla Convenzione⁹².

La vicenda è originata dall'impossibilità per la ricorrente, una bambina ebolitana, autistica con assenza di linguaggio verbale, di usufruire del sostegno scolastico specializzato e dell'assistente all'autonomia e alla comunicazione, pur trattandosi di diritti riconosciuti dall'art. 13 della legge 104/1992. Il diniego di tutela aveva così impedito alla minore di beneficiare dell'assistenza specializzata per due anni di scuola primaria e, per giunta, aveva indotto la famiglia a ricorrere privatamente alle prestazioni di uno specialista che, di fatto, sostituiva l'assistenza pubblica richiesta.

Ne era derivato, allora, un contenzioso innanzi ai giudici amministrativi, che ha visto soccombere, sia in primo grado che in appello, la ricorrente. In particolare, il Consiglio di Stato, con sentenza del 26 maggio 2015, aveva respinto l'impugnativa ritenendo vaga la richiesta di risarcimento – non essendo stato dimostrato sufficientemente un nesso eziologico tra la mancanza di assistenza specializzata e il danno lamentato – e giustificando, in nome dei vincoli di bilancio, la privazione del beneficio come una conseguenza della riduzione delle risorse stanziato dallo Stato in favore della Regione Campania.

La Corte di Strasburgo, dopo aver passato in rassegna non soltanto le convenzioni adottate nell'ambito del Consiglio d'Europa ma anche le ulteriori disposizioni di diritto internazionale a tutela del diritto all'istruzione dei soggetti con disabilità, unitamente agli atti di *soft law*, analizza la questione prospettata sulla base del combinato disposto dell'art. 14 Cedu, recante il divieto generale di discriminazioni, e dell'art. 2 del Protocollo 1, così delimitando l'oggetto della causa sulla scia di quanto prospettato in precedenti pronunzie all'uopo richiamate (*Orsus e altri c. Croazia, Ponomaryov c. Bulgaria, Enver Sahim c. Turchia*), e precisando opportunamente che il campo di applicazione dell'art. 14 “comprende non soltanto il divieto della discriminazione basata sull'handicap (...) ma anche l'obbligo per gli Stati di assicurare ‘degli accomodamenti ragionevoli’ che possano correggere le ineguaglianze di fatto che, non potendo essere giustificate, costituirebbero una discriminazione”.

bambini ed agli adolescenti, in considerazione dei diritti e doveri dei genitori, le cure, l'assistenza, l'istruzione e la formazione di cui necessitano, in particolare prevedendo la creazione o il mantenimento di istituzioni o di servizi adeguati e sufficienti a tal fine”.

⁹¹ Così E. CRIVELLI, *Luci ed ombre sulla scuola come luogo di necessaria inclusione nella recente giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, cit., 449-450.

⁹² Per un articolato commento alla sentenza, v. G. MATUCCI, *La rivincita del diritto all'inclusione scolastica innanzi alla Corte EDU. Riflessioni a margine della Corte EDU, sez. I, G.L. contro Italia, 10 settembre 2020, ric. 59751/15*, in [Osservatorio costituzionale](#), 6/2020, 508-523.

La valutazione della Corte prende le mosse da alcune considerazioni di ordine generale, che rivendicano la centralità e l'indispensabilità del diritto all'istruzione nelle società democratiche.

Anticipando, poi, una questione particolarmente problematica, la Corte sottolinea che, “nel decidere in che modo regolamentare l'accesso all'istruzione”, lo Stato è tenuto a garantire un equilibrio tra “i bisogni educativi delle persone” e “la propria capacità limitata di rispondervi”, senza mai dimenticare che, differentemente da altri servizi pubblici, “l'istruzione è un diritto direttamente protetto dalla Convenzione”.

Particolarmente significativo, nel prosieguo dell'argomentazione, è il richiamo ai principali strumenti di tutela internazionali che riconoscono il diritto all'istruzione, segnatamente la Carta sociale europea e la Convenzione Onu sui diritti delle persone con disabilità.

Dato importante, questo, giacché la Corte europea, così facendo, “si riserva la possibilità di ampliare il proprio scrutinio a salvaguardia di diritti e posizioni giuridiche soggettive salvaguardati da altri trattati, consentendole di reinterpretare in senso estensivo le disposizioni della Convenzione”⁹³ stessa.

In una condivisibile prospettiva *aperta*, di “armonizzazione intersistemica”⁹⁴ e di reciproca alimentazione semantica degli enunciati delle Carte internazionali dei diritti, talora prescindendo dall'individuazione di un fondamento giuridico che ne legittimi la possibile rilevanza nel sistema CEDU, la Corte evidenzia la necessità di tenere conto dell'evoluzione del diritto internazionale ed europeo⁹⁵, da cui emerge “l'importanza nell'esercizio del diritto all'istruzione dei principi fondamentali di universalità e non-discriminazione”, con il logico corollario in base al quale lo strumento più idoneo ed adeguato a realizzare siffatti principi è rappresentato dall'istruzione inclusiva, come già riconosciuto dalla stessa Corte nella citata sentenza *Cam*.

L'ampia ricostruzione della Corte segnala, quindi, la centralità di un diritto universale all'istruzione, come esempio dell'indivisibilità e dell'interdipendenza dei diritti umani in virtù della sua funzione fondamentale nell'assicurare una piena ed effettiva realizzazione anche di altri diritti. Una prospettiva, dunque, che valorizza i legami di co-essenzialità dei diritti riconosciuti alla persona umana.

A queste coordinate di riferimento si aggiunge, inoltre, la consolidata affermazione dei giudici europei secondo cui il margine di apprezzamento degli Stati membri risulta essere cospicuamente ridotto ogniqualvolta si tratti di restrizioni al godimento di un diritto fondamentale applicate a categorie di persone particolarmente vulnerabili, come avviene proprio nel caso dei minori e delle persone con disabilità (nel caso di specie, pertanto, la situazione di vulnerabilità è duplice, aggiungendosi alla minore età la condizione di grave disabilità).

Ora, pur prevedendo astrattamente le leggi nazionali la piena inclusione scolastica dei minori con disabilità, con la messa in atto di accomodamenti ragionevoli (in conformità alle stesse carte internazionali, su tutte la Convenzione Onu del 2006) senza lasciare margini di discrezionalità in capo alle pubbliche amministrazioni interessate, nondimeno è mancata in concreto la precisazione di quali accomodamenti dovessero essere adottati nel periodo temporale considerato.

A fronte delle argomentazioni del Governo italiano, rivolte ad incentrare la questione sulle necessità del bilancio, le cui privazioni avevano in concreto determinato l'assegnazione di fondi a favore delle persone affette da *SLA*, con sacrificio del sostegno scolastico, la Corte puntualmente rileva la situazione di discriminazione generatasi in danno della ricorrente: pur essendo astrattamente riconoscibili le esigenze di

⁹³ Così C. NARDOCCI, *I diritti delle persone con disabilità “si fanno strada” e la Corte di Strasburgo apre le sue porte. In margine a G.L. contro Italia*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 1/2021, 338.

⁹⁴ Così S. MARCHEGIANI, “*La disabilità è negli occhi di chi guarda*” (e resta a guardare): lo iato tra previsioni normative e attuazione concreta in tema di educazione inclusiva nella prospettiva della Corte europea. Considerazioni a margine del caso *G.L. contro Italia*, in *SIDI Blog*, 5 ottobre 2020. Scrive l'A. che l'obiettivo della Corte è “quello di garantire, nella misura del possibile, una interpretazione delle norme convenzionali che tenga conto dell'esistenza e del contenuto di norme appartenenti a sistemi normativi estranei alla Convenzione, rilevanti per gli Stati parti e che possano contribuire a chiarire il significato e il tenore dell'obbligo rilevante nel caso di specie”.

⁹⁵ Segnatamente, la Corte richiama, nella sua ampia ricostruzione, gli artt. 2, par. 2, e 13 del Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali, gli artt. 2, 3 e 24 della Convenzione Onu sui diritti delle persone con disabilità, gli artt. 15 ed E della Carta sociale europea, unitamente a numerosi atti di *soft law* (in particolare, la Raccomandazione 2006/5 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa sul *Piano d'azione per la promozione dei diritti e della piena partecipazione delle persone con disabilità: migliorare la qualità della vita delle persone con disabilità in Europa 2006-2015* e la Raccomandazione 2064 del 2015 dell'Assemblea parlamentare sull'uguaglianza e inclusione delle persone con disabilità).

tenuta dei bilanci pubblici, nell'ambito del margine di apprezzamento di cui gli Stati Parti godono, tuttavia, nel caso di specie la ricorrente non ha potuto continuare a frequentare la scuola primaria "in condizioni equivalenti a quelle di cui beneficiavano gli alunni non affetti da handicap", ed essendo tale disparità di trattamento unicamente riconducibile alla sua condizione di disabilità.

In altri termini, "l'accertamento dell'esistenza di una condizione di vulnerabilità incide sul meccanismo di ponderazione cui lo Stato è tradizionalmente tenuto nel tentativo di realizzare un bilanciamento adeguato tra esigenze contrapposte"⁹⁶: dunque, "eventuali restrizioni finanziarie avrebbero dovuto avere un impatto sull'offerta formativa della totalità degli studenti, piuttosto che gravare esclusivamente sugli alunni con disabilità"⁹⁷.

Orbene, le autorità, nelle valutazioni della Corte, non hanno "cercato di determinare le vere necessità della ricorrente e le soluzioni che potessero risponderle al fine di permetterle di frequentare la scuola elementare in condizioni equivalenti, per quanto possibile, a quelle di cui beneficiavano gli altri bambini senza per questo imporre all'amministrazione un onere sproporzionato o eccessivo".

Detto altrimenti, "la considerazione della vulnerabilità si traduce dunque, nelle pieghe del ragionamento della Corte, nell'individuazione di un vero e proprio **obbligo, per gli Stati, di agire secondo un criterio di solidarietà e di equa ripartizione degli eventuali sacrifici connessi al calo delle risorse economiche**": "la disabilità della minore e dunque la sua condizione di particolare vulnerabilità avrebbe dovuto indurre le istituzioni coinvolte, a livello amministrativo e giudiziario, ad una «**ripartizione dei sacrifici**», dettati dai tagli finanziari, in modo proporzionale tra la generalità degli studenti, piuttosto che farne gravare le conseguenze unicamente sugli alunni con disabilità"⁹⁸.

In conclusione – a maggior ragione se si considera la particolare gravità della discriminazione subita dalla ricorrente, in quanto avvenuta nell'ambito della scuola primaria, che, come riconosce la Corte, "fornisce le basi dell'istruzione e dell'integrazione sociale e le prime esperienze di vita sociale" – le autorità italiane non hanno operato "con la diligenza richiesta per garantire alla ricorrente il godimento del suo diritto all'istruzione su un piano di parità con gli altri alunni".

La violazione degli articoli 14 Cedu e 2 del Protocollo n.1, pertanto, è assolutamente incontestabile e comporta la condanna dello Stato italiano.

Se la conclusione dei giudici di Strasburgo è corretta e condivisibile, nondimeno resterebbero, secondo una certa lettura, alcuni punti da chiarire nel ragionamento della Corte, non a caso oggetto di puntualizzazioni nella *concurring opinion* del giudice Wojtyczek. Da una parte, infatti, sembrerebbe che l'art. 14 Cedu, nell'interpretazione qui offerta, sia fonte di obbligazioni positive, superando la tradizionale concezione dell'accomodamento ragionevole spingendosi "alla dimensione sostanziale dell'eguaglianza"⁹⁹, dall'altra non sempre è chiaro se la violazione accertata derivi da questa potenziale interpretazione dell'art. 14 Cedu o da una problematica lettura combinata della Convenzione e della legge statale.

In verità, l'utilizzo di diversi *standard* non dovrebbe esser considerato, per ciò solo, un motivo di mancanza di chiarezza.

A ben vedere, anzi, il divieto di discriminazione e il principio di equità non sono altro che "due facce della stessa medaglia"¹⁰⁰.

L'impegno degli Stati alla adozione di accomodamenti ragionevoli, infatti, "non sembra inconciliabile con l'idea di assicurare allo svantaggiato il diritto di frequentare la scuola in condizioni di parità con gli altri, né tantomeno con l'obiettivo di evitare qualunque forma di marginalizzazione": "tali misure, - che pur si distinguono per la loro naturale attitudine a rispondere ai bisogni effettivi dell'individuo, nel caso concreto - , sono comunque una declinazione del principio di eguaglianza sostanziale", di talché "non solo non escludono il ricorso alle cosiddette 'azioni positive', - che, viceversa, consistono in 'correttivi' rivolti

⁹⁶ Così, ancora, S. MARCHEGIANI, cit.

⁹⁷ *Ibidem*

⁹⁸ *Ibidem*

⁹⁹ Così C. NARDOCCI, *I diritti delle persone con disabilità "si fanno strada" e la Corte di Strasburgo apre le sue porte. In margine a G.L. contro Italia*, cit., 340.

¹⁰⁰ G. MATUCCI, *La rivincita del diritto all'inclusione scolastica innanzi alla Corte EDU. Riflessioni a margine della Corte EDU, sez. I, G.L. contro Italia, 10 settembre 2020, ric. 59751/15*, cit., 513.

astrattamente, e indiscriminatamente, ad intere categorie di soggetti - , ma mirano, esse stesse, a garantire il godimento, e l'esercizio, dei diritti fondamentali 'su base di eguaglianza con gli altri' e, con ciò, ad ovviare a qualunque ipotesi di esclusione"¹⁰¹.

Queste considerazioni, allora, ci spingono a delineare la necessità di una maggiore armonia nella giurisprudenza della Corte EDU, sulla base di alcuni punti fermi nell'individuazione dei limiti ai margini di apprezzamento degli Stati membri.

In primo luogo, dovrebbe essere ribadito il principio secondo il quale il margine di apprezzamento degli Stati incontra sempre il limite del "*best interest of the child*" e della tutela delle categorie vulnerabili.

A differenza di quanto emerso nella criticabile sentenza *Dupin*, la Corte dovrebbe allora proseguire, nel segno della decisione *G.L. contro Italia*, nell'affermazione della regola per cui le peculiari condizioni di vulnerabilità personale rappresentano sempre un motivo di riduzione del margine di apprezzamento degli Stati.

In secondo luogo, la valorizzazione che la Corte ha compiuto degli strumenti di tutela internazionali, ed in particolare della Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità, dovrebbe indurre ad abbracciare pienamente lo *human rights model of disability*, con la conseguenza per cui, in nome di una visione distributiva e partecipativa dell'eguaglianza, la mancata adozione degli accomodamenti ragionevoli si pone come discriminazione diretta, in quanto trattamento sfavorevole determinato dalle peculiari condizioni individuali (cfr. Commento Generale n. 5 del 9 dicembre 1994).

Resta ferma, beninteso, la natura di controllo "esterno" esercitata dalla Corte sulle modalità di messa in atto degli accomodamenti ragionevoli da parte degli Stati parti¹⁰². Dovrebbero, perciò, essere definitivamente accantonate le residue considerazioni "mediche" nell'approccio ai diritti delle persone con disabilità, come invece è stato fatto nella sentenza *Dupin* in chiara controtendenza rispetto ai principali strumenti di tutela internazionali (che, infatti, in quella occasione non erano stati debitamente presi in considerazione).

Ancora – ed è, questo, un aspetto non meno importante – dovrebbe essere dato ancor maggior rilievo, nelle argomentazioni della Corte, alle principali convenzioni internazionali e, nel quadro dello stesso Consiglio d'Europa, alla Carta Sociale Europea (e all'interpretazione fornita dal Comitato).

Una valorizzazione, questa, che potrebbe passare attraverso una interpretazione estensiva e funzionale, nell'ottica della massimizzazione delle tutele, dell'art. 1 del Protocollo n. 12 alla CEDU (il quale afferma che "il godimento di ogni diritto previsto dalla legge deve essere assicurato, senza discriminazione alcuna, fondata in particolare sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione").

Orbene, interpretando il riferimento alla legge in senso lato e sostanziale, con l'inclusione di ogni testo normativo, anche di quelli delle convenzioni internazionali cui è vincolato uno Stato parte, si potrebbe giungere a sostenere che la Corte di Strasburgo sia chiamata "a giudicare eventuali discriminazioni nel godimento dei diritti"¹⁰³ protetti dalle Convenzioni internazionali, ed in particolare dei diritti sociali tutelati dalla CSE.

Una simile prospettiva, infatti, non soltanto consentirebbe alla Corte di rendere più stringenti i limiti al margine di apprezzamento degli Stati membri, ampliando il controllo sulle discriminazioni dirette ed indirette, ma avrebbe, senza dubbio, un effetto propulsivo sui giudici nazionali, ivi compresa, per quanto più ci interessa, la Corte costituzionale italiana, la quale sarebbe così spinta tanto a valorizzare maggiormente gli "altri" strumenti di tutela internazionali attraverso la porta della stessa giurisprudenza della CEDU (e ciò, inevitabilmente, varrebbe per i giudici comuni, chiamati sia all'interpretazione della CEDU alla luce di un diritto vivente sempre più internazionalmente aperto sia all'interpretazione della normativa interna in senso convenzionalmente e internazionalmente conforme) quanto a considerare la CSE e la Convenzione ONU sui

¹⁰¹ *Ibidem*

¹⁰² *Ivi*, 517.

¹⁰³ Così G. GUIGLIA, *Le prospettive della Carta sociale europea*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 11.11.2010, 12.

diritti delle persone con disabilità alla stregua di parametri interposti nel giudizio di legittimità costituzionale, superando la distinzione, in fatto esistente, tra “trattati di serie A” e “di serie B”¹⁰⁴.

L’auspicio, allora, concludendo sul punto, è che i giudici di Strasburgo proseguano sulla strada tracciata (anche) da questa importante pronunzia, senza lasciarsi andare ai “passi indietro” che pure hanno caratterizzato la sua giurisprudenza in materia, e delineino, nella maniera indicata, ancor più precisamente il contenuto dell’art. 14 della Convenzione, essendo proprio il divieto di discriminazioni sempre più il banco di prova per sondare il rispetto da parte degli Stati membri dei diritti tutelati dalla Convenzione.

3.3 (segue). *L’ordinamento dell’Unione Europea. Cenni sulla giurisprudenza della CGUE.*

La tutela dei diritti delle persone con disabilità, ivi compreso il diritto all’istruzione, trova ancoraggio anche nel diritto dell’Unione Europea. Certamente è d’uopo una considerazione preliminare: la tutela dei diritti dei disabili nel contesto euro-unitario non è il frutto soltanto dei mutamenti della sensibilità giuridica internazionale sul tema, ma si correla (anche) al più generale fenomeno di evoluzione dello spazio comunitario dall’Europa dei mercati all’Europa dei diritti.

Un punto di svolta può certamente collocarsi attorno alla fine degli anni ’80 e l’inizio degli anni ’90: risale, infatti, al 1989 la Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, il cui punto 26 afferma che “*Ogni persona handicappata, a prescindere dall’origine e dalla natura dell’handicap, deve poter beneficiare di concrete misure aggiuntive intese a favorire l’inserimento sociale e professionale. Tali misure devono riguardare la formazione professionale, l’ergonomia, l’accessibilità, la mobilità, i mezzi di trasporto e l’alloggio e devono essere in funzione delle capacità degli interessati*”.

Dell’anno successivo, invece, è la risoluzione del Consiglio dei ministri dell’istruzione specificatamente dettata in tema di *integrazione* (si noti, non ancora *inclusione*) dei bambini e dei giovani minorati nel sistema scolastico normale, “che prospetta la necessità di far luogo ad azioni di sostegno più dinamiche che garantiscano trattamenti pensati non solo in relazione alle esigenze individuali dei disabili, ma anche di alto livello qualitativo (...). La personalizzazione dei programmi di studio, l’attivazione di reti di collaborazione tra tutti gli istituti e gli organismi che operano nel campo dell’assistenza ai disabili, la formazione degli insegnanti specializzati per il sostegno ai disabili, la sperimentazione di tecniche di insegnamento e di piani di studio nuovi: sono tutte azioni che, ovviamente, impongono anche degli impegni di spesa specifici. Per questo la Risoluzione de qua non trascura la necessità che gli Stati membri, insieme con l’Unione, predispongano risorse adeguate, sia dal punto di vista strettamente finanziario sia sotto forma di forniture di materiali, strutture e personale”¹⁰⁵.

Nel 1996, nella medesima direzione, la c.d. Carta del Lussemburgo, espressamente dedicata all’integrazione delle persone con disabilità in ambito scolastico ed educativo, traccia la strada per l’accoglimento, nei sistemi di istruzione dei Paesi della Comunità, “di una prospettiva inclusiva, nel rispetto delle necessità e delle sensibilità individuali di ciascun alunno”¹⁰⁶.

Su questa scia si colloca anche la Risoluzione del Consiglio del 5 maggio 2003 sulle pari opportunità per gli studenti disabili nel settore dell’istruzione e della formazione, la quale “invita gli Stati Membri e la Commissione, ciascuno secondo la propria competenza, a dar vita a misure ‘personalizzate’ di sostegno, che tengano conto delle esigenze specifiche dei bambini e dei giovani”¹⁰⁷, sottolineando l’importanza di una formazione adeguata degli insegnanti sotto il profilo pedagogico.

Sotto il profilo del diritto primario, sia pure in ambito generale, rilevano tanto l’articolo 10 del Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea (“*Nella definizione e nell’attuazione delle sue politiche e azioni,*

¹⁰⁴ Sul tema, v., tra gli altri, G. MONACO, *La Corte costituzionale ridisegna il proprio ruolo nella tutela dei diritti fondamentali, tra Carta di Nizza, Cedu e Carta Sociale Europea*, in *Rivista AIC*, 3/2020, 146-174; G. CAMPANELLI, *Carta sociale europea e Cedu: rapporto tra parametri e puntualizzazione delle differenze*, in questa *Rivista*, 2020/II, 435-441.

¹⁰⁵ Così C. VIGILANTI, *Il diritto all’istruzione dei disabili come paradigma della tutela dei diritti sociali*, cit., 19.

¹⁰⁶ Così P. ADDIS, *Il diritto all’istruzione delle persone con disabilità: profili sostanziali e giurisprudenziali*, cit., 157.

¹⁰⁷ Così C. VIGILANTI, *Il diritto all’istruzione dei disabili come paradigma della tutela dei diritti sociali*, cit., 19.

l'Unione mira a combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale") quanto l'articolo 19 par. 1 TFUE, ad esso strettamente connesso, introdotto dal Trattato di Amsterdam del 1997, centrale nel contesto della lotta alle discriminazioni.

Le due norme si pongono su di un piano differente, atteso che l'art. 10 TFUE presenta una funzione eminentemente programmatica ed è definita quale clausola orizzontale di non discriminazione¹⁰⁸; l'art. 19 TFUE è, invece, idoneo a costituire la base per l'adozione di atti di diritto derivato da parte delle Istituzioni europee (come avvenuto per la direttiva 43/2000/CE in materia di lotta alla discriminazione etnica e razziale)¹⁰⁹.

Non bisogna obliare, poi, come la norma recante gli obiettivi dell'Unione, ovvero l'articolo 3 del Trattato sull'Unione Europea, dedica il comma 2 del paragrafo 3 alla lotta contro "l'esclusione sociale e le discriminazioni", obiettivo – questo – richiamato anche dall'articolo 151 TFUE nel contesto della politica sociale.

Ma l'aspetto di maggiore importanza, in questo contesto, è dato dal fatto che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, proclamata a Nizza nel 2000 e resa vincolante dall'articolo 6 TUE col Trattato di Lisbona, dedica una norma di significativa rilevanza all'inserimento dei disabili, vale a dire l'articolo 26 (*"L'Unione riconosce e rispetta il diritto dei disabili di beneficiare di misure intese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità."*), da leggersi in combinato disposto¹¹⁰ con il divieto generale di discriminazione di cui all'articolo 21 par. 1 (*"È vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali."*).

In particolare, l'articolo 26 della Carta, in una prospettiva egalaritaria e solidaristica, ambisce a "favorire sia l'autonomia della persona, la sua capacità di autodeterminarsi e di non essere dipendente da altri, nella misura in cui il suo handicap lo consenta (da intendersi come il massimo di autonomia possibile nella sua condizione di disabilità), sia a promuovere l'ulteriore obiettivo della sua *partecipazione alla vita sociale*, di cui l'autonomia costituisce in qualche modo il presupposto, attraverso un crescendo di misure che attengono ai diversi ambiti di vita della persona: da quello delle relazioni sociali primarie, a quello lavorativo, per arrivare, infine, alla più generale partecipazione alla vita della comunità civile"¹¹¹.

Proprio l'attenzione rivolta al tema della disabilità dalla Carta di Nizza può interpretarsi come la base per l'impegno dell'Unione emergente dalla Strategia europea per la disabilità 2010-2020, approvata dalla Commissione nel novembre 2010, la quale, nell'individuare otto aree di azione congiunta tra l'Unione e gli Stati membri, prevede – con riferimento al settore dell'istruzione¹¹² – "che gli allievi e gli studenti disabili

¹⁰⁸ Cfr. L.M. RAVO, *Art. 10 TFUE*, in A. Tizzano (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, II ed., Milano, 2014, 404 ss.; I. VIARENGO, *Art. 10 TFUE*, in F. POCAR, M.C. BARUFFI, *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, II ed., Padova, 2014. V. anche A. DAMATO, *Osservazioni sull'azione dell'Unione europea in tema di disabilità*, in AA.VV., *Temi e questioni di Diritto dell'Unione europea. Scritti offerti a Claudia Morviducci*, Cacucci Editore, Bari, 2019, 841-860.

¹⁰⁹ Sul tema si rinvia a C. FAVILLI, *La non discriminazione nell'Unione europea*, Il Mulino, Bologna, 2009.

¹¹⁰ È la stessa nota del *Presidium* dell'11 ottobre 2000 (*Convent 49*) a precisare che l'articolo 26 della Carta recepisce – e deve essere interpretato tenendone conto – "quanto previsto nell'art. 15 della Carta sociale europea (...) e al punto 26 della Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori". Cfr. M. Panebianco (a cura di), *Repertorio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea annotato con i lavori preparatori e la giurisprudenza delle Alte Corti europee e della Corte Costituzionale italiana*, Giuffrè Editore, Milano, 2001, 304.

¹¹¹ Così C. COLAPIETRO, *Diritti dei disabili e Costituzione*, cit., 53. V. anche D. IZZI, *Art. 26. Inserimento dei disabili*, in R. Mastroianni, O. Pollicino, S. Allegrezza, F. Pappalardo, O. Razzolini (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017, 499 ss.; I. HACHEZ, *Article 26. Intégration des personnes handicapées*, in F. Picod, C. Rizcallah, S. VAN Drooghenbroeck (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*, II ed., Bruxelles, 2020, 689 ss.; C. O'BRIEN, *Article 26 – Integration of Persons with Disabilities*, in S. Peers, T. Hervey, J. Kenner, A. Ward (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford, 2014, 709 ss.; P. COSTANZO, L. MEZZETTI, A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, cit., 490.

¹¹² Si ricorda, inoltre, che l'ambito dell'istruzione e della formazione è oggetto, a mente del disposto dell'art. 6 TFUE, di una competenza UE di sostegno, coordinamento e completamento dell'azione degli Stati membri.

debbano avere a disposizione ‘un sistema d’istruzione accessibile e programmi d’istruzione permanente’; conseguentemente, ‘la Strategia sostiene l’accessibilità dei sistemi educativi generali, le misure di accompagnamento individuale e la formazione delle figure professionali del sistema educativo’ e di seguito si afferma la necessità di una maggiore informazione degli allievi con disabilità a proposito delle possibilità di formazione e di mobilità”¹¹³.

Non va, infine, trascurato il fatto che l’Unione europea sia Parte contraente, dal 2010, della Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità¹¹⁴, la quale – pertanto – si configura, nel contesto del diritto UE, quale accordo misto (*mixed agreement*), che – sotto il profilo dell’adattamento del diritto interno – “vincola l’ordinamento italiano con le caratteristiche proprie del diritto dell’Unione europea, limitatamente agli ambiti di competenza dell’Unione medesima, mentre al di fuori di tali competenze costituisce un obbligo internazionale, ai sensi dell’art. 117, comma 1, Cost.”¹¹⁵.

La Corte di giustizia dell’Unione europea, tuttavia, si è resa poco incline a valorizzare la Convenzione ONU, talora con esiti piuttosto dubbi. Il richiamo, in particolare, è alla sentenza *Glatzel* (2014), in cui la Corte ha dichiarato che la **Convenzione ONU sui diritti delle persone disabili** non possa qualificarsi come parametro di legittimità delle norme impugnate (nella fattispecie, quelle recanti le soglie minime di acutezza visiva *ex* direttiva 2006/126/CE concernente la patente di guida).

“Ciò in quanto, secondo una giurisprudenza della Corte non esente da critiche, le norme degli accordi internazionali vincolanti per l’UE possono fungere da parametro di validità degli atti derivati solo se dotate di effetti diretti, e tale non sarebbe il caso della Convenzione ONU in questione”¹¹⁶.

È questa una chiave di lettura tutt’altro che condivisibile¹¹⁷, nonostante l’orientamento consolidato della CGUE¹¹⁸, tanto più ove si consideri che la norma della Convenzione richiamata, concernente il divieto generale di discriminazione, è espressamente qualificata come un obbligo direttamente applicabile alle Parti contraenti nel Commento Generale n. 4 (2016) del Comitato ONU sui diritti delle persone con disabilità.

Dunque, sebbene la Convenzione ONU sia divenuta “parte integrante” del diritto dell’Unione europea, essa non è dotata di efficacia diretta ma presenta un mero carattere programmatico, in quanto le sue disposizioni non sono incondizionate né sufficientemente chiare e precise e sono subordinate all’intervento di atti ulteriori che competono alle parti contraenti¹¹⁹.

Si tratta di un orientamento, come si è detto, da respingere, atteso che – secondo le consolidate acquisizioni della dottrina internazionalistica – la circostanza che una disposizione di un trattato internazionale sia o meno in grado di produrre effetti diretti non rileva ai fini della vincolatività della medesima.

Come nell’ordinamento interno, anche nell’ordinamento dell’Unione Europea, pertanto, dovrebbe sostenersi che la vincolatività di un accordo internazionale concluso dall’Unione prescinda dalla presenza in esso di norme idonee o inidonee a produrre un’efficacia diretta. Conseguentemente, le norme di accordi internazionali conclusi dall’Unione Europea dovrebbero sempre essere considerate alla stregua di parametri (interposti) di validità degli atti di diritto derivato.

La mancata adesione della Corte di Giustizia a questo orientamento, oltre che erronea, appare espressione di un paradossale “sovranismo giudiziario” europeo, che è d’ostacolo alla definizione di un compiuto sistema

¹¹³ Così P. ADDIS, *Il diritto all’istruzione delle persone con disabilità: profili sostanziali e giurisprudenziali*, cit., 158.

¹¹⁴ La ratifica è avvenuta con la Decisione del Consiglio 2010/48/CE del 26 novembre 2009, depositata presso l’ONU soltanto il 23 dicembre 2010. La Convenzione è entrata in vigore nell’ordinamento dell’Unione il 22 gennaio 2011.

¹¹⁵ [Sent. 236/2012 della Corte costituzionale](#), punto 4.3 del Considerato in diritto. Sul tema, si rinvia a D. FERRI, *The conclusion of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities by the EC/EU: a constitutional perspective*, in *European Yearbook of Disability Law*, 2, 2010, 47 ss.

¹¹⁶ Così, nel ricostruire le argomentazioni della sentenza, N. LAZZERINI, *La Corte di Giustizia UE ed i principi della Carta dei diritti fondamentali nella sentenza Glatzel*, in [SIDI Blog](#), 4 giugno 2014.

¹¹⁷ Critiche, in tal senso, provengono da N. LAZZERINI, *La Corte di giustizia UE ed i principi della Carta dei diritti fondamentali nella sentenza Glatzel*, cit. e D. AMOROSO, *Inutiliter data? La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità nella giurisprudenza italiana*, in [SIDI Blog](#), 7 febbraio 2017.

¹¹⁸ Cfr. anche sent. CGUE 18 marzo 2014, C-363/12.

¹¹⁹ Cfr. Corte di giustizia, sentenza dell’11 aprile 2013, *HK Danmark*, cause riunite C-335/11 e C-337/11; sentenza del 7 novembre 2013, *Z. v. A Government Department*, causa C-363/12, punti 88 e ss.; sentenza *Glatzel*, cit., punto 69.

di tutela multilivello aperto agli apporti delle convenzioni internazionali extra-Ue ed extra-Cedu e alla necessaria *cross-fertilization* dei diritti nell'ottica della progressiva armonizzazione intersistemica.

Lo stesso art. 26 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, inoltre, essendo ricondotto alla categoria dei "principi" e non a quella dei "diritti", è soggetto ad una "giustiziabilità limitata"¹²⁰, in considerazione della necessità, al fine di produrre pienamente effetti, di essere concretizzato in disposizioni del diritto dell'Unione o del diritto nazionale¹²¹.

Tuttavia, vale la pena di evidenziare che effetto diretto è riconosciuto all'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali, il quale può essere invocato sia nei rapporti verticali sia nei rapporti orizzontali¹²².

Infine, va sottolineata anche l'importante funzione interpretativa da riconoscersi alla Convenzione ONU¹²³ con l'impegno dell'Unione europea a proseguirne l'attuazione anche attraverso la presentazione, nel 2021, di una strategia rafforzata sulla disabilità¹²⁴, che non potrà non tener conto anche della rinnovata sensibilità delle Istituzioni europee al tema della disabilità, come testimonia il principio 17 del Pilastro europeo dei diritti sociali dedicato all'"inclusione delle persone con disabilità"¹²⁵.

Può, allora, segnalarsi che, nel quadro più generale della tutela delle persone con disabilità, stia trovando una lenta affermazione tra i valori dell'ordinamento europeo anche l'inclusione scolastica. L'auspicio, in conclusione, è che questo processo evolutivo continui a svilupparsi, così da consentire a livello europeo uno scambio fruttuoso di buone prassi (a partire, proprio, da quelle italiane) necessario a che gli ordinamenti di altri Stati membri implementino gli strumenti di tutela nelle proprie legislazioni e ne diano concreta attuazione nelle rispettive prassi amministrative interne. *Nel prisma della dignità della persona umana.*

¹²⁰ V. art. 52, par. 5, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (e le relative Spiegazioni), secondo cui "Le disposizioni della presente Carta che contengono dei principi possono essere attuate da atti legislativi e esecutivi adottati da istituzioni, organi e organismi dell'Unione e da atti di Stati membri allorché essi danno attuazione al diritto dell'Unione, nell'esercizio delle loro rispettive competenze. Esse possono essere invocate dinanzi a un giudice solo ai fini dell'interpretazione e del controllo di legalità di detti atti". Siffatta previsione è stata aggiunta nel testo della Carta dei diritti fondamentali così come novellato a Strasburgo nel 2007 e rappresenta il risultato di un compromesso raggiunto in seno alla seconda *Convention* incaricata della revisione della Carta dei diritti fondamentali, in ordine alla giustiziabilità dei diritti sociali in vista dell'equiparazione della Carta a fonte di rango primario, così come concretamente avvenuto grazie alla modifica dell'art. 6, par. 1, del TUE introdotta dal Trattato di Lisbona nel dicembre del 2007. In ordine alle criticità sollevate da tale distinzione, v. C. HILSON, *Rights and Principles in EU Law: A Distinction without Foundation?* in *Maastricht J. Eur. Comp. Law*, 2008, 193 ss.; S. PRECHAL, *Rights v. Principles, or How to Remove Fundamental Rights from the Jurisdiction of the Courts*, in J.W. De Zwaan, F.A. Nelissen (eds.), *The European Union. An Ongoing Process of Integration. Liber Amicorum A.E. Kellerman*, The Hague, 2004, 177 ss.; L. GOLDSMITH, *A Charter of Rights, Freedoms and Principles*, in *Common Market Law Rev.*, 2001, 1201 ss.; P. COSTANZO, L. MEZZETTI, A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, VI ed., Torino, 2022, 427.

¹²¹ Per tale configurazione, v. sentenza *Glatzel*, cit., su cui si vedano C. BARNARD, *EU Employment Law and the European Social Model: The Past, the Present and the Future*, in *Current Legal Problems*, 2014, n. 1, 10 ss.; D. DENMAN, *The EU Charter of Fundamental Rights: How Sharp are its Teeth?* in *Judicial Rev.*, 2014, 160 ss.; C. O'BRIEN, *Driving down disability equality? Case C-356/12 Wolfgang Glatzel v Freistaat Bayern judgment of 2 May 2014*, in *Maastricht J. Eur. Comp. Law*, 2014, n. 4, 723-738; F. PICOD, *Conformité des exigences visuelles de la «directive permis de conduire» avec la Charte des droits fondamentaux*, in *La Semaine Juridique - édition générale*, 2014, n. 24, 1182 ss.

¹²² Cfr. Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 17 aprile 2018, causa C-414/16, *Vera Egenberger c. Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung eV*, ove, con riferimento al divieto di non discriminazione, si afferma che: "Sancito dall'articolo 21, paragrafo 1, della Carta, tale divieto è di per sé sufficiente a conferire ai singoli un diritto invocabile in quanto tale nell'ambito di una controversia che li vede opposti in un settore disciplinato dal diritto dell'Unione". Sulla pronuncia, v. L. CAPPUCIO, *L'efficacia diretta orizzontale della Carta dei diritti fondamentali nella decisione Vera Egenberger*, in *Quad. cost.*, 2018, n. 3, 708-711.

¹²³ Corte di giustizia, sentenza *HK Danmark*, cit.; *Z. c. A Government Department*, cit.

¹²⁴ Così Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Un'Europa sociale forte per transizioni giuste*, Bruxelles, 14.01.2020, COM(2020) 14 final.

¹²⁵ "Le persone con disabilità hanno diritto a un sostegno al reddito che garantisca una vita dignitosa, a servizi che consentano loro di partecipare al mercato del lavoro e alla società e a un ambiente di lavoro adeguato alle loro esigenze". Il Pilastro europeo dei diritti sociali è stato proclamato e firmato dal Consiglio dell'UE, dal Parlamento europeo e dalla Commissione durante il vertice sociale per l'occupazione equa e la crescita di Göteborg, il 17 novembre 2017. Strumento non vincolante e per lo più ricognitivo dell'*acquis* europeo in materia sociale, il Pilastro fissa 20 principi che ruotano intorno a tre Capi: "Pari opportunità e accesso al mercato del lavoro"; "Condizioni di lavoro eque"; "Protezione sociale e inclusione".

Andrea Lollo
**Riflessioni critiche a margine del secondo rinvio
della Corte costituzionale sull'ergastolo "ostativo"***

ABSTRACT: *The contribution deals with the issue of the relationship between the Constitutional Court and Parliament in the matter of life imprisonment, starting from ordinance 122 of 2022. Order by which the Court has postponed the question of the constitutionality of the life imprisonment for the second time to a new role. After having proceeded to outline the jurisprudential framework, the Author dwells on the content of the Court's decision, formulating some critical remarks on the decision itself and, more generally, on the relationship between Parliament and the Judge of the laws within the constitutional system.*

SOMMARIO: 1. L'[ordinanza n. 122 del 2022](#) della Corte costituzionale. – 2. Le coordinate tracciate dalla giurisprudenza costituzionale e convenzionale. – 3. L'[ordinanza n. 97 del 2021](#) della Corte costituzionale. – 4. Il "seguito" dell'[ordinanza n. 97 del 2021](#): osservazioni critiche.

1. [L'ordinanza n. 122 del 2022](#) della Corte costituzionale

Con [l'ordinanza n. 122](#), pubblicata il 13 maggio 2022 (redattore Amato), la Corte costituzionale ha rinviato nuovamente la trattazione delle questioni di legittimità sollevate dalla Corte di cassazione sugli artt. 4-*bis*, comma 1, 58-*ter* della l. 26 luglio 1975, n. 354 («Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure private e limitative della libertà»), e 2 del d.l. 13 maggio 1991, n. 152 («Provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza e buon andamento dell'attività amministrativa»), conv., con modif., nella l. 12 luglio 1991, n. 203, nella parte in cui escludono che possa essere ammesso alla liberazione condizionale il condannato "ostativo" che non collabori con la giustizia.

Si tratta, come presagito in dottrina¹, del secondo rinvio, atteso che con la precedente [ordinanza n. 97 del 2021](#) la Corte aveva già calendarizzato a nuovo ruolo la questione, concedendo un anno di tempo al Parlamento, con l'auspicio che quest'ultimo ponesse rimedio a una situazione di incostituzionalità ormai conclamata, ancorché non dichiarata².

Sebbene l'intervento del legislatore non si fosse ancora concretizzato, la circostanza che la Camera avesse approvato e trasmesso al Senato un disegno di legge³ recante modifiche alla suddetta disciplina ha indotto il Giudice delle leggi a rinviare ancora una volta la trattazione del merito all'udienza pubblica dell'8 novembre 2022, considerando inalterate le ragioni – ovverosia, l'esigenza di una «una complessiva e ponderata disciplina della materia» – che l'avevano indotta a optare per il primo rinvio. Così facendo, dunque, la Corte ha rimesso per la seconda volta a un legislatore inadempiente il compito di sanare una frattura costituzionale vieppiù evidente e grave, considerato che la normativa impugnata nelle more continua a produrre i propri effetti.

La circostanza, peraltro, evidenziata dall'Avvocatura generale dello Stato nell'istanza di differimento dell'udienza, che la discussione sia ancora in corso non significa che la stessa sarà completata con l'approvazione di una riforma (tanto più in ragione dello scioglimento anticipato delle Camere avvenuto nel mese di luglio 2022 e del conseguente avvio di una nuova legislatura



¹ Cfr., per tutti, M. MASSA, *La terza incostituzionalità «prospettata» e la questione dell'ergastolo ostativo*, in [Nomos](#), 2/2021, *passim*.

² Di «incostituzionalità prospettata» ragiona Giorgio Lattanzi, v. [Relazione annuale del Presidente Giorgio Lattanzi sull'attività svolta nell'anno 2018](#), 12.

³ Si tratta del d.d.l. C. 1951-A recante «Modifiche alla legge 26 luglio 1975, n. 354, al decreto legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, e alla legge 13 settembre 1982, n. 646, in materia di divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborino con la giustizia».

nell'ottobre 2022). E, ciò che più rileva, non significa che il testo definitivo eventualmente varato sarà conforme ai *desiderata* del Giudice delle leggi.

L'ordinanza *de qua* suggerisce, a parere di chi scrive, talune considerazioni che attraversano due piani, distinti ma intimamente connessi, della riflessione teorica: l'uno di carattere sostanziale; l'altro di carattere processuale. Il primo attiene ad una delle questioni più dibattute negli ultimi anni nella dottrina costituzionalistica (e non solo)⁴, ossia quella della conformità costituzionale dell'ergastolo "ostativo": espressione, questa, che notoriamente compendia il regime carcerario per taluni delitti considerati particolarmente gravi (*in primis*, i delitti di criminalità organizzata, terrorismo ed eversione), sicché i detenuti, ove non collaborino con la giustizia, non possono accedere alla liberazione condizionale.

Sembra superfluo, d'altra parte, evidenziare come il "fine pena mai" costituisca un tema di vitale importanza per una liberal-democrazia come la nostra, improntata al principio di rieducazione della pena. Risulta interessante, di conseguenza, volgere lo sguardo con spirito critico alle prospettive di riforma attualmente in cantiere.

Il secondo piano riguarda, invece, le evoluzioni di una tecnica decisoria di recente conio, che continua a ingenerare perplessità in dottrina: l'ordinanza di rinvio a nuovo ruolo⁵. Come già accennato, la decisione in commento contiene un elemento di assoluta novità, costituendo il caso inedito di un secondo rinvio a nuovo ruolo di una questione di costituzionalità, atteso che in precedenza l'inerzia del legislatore era stata puntualmente sanzionata con l'illegittimità della normativa impugnata⁶.

Come emergerà meglio nel corso di queste riflessioni, le questioni di natura sostanziale assumono carattere preliminare rispetto a quelle processuali. Alla luce di ciò, appare necessario ricostruire brevemente il contesto normativo e giurisprudenziale in cui si colloca l'ultima decisione in tema di ergastolo "ostativo".

2. Le coordinate tracciate dalla giurisprudenza costituzionale e convenzionale.

Ad orientare la giurisprudenza costituzionale in favore della compatibilità dell'ergastolo con il principio di rieducazione del reo sono state le previsioni legali che, progressivamente, hanno consentito al detenuto l'accesso ai benefici premiali e, in particolare, a quello della liberazione

⁴ I contributi in tema sono innumerevoli. Limitando l'attenzione solo ai commenti a margine dell'[ordinanza n. 97/2021](#), cfr., *ex multis*, M. RUOTOLO, *Riflessioni sul possibile "seguito" dell'ord. n. 97 del 2021 della Corte costituzionale*, in [Sistema Penale](#), 28 febbraio 2022, 1 ss.; A. PUGIOTTO, *Leggere altrimenti l'ord. n. 97 del 2021 in tema di ergastolo ostativo alla liberazione condizionale*, in *Giur. cost.*, 3/2021, 1169 ss.; M. MASSA, *La terza incostituzionalità «prospettata» e la questione dell'ergastolo ostativo*, cit., 1 ss.; E. DOLCINI, *L'ordinanza della Corte costituzionale n. 97 del 2021: eufonie, dissonanze, prospettive inquietanti*, in [Sistema Penale](#), 25 maggio 2021.

⁵ Per una sinossi dei rilievi critici formulati dalla dottrina cfr. R. PINARDI, *La Corte ricorre nuovamente alla discussa tecnica decisionale inaugurata col caso Cappato*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 4 agosto 2020, 105. Cfr., altresì, in argomento, *ex multis*, M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in [Questione Giustizia](#), § 1, 19 novembre 2018; U. ADAMO, *La Corte è 'attendista' ... «facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale»*. Nota a Corte cost., ord. n. 207 del 2018, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 23 novembre 2018; L. BUSATTA, *Il caso Cappato e la Corte costituzionale: un'incostituzionalità accertata ma non dichiarata?* in *Riv. it. cur. pall.*, 4/2018, 233; L. RISICATO, *L'incostituzionalità "differita" dell'aiuto al suicidio nell'era della laicità bipolare. Riflessioni a margine del caso Cappato*, in [disCrimen](#), 11 marzo 2019, 1 ss.; C. MASCIOTTA, *Innovazioni procedurali e 'nuovi diritti': i chiaroscuri dell'ordinanza n. 207/2018 della Corte*, in [federalismi.it](#), 6/2019, 4; R. ROMBOLI, *Il nuovo tipo di decisione in due tempi ed il superamento delle "rime obbligate": la Corte costituzionale non terza, ma unica camera dei diritti fondamentali*, in *Il Foro italiano*, 9/2020, 2566.

⁶ A tale tecnica decisoria, infatti, la Corte ha fatto ricorso altre due volte: si tratta delle [ordinanze nn. 207 del 2018](#) (caso "Cappato") e [132 del 2020](#) (sul trattamento sanzionatorio della diffamazione a mezzo stampa ex art. 595, comma 3, c.p.). In entrambi i casi, come è noto, il Parlamento ha disatteso i moniti della Corte, costringendo quest'ultima a intervenire successivamente per dichiarare l'incostituzionalità della disciplina censurata, che, nel frattempo, ha continuato a produrre i propri effetti nell'ordinamento.

condizionale. Permessi premio e liberazione condizionale, pur con le loro diversità ontologiche, sono istituti volti a consentire il graduale reinserimento del condannato nella società: i primi, quali modalità di trattamento costituenti parte integrante del programma rieducativo⁷; la seconda, quale causa estintiva della pena operante sul piano del diritto sostanziale⁸.

Dapprima la l. 25 novembre 1962, n. 1634⁹ ha stabilito che la liberazione condizionale potesse essere accordata anche al condannato all'ergastolo, nel concorso di ulteriori presupposti, dopo che egli avesse «effettivamente» scontato almeno ventotto anni di pena. Il riferimento testuale all'esecuzione effettiva della pena aveva indotto la giurisprudenza maggioritaria a negare che la soglia indicata potesse *de facto* ridursi attraverso la concessione ai condannati alla pena perpetua di periodi di liberazione anticipata. Tuttavia, con la [sentenza n. 264 del 1974](#) la Corte ha risolto nel senso della non fondatezza la questione della compatibilità tra l'art. 22 c.p. e l'art. 27, comma 3, Cost., anche attraverso un riferimento alla possibilità di accedere alla liberazione condizionale, ormai riconosciuta al condannato pur nel caso in cui risultasse privo dei mezzi utili all'adempimento delle obbligazioni nascenti da reato. La sentenza si chiude con un riferimento alla precedente pronuncia della stessa Corte [n. 204 del 1974](#), che aveva dichiarato costituzionalmente illegittima la norma attribuita al Ministro della giustizia del potere di concedere la liberazione condizionale. Da qui in avanti la decisione sarebbe spettata all'autorità giudiziaria, la quale, con le garanzie proprie del procedimento giurisdizionale, avrebbe dovuto accertare se il condannato avesse tenuto un comportamento tale da far ritenere sicuro il suo ravvedimento.

Successivamente, anche il beneficio della liberazione anticipata è stato esteso ai condannati all'ergastolo.

La [sentenza n. 274 del 1983](#) della Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 54 ord. pen. nella parte in cui non prevedeva, ai soli fini della maturazione della soglia di pena che consente la richiesta di liberazione condizionale, la possibilità di concedere anche al condannato all'ergastolo le detrazioni di pena previste da quella norma. A seguito di detta pronuncia, l'art. 28 della l. 10 ottobre 1986, n. 663¹⁰ ha modificato l'art. 176, comma 3, c.p., riducendo a ventisei anni la soglia minima di pena eseguita a carico del condannato prima del suo potenziale accesso alla liberazione condizionale, eliminando, nel contempo, il riferimento al carattere effettivo dell'esecuzione. Altresì, al fine di superare ogni residua controversia sulla rilevanza dei periodi di liberazione anticipata nel computo della pena da scontare prima della richiesta di liberazione condizionale, il legislatore ha modificato anche l'ultimo comma dell'art. 54 ord. pen., specificando che la regola di equivalenza all'esecuzione effettiva si applica pure ai condannati all'ergastolo.

Muovendo dal presupposto che la pena dell'ergastolo sia conforme a Costituzione nella sola misura in cui non si traduca in una pena *de facto* perpetua, la Corte, sin dalla [sentenza n. 264 del 1974](#), ha vieppiù valorizzato il significato costituzionale delle disposizioni premiali contenute nell'ordinamento penitenziario, che, per l'appunto, incidendo sulla natura dell'ergastolo, hanno di fatto azzerato il carattere della perpetuità che connotava tale pena alle sue origini¹¹.

Si tratta, a ben vedere, di una declinazione della teoria polifunzionale della pena, che si fonda sul presupposto che la Costituzione, oltre a quella di prevenzione speciale e di rieducazione, assegna alla pena stessa una funzione general-preventiva e di difesa sociale. Rispetto a tali finalità, per il Giudice delle leggi, non è possibile stabilire «a priori una gerarchia statica ed assoluta che valga una volta per tutte ed in ogni condizione»; il legislatore può far tendenzialmente prevalere, di volta in volta, ciascuna funzione nei limiti della ragionevolezza, «a patto che nessuna di esse ne risulti obliterata»¹².

⁷ In tal senso, Corte cost., [sent. n. 113/2020](#), ma già Corte cost., [sent. n. 235/1996](#).

⁸ In tal senso, Corte cost., [sent. n. 32/2020](#) e [n. 193/2020](#).

⁹ Recante «Modificazioni alle norme del Codice penale relative all'ergastolo e alla liberazione condizionale».

¹⁰ Recante «Modifiche alla legge sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà».

¹¹ Corte cost., [sent. n. 168/1994](#).

¹² Corte cost., [sent. 306/1993](#), punto 10 del *Cons. in dir.*, con richiamo alla sentenza [n. 282/1989](#).

Nel caso dell'ergastolo, la possibilità di accesso all'istituto della liberazione condizionale renderebbe ragionevole tale rapporto.

Con un'affermazione ormai divenuta *jus receptum* nella giurisprudenza costituzionale, il Giudice delle leggi ha avuto modo di chiarire che tale condizione costituisce il fattore di riequilibrio tra l'obiettivo costituzionale della risocializzazione e le esigenze di prevenzione e difesa sociale che orientano l'azione statale di contrasto al crimine¹³.

Emblematica appare, in tal senso, la [sentenza n. 161 del 1997](#), con cui la Corte, nel dichiarare illegittimo il divieto di reiterabilità della richiesta di liberazione condizionale dopo un provvedimento di revoca subito dal condannato (sancito dall'art. 177, comma 1, c.p.), osserva che detto divieto escluderebbe in modo permanente i condannati all'ergastolo dal processo rieducativo e di reinserimento sociale, in contrasto con l'art. 27, comma 3, Cost. Viceversa, il connotato di perpetuità dell'ergastolo non può autorizzare, sia pure dopo l'esito negativo di un periodo trascorso in liberazione condizionale, una preclusione assoluta all'ottenimento di un nuovo beneficio, naturalmente a condizione che sussista il presupposto del sicuro ravvedimento¹⁴.

La pronuncia rimarca il concetto secondo cui il precetto costituzionale che declina il principio di risocializzazione del condannato appare soddisfatto dall'estensione ai detenuti delle misure premiali che anticipano il reinserimento sociale come effetto del sicuro ravvedimento. Si staglia qui un'affermazione angolare: se la liberazione condizionale è l'unico istituto in grado di rendere non contrastante con il principio rieducativo la pena dell'ergastolo, va da sé che detta pena contrasta con la Costituzione ove, sia pure attraverso il passaggio per uno o più esperimenti negativi, venga totalmente preclusa la riammissione del condannato alla liberazione condizionale¹⁵.

Ciò nondimeno, allorché è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale della preclusione assoluta di accesso alla liberazione condizionale per i detenuti non collaborativi, la Corte ha escluso il contrasto con il principio rieducativo della pena, valorizzando l'elemento della "scelta" del condannato nella decisione di non collaborare con la giustizia.

Nella [sentenza n. 135 del 2003](#), il Giudice delle leggi rileva come la disciplina dell'ergastolo ostativo, facendo salve le ipotesi di collaborazione impossibile, irrilevante o comunque oggettivamente inesigibile, risulti «significativamente volta ad escludere qualsiasi automatismo degli effetti nel caso in cui la mancata collaborazione non possa essere imputata ad una libera scelta del condannato»¹⁶. Con la conseguenza che detta normativa, subordinando l'ammissione alla liberazione condizionale a una decisione del condannato, non preclude in modo assoluto e definitivo l'accesso al beneficio e non si pone, dunque, in contrasto con il principio rieducativo enunciato dall'art. 27, comma 3, Cost.

A ben vedere, la tesi patrocinata dalla Corte costituzionale, per cui la mancata collaborazione si fonderebbe su una "libera" scelta del condannato, tale da far desumere la mancata rescissione dei legami con il consorzio criminale di appartenenza, non appariva condivisibile nella misura in cui trascurava la circostanza che la scelta collaborativa implicasse per il detenuto una decisione dal carattere "drammatico" che la rendeva non autenticamente libera. Segnatamente, appare evidente come il detenuto versasse nella condizione di chi deve "bilanciare" la possibilità di ottenere nuovamente la libertà con il rischio di mettere a repentaglio l'incolumità propria e dei propri affetti. Senza considerare che, talvolta, la scelta collaborativa può essere determinata da circostanze che esulano dal percorso di revisione critica raggiunto dal detenuto. La collaborazione, per esempio, può essere meramente opportunistica (stanti i vantaggi che ad essa si riconnettono); parimenti, la non collaborazione può essere determinata dalla professata innocenza del detenuto (ipotesi, questa, che non può realisticamente essere scartata), o dal timore di ritorsioni.

¹³ Cfr. Corte cost., sentt. [nn. 264/1974](#) e [274/1983](#).

¹⁴ Corte cost., [sent. n. 161/1997](#), punto 6 del *Cons. in dir.*

¹⁵ Ivi, punto 3 del *Cons. in dir.*

¹⁶ Corte cost., [sent. n. 135/2003](#), punto 4 del *Cons. in dir.*

Tale precedente giurisprudenziale, sebbene fondato su argomentazioni poco persuasive, ha costituito per lungo tempo un filtro nella giurisprudenza comune rispetto a ulteriori questioni di costituzionalità aventi a oggetto l'ergastolo ostativo¹⁷. Ciò, fin a quando, la Corte EDU, prima, e la Corte costituzionale, poi, hanno rinverdito la questione con due pronunce che hanno introdotto una «breccia nel muro dell'ostatività penitenziaria»¹⁸.

Il riferimento è alla sentenza della Corte EDU, [Viola contro Italia](#), del 13 giugno 2019 e alla sentenza della Corte costituzionale [n. 253 del 2019](#).

Nel caso Viola contro Italia la Corte EDU ha dichiarato contraria alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti umani la normativa sull'ergastolo ostativo contenuta nell'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario italiano, in relazione alla preclusione assoluta per il detenuto che non collabori con la giustizia, invitando, nel contempo, lo Stato italiano, preferibilmente per via legislativa, ad attuare una riforma organica del regime della reclusione dell'ergastolo, che garantisca la possibilità di riesame della pena.

Ad avviso della Corte di Strasburgo, infatti, la disciplina italiana sull'ergastolo ostativo si colloca in una zona intermedia tra l'ergastolo ordinario, soggetto all'applicazione dell'art. 176 c.p., e l'ergastolo che non preveda alcuna possibilità di commutazione della pena o di accesso ai benefici premiali. In particolare, tale sistema, che si fonda sul principio della «progressione trattamentale» – secondo cui la partecipazione attiva a un programma individuale di rieducazione e il decorso del tempo possono condurre al reinserimento del reo nella società –, stabilirebbe un'equazione teorica tra rifiuto di collaborare e pericolosità del condannato che altera l'equilibrio tra le diverse funzioni insite nel concetto di pena.

La finalità che orienta la disciplina italiana sull'ergastolo ostativo richiede, infatti, una prova di dissociazione dall'organizzazione criminosa che risulterebbe eccessiva nella misura in cui, chiedendo al detenuto di sostanzialmente contribuire allo smantellamento dell'organizzazione stessa, privilegia la funzione di prevenzione generale e di tutela della collettività, comportando una rilevante compressione della finalità rieducativa della pena stessa.

La contrarietà alla Convenzione della presunzione di pericolosità del detenuto si fonda, dunque, sul carattere assoluto della presunzione stessa. Pur senza escludere la valenza che la collaborazione può assumere nel giudizio di pericolosità del detenuto, la Corte ha evidenziato, per un verso, la possibile equivocità della condotta del detenuto e, per l'altro, la possibile rilevanza di altri elementi, significativi in concreto per la decisione sulla concessione dei benefici penitenziari¹⁹. Il rifiuto di collaborare con la giustizia potrebbe, infatti, non essere di per sé indice univoco della pericolosità sociale del detenuto, essendo determinato, in tesi, dal timore di ritorsione della criminalità organizzata verso il reo e la propria famiglia. Viceversa, la collaborazione potrebbe essere dettata da un calcolo opportunistico e, di conseguenza, potrebbe non provare la rottura del legame con l'ambiente mafioso. Pertanto, secondo la Corte EDU, la “scelta” di collaborare o meno non è in realtà davvero libera. Il regime dell'ergastolo “ostativo”, implicando, inoltre, l'equivalenza tra rifiuto di collaborazione e presunzione assoluta di pericolosità sociale, collegherebbe quest'ultima al momento in cui il delitto è stato commesso, non tenendo conto del fatto che la personalità di un condannato non resta congelata al momento della commissione del reato, ma può evolversi nella fase di esecuzione della pena.

¹⁷ Poggiando prevalentemente su tale precedente della Corte costituzionale, ma anche sviluppando autonomi argomenti in relazione a parametri diversi dall'art. 27, comma 3, Cost., la Corte di cassazione ha più volte respinto come manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale della presunzione assoluta di cui all'ergastolo ostativo (*ex plurimis*, cfr. Sez. I pen., 7-28 novembre 2012, n. 45978; Sez. I pen., 4 marzo 2014, n. 18206; Sez. I pen., 20 marzo-17 luglio 2015, n. 31203; Sez. I pen., 22 marzo-1 luglio 2016, n. 27149; Sez. I pen., 17 gennaio-16 febbraio 2017, n. 7428).

¹⁸ A. PUGIOTTO, *La versione della Consulta. Gli ergastoli nella giurisprudenza costituzionale*, in AA.VV., *Contro gli ergastoli. Perché il carcere a vita «non è la soluzione ma il problema da risolvere»*, a cura di S. Anastasia, F. Corleone, A. Pugiotta, Roma, 2021, 55.

¹⁹ [Viola c. Italia](#), 13 giugno 2019, §§ 120 ss.

Sulla scorta di tali argomenti, la Corte di Strasburgo ha affermato che le prospettive di liberazione del detenuto per un reato “ostativo” sono ristrette in modo sproporzionato, limitando eccessivamente la prospettiva della scarcerazione del reo e la possibilità di revisione della sua sentenza: con la conseguenza che l’ergastolo “ostativo” disciplinato dalla normativa italiana non può essere qualificato come comprimibile ai sensi dell’articolo 3 della Convenzione.

Con la [sentenza n. 253 del 2019](#), la Corte costituzionale ha dichiarato illegittimo l’art. 4-*bis* ord. pen., nella parte in cui escludeva che ai detenuti per i delitti di associazione mafiosa o di “contesto mafioso” potessero essere concessi permessi premio in assenza di collaborazione con la giustizia, allorché venissero acquisiti elementi tali da escludere sia l’attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata, sia il pericolo del ripristino di tali collegamenti.

Benché la questione fosse perimetrata al tema dei permessi premi²⁰, la Corte ha sottoposto a un rigoroso vaglio di costituzionalità la presunzione di pericolosità dell’ergastolo “ostativo”, dichiarandone illegittimo il carattere assoluto poiché irragionevole e in contrasto con la funzione rieducativa della pena. Per il Giudice delle leggi, infatti, detta presunzione non sarebbe in sé costituzionalmente illegittima, non essendo irragionevole presumere il mantenimento dei collegamenti con l’organizzazione criminale da parte del condannato non collaborante; ad essere irragionevole, tuttavia, in ragione delle «conseguenze afflittive ulteriori» poste a carico del detenuto non collaborante, per l’impossibilità di «valutare il percorso carcerario del condannato» e per l’esclusione della possibilità stessa di una «specificata e individualizzante valutazione da parte della magistratura di sorveglianza», sarebbe, piuttosto, la pretesa che la stessa presunzione «non possa essere vinta da prova contraria»²¹. In altri termini, per essere conforme a Costituzione, la presunzione deve essere *relativa*.

La collaborazione con la giustizia resta, dunque, la «via maestra» per ottenere i benefici penitenziari²². Il che, con ogni evidenza, sottende la volontà del Giudice delle leggi di non privare lo Stato di un simile strumento di contrasto alla criminalità organizzata. Nondimeno, la presunzione deve poter essere contraddetta «a determinate e rigorose condizioni, dalla formulazione di allegazioni contrarie che ne smentiscono il presupposto»²³. Di qui, lo “slogan”, enfatizzato nel comunicato stampa, per cui un conto è premiare il detenuto che collabora, altro è punirlo ulteriormente per la mancata collaborazione.

A prescindere dalle conseguenze circa le concrete possibilità per il detenuto ostativo di accedere ai benefici premiali, detta sentenza, riprendendo un passaggio contenuto nella [sentenza n. 306 del 1993](#), nonché nella [sentenza Viola](#) della Corte EDU, getta il seme per il superamento di quella logica «militare» sposata nella [sentenza n. 135 del 2003](#).

Come autorevolmente osservato, infatti, quella pronuncia sembrava conformarsi alla logica del «nemico catturato e condannato che poteva liberarsi dalla prigionia solo passando senz’altro nelle file dell’avversario a sua volta armato (lo Stato) che lo aveva fatto prigioniero»²⁴. Al contrario, nella [sentenza n. 253 del 2019](#), la Corte rivaluta quella deformante trasfigurazione della libertà di non collaborare che poneva più di un dubbio di compatibilità con il principio *nemo tenetur se detegere*, evidenziando la tragicità della scelta per il detenuto tra la propria (eventuale) libertà, che può comportare rischi per sé e per i propri affetti, e la rinuncia a essa²⁵.

In particolare, in un passaggio della pronuncia si legge che «la condotta di collaborazione con la giustizia non necessariamente è sintomo di credibile ravvedimento, così come il suo contrario (la

²⁰ È la stessa Corte a precisare che la questione non riguardava il c.d. ergastolo “ostativo”, non investendo la preclusione alla concessione della liberazione condizionale al condannato all’ergastolo che non collabori con la giustizia e che abbia già scontato i ventisei anni effettivi di carcere (cfr. Corte cost., [sent. n. 253/2019](#), punto 5.2. *del Cons. in dir.*).

²¹ Corte cost., [sent. n. 253/2019](#), punto 8 del *Cons. in dir.*

²² M. RUOTOLO, *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sent. n. 253 del 2019 della Corte costituzionale*, in [Sistema Penale](#), 12 dicembre 2019.

²³ Corte cost., [sent. n. 253/2019](#), punto 9 del *Cons. in dir.*

²⁴ V. ONIDA, *Prefazione*, in AA.VV., *Contro gli ergastoli*, cit., 10.

²⁵ Corte cost., [sent. n. 253/2019](#), punto 8.1. del *Cons. in dir.*

mancata collaborazione) non può assurgere a insuperabile indice legale di mancato ravvedimento o “emenda”, secondo una lettura “correzionalistica” della rieducazione». Ciò, in quanto «la condotta di collaborazione ben può essere frutto di mere valutazioni utilitaristiche in vista dei vantaggi che la legge vi connette, e non anche segno di effettiva risocializzazione»²⁶.

La Corte si spinge, però, oltre, precisando che il superamento della presunzione di pericolosità sociale del detenuto che non collabora non può essere determinato «in virtù della sola regolare condotta carceraria o della mera partecipazione al percorso rieducativo, e nemmeno in ragione di una soltanto dichiarata dissociazione, ma soprattutto in forza dell’acquisizione di altri, congrui e specifici elementi». Tali elementi devono essere tali da escludere sia l’«attualità di collegamenti con la criminalità organizzata» sia «il pericolo di un loro ripristino»; e di tali elementi «grava sullo stesso condannato che richiede il beneficio l’onere di fare specifica allegazione», con una sostanziale inversione dell’onere probatorio in ordine alla rescissione dei rapporti con l’organizzazione criminale²⁷.

Per tale via, si introduce nel sistema un vero e proprio «regime probatorio rafforzato». La magistratura di sorveglianza, cioè, al fine di valutare il sicuro ravvedimento del detenuto, dovrà compiere le proprie valutazioni «non solo sulla base delle relazioni della pertinente autorità penitenziaria ma, altresì, delle dettagliate informazioni acquisite per il tramite del comitato provinciale per l’ordine e la sicurezza pubblica competente». Peraltro, ai sensi del comma 3-*bis* dell’art. 4-*bis* ord. pen., i permessi premio (come gli altri benefici) non possono essere concessi (ferma restando l’autonomia valutativa del magistrato di sorveglianza) «quando il Procuratore nazionale antimafia (oggi anche antiterrorismo) o il Procuratore distrettuale comunica, d’iniziativa o su segnalazione del competente comitato provinciale per l’ordine e la sicurezza pubblica, l’attualità di collegamenti con la criminalità organizzata». In tali casi – ove le informazioni dei predetti organi depongano in senso negativo – «incombe sullo stesso detenuto non il solo onere di allegazione degli elementi a favore, ma anche quello di fornire veri e propri elementi di prova a sostegno»²⁸. Ciò significa, tra l’altro, che non vi può essere mai spazio per l’accesso ai permessi premio per il detenuto in regime di 4-*bis*, atteso che tale regime, per formulazione normativa, presuppone e richiede l’accertata attualità del collegamento con l’associazione criminale.

3. [L’ordinanza n. 97 del 2021](#) della Corte costituzionale.

In tale contesto si è collocata la questione di costituzionalità sollevata dalla Corte di cassazione, sez. I pen., con l’ordinanza pubblicata il 18 giugno 2020, riferita, questa volta, specificamente, ai detenuti per reati di mafia e di “contesto mafioso” e (non) decisa dalla Corte costituzionale con [l’ordinanza n. 97 del 2021](#). Nel ragionamento della Cassazione, che ha censurato gli artt. 4-*bis*, comma 1, e 58-*ter* della l. 26 luglio 1975, n. 354, nonché l’art. 2 del d.l. 13 maggio 1991, n. 152, conv., con modif., nella l. 12 luglio 1991, n. 203, in riferimento agli artt. 3, 27, comma 3, e 117, comma 1, Cost., nella parte in cui escludono che possa essere ammesso alla liberazione condizionale il condannato all’ergastolo che non abbia collaborato con la giustizia, hanno assunto rilievo centrale proprio i precedenti sopra richiamati.

Ad avviso della Suprema Corte, sulla scorta di quanto affermato dalla Corte EDU nella [sentenza Viola](#) e dalla Corte costituzionale nella [sentenza n. 253 del 2019](#), impedire al magistrato di sorveglianza la possibilità di superare la presunzione di pericolosità assoluta, valutando in concreto ed eventualmente valorizzando situazioni di sicuro ravvedimento, avrebbe significato, nei confronti del detenuto non collaborante, trasformare la pena perpetua *de iure* in una pena perpetua anche *de facto*. Ciò, a maggior ragione laddove (come nella fattispecie concreta) la probabilità di seri e profondi

²⁶ Ivi, punto 7.3. del *Cons. in dir.*

²⁷ Ivi, punto 8.1. del *Cons. in dir.*

²⁸ *Ibidem.*

mutamenti della personalità del reo venga resa elevata dalla rilevante durata del percorso carcerario e dal lungo tempo trascorso dal fatto.

I recenti approdi della giurisprudenza nazionale e sovranazionale sono apparsi protendere verso il superamento del precedente costituito dalla [sentenza n. 135 del 2003](#), ove, come già ricordato, si era esclusa l'incostituzionalità della presunzione assoluta di pericolosità dell'ergastolano ostativo.

Difficilmente, dunque, la Corte avrebbe potuto disattendere due precedenti così ravvicinati che, in modo piuttosto netto, avevano censurato l'automatismo sotteso alla presunzione di pericolosità del detenuto non collaborativo. Non a caso, per supportare le proprie conclusioni, il Giudice delle leggi ha preso le mosse da una preliminare e dettagliatissima ricostruzione dei precedenti conferenti al caso di specie: un'autentica *summa* della giurisprudenza costituzionale e convenzionale²⁹. In particolare, le *rationes decidendi* contenute nella pronuncia sui permessi premio, in uno con taluni passaggi della [sentenza Viola](#), hanno offerto alla Corte il destro per (sostanzialmente) riaffermare l'illegittimità del carattere assoluto della presunzione di pericolosità, censurata, questa volta, anche in relazione al canone di ragionevolezza, oltre che al principio rieducativo.

Analogamente a quanto osservato in occasione della [sentenza n. 253 del 2019](#), la Corte ha ribadito che la «tensione» con i principi costituzionali consiste unicamente nel carattere assoluto della presunzione, non essendo di per sé irragionevole presumere che il condannato che non collabori con la giustizia mantenga legami vivi con l'organizzazione criminale di appartenenza: con la conseguenza che detta preclusione, per essere conforme al principio costituzionale di riducibilità dell'ergastolo, deve essere necessariamente relativa³⁰. La generalizzazione che fonda la presunzione di pericolosità, infatti, può essere contraddetta dalla formulazione di allegazioni contrarie che ne smentiscano il presupposto e che devono poter essere oggetto di specifica e individualizzante valutazione da parte della magistratura di sorveglianza, particolarmente nel caso in cui il detenuto abbia affrontato un lungo percorso carcerario, come accade per i condannati a pena perpetua³¹.

L'incostituzionalità della preclusione assoluta di accesso alla liberazione condizionale per il detenuto che non collabori è risultata così quasi come il naturale corollario dell'illegittimità pronunciata dalla Corte nel [2019](#) in tema di permessi premi. Tant'è che la Corte ha sviluppato e, per così dire, cristallizzato le argomentazioni sottese alla giurisprudenza sui permessi premio, rimarcando la portata «drammatica» della «scelta» collaborativa, che potrebbe assumere carattere tragico laddove implichi per il detenuto una scelta tra la propria (eventuale) libertà e la rinuncia alla stessa (onde salvaguardare la sicurezza dei propri affetti), laddove potrebbe anche determinare la denuncia di terzi e persino autoincriminazioni anche per fatti non ancora giudicati (si lascia apprezzare qui il riferimento, fino ad ora omesso, al principio *nemo tenetur se detegere*). Parimenti, il Giudice delle leggi ha ribadito le considerazioni già svolte sul rilievo e sulla utilità della collaborazione, che, intesa come «libera e meditata decisione di dimostrare l'avvenuta rottura con l'ambiente criminale», mantiene di certo il proprio valore positivo, a condizione che non rimanga l'unica strada a disposizione del condannato per accedere alla liberazione condizionale³².

Del resto, all'indomani dell'arresto sui permessi premio, attenta dottrina aveva presagito un nuovo intervento caducatorio riferito al tema della liberazione condizionale, onde equiparare le due discipline: soluzione, questa, che, nell'impossibilità di estendere direttamente in via interpretativa il disposto di tale pronuncia, si sarebbe resa necessaria per supplire al prevedibile immobilismo legislativo, perdurante già dalla [sentenza Viola](#) della CEDU³³.

Senonché, nella parte finale della pronuncia si assiste a un inaspettato «colpo di freno»³⁴ rispetto al cammino verso l'incostituzionalità del regime sotteso all'ergastolo ostativo. Con un dispositivo

²⁹ Corte cost., [ord. n. 97/2021](#), punto 6 del *Cons. in dir.*

³⁰ Ivi, punto 7 del *Cons. in dir.*

³¹ *Ibidem.*

³² Corte cost., [ord. n. 97/2021](#), punto 6 del *Cons. in dir.*

³³ Cfr. M. RUOTOLO, *L'ergastolo ostativo è costituzionale? Relazione introduttiva*, in AA.VV., *Il fine e la fine della pena*, cit., 17 ss.

³⁴ E. DOLCINI, *L'ordinanza della Corte costituzionale n. 97 del 2021*, cit.

diacronico rispetto alla motivazione, tipico delle pronunce di incostituzionalità accertata ma non dichiarata, la Corte, «facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale», anziché pronunciare quella che appariva come una dichiarazione di incostituzionalità scontata, ha rinviato a nuovo ruolo (al 10 maggio 2022) la trattazione delle questioni sollevate, assegnando al Parlamento un «congruo termine» per affrontare la materia.

Le ragioni del rinvio a nuovo ruolo vengono motivate dalla necessità di rimettere al legislatore, nell'esercizio della propria discrezionalità nelle decisioni di politica criminale, il compito di «ricercare il punto di equilibrio tra i diversi argomenti in campo, anche alla luce delle ragioni di incompatibilità con la Costituzione attualmente esibite dalla normativa censurata», lasciando alla Corte stessa, in ultima analisi, il compito di verificare *ex post* la conformità a Costituzione delle decisioni effettivamente assunte³⁵.

A tal proposito, la Corte ha rimarcato il diverso ruolo svolto nel sistema dalla liberazione condizionale rispetto ai permessi premio, determinando, l'una, il definitivo riacquisto della libertà, gli altri, una breve sospensione della carcerazione. Viene valorizzato, altresì, il carattere «apicale» della normativa sottoposta a giudizio nel quadro del contrasto alla criminalità organizzata, il cui equilibrio complessivo verrebbe messo a rischio da un intervento meramente demolitorio, con grave pregiudizio per le esigenze di prevenzione generale e di sicurezza collettiva a fronte del «pervasivo e radicato fenomeno della criminalità mafiosa»³⁶.

La conclusione di rimandare (provvisoriamente) al legislatore l'intervento è stata, altresì, avvalorata dal richiamo alla [sentenza Viola](#), ove la Corte EDU ha affermato che la disciplina dell'ergastolo ostativo pone «un problema strutturale», tale da richiedere che lo Stato italiano la modifichi, «di preferenza per iniziativa legislativa»³⁷.

4. Il “seguito” dell'[ordinanza n. 97 del 2021](#): osservazioni critiche.

Il legislatore ha avuto, dunque, un anno di tempo per porre rimedio a una situazione di incostituzionalità (di fatto) accertata, benché non ancora dichiarata. In difetto di tale intervento, si era pronti a scommettere su una pronuncia caducatoria del Giudice delle leggi, volta, come già verificatosi in passato, a supplire e, contestualmente, sanzionare l'inerzia parlamentare.

Come era forse purtroppo prevedibile³⁸, la riforma non è stata però approvata, sebbene questa volta, diversamente da quanto accaduto in precedenza, la discussione parlamentare abbia preso avvio pervenendo anche a uno stato avanzato, rappresentato dall'approvazione di un disegno di legge da parte della Camera trasmesso al Senato. Tale circostanza, come sopra rilevato, ha indotto il Giudice delle leggi a rinviare nuovamente la questione, concedendo al legislatore un termine (non più «congruo», ma) «contenuto» – pari a sei mesi – per consentire la prosecuzione e la conclusione dei lavori di Commissione³⁹. Ipotesi, questa, divenuta impensabile, stante lo scioglimento anticipato delle Camere avvenuto nel mese di luglio 2022.

A ben vedere, i *desiderata* della Corte si possono così evidenziare: a) tramutare (da assoluta) in relativa la preclusione di accesso alla liberazione condizionale per il detenuto non collaborativo, in conformità a un indirizzo giurisprudenziale ormai consolidato; b) approvare una riforma strutturale, tesa a ricercare un punto di equilibrio tra le esigenze del singolo detenuto di accedere ai benefici penitenziari e quelle di prevenzione generale e di sicurezza collettiva insite nella disciplina

³⁵ Corte cost., [ord. n. 97/2021](#), punto 11 del *Cons. in dir.*

³⁶ Ivi, punto 9 del *Cons. in dir.*

³⁷ *Ibidem.*

³⁸ Sia consentito rinviare a quanto già osservato in A. LOLLO, *L'ergastolo “ostativo” alla luce dell'ordinanza n. 97/2021 della Corte costituzionale*, in *Rivista Critica del diritto*, 2/2021, 36 ss.

³⁹ Enfatizza l'uso di tale terminologia U. ADAMO, [È \(resterà\) due senza tre? Sull'“incostituzionalità prospettata”:](#) [criticità ulteriori di una tecnica decisoria già di per sé problematica](#), in questa *Rivista* 2022/II, 822.

sull'ergastolo ostativo. Compito questo, invero, per nulla agevole, atteso che al legislatore è stato chiesto di ricucire una normativa (ritenuta dalla Corte stessa) a "rime non obbligate".

Ciò, in quanto, a differenza del «roboante» comunicato stampa preventivo del 15 aprile 2021, ove si leggeva «ergastolo ostativo incompatibile con la Costituzione», la decisione della Corte denota una certa «mitezza» nell'uso dei termini. È scomparso qualsiasi richiamo all'incompatibilità, sostituito dal riferimento alla «tensione» con il principio di rieducazione⁴⁰. Si coglie, in maniera neppure troppo implicita, un invito rivolto al legislatore a bilanciare il principio di risocializzazione del detenuto con le esigenze di prevenzione generale, che, segnatamente nella battaglia alla criminalità organizzata, non potrebbero essere pretermesse per garantire l'effettività di tale principio.

La Corte è sembrata prestare particolare attenzione a tale problema, nella misura in cui ha evidenziato come le ragioni della generalizzazione sottesa alla presunzione di pericolosità dell'ergastolo ostativo, lungi dall'essersi affievolite nel corso del tempo, conservino, al contrario, la loro vigenza nelle scelte di politica criminale contro il fenomeno mafioso. Con la conseguenza che la collaborazione con la giustizia potrebbe continuare a costituire il presupposto per l'accesso ai benefici premiali, a condizione, beninteso, che non ne rappresenti la *condicio sine qua non*.

Il Giudice delle leggi ha mostrato, così, di avere ben presente «il lato politico della Costituzione»⁴¹, dal momento che una decisione di accoglimento avrebbe rappresentato uno «scivolamento nelle scelte di politica criminale del Paese, un'incursione non consentita nella lotta contro le mafie, che richiede unità nazionale, inflessibilità d'azione e, soprattutto, la responsabilità di una decisione legislativa»⁴². Da qui l'invito alla collaborazione rivolto al legislatore.

Come già riferito, tuttavia, il "seguito" dell'[ordinanza n. 97 del 2021](#) si è risolto unicamente nell'approvazione da parte della Camera dei deputati (il 31 marzo 2022) di un disegno di legge, rappresentato dal testo unificato delle proposte di legge n. 1951, 3106, 3184 e 3315 (Bruno Bossio e altri), poi trasmesso al Senato⁴³. Testo che, sostituendo il comma 1-*bis* dell'art. 4-*bis* ord. pen., prevede che l'accesso ai benefici premiali, ivi compresa la liberazione condizionale, possa essere concesso, *anche in assenza di collaborazione con la giustizia*, purché i condannati dimostrino «l'adempimento delle obbligazioni civili e degli obblighi di riparazione pecuniaria conseguenti alla condanna o l'assoluta impossibilità di tale adempimento e alleghino elementi specifici, diversi e ulteriori rispetto alla regolare condotta carceraria, alla partecipazione del detenuto al percorso rieducativo e alla mera dichiarazione di dissociazione dall'organizzazione criminale di eventuale appartenenza, che consentano di escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva e con il contesto nel quale il reato è stato commesso, nonché il pericolo di ripristino di tali collegamenti, anche indiretti o tramite terzi, tenuto conto delle circostanze personali e ambientali, delle ragioni eventualmente dedotte a sostegno della mancata collaborazione, della revisione critica della condotta criminosa e di ogni altra informazione disponibile. Al fine della concessione dei benefici, il giudice accerta altresì la sussistenza di iniziative dell'interessato a favore delle vittime, sia nelle forme risarcitorie che in quelle della giustizia riparativa».

Di certo, qualora il suddetto disegno di legge fosse stato approvato, non si sarebbe trattato di una riforma organica, come auspicato dalla Corte costituzionale e, prima ancora, dalla Corte EDU. Il disegno di legge, a ben vedere, avrebbe tramutato in relativa la presunzione di pericolosità, riversando sul *detenuto* l'onere di allegare e dimostrare – e, correlativamente, sul *giudice* di valutare – la sussistenza di elementi specifici in grado di escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, limitandosi a delimitare in negativo il compendio probatorio utilizzabile, escludendo il rilievo della regolare condotta carceraria, della partecipazione al percorso rieducativo e della semplice dichiarazione di dissociazione dall'organizzazione criminale di eventuale appartenenza. Indici,

⁴⁰ A. MORRONE, [Finale di partita. Cosa davvero vuole la Corte costituzionale con l'ord. n. 97 del 2021 sull'ergastolo ostativo](#), in questa [Rivista](#) 2021/II, 388.

⁴¹ A. MORRONE, [Finale di partita](#), cit., 389.

⁴² [Ibidem](#).

⁴³ A.S. 2574.

questi, che, del resto, la Corte, nell'[ordinanza n. 97 del 2021](#), aveva considerato come non idonei a vincere la presunzione di pericolosità⁴⁴.

L'approvazione di quel testo, dunque, non avrebbe scongiurato il pericolo, paventato dalla Corte e insito nella pronuncia demolitoria, di alterare il complessivo equilibrio della disciplina sull'ergastolo. In particolare, non risultava minimamente affrontato il problema – sollevato dal Giudice delle leggi – della equiparazione, ai fini delle condizioni di accesso alla libertà condizionale, tra il condannato all'ergastolo per delitti connessi alla criminalità organizzata che non abbia collaborato con la giustizia e gli ergastolani per delitti di contesto mafioso collaboranti.

Qualche dubbio di costituzionalità avrebbe senz'altro riguardato, poi, l'eliminazione, contenuta nel disegno di legge, delle ipotesi di collaborazione impossibile dall'art. 4-*bis* ord. pen. Ciò che, probabilmente, avrebbe esposto la nuova normativa al rischio di una violazione del principio di eguaglianza, stante l'assimilazione della posizione di chi sceglie volontariamente di non collaborare con quella di chi, a causa di circostanze esterne, è impossibilitato a farlo⁴⁵.

Al di là di simili potenziali profili di costituzionalità, che in difetto dell'approvazione del testo non mette conto di ulteriormente approfondire, ciò che preme rilevare è come, allo stato attuale l'ergastolo "ostativo" continui a rappresentare un problema che attenta gravemente allo stato di salute della Carta costituzionale, considerato che si tratta di una questione che interessa il grado di effettività del diritto di libertà di migliaia di condannati⁴⁶. La domanda di ammissione alla liberazione condizionale dell'ergastolano "ostativo", infatti, non potrà essere vagliata nel merito finché la normativa sull'ergastolo "ostativo" non sarà stata modificata dal legislatore o, in ultima analisi, dichiarata incostituzionale dalla Corte. Il che, come si è avuto modo di rilevare in altra sede⁴⁷, rischia di generare un grave caso di denegata giustizia.

D'altra parte, l'intervento legislativo, per come congegnato, avrebbe consegnato al giudice del caso concreto (nella fattispecie, il magistrato di sorveglianza) la decisione circa l'effettiva rieducazione del detenuto. Effetto che, con ogni probabilità, sarebbe stato la conseguenza (anche) di una pronuncia di incostituzionalità parziale (incostituzionalità nella parte in cui la mancata collaborazione con la giustizia preclude al detenuto di superare la presunzione di pericolosità), similmente a quanto già verificatosi in tema di accesso ai permessi premi, ove il Giudice delle leggi non ha esitato a svolgere – pur con alcune riserve di una parte della dottrina⁴⁸ – una autentica funzione "paralegislativa", delineando in capo al detenuto persino un regime probatorio rafforzato per poter dimostrare l'effettiva rieducazione⁴⁹.

Segnatamente, dichiarando l'illegittimità parziale della normativa impugnata nella parte in cui introduce una presunzione assoluta di pericolosità del detenuto che non collabori con la giustizia, il Giudice delle leggi avrebbe rimesso al magistrato del caso concreto la valutazione circa la sussistenza dei presupposti per ammettere il detenuto alla liberazione condizionale.

Nel quadro descritto, non ci si può esimere dallo svolgere taluni rilievi critici alla decisione del Giudice delle leggi di rinviare nuovamente la questione sollevata dalla Corte di cassazione. Ancora una volta, la Corte ha fatto ricorso ad una tecnica decisoria che, a parere di chi scrive, diverge dal

⁴⁴ Corte cost., [ord. n. 97/2021](#), punto 9 del *Cons. in dir.*

⁴⁵ Lo evidenziava in sede di audizione presso la Commissione giustizia della Camera dei deputati D. GALLIANI, *A proposito del testo unificato dei progetti di legge di riforma del regime ostativo ex art. 4-bis ord. penit.*, in [Sistema Penale](#), 29 novembre 2021, par. 5, paventando la non manifesta infondatezza di un'eventuale questione relativa alla disciplina risultante dalla novella. Da ultimo, cfr. altresì, su questo specifico problema, D. MARTIRE, A. R. SALERNO, *L'ergastolo ostativo e lo stato attuale della giustizia costituzionale*, in [Osservatorio costituzionale](#), 4/2022, 267, che però finiscono per escludere l'irragionevolezza della previsione contenuta nel disegno di legge.

⁴⁶ Di infarto della Costituzione discorre A. PUGIOTTO, *Ergastolo, il nuovo rinvio è un infarto della Costituzione*, in [II Riformista](#), 10 giugno 2022.

⁴⁷ A. LOLLO, *L'ergastolo "ostativo" alla luce dell'ordinanza n. 97/2021 della Corte costituzionale*, cit., 23 ss.

⁴⁸ Cfr. M. RUOTOLO, *L'ergastolo ostativo è costituzionale?* cit., 17 ss., il quale rileva l'assenza delle rime obbligate nella fattispecie avente a oggetto la disciplina dei permessi premio.

⁴⁹ In senso analogo, cfr., da ultimo, A. CARDONE, E. SANTORO, *Ergastolo ostativo e problemi di legittimità costituzionale*, in [Rivista del Gruppo di Pisa](#), 2/2022, 104 ss.

modello incidentale di giustizia costituzionale e potrebbe persino mettere a rischio l'effettività del principio di rigidità costituzionale.

Si tratta, infatti, di un tipo di decisione che consente a una normativa (sostanzialmente) incostituzionale di continuare a produrre effetti, atteso che la normativa *sub judice* non viene espunta dall'ordinamento. Con la conseguenza che si espongono *medio tempore* gli imputati in casi analoghi al rischio di nuove applicazioni di un apparato sanzionatorio la cui difformità rispetto al dettato costituzionale è già stata pianamente acclarata. La qual cosa denota un modo problematico di applicare le regole che presiedono al processo costituzionale; quasi che le stesse rappresentino un elemento interno del bilanciamento di cui la Corte si serve per giungere alla propria decisione. Per questa via, inoltre, si contribuisce a fare oscillare il famoso “pendolo” verso l'anima politica, in luogo di quella giurisdizionale, della Corte, che, come da ultimo rilevato, tende in tal modo a sovrapporre il proprio ruolo con quello del legislatore, contraddicendo il principio della separazione dei poteri, che, unitamente al riconoscimento dei diritti fondamentali, è l'autentico cuore pulsante della costituzione materiale di un ordinamento di tradizioni liberali, secondo l'icastica definizione che della Costituzione si dà nel famosissimo art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789⁵⁰.

La decisione di procrastinare l'intervento demolitorio produce un'ulteriore distorsione, che incide sul modello incidentale di giustizia costituzionale. Mentre, infatti, nei precedenti in cui la Corte aveva fatto ricorso alla tecnica del rinvio a nuovo ruolo, il tempo scorreva a favore dell'imputato, che, nelle more della decisione, non rischiava di subire una condanna, nel caso che ci occupa la domanda di ammissione alla liberazione condizionale dell'ergastolano “ostativo” non potrebbe essere vagliata nel merito, con un grave nocumento alle sue possibilità di riottenere il godimento effettivo di un bene di primario rilievo come quello della libertà.

Appare, allora, evidente come il “rinvio del rinvio” amplifichi tutte queste criticità.

Anzitutto, occorre evidenziare come, alla luce di tale ultimo precedente, il termine indicato dalla Corte venga interpretato da essa stessa come ordinatorio e non perentorio. Il che si giustifica, con ogni evidenza, per la chiara ragione che il Giudice delle leggi non dispone di poteri di determinazione dei tempi della decisione parlamentare⁵¹. Circostanza, questa, che inevitabilmente rappresenterà un precedente a futura memoria nei rapporti tra Corte e Parlamento.

Altresì, la decisione di rinviare ulteriormente la questione consegna l'immagine di una Corte che si sottrae al proprio compito istituzionale, ossia quello di giudicare l'operato del legislatore. La tecnica del rinvio a nuovo ruolo, infatti, capovolge la fisiologia del sistema: la dichiarazione di incostituzionalità non dipende più da quanto il legislatore ha fatto, ma da ciò che eventualmente farà. Con la conseguenza che il *dies a quo* degli effetti dell'accertata illegittimità diviene una «variabile subordinata ai ritmi e agli esiti dei lavori parlamentari»⁵².

Si determina, per tale via, uno scarto vieppiù insistente tra l'accertamento sostanziale dell'incostituzionalità della legge e la dichiarazione di incostituzionalità che *ex art.* 136 Cost. si impone alla stessa Corte quando essa accerta l'illegittimità della legge medesima. La Corte, invece, non solo non sanziona il mancato pieno rispetto del principio di collaborazione, ma, quel che più rileva, giunge a prendere in considerazione ciò che non dovrebbe, ossia (non ciò che il Parlamento ha fatto ma) ciò che il Parlamento farà⁵³.

D'altra parte, prescindendo dallo scioglimento anticipato delle Camere, non si sarebbe, comunque, potuto escludere *a priori* che al “rinvio del rinvio” avrebbe potuto far seguito un ulteriore rinvio, laddove il Parlamento alla successiva seduta avesse dimostrato di avere ripreso nuovamente (senza concluderli) i lavori. E, allora, qualora allo scadere della proroga non si fosse ancora concluso il procedimento legislativo, anche solo per la votazione finale (e, quindi, per la firma del Presidente della Repubblica che peraltro potrebbe anche rinviare la deliberazione alle Camere), ovvero per un

⁵⁰ Cfr. A. RUGGERI, *La giustizia costituzionale in navigazione verso l'ignoto*, in *Diritti Comparati*, 2/2022, 566.

⁵¹ Cfr. M. MASSA, *La terza incostituzionalità «prospettata» e la questione dell'ergastolo ostativo*, cit., 8; U. ADAMO, *È (resterà) due senza tre?*, cit., 823.

⁵² A. PUGIOTTO, *Ergastolo, il nuovo rinvio è un infarto della Costituzione*, cit.

⁵³ U. ADAMO, *È (resterà) due senza tre?*, cit., 824.

aggravio dell'*iter* dei lavori, si sarebbe dovuto mettere in conto l'ipotesi di un ulteriore rinvio da parte della Corte per le stesse ragioni di cui all'ordinanza in commento (eminentemente, esigenze di collaborazione istituzionale). Il che avrebbe "stressato" oltremodo le criticità sottese alla tecnica dell'ordinanza di rinvio a nuovo ruolo.

A ogni modo, nell'ipotesi per cui il Parlamento avesse concluso i lavori e il Capo dello Stato avesse promulgato la legge, la scelta "obbligata" sarebbe stata per la Corte la restituzione degli atti al giudice *a quo* per *ius superveniens*, al fine di chiedere al giudice rimettente di valutare nuovamente la questione. Con la conseguenza che, in ogni caso, la Corte non sarebbe stata in grado di decidere, se non laddove il giudice *a quo* avesse sollevato nuovamente la questione. Nelle more, dunque, il Giudice delle leggi sarebbe stato costretto ad ulteriori indugi nel rendere quella giustizia costituzionale che gli si confà per sistema.

In ogni caso, lo scioglimento anticipato delle Camere ha costituito un avvenimento imprevisto e non prevedibile da parte della Corte, che ha prodotto *in re ipsa* la mancata collaborazione tanto a lungo ricercata.

Giovanni Tarli Barbieri

I nodi irrisolti della legislazione elettorale di contorno alla prova delle elezioni del 25 settembre: appunti per la XIX legislatura*

ABSTRACT: *The electoral legislation complementary to the electoral system has a fundamental importance for the proper functioning of a democratic system: however, in Italy this legislation is mostly outdated or incomplete. The paper analyses the main regulatory changes that occurred during the XVIII legislature, and the reform proposals that will eventually be passed in the next legislature.*

SOMMARIO: 1. La normativa di contorno: un capitolo fondamentale della legislazione elettorale (nonostante la disattenzione del mondo politico riguardo ad essa). – 2. La controversa disciplina dei contrassegni e della raccolta delle firme. – 3. La *vexata quaestio* della tutela giurisdizionale avverso gli atti del contenzioso elettorale preparatorio relativo alle elezioni politiche. – 4. La disciplina dei c.d. “impresentabili”. – 5. I nodi irrisolti del finanziamento della politica. – 6. Le misure per favorire la partecipazione al voto (cenni).

1. *La normativa di contorno: un capitolo fondamentale della legislazione elettorale (nonostante la disattenzione del mondo politico riguardo ad essa)*

In vista delle elezioni del 25 settembre, anche a livello politico si sono rinnovate critiche profonde al *Rosatellum-bis* soprattutto alla luce della riduzione del numero dei parlamentari.

Minore attenzione è stata dedicata ad alcuni aspetti discutibili e problematici della legislazione elettorale di contorno, da intendersi come riferita a «tutta la normativa che non attenga alla attribuzione della capacità di partecipare in maniera attiva e passiva al procedimento per presa di decisioni collettive del Corpo elettorale ed al meccanismo di trasformazione dei voti in seggi»¹.

In questo senso, quindi, la legislazione di contorno riveste un'importanza fondamentale ai fini del buon funzionamento di un sistema democratico, come ricordato anche da importanti documenti elaborati dalla c.d. “Commissione di Venezia” in seno al Consiglio d'Europa².

Eppure, nel caso italiano, nonostante un continuo riformismo a partire dal 1993, è mancato un approccio sistemico, che investa cioè, oltre ai sistemi elettorali in senso stretto, anche i capitoli fondamentali della normativa di contorno (con particolare riferimento alle elezioni politiche), come se si trattasse di aspetti prevalentemente tecnici o marginali³.

La necessità di un ripensamento organico della “legislazione di contorno” si impone perché essa appare in non pochi aspetti arretrata e frammentaria (si pensi alla disciplina delle limitazioni all'elettorato passivo), comunque meritevole di aggiornamenti (si pensi alla normativa in materia di comunicazione politica) o, ancora, lacunosa (si pensi all'assenza di meccanismi che garantiscano una selezione democratica delle candidature all'interno dei partiti).



¹ Rientrano pertanto in tale nozione «un settore particolarmente vasto che investe la fase preparatoria della votazione e quella successiva e si allarga alla regolazione dei comportamenti dei soggetti politicamente rilevanti»: F. LANCHESTER, *Gli strumenti della democrazia*, Milano 2004, 295.

² Per tutti, N. LUPO, *Considerazioni conclusive. Sistema elettorale e legislazione “di contorno”*, in G.C. De Martin, Z. Witkowski, P. Gambale, E. Griglio (a cura di), *Le evoluzioni della legislazione elettorale «di contorno» in Europa. Atti del III Colloquio italo-polacco sulle trasformazioni istituzionali*, Padova 2011, 419 ss.

³ N. LUPO, *Considerazioni conclusive*, cit., 420, secondo il quale «si tratta, del resto, di una tendenza più che naturale: i politici individuano, correttamente, nel sistema elettorale la fonte della loro legittimazione – sia con sguardo retrospettivo sia, soprattutto, con sguardo prospettico, essendo ad esso legate la possibilità della loro rielezione – e sono dunque estremamente attenti ad ogni mutamento delle sue caratteristiche».

Su questi aspetti sono ancora attuali le indicazioni contenute nella relazione del gruppo di lavoro sulle riforme istituzionali istituito dal presidente Napolitano il 30 marzo 2013⁴ e le osservazioni della commissione Quagliariello⁵; di grande utilità appaiono anche i rapporti dell'Ohdir e, in particolare, quello riferito alle elezioni del 2018⁶.

Saranno oggetto del presente lavoro quelle parti della normativa di contorno che nella XVIII legislatura hanno visto modifiche legislative o proposte di riforma. E ciò nella consapevolezza che in alcuni ambiti la regolazione nazionale è ormai decisamente inadeguata: basti pensare allo sviluppo tecnologico, che ha reso, ad esempio, le normative nazionali sulla comunicazione politica per alcuni essenziali profili ormai superate; connessa a questa evoluzione è la tematica delle interferenze straniere nei processi democratici, oggetto di una recente risoluzione del Parlamento europeo che sollecita innovazioni normative tanto a livello nazionale quanto a livello dell'Unione europea⁷.

2. La controversa disciplina dei contrassegni e della raccolta delle firme

Un primo punto attiene alla disciplina del deposito dei contrassegni, in ordine al quale l'art. 38-bis del d.l. n. 77/2021 (conv., con modif., nella l. n. 108/2021), "recependo" i contenuti di una proposta di legge approvata dal Senato⁸, prevede che esso avvenga a mano su supporto digitale o in triplice esemplare in forma cartacea⁹. Rimane però ancora impossibile la presentazione tramite invio per posta elettronica certificata (PEC)¹⁰.

Sul piano sostanziale, poi, rimangono le incertezze legate alla formulazione dell'art. 14 del d.p.r. n. 361/1957, con particolare riferimento alle cause di ricusazione (peraltro, specificate dalle *Istruzioni* del Ministero dell'interno, atto di incerta qualificazione¹¹). Su questi aspetti si può

⁴ [Relazione finale del Gruppo di Lavoro sulle riforme istituzionali](#), 12 aprile 2013.

⁵ Commissione per le riforme costituzionali, *Per una democrazia migliore. Relazione finale e documentazione*, Roma 2013, 65.

⁶ Osce, Odhr (Ufficio per le Istituzioni Democratiche e i Diritti dell'Uomo), [Repubblica italiana, Elezioni parlamentari 4 marzo 2018, Rapporto finale della missione di valutazione elettorale dell'ODIHR](#).

⁷ Parlamento europeo, [Ingenere straniere in tutti i processi democratici nell'Unione europea. Atto P9_TA\(2022\)0064](#).

⁸ Si tratta della proposta di legge A.S. n. 2129, approvato con il titolo «Semplificazioni in materia di procedimenti elettorali».

⁹ Tale disposizione novella l'art. 15, comma 3, del d.p.r. n. 361/1957, riferito alle elezioni della Camera. Tale innovazione trova applicazione anche per le elezioni del Senato, in forza del rinvio contenuto nell'art. 8 del d.lgs. n. 533/1993, e per le elezioni dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia, in forza del rinvio di cui all'art. 11, comma 1, della l. n. 18/1979.

¹⁰ Ministero dell'interno, Dipartimento per gli affari interni e territoriali. Direzione centrale per i servizi elettorali, [Elezioni della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica nelle circoscrizioni/regioni del territorio nazionale. 25 settembre 2022, Istruzioni per la presentazione e l'ammissione delle candidature](#), Pubblicazione n. 1, 32.

¹¹ La presenza di atti non legislativi in materia elettorale costituisce un punto problematico, evidenziato criticamente dal citato rapporto dell'Odhr riferito alle elezioni del 2018, nel quale si legge che «il quadro normativo che disciplina le elezioni dovrebbe essere riesaminato per colmare le lacune ancora esistenti, rilevate nel presente rapporto e in quelli precedenti dell'Odhr. Sarebbe opportuno prendere in considerazione la possibilità di integrare i regolamenti nella legislazione elettorale, in modo da garantire la certezza e la coerenza del diritto»: Osce, Odhr (Ufficio per le Istituzioni Democratiche e i Diritti dell'Uomo), [Repubblica italiana](#), cit., 5. Sull'esistenza di una riserva di legge in materia elettorale, con particolare (ma non esclusivo) riferimento alla normativa elettorale in senso stretto, M. AINIS, *Principi versus regole (il caso dei seggi mancanti a Forza Italia dopo le politiche del 2001)*, in *Rass. parl.*, 3/2001, 640; R. BALDUZZI, *Art. 34 (sezione II) Legge 25 marzo 1993, n. 81, Elezione diretta del sindaco, del presidente della provincia, del consiglio comunale e del consiglio provinciale*, in *Art. 128 Supplemento. Legge 8 giugno 1990, n. 142, Ordinamento delle autonomie locali, Comm. cost.*, Bologna-Roma 1996, 1085 ss.; L. SPADACINI, *Regole elettorali e integrità numerica delle Camere. La mancata assegnazione di alcuni seggi alla Camera nella XIV legislatura*, Brescia 2003, 101 ss. e, con ampi riferimenti comparatistici, R. IBRIDO, *Le riserve di legge in materia elettorale nel quadro comparato: quali indicazioni per il caso italiano?*, in [federalismi.it](#), 28/2021, 76 ss.

senz'altro rinviare alla dottrina sul punto¹², salvo evidenziare che né il Ministero né l'Ufficio elettorale centrale nazionale, quantomeno ai fini della valutazione della confondibilità di un contrassegno «con quelli riproducenti simboli, elementi e diciture, o solo alcuni di essi, usati tradizionalmente da altri partiti», utilizzano i contenuti del d.l. n. 149/2013 (convertito, con modificazioni, dalla l. n. 13/2014), con particolare riferimento all'iscrizione nel registro dei partiti politici; come si legge in una recente pronuncia dell'Ufficio elettorale centrale nazionale, «il partito il cui contrassegno è tutelato dal rischio di confusione in quanto “usat[o] tradizionalmente” non è solo quello iscritto nel registro nazionale dei partiti politici riconosciuti, sia perché l'art. 14 d.p.r. n. 361 del 1957 non opera alcuna distinzione tra partiti iscritti in detto registro e partiti non iscritti in detto registro, salvo che in relazione agli oneri di produzione documentale in tema di trasparenza, sia perché il medesimo registro è stato previsto dal d.l. 28 dicembre 2013, n. 149, convertito dalla legge 21 febbraio 2014, n. 13, esclusivamente per specifiche finalità connesse ad agevolazioni fiscali»¹³.

È allora il caso di richiamare la necessità di una normativa organica attuativa dell'art. 49 Cost. che, recando disposizioni anche sull'identificazione e sui contrassegni dei partiti, potrebbe contribuire in modo decisivo a portare chiarezza in un ambito materiale nel quale le incertezze e i contenziosi sono numerosi.

Anche in ordine alla raccolta delle sottoscrizioni, la normativa vigente appare per più versi criticabile.

Sul punto, è innanzitutto da ricordare che fino dalla [sent. n. 83/1992](#) la Corte costituzionale ha giustificato le previsioni relative alla raccolta delle sottoscrizioni alla stregua dell'art. 51 Cost., con la «duplice esigenza di garantire da un lato una certa consistenza numerica di base ad una compagine che mira ad assumere elettoralmente un ruolo di rappresentanza politico-amministrativa della comunità e di assicurare, dall'altro, a tale compagine un minimo di credibilità ed affidabilità», sottolineando, inoltre, che nel nostro ordinamento, è «ormai un principio generalizzato che in ogni tipo di elezione diretta le candidature debbano essere munite di una sorta di dimostrazione di seria consistenza e di un minimo di consenso attestata dalla sottoscrizione di un determinato numero di elettori»¹⁴. Da ultimo nella [sent. n. 48/2021](#) la Corte ha richiamato la propria giurisprudenza precedente, che ha indicato «il fondamento delle disposizioni che, in materia, stabiliscono reati di falso nelle autenticazioni delle sottoscrizioni, notando che esse proteggono il bene della “genuinità della competizione elettorale” ([sentenza n. 84 del 1997](#)), ed anche quello della “serietà delle candidature” ([sentenza n. 45 del 1967](#)); ha contestato l'idea che la raccolta delle sottoscrizioni sia una formalità di scarso rilievo, e ha nuovamente sottolineato la ratio delle disposizioni penali in materia, ricordando che il bene finale tutelato “è di rango particolarmente elevato, anche sul piano della rilevanza costituzionale, in quanto intimamente connesso al principio democratico della rappresentatività popolare: trattandosi di assicurare il regolare svolgimento delle operazioni elettorali ed il libero ed efficace esercizio del diritto di voto” ([sentenza n. 394 del 2006](#))»¹⁵.

In questo senso, appaiono fortemente discutibili le fattispecie di esenzione dalla raccolta delle sottoscrizioni, introdotte a più riprese a partire dal 1976¹⁶, e riferite solo ad alcune formazioni politiche (ai sensi dell'art. 18-*bis*, comma 2, del d.p.r. n. 361/1957, si tratta di quelle costituite in gruppo parlamentare in entrambe le Camere all'inizio della legislatura in corso al momento della convocazione dei comizi e di quelle che, rappresentando minoranze linguistiche, abbiano ottenuto almeno un seggio nelle ultime elezioni per la Camera o per il Senato), a maggior ragione perché la

¹² In particolare, G. MAESTRI, *I simboli della discordia. Normativa e decisioni sui contrassegni dei partiti*, Milano 2012 e, dello stesso, *I simboli alla sbarra. Il contenzioso sui contrassegni tra giudici da individuare e regole da rivedere*, in E. Catelani, F. Donati, M.C. Grisolia (a cura di), *La giustizia elettorale*, Napoli 2013, 163 ss. Lo stesso autore è titolare di un [blog](#) (con lo stesso titolo della monografia) che riporta utili e aggiornate informazioni.

¹³ Corte di cassazione, Ufficio elettorale centrale nazionale, [Decisione 20 agosto 2022, n. 1/OPP/2022](#).

¹⁴ *Considerato in diritto*, rispettivamente n. 3 e n. 2.

¹⁵ *Considerato in diritto*, n. 8.

¹⁶ La normativa in materia era contenuta nella l. n. 136/1976 (art. 1, comma 1, lett. g; cfr. anche il d.l. n. 161/1976, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 240/1976).

“presunzione di rappresentatività” che dovrebbe costituire la *ratio* di questa fattispecie non sembra invocabile perché in un ramo del Parlamento (la Camera dei deputati) i criteri per la composizione dei gruppi sono ispirati a un parametro meramente numerico mentre nell’altro (il Senato), a partire dalla revisione del regolamento del 2017, è stato introdotto un criterio “politico”¹⁷, peraltro in qualche modo “attenuato” in via interpretativa nell’attuale legislatura¹⁸.

A ciò si aggiungono le discutibili disposizioni legislative che hanno introdotto deroghe *ad hoc* (*ad partitum*, si potrebbe dire) in relazione alle consultazioni immediatamente successive¹⁹; così, nella parte finale della XVIII legislatura, in sede di conversione del d.l. n. 41/2022 (l. n. 84/2022) è stato previsto che «le disposizioni dell’articolo 18-*bis*, comma 2, primo periodo, del testo unico delle leggi recanti norme per la elezione della Camera dei deputati, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 marzo 1957, n. 361, si applicano, per le prime elezioni della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica successive alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, anche ai partiti o gruppi politici costituiti in gruppo parlamentare in almeno una delle due Camere al 31 dicembre 2021 o che abbiano presentato candidature con proprio contrassegno alle ultime elezioni della Camera dei deputati o alle ultime elezioni dei membri del Parlamento europeo spettanti all’Italia in almeno due terzi delle circoscrizioni e abbiano ottenuto almeno un seggio assegnato in ragione proporzionale o abbiano concorso alla determinazione della cifra elettorale nazionale di coalizione avendo conseguito, sul piano nazionale, un numero di voti validi superiore all’1 per cento del totale» (art. 6-*bis*).

Questa disposizione ha ampliato, si potrebbe dire *una tantum*, le deroghe poste dall’art. 18-*bis*, comma 2, del d.p.r. n. 361/1957, avendo come riferimento anche consultazioni diverse da quelle politiche, sul discutibile presupposto che la presunzione di rappresentatività possa essere tratta anche da elezioni diverse. Con riferimento alle elezioni politiche, poi, si consente l’esenzione dalla raccolta delle firme anche a formazioni politiche che non hanno ottenuto seggi nelle ultime elezioni: su quest’ultimo punto, è però da ricordare che la [sent. n. 83/1992](#) la Corte è sembrata giustificare deroghe all’obbligo di raccolta delle firme, in quanto riferite a soggetti politici costituiti in gruppo parlamentare o aventi eletti in una delle Camere, trattandosi di fattispecie che avrebbero confermato un «principio generalizzato che in ogni tipo di elezione direttale candidature debbano essere munite di una sorta di dimostrazione di seria consistenza e di un minimo di consenso»²⁰.

¹⁷ Come è noto, ai sensi del previgente art. 14, comma 4, del regolamento del Senato (nel testo risultante dalla revisione del 2017), ciascun Gruppo è «composto da almeno dieci Senatori e deve rappresentare un partito o movimento politico, anche risultante dall’aggregazione di più partiti o movimenti politici, che abbia presentato alle elezioni del Senato propri candidati con lo stesso contrassegno, conseguendo l’elezione di Senatori. Ove più partiti o movimenti politici abbiano presentato alle elezioni congiuntamente liste di candidati con il medesimo contrassegno, con riferimento a tali liste, può essere costituito un solo Gruppo, che rappresenta complessivamente tutti i medesimi partiti o movimenti politici. È ammessa la costituzione di Gruppi autonomi, composti da almeno dieci Senatori, purché corrispondenti a singoli partiti o movimenti politici che si siano presentati alle elezioni uniti o collegati. I Senatori che non abbiano dichiarato di voler appartenere ad un Gruppo formano il Gruppo misto». Come è noto, la disciplina della formazione dei gruppi è stata ulteriormente modificata con la revisione del regolamento del Senato del luglio 2022; tale disciplina troverà applicazione a partire dalla XIX legislatura.

¹⁸ Si veda il gruppo “Italia Viva-PSI” e poi del gruppo “Europeisti-MAIE-Centro democratico” costituito il 26 gennaio 2021 e poi precocemente sciolto il 29 marzo successivo per sopravvenuta insufficienza numerica. Sul punto, per tutti, G. MAESTRI, *Il nuovo gruppo “Psi-Italia viva” al Senato: le falle della riforma “antiframmentazione” del Regolamento*, in [laCostituzione.info](#), 19 settembre 2019; U. RONGA, *Partiti personali e vicende dei gruppi parlamentari nell’esperienza recente. Contributo allo studio della XVII e della XVIII Legislatura*, in [federalismi.it](#), 12/2020, 227 ss.; M. PODETTA, *La nuova disciplina dei Gruppi al Senato tra demagogia riformista, dubbi costituzionali e distorsioni applicative*, in [Costituzionalismo.it](#), 1/2020, parte II, 197 ss.

¹⁹ Deroghe introdotte al termine della legislatura, riferite alle elezioni immediatamente successive, costituiscono una discutibile prassi (così, ad esempio, limitatamente alle elezioni del 2008, si veda l’art. 4 del d.l. n. 24/2008, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 30/2008; limitatamente alle elezioni del 2018, si veda l’art. 6, comma 1, della l. n. 165/2017). A queste si aggiungono le disposizioni che, limitatamente a singole consultazioni, hanno ridotto il numero di sottoscrizioni richieste.

²⁰ *Considerato in diritto*, n. 2.

Infine, anche nella disposizione da ultimo introdotta, non mancano ulteriori profili che hanno originato contenziosi²¹; in ogni caso, essa ha favorito una sorta di “corsa all’essenzione” per ottenere la quale le formazioni politiche hanno fatto ricorso a svariate tecniche, tra le quali, in primo luogo, quella dei contrassegni compositi.

Sempre con riferimento alla raccolta delle firme si pongono ulteriori nodi problematici.

Uno attiene al loro numero: in occasione delle elezioni del 2022, per l’intervenuto scioglimento anticipato delle Camere è scattata la riduzione nel minimo a 750 elettori iscritti nelle liste elettorali di Comuni compresi nel medesimo collegio plurinomiale (o, in caso di collegio plurinomiale compreso in un unico Comune, iscritti nelle sezioni elettorali di tale collegio plurinomiale²²).

A seguito della riduzione del numero dei parlamentari e tenendo conto della diminuzione della quantità di firme richieste a seguito dello scioglimento anticipato, per poter partecipare alla competizione elettorale su tutto il territorio nazionale ogni formazione politica ha dovuto raccogliere poco meno di 37 mila firme per la Camera e di 20 mila firme per il Senato.

Si tratta di un numero comunque non piccolo, in relazione al quale però, la Corte costituzionale, nella già richiamata [sent. n. 48/2021](#), ha riconosciuto un’ampia discrezionalità al legislatore²³. Rimane il fatto che il numero di firme richiesto qualora non fosse intervenuto lo scioglimento anticipato delle Camere sarebbe stato davvero considerevole e tale da richiedere un onere organizzativo non banale; il tutto aggravato dalla ristrettezza dei tempi della raccolta sulla quale la stessa [sent. n. 48/2021](#) ha parlato di «un aggravio (sul quale il legislatore potrebbe opportunamente intervenire)»²⁴, ma su questo punto (e come si dirà, non solo su questo punto: cfr. *infra*, par. 3), la pronuncia non ha avuto adeguato seguito.

In questo senso, assume un’importanza cruciale la disciplina delle modalità di raccolta delle firme. Sul punto, prima l’art. 16-*bis* del d.l. n. 76/2020 (inserito in sede di conversione dalla l. n. 120/2020) e poi il già richiamato art. 38-*bis* del d.l. n. 77/2021 hanno ampliato il numero di soggetti abilitati alle autenticazioni, inserendo tra questi gli avvocati iscritti all’albo che abbiano comunicato la loro disponibilità all’ordine di appartenenza²⁵, i consiglieri regionali, i membri del Parlamento e i funzionari incaricati dal Sindaco e dal Presidente della Provincia. È stata inoltre rimossa la previsione della comunicazione della disponibilità ad autenticare da parte dei consiglieri comunali, provinciali e metropolitani²⁶.

²¹ Così, ad esempio, la data del 31 dicembre 2021 è stata ritenuta come riferita all’articolazione dei gruppi a quella data e non “entro” quella data (così da comprendere anche gruppi nel frattempo sciolti): così, [Corte di Cassazione, Ufficio elettorale centrale nazionale](#), 24 agosto 2022, nn. 2, 3, 5; 25 agosto 2022, nn. 15, 18, 27, 38; 26 agosto 2022, nn. 43, 46, 57, 58, 59, 61, 65, 69, 71; 27 agosto 2022, nn. 76, 79, 83, 85, 91, 95, 100, 102, 103, 104, 105, 109, 110, 115, 116, 117, 118, 119, 127, 128; 28 agosto 2022, nn. 121, 129, 130, 131, 135, 137, 138, 141, 142, 144, 145, 148, 155, 157, 158. Similmente, l’Ufficio ha escluso che possano essere esentate dalla raccolta delle firme formazioni politiche che nelle elezioni europee siano state collegate ad altre che abbiano conseguito seggi in un altro Stato: [Corte di Cassazione, Ufficio elettorale centrale nazionale](#), 24 agosto 2022, nn. 4, 7; 25 agosto 2022, nn. 17, 26, 34; 26 agosto 2022, nn. 44, 62, 68, 74; 27 agosto 2022, nn. 81, 86, 88, 97, 98, 107, 108; 28 agosto 2022, nn. 122, 126. Infine, l’Ufficio ha condivisibilmente precisato che il collegamento in coalizione deve essere riferito alla lista e non a un’altra formazione politica con la quale la prima sia genericamente alleata: [Corte di Cassazione, Ufficio elettorale centrale nazionale](#), 24 agosto 2022, nn. 8, 11, 12; 25 agosto 2022, nn. 21, 25; 26 agosto 2022, nn. 55, 73; 27 agosto 2022, nn. 78, 106; 28 agosto 2022, nn. 125, 133, 134, 136, 143, 150, 151, 152, 153, 159, 160, 161, 162.

²² Come è noto, ai sensi dell’art. 18, comma 1, del d.p.r. n. 361/1957, «in caso di scioglimento della Camera dei deputati che ne anticipi la scadenza di oltre centoventi giorni, il numero delle sottoscrizioni è ridotto alla metà».

²³ G. MAESTRI, *Candidature e raccolta firme: più spazi per tutelare i diritti, ma ora nulla cambia Osservazioni su Corte costituzionale, sentenza n. 48 del 2021*, in [Osservatorio costituzionale](#), 6/2021, 429 ss.

²⁴ *Considerato in diritto*, n. 8.

²⁵ Ai sensi dell’art. 38-*bis*, comma 8, del d.l. n. 77/2021 i loro nominativi sono pubblicati tempestivamente nel sito *internet* istituzionale dell’ordine.

²⁶ Lo stesso art. 38-*bis* prevede ulteriori semplificazioni, favorite dal ricorso a strumenti elettronici: esse riguardano, in particolare, l’atto di designazione dei rappresentanti della lista (anche mediante posta elettronica certificata); le autenticazioni degli atti di designazione dei rappresentanti di lista (non necessarie se gli atti di designazione siano firmati digitalmente o con altro tipo di firma elettronica qualificata dai delegati o dalle persone autorizzate dagli stessi con atto firmato digitalmente, a condizione che tali documenti siano trasmessi tramite posta elettronica certificata); i

Tali previsioni sono indubbiamente utili ma non risolutive e quindi non tali da soddisfare del tutto la raccomandazione dell’Odihr, contenuta nel rapporto sulle elezioni del 2018, relativa all’«introduzione di metodi per semplificare la raccolta delle firme e chiarire le disposizioni in materia della loro verifica»²⁷.

In particolare, appare criticabile la mancata estensione anche elezioni politiche delle modalità di raccolta delle firme in modalità digitale: sul punto, nel *Rosatellum-bis* è previsto (art. 3, comma 7) che «entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, con decreto del Ministro dell’interno, di concerto con il Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione, con il Ministro dell’economia e delle finanze e con il Ministro per gli affari regionali, sono definite le modalità per consentire in via sperimentale la raccolta con modalità digitale delle sottoscrizioni necessarie per la presentazione delle candidature e delle liste in occasione di consultazioni elettorali, anche attraverso l’utilizzo della firma digitale e della firma elettronica qualificata. Sullo schema del decreto è acquisito il parere delle competenti Commissioni parlamentari, che si esprimono nel termine di quarantacinque giorni».

Il decreto ministeriale non è mai stato adottato ma il percorso verso la digitalizzazione della raccolta delle firme non si è arrestato, anche se solo con riferimento ai referendum nazionali e alle proposte di iniziativa popolare, in forza prima dell’art. 1, comma 341, della l. n. 178/2020 (bilancio di previsione per il 2021) e quindi dell’art. 38-*quater* del richiamato d.l. n. 77/2021, che ha previsto la possibilità della raccolta delle firme mediante Spid o sistemi equivalenti.

Senza poter indugiare ulteriormente su queste disposizioni che pure sono state oggetto di critiche in dottrina²⁸, rimane il fatto che esse non sono state estese alla sottoscrizione delle liste in occasione delle elezioni politiche. Ed anzi, l’Ufficio elettorale centrale nazionale ha confermato l’esclusione di una lista (“Referendum e democrazia”) che aveva presentato le proprie liste dei candidati con le sottoscrizioni richieste in forma digitale. A sostegno di questa scelta la formazione politica si fondava:

a) sul combinato disposto dell’art. 3, comma 7, della l. n. 165/2017 e dell’art. 38-*quater* del d.l. n. 77/2021 dalle quali si desumerebbe l’avvenuto positivo svolgimento della sperimentazione delle firme elettroniche in riferimento ai referendum, cosicché sarebbe possibile una estensione anche alla raccolta di firme per le liste, alla stregua di un’interpretazione costituzionalmente orientata e del principio di ragionevolezza che si porrebbe a presidio di un’interpretazione analogica;

b) in subordine, sulla normativa dell’Unione europea (in particolare sul reg. UE n. 910/2014, in materia di identificazione elettronica e servizi fiduciari per le transazioni elettroniche nel mercato interno).

Secondo quanto si legge nella pronuncia dell’Ufficio elettorale centrale nazionale, non è possibile invocare nella fattispecie il codice dell’amministrazione digitale, in quanto l’art. 2, comma 6, esclude l’applicabilità dello stesso alle consultazioni elettorali. Non è stato adottato il decreto ministeriale attuativo dell’art. 3, comma 7, della l. n. 165/2017, «il che conferma che, in assenza di una normativa specifica, l’uso della firma elettronica ai fini dell’art. 18 bis dpr 361/1957 non è ammesso»; in questo senso, la proposta di interpretazione analogica è respinta, trattandosi invece di «un’interpretazione del tutto creativa» e, addirittura, «“contraria”».

certificati di iscrizione alle liste elettorali, richiesti per le sottoscrizioni a sostegno di liste di candidati (possono essere richiesti in formato digitale tramite posta elettronica certificata).

²⁷ Osce, Odihr (Ufficio per le Istituzioni Democratiche e i Diritti dell’Uomo), [Repubblica italiana](#), cit., 11.

²⁸ Così, si è parlato di una natura populistica e demagogica di tali disposizioni: I. CIOLLI, *La rappresentanza politica. Recenti trasformazioni di una categoria ineludibile*, in *Lo Stato*, 18/2022, 158; cfr. anche P. CARNEVALE, *La richiesta di referendum abrogativo dinanzi alle risorse della digitalizzazione. Qualche prima considerazione sulla sottoscrizione per via telematica*, in *Nomos*, 3/2021. Da parte sua, il Garante per la protezione dei dati personali nel «[Parere sullo schema di decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, di concerto con il Ministro della giustizia, in tema di disciplina della piattaforma per la raccolta delle firme degli elettori necessarie per i referendum previsti dagli articoli 75 e 138 della Costituzione – 24 marzo 2022](#)» ha rinvenuto in tale atto numerose criticità e carenze «riguardanti la mancanza di garanzie per il pieno rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali degli interessati».

Quanto all'art. 38-*quater* del d.l. n. 77/2021, si afferma che «proprio la previsione di utilizzazione della firma elettronica per la sottoscrizione di richieste referendarie e di iniziative di legge popolare conferma, per esclusione, che nulla è stato disposto in tema di sottoscrizioni di liste, per cui resta possibile solo la firma “*analogica*”».

Infine, con riferimento alla normativa dell'Unione europea, il reg. (UE) n. 910/2014 non è ritenuto applicabile alla stregua dell'art. 2 di esso (recante «Ambito di applicazione») e di alcune parti del “considerando” nelle quali si afferma che «il presente regolamento non intende intervenire riguardo ai sistemi di gestione dell'identità elettronica e relative infrastrutture istituiti negli Stati membri. Lo scopo del presente regolamento è garantire che per accedere ai servizi online transfrontalieri offerti dagli Stati membri si possa disporre di un'identificazione e un'autenticazione elettronica sicura» (n. 12) e «il presente regolamento dovrebbe stabilire il principio secondo il quale alla firma elettronica non dovrebbero essere negati gli effetti giuridici per il motivo della sua forma elettronica o perché non soddisfa i requisiti della firma elettronica qualificata. Tuttavia, spetta al diritto nazionale definire gli effetti giuridici delle firme elettroniche, fatto salvo per i requisiti previsti dal presente regolamento secondo cui una firma elettronica qualificata dovrebbe avere un effetto giuridico equivalente a quello di una firma autografa» (n. 49)²⁹.

Questa vicenda, a prescindere da ogni considerazione relativa allo spessore argomentativo della pronuncia in questione, lascia emergere un'asimmetria tra la disciplina delle sottoscrizioni dei quesiti referendari e quella relativa alle firme delle liste elettorali che appare difficilmente sostenibile e finisce per aggravare gli oneri organizzativi in capo alle formazioni politiche che non usufruiscono dell'esenzione dalla raccolta delle sottoscrizioni. Un'evoluzione della disciplina normativa è quindi fortemente auspicabile, anche alla luce sia della Comunicazione [2030 Digital Compass: the European way for the Digital Decade del 9 marzo 2021](#)³⁰, sia dei contenuti del PNRR la cui missione 1 è dedicata alla digitalizzazione e, all'interno di essa, la componente 1 «ha l'obiettivo di trasformare in profondità la Pubblica Amministrazione attraverso una strategia centrata sulla digitalizzazione».

È innegabile che l'introduzione delle firme *on-line* per le liste può dare luogo a inconvenienti seri, ma questi non appaiono tali da legittimare atteggiamenti conservatori e arretrati³¹.

3. *La vexata quaestio della tutela giurisdizionale avverso gli atti del contenzioso elettorale preparatorio relativo alle elezioni politiche*

Un ulteriore punto problematico attiene al contenzioso elettorale preparatorio relativo alle elezioni politiche, in ordine al quale la sent. n. 48/2021 della Corte costituzionale³², al culmine di un

²⁹ [Corte di Cassazione, Ufficio elettorale centrale nazionale](#), 26 agosto 2022, nn. 49, 53; 27 agosto 2022, nn. 92, 93, 96, 120, 146.

³⁰ In essa la Commissione europea ha presentato gli indirizzi per la trasformazione digitale dell'Europa entro il 2030, tra i quali la garanzia che la vita democratica e i servizi pubblici *online* siano completamente accessibili a tutti, comprese le persone con disabilità, anche attraverso il voto elettronico che incoraggerebbe una maggiore partecipazione dei cittadini alla vita democratica.

³¹ Sul punto, S. CECCANTI, *Firme on line per liste e quesiti: ecco come creare la spid democracy*, in [Il Riformista](#), 7 ottobre 2022.

³² Su tale pronuncia, in particolare, A. SAITTA, *Alla ricerca del giudice delle controversie pre-elettorali: la Corte completa il rammendo per coprire l'inerzia del legislatore*, in *Giur. cost.*, 2/2021, 631 ss.; A. PISANESCHI, *Gli effetti della sentenza n. 48 del 2021 della Corte costituzionale sulla tutela giurisdizionale elettorale: brevi considerazioni*, ivi, 640 ss.; G. DELLEDONNE, *Procedimento elettorale preparatorio, elezioni politiche e tutela giurisdizionale: chiarimenti, discontinuità e problemi aperti*, ivi, 652 ss.; L. TRUCCO, [Diritti politici fondamentali: la Corte spinge per ampliare ulteriormente la tutela \(a margine della sent. n. 48 del 2021\)](#), in questa [Rivista](#), 2021/I, 283 ss.; M. ARMANNI, *La garanzia dell'elettorato passivo: Corte costituzionale e Parlamento (ancora) alla ricerca di strumenti adeguati di tutela giurisdizionale*, in [Dirittifondamentali.it](#), 3/2021, 103 ss.; M. MANCINI, *Tre manifesti a Palazzo della Consulta, Roma: la Corte traccia la via, del legislatore e dei giudici l'onere di percorrerla (a margine della sentenza n. 48 del 2021)*, in [RivistaAIC](#), 3/2021, 409 ss.; C. PADULA, *Azioni di accertamento, questioni incidentali di legittimità costituzionale e*

lungo percorso giurisprudenziale, ha affermato la necessità di un intervento legislativo, ritenendo che esso non ricada nell'ambito di applicazione dell'art. 66 Cost. e quindi contribuendo a risolvere il "buco nero giurisdizionale"³³ dato dall'assenza di tutela giurisdizionale sulle controversie riguardanti il procedimento elettorale preparatorio relativo alle elezioni della Camera e del Senato.

Tuttavia, la richiesta di un «necessario intervento» per delineare «un rito *ad hoc*, che assicuri una giustizia pre-elettorale tempestiva»³⁴ non ha purtroppo avuto seguito (come in troppe altre occasioni)³⁵, nonostante che la Corte abbia rivolto un «"monito rinforzato", un pressante invito al legislatore», espresso con «una nuova forma di sollecitazione alle Camere», «di intervenire su una zona franca, quantomeno nella sua dimensione effettiva e tempestiva»³⁶; e tale zona franca attiene al diritto di elettorato passivo, ascrivibile al novero dei diritti inviolabili, la cui tutela effettiva, come si legge nella [sent. n. 48/2021](#), richiede l'accesso a un giudice, posto che «previsione del diritto inviolabile e garanzia del ricorso al giudice per assicurarne la tutela devono insomma coesistere e sorreggersi reciprocamente»³⁷.

A ciò si aggiungano i dati emergenti dalla prassi: è sufficiente ricordare sul punto che sul sito della Cassazione sono state pubblicate oltre 170 decisioni dell'Ufficio elettorale centrale nazionale, in tema di contrassegni elettorali e di ricusazione delle liste elettorali in relazione alle elezioni politiche del 2022.

Per colmare questo vuoto, il Senato, dopo un approfondito ed apprezzabile lavoro istruttorio, iniziato con un ciclo di audizioni di esperti ai sensi dell'art. 139, comma 1, del proprio regolamento³⁸, ha approvato nel febbraio 2022 una proposta di legge recante «Disposizioni in materia di tutela giurisdizionale nel procedimento elettorale preparatorio per le elezioni della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica» (A.S. n. 2390)³⁹ che prevedeva un procedimento connotato necessariamente da termini stringenti, affidato al giudice amministrativo in via di giurisdizione esclusiva⁴⁰. Il testo però non è stato approvato dalla Camera per l'intervenuto scioglimento delle Camere. In particolare, l'art. 2, inserendo l'art. 128-*bis* nel codice del processo amministrativo, disciplinava il giudizio avverso gli atti di esclusione dal procedimento preparatorio per le elezioni politiche, con riferimento ai contrassegni, alle liste, ai candidati, ai collegamenti, agli atti di accertamento dell'incandidabilità. Era previsto un termine per l'impugnazione dinanzi al Tar del Lazio particolarmente stringente (due giorni dalla pubblicazione del provvedimento), così come

zona franca, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 2/2022, 135 ss.; volendo cfr. anche G. TARLI BARBIERI, *La necessaria ed auspicabile riforma della disciplina del contenzioso elettorale preparatorio riferito alle elezioni politiche a seguito della sent. 48/2021 della Corte costituzionale*, in questa [Rivista](#), 2021/II, 601 ss.

³³ L. CIAURRO, *Parlamentari giudici di se stessi?*, in R. D'Alimonte, C. Fusaro (a cura di), *La legislazione elettorale italiana*, Bologna 2008, 307.

³⁴ *Considerato in diritto*, n. 4.5.

³⁵ G. CORAGGIO, [Relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2020](#), 14.

³⁶ G. AZZARITI, *Il procedimento elettorale preparatorio: la Corte chiama, il Parlamento risponde. Audizione presso la I Commissione Affari costituzionali del Senato sulla sentenza n. 48 del 2021*, in [Osservatorio costituzionale](#), 4/2021, 2.

³⁷ *Considerato in diritto*, n. 4.3.

³⁸ Ai sensi del quale «nell'ipotesi in cui sia stata dichiarata, a norma dell'articolo 136 della Costituzione, l'illegittimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge dello Stato, il Presidente comunica al Senato la decisione della Corte costituzionale non appena pervenutagli la relativa sentenza. Questa è stampata e trasmessa alla Commissione competente». Purtroppo, come è noto, nella prassi questa disposizione non ha avuto adeguata attuazione. Sulle difficoltà del "seguito" delle sentenze della Corte costituzionale in Parlamento, per tutti, A. RUGGERI, *Le attività "conseguenziali" nei rapporti fra la Corte costituzionale e il legislatore (Premesse metodico-dogmatiche ad una teoria giuridica)*, Milano 1988; R. BIN, C. BERGONZINI, *La Corte costituzionale in Parlamento*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *"Effettività" e "seguito" delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, Napoli 2006, 215 ss.; N. LUPO, *Il Parlamento e la Corte costituzionale*, in Associazione per gli Studi e le ricerche parlamentari, *Quaderno n. 21*, Seminario 2010, Torino 2012, 109 ss.

³⁹ Tale proposta di legge è stata sottoscritta dai rappresentanti di tutti i gruppi in seno alla Commissione affari costituzionali del Senato.

⁴⁰ La proposta modificava sul punto gli artt. 126, 129, 133 e 135 del codice del processo amministrativo e introduceva in esso, come si dice nel testo, l'art. 128-*bis*.

stringenti erano i termini per la celebrazione dell'udienza (due giorni) e per la pubblicazione della decisione (nello stesso giorno). Gli stessi termini erano previsti per l'appello dinanzi al Consiglio di Stato⁴¹.

Come si legge nella [sent. n. 48/2021](#), «in attesa del necessario intervento del legislatore, allo stato attuale della normativa e delle interpretazioni su di essa prevalenti, l'azione di accertamento di fronte al giudice ordinario – sempre che sussista l'interesse ad agire (art. 100 cod. proc. civ.) – risulta l'unico rimedio possibile per consentire la verifica della pienezza del diritto di elettorato passivo e la sua conformità alla Costituzione»⁴².

Da ultimo, in prospettiva viene da chiedersi se la [sent. n. 48/2021](#) non costituisca un fattore ulteriore che dovrebbe indurre a un ripensamento del modello italiano di verifica dei poteri⁴³, che appare ormai recessivo rispetto agli altri ordinamenti europei⁴⁴.

È stato infatti notato che anche recenti sviluppi della giurisprudenza della Corte Edu⁴⁵ sembrano riproporre l'esigenza di individuare un presidio giurisdizionale di ultima istanza a presidio di tutte le fasi in cui si dipana la procedura elettorale⁴⁶. Ed in questo senso è il già richiamato rapporto dell'Ohdir riferito alle elezioni del 2018 nel quale si legge: «Si dovrebbe prendere in considerazione la possibilità di prevedere esplicitamente il diritto di impugnare i risultati elettorali dinanzi a un organo giurisdizionale competente come autorità di ultima istanza. Per garantire il diritto a un ricorso efficace e tempestivo, la legislazione dovrebbe prevedere termini adeguati per decidere in merito ai ricorsi elettorali presentati a tutti i livelli del processo elettorale. Le informazioni sui ricorsi e sulle richieste presentate dovrebbero essere messe a disposizione del pubblico»⁴⁷.

All'inizio della XVIII legislatura il Ministro per i rapporti con il Parlamento e la democrazia diretta Fraccaro durante il Governo Conte I aveva alluso a una possibile revisione dell'art. 66 Cost.⁴⁸, ispirata a una *ratio* simile a quella fatta propria dal testo elaborato dalla Commissione D'Alema nella XIII legislatura⁴⁹: le Camere avrebbero conservato le competenze attuali ma con la

⁴¹ La stessa disciplina era applicabile anche ai ricorsi avverso gli atti relativi al procedimento preparatorio per il voto nella circoscrizione estero, con la differenza che i termini erano ancora più brevi (essendo ridotti di un giorno). In conseguenza dell'introduzione di tale giudizio, l'art. 3 provvedeva a ricalibrare i termini del procedimento elettorale preparatorio.

⁴² *Considerato in diritto*, n. 4.5.

⁴³ Per tutti, S. TOSI, *Diritto parlamentare*, Milano 1993, 68 ss.; G.E. VIGEVANI, *Stato democratico ed eleggibilità*, Milano 2001, 241 ss.; M. CERASE, *Art. 66*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario della Costituzione*, II, Torino 2006, 1281 ss.; L. CIAURRO, *I parlamentari giudici di se stessi*, cit., 310; F.G. COCA, *Elezioni politiche e tutela giurisdizionale*, in *Giur. cost.*, 5/2009, 3613 ss. E. LEHNER, *L'apertura condizionata della Corte sulla verifica dei poteri, tra tutela dell'autonomia parlamentare e garanzia dei diritti di elettorato passivo*, ivi, 3620 ss.; A. PAJNO, *la fase preparatoria delle elezioni politiche e il contenzioso elettorale in Italia*, in G.C. De Martin, Z. Witkowski, P. Gambale, E. Griglio (a cura di), *Le evoluzioni della legislazione elettorale «di contorno» in Europa*, cit., 315; M. CECCHETTI, *Il contenzioso pre-elettorale nell'ordinamento costituzionale italiano*, in E. Catelani, F. Donati, M.C. Grisolia (a cura di), *La giustizia elettorale*, cit., 9 ss.

⁴⁴ L. TRUCCO, *Democrazie elettorali e Stato costituzionale*, Torino 2011, 235, osserva che «se si mettono da parte gli ordinamenti nei quali l'opzione a favore della devoluzione alle assemblee parlamentari della competenza sull'ammissione dei propri componenti risente dell'ininterrotta presenza della monarchia nel quadro costituzionale, tra gli ordinamenti in cui perdurante è la verifica dei poteri "integrale" resta solo l'Italia»; sul punto, cfr. anche P. COSTANZO, *La verifica dei poteri. Un privilegio parlamentare sempre meno convincente*, in *Rass. parl.*, 3/2006, 781 ss.

⁴⁵ Il riferimento è a Corte europea dei diritti dell'uomo, Gr. Ch., *Mugemangango c. Belgium* (Ricorso n. 310/15), del 10 luglio 2020 sulla quale L. TRUCCO, [Diritti politici fondamentali](#), cit., 286 ss. e, della stessa, *La verifica dei poteri torna (dal Belgio) a Strasburgo: ultimo avviso anche per l'Italia?* in *Quad. cost.*, 1/2021, 241 ss.; G. AZZARITI, *Il procedimento elettorale preparatorio*, cit., 8.

⁴⁶ L. TRUCCO, [Diritti politici fondamentali](#), cit., 287.

⁴⁷ Osce, Odhr (Ufficio per le Istituzioni Democratiche e i Diritti dell'Uomo), [Repubblica italiana](#), cit., 20.

⁴⁸ Camera dei deputati, XVIII legislatura, Commissioni riunite Affari costituzionali della Presidenza del Consiglio e interni (I) della Camera dei deputati, Affari costituzionali, affari della Presidenza del Consiglio e dell'interno, ordinamento generale dello Stato e della pubblica amministrazione (1a) del Senato della Repubblica, seduta del 12 luglio 2018, res. sten., 7.

⁴⁹ Sulla quale, in particolare, M. MANETTI, *L'accesso alla Corte costituzionale nei procedimenti elettorali*, in A. Anzon, P. Caretti, S. Grassi (a cura di), *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, Torino 2000, 122 ss.

previsione di un termine ragionevole entro il quale i giudizi di cui all'art. 66 Cost. avrebbero dovuto concludersi, consentendo alle parti interessate di ricorrere alla Corte costituzionale contro le decisioni parlamentari o nel caso di inerzia⁵⁰. Tuttavia, questa proposta non è stata nemmeno presentata alle Camere.

4. La disciplina dei c.d. "impresentabili"

Nel corso della XVIII legislatura non c'è stata una riforma organica della legislazione sulle limitazioni all'elettorato passivo: la normativa sui casi di ineleggibilità e di incompatibilità infatti non è stata riordinata o razionalizzata, nonostante che essa risulti per molti profili arretrata, frammentaria, scoordinata e, con riferimento alle elezioni parlamentari, oggetto di una discutibile "giurisprudenza parlamentare" che ne ha interpretato restrittivamente le previsioni⁵¹, come evidenziato anche dal rapporto di valutazione GRECO del 2016 in materia di prevenzione della corruzione dei parlamentari e dei magistrati⁵².

Sul punto, un improprio "surrogato" delle carenze ma anche dei limiti costituzionali della normativa sulle limitazioni all'elettorato passivo⁵³ è costituito dalla controversa categoria degli "impresentabili", elaborata "in via pretoria" dalla Commissione parlamentare antimafia⁵⁴, nell'ottica di favorire standard virtuosi quanto alle candidature, al di là di quanto imposto in via normativa⁵⁵.

L'art. 4 del codice consente alla Commissione, nell'ambito dei compiti e dei poteri ad essa conferiti, di verificare che la composizione delle liste elettorali presentate dai partiti, dalle formazioni politiche, dai movimenti e dalle liste civiche che aderiscono al codice di autoregolamentazione corrisponda alle prescrizioni del codice stesso.

Ovviamente, però, nel caso di inosservanza delle prescrizioni contenute nel codice non è prevista alcuna sanzione che non sia quella "sociale" di pubblicazione dell'elenco degli "impresentabili", con tutti i problemi che questa presenta, essendo diretta nei confronti di soggetti, comunque candidabili, che si trovano esposti in tal modo a una sorta di "pubblicità negativa", da apprezzare sul piano dei principi costituzionali, a cominciare dall'art. 51, comma 1, Cost.⁵⁶; né è sanzionata la previsione contenuta nell'art. 3 dello stesso codice, ai sensi del quale i partiti dovrebbero rendere pubbliche le motivazioni per le quali eventualmente decidano di disattendere gli impegni assunti con l'adesione al codice stesso⁵⁷.

Addirittura il già citato d.l. n. 77/2021 ha ulteriormente integrato la disciplina in esame (art. 38-bis, comma 9), in particolare prevedendo che i rappresentanti delle formazioni politiche che

⁵⁰ L. SPADACINI, *Prospettive di riforma costituzionale nella XVIII legislatura*, in [Astrid](#), 13/2018, 6.

⁵¹ Sul punto, da ultimo, i diversi contributi pubblicati in *Il Filangieri*, Quaderno 2019, sul tema «Evoluzioni e prospettive della verifica dei poteri».

⁵² In esso si legge che «la molteplicità di leggi/disposizioni, le relative numerose modifiche e una mancanza generale di consolidamento e razionalizzazione delle norme disperse, si traduce in una certa confusione in materia di conflitti di interesse. Questo crea problemi nell'applicazione delle norme vigenti e nella loro comprensione concreta, che costituisce un requisito indispensabile per conferire loro un effetto preventivo. La situazione del tutto insoddisfacente provoca inoltre un processo piuttosto pesante di verifica delle cause di ineleggibilità e di incompatibilità, pregiudicando infine l'efficacia del sistema»: la traduzione del n. 51 del Rapporto GRECO – *Prevenzione della corruzione dei parlamentari, dei giudici e dei pubblici ministeri* è rinvenibile in [Giustizia.it](#) (il passo citato è il n. 51).

⁵³ Ci si riferisce, in particolare, alla giurisprudenza costituzionale (a partire dalla [sent. n. 141/1996](#)) che esclude l'applicabilità dell'istituto dell'incandidabilità a soggetti condannati con sentenza non definitiva.

⁵⁴ Il codice di autoregolamentazione ha una base legislativa nella legge istitutiva della Commissione parlamentare antimafia nell'attuale legislatura (art. 1, comma 1, lett. i, l. n. 99/2018). Il testo del codice, deliberato nella XVII legislatura è stato modificato nella seduta del 27 marzo 2019.

⁵⁵ T.F. GIUPPONI, *Gli obblighi di trasparenza per partiti e movimenti politici*, in R. Orlandi, S. Seminara (a cura di), *Una nuova legge contro la corruzione. Commento alla legge 9 gennaio 2019, n. 3*, Torino, 2019, 375-376.

⁵⁶ Anche perché lo stesso soggetto potrebbe risultare assolto al termine della vicenda processuale.

⁵⁷ T.F. GIUPPONI, *Gli obblighi di trasparenza*, cit., 376.

aderiscono alle norme del codice di autoregolamentazione possono trasmettere alla Commissione, con il consenso degli interessati, le liste delle candidature provvisorie per le elezioni dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia, nonché per le elezioni politiche nazionali, regionali, comunali e circoscrizionali entro settantacinque giorni dallo svolgimento delle medesime elezioni. La Commissione verifica la sussistenza di eventuali condizioni ostative alle candidature ai sensi del codice con riguardo ai nominativi trasmessi nelle proposte di candidature provvisorie. È poi prevista l'adozione di un regolamento interno dalla parte della stessa Commissione nel quale sono disciplinate le modalità di controllo sulla selezione e sulle candidature, stabilendo in particolare: a) il regime di pubblicità della declaratoria di incompatibilità dei candidati con le disposizioni del codice; b) la riservatezza sull'esito del controllo concernente le liste provvisorie di candidati; c) la celerità dei tempi affinché gli esiti dei controlli sulle liste provvisorie di candidati siano comunicati secondo modi e tempi tali da garantire l'effettiva possibilità di modificare la composizione delle liste prima dello scadere dei termini di presentazione a pena di decadenza previsti dalla legislazione elettorale⁵⁸.

5. I nodi irrisolti del finanziamento della politica

Un capitolo rilevante attiene al finanziamento della politica. Sul punto, la recente relazione sullo Stato di diritto in Italia 2022 della Commissione europea mette in evidenza i limiti della disciplina contenuta, in particolare, nel d.l. n. 149/2013 (convertito, con modificazioni, dalla l. n. 13/2014), che vieta finanziamenti pubblici anche per le campagne elettorali «per cui i parlamentari fanno spesso affidamento su risorse proprie per finanziare le campagne elettorali, rendendosi più dipendenti dalle donazioni private e più vulnerabili a influenze indebite». È poi giustamente criticata la prassi di incanalare le donazioni attraverso fondazioni o associazioni politiche prima del loro trasferimento ai partiti; prassi che «rappresenta un ostacolo per la responsabilità pubblica, perché si tratta di operazioni difficili da tracciare e monitorare»⁵⁹.

È noto che la riforma del 2013 è stata la risposta di un sistema politico in evidente crisi a una carica contestativa che aveva investito la precedente disciplina, sia sul versante del *quantum* dei finanziamenti, invero troppo elevato, sia sul versante dell'assenza di controlli sull'impiego degli stessi, alla luce di alcune inchieste della magistratura che non infondatamente avevano destato indignazione nell'opinione pubblica⁶⁰.

Tuttavia, anziché ridurre l'importo dei finanziamenti pubblici, imporre un impiego degli stessi coerente con le finalità politico-istituzionali dei partiti, potenziare i controlli, auspicabilmente nel quadro di un disegno riformatore comprensivo di una piena attuazione dell'art. 49 Cost.⁶¹, la scelta del legislatore (o meglio, del governo-legislatore⁶²) è stata quella di eliminare ogni forma di contribuzione pubblica diretta, lasciando i partiti, pressoché integralmente, alla mercé di finanziamenti privati che peraltro nella prassi hanno finito per premiare, anziché questi ultimi, assai più cospicuamente singoli esponenti politici o formazioni (in particolare fondazioni o associazioni) a sostegno di questi ultimi.

⁵⁸ Il regolamento è stato adottato dalla Commissione nella seduta del 5 agosto 2021.

⁵⁹ Commissione europea, Documento di lavoro dei servizi della Commissione, [Relazione sullo Stato di diritto 2022. Capitolo sulla situazione dello Stato di diritto in Italia](#), in *Europa Union*, 19-20.

⁶⁰ Sulla riforma del finanziamento della politica, per tutti, F. BIONDI, *Il finanziamento pubblico dei partiti politici. Profili costituzionali*, Milano 2012; G. Tarli Barbieri, F. Biondi (a cura di), *Il finanziamento della politica*, Napoli 2015; D.R. Piccio (a cura di), *Il finanziamento alla politica in Italia. Dal passato alle prospettive future*, Roma 2018; E. CATERINA, *Il finanziamento privato della politica. Problemi di diritto costituzionale*, Milano 2022.

⁶¹ Sul punto, per tutti, F. SCUTO, *La democrazia interna dei partiti: profili costituzionali di una transizione*, Torino 2017; D. CODUTI, *Regolare i partiti politici contemporanei*, Torino 2019; M. PERINI, *I partiti e la democrazia interna. Un problema irrisolto*, Milano 2019.

⁶² Sulla genesi del d.l. n. 149/2013, cfr. R. CALVANO, *La disciplina del finanziamento dei partiti, caso straordinario di necessità e urgenza?*, in Id. (a cura di), *“Legislazione governativa d’urgenza” e crisi*, Napoli 2015, 43 ss.

In questo senso, alla luce dei principi costituzionali e, soprattutto nell'ottica di una efficace strategia di contrasto alla corruzione, vi è da chiedersi quali siano le conseguenze anche istituzionali di un modello di finanziamento, come quello vigente; e ciò anche al netto della giurisprudenza costituzionale che ha giustificato il previgente sistema di contribuzioni pubbliche con l'esigenza «di assicurare non solo l'eguale libertà del voto a tutti gli elettori, a qualunque Regioni appartengano (art. 48 Cost.), ma anche la parità di trattamento di tutti i movimenti e partiti politici che partecipano alle competizioni elettorali (art. 49 Cost.)» ([sent. n. 151/2012](#))⁶³.

Appare quindi condivisibile il rilievo secondo il quale nel caso italiano «il futuro dei partiti politici, sul piano finanziario oltre che su quello elettorale, risulti quanto mai incerto. La competizione democratica, per essere salvaguardata, necessita di risorse che il privato, da solo, non può garantire»⁶⁴.

Nella XVIII legislatura il legislatore è intervenuto a rafforzare la disciplina relativa alla trasparenza dei finanziamenti. Peraltro, anche a seguito dell'entrata in vigore della l. n. 3/2019 (c.d. "spazzacorrotti"), successivamente modificata dal d.l. n. 34/2019 (convertito, con modificazioni, dalla l. n. 58/2019), in essa rimangono limiti evidenti, quali la complessità degli adempimenti, l'eterogeneità degli obblighi previsti a seconda del soggetto (partiti, registrati o meno; fondazioni ecc.) e, come si legge nel rapporto della Commissione europea, la mancanza di un registro unico⁶⁵ nonché la limitatezza delle risorse degli organi di vigilanza⁶⁶ che finisce per scaricare sulle Procure della Repubblica un ruolo improprio di supplenza⁶⁷. Ancora, il già citato rapporto dell'Ohdir ha proposto, proprio nell'ottica della trasparenza, la divulgazione dei rendiconti finanziari delle campagne elettorali prima del giorno delle elezioni⁶⁸.

Peraltro, anche a seguito della l. n. 3/2019 (c.d. "spazzacorrotti") rimangono ancora aspetti problematici che richiederebbero modifiche legislative: così, anche a seguito delle recenti polemiche innescate dalla vicenda dei presunti finanziamenti russi a formazioni politiche o esponenti politici europei, sono emersi i limiti dell'art. 1, comma 12, di essa, che fa divieto ai partiti, ai movimenti politici e alle liste nonché ai candidati alla carica di Sindaco partecipanti alle elezioni amministrative nei Comuni con popolazione superiore a quindicimila abitanti, di ricevere contributi, prestazioni o altre forme di sostegno provenienti da Governi o enti pubblici di Stati esteri e da persone giuridiche aventi sede in uno Stato estero non assoggettate a obblighi fiscali in Italia. Si tratta di una disposizione formulata in termini discutibili, sia perché sembra non comprendere nel divieto i singoli esponenti politici, sia perché non esclude dai soggetti donatori persone fisiche ed

⁶³ *Considerato in diritto*, n. 6.1.3. Cfr. anche, nello stesso senso, Cass. civ., sez. un., 18 maggio 2015, n. 10094, in *Foro it.*, 2016, I, cc. 2525 ss.

⁶⁴ P. IGNAZI, C. FIORELLI, *Le risorse dei partiti. I partiti italiani alla prova della legge n. 13 del 21 febbraio 2014*, in *Nomos*, 1/2019, 62 ss. Si è addirittura parlato di quello italiano vigente come di un «modello plutocratico»: D.R. PICCIO, *Meriti, demeriti e criticità del sistema di finanziamento pubblico alla politica. Una prospettiva comparata*, in Id. (a cura di), *Il finanziamento alla politica in Italia*, cit., 143 ss.

⁶⁵ Nel rapporto si legge infatti che «le informazioni accessibili al pubblico sono conservate in formati diversi e non sono strutturate in modo uniforme, limitando così le possibilità di un monitoraggio pubblico che possa incidere sulle responsabilità. Non esiste un registro centralizzato, unico e leggibile automaticamente, che contribuirebbe a rendere disponibili tali informazioni sul finanziamento dei partiti e delle campagne in modo coerente, comprensibile e tempestivo»: Commissione europea, Documento di lavoro dei servizi della Commissione, *Relazione sullo Stato di diritto 2022*, cit., 20.

⁶⁶ Sia la Commissione di garanzia degli statuti e per la trasparenza e il controllo dei rendiconti dei partiti politici (si vedano, da ultimo, le [relazioni afferenti all'attività di controllo svolta](#), aprile 2022, rinvenibile in *Parlamento.it*), sia, come si legge nel rapporto dell'Odhr, le Commissioni regionali di garanzia elettorale presso le Corti d'appello hanno lamentato, a più riprese, carenze di personale e di risorse (Osce, Odhr Ufficio per le Istituzioni Democratiche e i Diritti dell'Uomo, *Repubblica italiana*, cit., 14).

⁶⁷ Commissione europea, Documento di lavoro dei servizi della Commissione, *Relazione sullo Stato di diritto 2022*, cit., ivi. Sul punto, si veda anche Osce, Odhr (Ufficio per le Istituzioni Democratiche e i Diritti dell'Uomo), *Repubblica italiana*, cit., 13 ss.

⁶⁸ Osce, Odhr (Ufficio per le Istituzioni Democratiche e i Diritti dell'Uomo), *Repubblica italiana*, cit., 14.

enti collettivi esteri non personificati⁶⁹, sia perché prevede sanzioni piuttosto modeste per la violazione del divieto (ai sensi del comma 13, i contributi ricevuti in violazione dei divieti non sono ripetibili e sono versati alla cassa delle ammende), sia, infine, perché le donazioni estere non incontrano alcuna limitazione quantitativa (art. 4, comma 4, l. n. 659 del 1981) e sono soggette a obblighi di pubblicità ove superino i tremila euro ad opera del partito donatario.

Su questo punto, però, sia il Consiglio d'Europa, sia, da ultimo, il Parlamento europeo hanno manifestato da tempo un orientamento di diffidenza che si riassume principalmente nel fatto che i contributi esteri «interferiscono con l'autonomia e la sovranità della politica interna» e non sempre consentono la riconoscibilità del donatore; inoltre, le donazioni estere possono ridurre gli incentivi per i partiti e per i politici a raccogliere denaro tra i sostenitori⁷⁰. Non a caso, alcune importanti democrazie consolidate (Francia e Germania) hanno previsto limitazioni rigorose⁷¹.

6. Le misure per favorire la partecipazione al voto (cenni)

Nel maggio 2022 è stata pubblicata la relazione dal titolo [Per la partecipazione dei cittadini. Come ridurre l'astensionismo e agevolare il voto](#), redatta da una Commissione istituita voto, istituita con decreto del Ministro per i rapporti con il Parlamento, con delega alle riforme istituzionali del 22 dicembre 2021⁷².

Il testo della relazione, invero assai ricco di analisi e di spunti di riflessione, contiene numerose proposte per favorire l'affluenza alle urne in generale e con specifico riferimento a particolari categorie di elettori (ad esempio, residenti all'estero, anziani, lavoratori fuori sede).

Lo scioglimento anticipato delle Camere intervenuto nel luglio successivo ha impedito l'avvio di un percorso di innovazioni legislative necessario a dare seguito alle proposte della Commissione, a parere di chi scrive in larga misura condivisibili e necessarie alla luce dei dati sulla partecipazione al voto nelle elezioni politiche del 2022.

Peraltro, alcune linee riformatrici proposte nella Relazione sono state anticipate nella stessa XVIII legislatura: si pensi, ad esempio, all'integrazione delle liste elettorali e dei dati relativi all'iscrizione nelle liste di sezione nell'Anagrafe Nazionale della Popolazione Residente (ANPR) di cui all'art. 39, comma 1, lett. b), del d.l. n. 77/2021 e alla piattaforma nazionale riferita ai referendum e iniziative popolari, con il compito di consentire la raccolta delle firme in modalità elettronica (cfr. *supra*, par. 2)⁷³.

Dovranno essere rimandate alla prossima legislatura alcune innovazioni ritenute fondamentali dalla relazione, quali:

a) il c.d. *election pass*, ovvero il certificato elettorale digitale (scaricabile e stampabile direttamente da ogni cittadino) che, oltre a costituire uno strumento di semplificazione (anche perché il personale del seggio potrebbe provvedere autonomamente, mediante un'apposita *app*, alla verifica di tale documento anche senza l'esibizione dello stesso e alla registrazione del voto), aprirebbe nuove potenzialità (in particolare il voto in un seggio diverso da quello cui è assegnato l'elettore o il voto anticipato presidiato in una struttura autorizzata);

⁶⁹ G. GENTILE, *Le nuove norme in materia di trasparenza e controllo dei partiti e dei movimenti politici*, in M. Del Tufo (a cura di), *La legge anticorruzione 9 gennaio 2019, n. 3. Aggiornata alla legge 28 giugno 2019, n. 58*, Torino 2019, 249 ss.

⁷⁰ Conseil de l'Europe, Comité des Ministres, *Recommandation Rec (2003)4 sur les règles communes contre la corruption dans le financement des partis politiques et des campagnes électorales*, adottata dal Comitato dei Ministri l'8 aprile 2003 (rinvenibile in *Rm.coe.int*); Parlamento europeo, *Ingenenze straniere*, cit.

⁷¹ E. CATERINA, *Problematiche costituzionali del finanziamento privato della politica*, cit., 130 ss. e 207 ss.

⁷² Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per le riforme istituzionali, [Per la partecipazione dei cittadini. Come ridurre l'astensionismo e agevolare il voto](#).

⁷³ Da pochi giorni è stato firmato il decreto ministeriale relativo alla piattaforma: dovrebbe essere quindi imminente la pubblicazione nella *Gazzetta ufficiale*. V. in [Corcom](#), 3 ottobre 2022.

b) una nuova disciplina legislativa per consentire la concentrazione delle consultazioni elettorali (riforma, questa, non priva di complessità, stante la diversità delle stesse e la competenza legislativa regionale, in particolare delle Regioni a statuto speciale, sia sulle consultazioni regionali sia su quelle dei loro enti locali)⁷⁴;

c) l'eventuale allungamento delle operazioni di voto al lunedì (ipotesi, questa, venuta meno in forza dell'art. 1, comma 399, della l. n. 147/2013 ma riemersa nella stagione della pandemia: d.l. n. 26/2020, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 59/2020 e n. 25/2021, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 58/2021)⁷⁵;

d) la previsione di nuove modalità di voto, anche in luoghi diversi dai seggi⁷⁶;

e) misure, doverose a parere di chi scrive, per agevolare l'esercizio di voto da parte di categorie quali gli anziani e i disabili⁷⁷, come raccomandato dal già richiamato rapporto dell'Ohdir relativo alle elezioni politiche del 2018⁷⁸.

È poi da ricordare che modalità di sperimentazione del voto elettronico sono state prefigurate a partire dall'art. 1, commi 627-628 della legge di bilancio per il 2020 (l. n. 160/2019); successivamente con il d.l. n. 77/2021 è stata prevista la sperimentazione di modelli di voto elettronico da remoto⁷⁹.

In particolare, l'art. 1, comma 628, della l. n. 160/2019 ha istituito un fondo per il voto elettronico, demandando a un decreto del Ministro dell'interno la disciplina delle modalità attuative di utilizzo dello stesso nonché «della relativa sperimentazione limitata a modelli che garantiscano il concreto esercizio del diritto di voto degli italiani all'estero e degli elettori che, per motivi di lavoro, studio o cure mediche, si trovino in un Comune di una Regione diversa da quella del Comune nelle cui liste elettorali risultano iscritti»⁸⁰.

In attuazione di tale disposizione è stato istituito un gruppo di lavoro interministeriale che ha messo a punto apposite linee guida. Il Ministero dell'interno ha provveduto all'elaborazione di uno studio di fattibilità e alla definizione di requisiti tecnici del sistema di voto elettronico. Peraltro, come si legge nella relazione, «sono emerse rilevanti criticità, specie sul piano della sicurezza da attacchi informatici.

Sono ancora in corso ulteriori approfondimenti tecnici per un'attenta e ponderata valutazione anche alla luce dell'attuale situazione internazionale, che impone particolari cautele sotto il profilo della sicurezza cibernetica. Resterà poi da valutare, al fine di assicurare la compatibilità con i principi costituzionali in materia di libertà e segretezza del voto, quali strumenti e garanzie

⁷⁴ Con riferimento alle Regioni a statuto ordinario la concentrazione delle consultazioni elettorali può essere realizzata solo con l'esercizio della competenza statale in materia di durata degli organi elettivi regionali di cui all'art. 122, comma 1, Cost. (si vedano, ad esempio, l'art. 1, comma 1, lett. d, del d.l. n. 26/2020, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 59/2020 e l'art. 8 del d.l. n. 150/2020, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 181/2020).

⁷⁵ Si tratta peraltro di una potenziale innovazione che non potrebbe essere generalizzata. Infatti, ai sensi degli artt. 10 e 11 della decisione 76/787/CECA, CEE, Euratom del Consiglio, del 20 settembre 1976, le elezioni europee si debbono svolgere nei Paesi europei in uno stesso lasso di tempo compreso tra la mattina del giovedì e la domenica successiva; in occasione delle elezioni europee del 2004 e del 2009 in Italia è stato previsto il voto, oltre che nella giornata della domenica, anche nel pomeriggio del sabato precedente.

⁷⁶ La Commissione ha proposto il voto anticipato presidiato in apposite cabine elettorali collocate presso gli uffici postali (e, eventualmente, presso altri Uffici pubblici come gli Uffici comunali o circoscrizionali).

⁷⁷ Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per le riforme istituzionali, [Per la partecipazione dei cittadini](#), cit., 256 ss.

⁷⁸ Osce, Odhr (Ufficio per le Istituzioni Democratiche e i Diritti dell'Uomo), [Repubblica italiana](#), cit., 8 e 20.

⁷⁹ In particolare, l'art. 38-bis, comma 10, del d.l. n. 77/2021 ha esteso la sperimentazione anche alle elezioni regionali e amministrative (la l. n. 160/2019 limitava la stessa alle sole elezioni politiche), previo necessario adeguamento da realizzare entro il 31 ottobre 2021, in modo da consentirne l'applicazione per il turno elettorale del 2022.

⁸⁰ Cfr. anche l'ordine del giorno 9/2471-A/18, presentato dall'on. Ungaro (Iv) e approvato dalla Camera nella seduta dell'11 giugno 2020, relativo al «perfezionamento e la messa in sicurezza del voto, per la circoscrizione estero, anche con ricorso a tecnologie digitali innovative»

dovranno essere previsti al fine di evitare i rischi di controllo di terzi sulla espressione del voto elettronico di alcuni elettori»⁸¹.

Non sembrano quindi scongiurati potenziali rischi, tanto che l'art. 6, comma 3, del d.l. n. 41/2022 ha differito al 2023 l'applicazione dell'introduzione in via sperimentale delle modalità di voto in via digitale, prevedendo il rifinanziamento del fondo per il voto elettronico per un milione di euro per lo stesso anno «in considerazione della situazione politica internazionale e dei correlati rischi connessi alla cybersicurezza»⁸².

Si tratta quindi di iniziative che non sembrano tali da potersi tradurre in riforme almeno nel breve periodo⁸³.

Peraltro, anche a prescindere da tali prospettive, invero ancora lontane quanto a possibilità di attuazione concreta, appare censurabile che nella XVIII legislatura nemmeno una più realistica e meno impegnativa disciplina che faciliti l'esercizio di voto degli elettori "fuori-sede" abbia visto la luce. Sul punto, una proposta di legge, approvata dalla Camera ma arenatasi al Senato (A.S. 859) consentiva agli elettori, limitatamente ai referendum di cui agli artt. 75 e 138 Cost., di votare, previa richiesta, nel Comune di una Regione, diversa da quella del Comune nelle cui liste elettorali risultavano iscritti, nel quale si trovassero per motivi di lavoro, studio o cure mediche (art. 7) e prevedeva disposizioni *ad hoc* per l'esercizio del diritto di voto alle elezioni politiche del personale impegnato in operazioni di soccorso e di sostegno in luoghi colpiti da calamità naturali nonché del personale impiegato presso piattaforme marine (art. 8)⁸⁴.

⁸¹ Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per le riforme istituzionali, [Per la partecipazione dei cittadini](#), cit., 208.

⁸² Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per le riforme istituzionali, [Per la partecipazione dei cittadini](#), cit., 243.

⁸³ Diversa è evidentemente la possibilità di esercizio del voto elettronico presso le rappresentanze diplomatiche e consolari per i cittadini residenti all'estero, che garantirebbe la verifica dell'esercizio del voto da parte del titolare [così, nella XVIII legislatura le proposte di legge A.C. n. 799 (Longo), n. 990 (Cirielli e altri), A.S. n. 1323 (Petrocelli)], pur con i problemi che sono accennati nel testo.

⁸⁴ Cfr. anche la proposta di legge A.C. n. 1714, recante «Disposizioni per l'esercizio del diritto di voto in un comune diverso da quello di residenza, in caso di assenza per motivi di studio, lavoro o cura, e delega al Governo per la sperimentazione di sistemi telematici di votazione» (Madia).

Maria Agostina Cabiddu
Autonomia e indipendenza della magistratura*

ABSTRACT: *The article deals with the autonomy and independence of the judiciary, focusing on the functions and role of the Superior Council concerning its place in the constitutional system under the dual profile of the composition established by art. 104 of the Constitution, immediately after affirming the judiciary as an "autonomous and independent order from any other power" and of the attributions.*

It focuses critically on the interpretation of the formula "self-government of the judiciary" and comes to affirm personal independence that the individual magistrate - beyond or, better yet, before the independence ensured by the organization in a representative sense of the judiciary government - can only reach through the professionally responsible exercise of one's role as interpreter of the law.

SOMMARIO: 1. Libertà costituzionale e indipendenza (e autonomia) della magistratura. – 2. Legittimazione professionale e indipendenza personale del singolo magistrato. – 3. Funzioni e ruolo del Consiglio Superiore della Magistratura nell'ordinamento costituzionale. – 4. Sull'interpretazione della formula "autogoverno della magistratura" – 5. Conclusioni.

1. Libertà costituzionale e indipendenza (e autonomia) della magistratura.

Grazie innanzitutto agli amici costituzionalisti dell'Università statale che hanno organizzato questa giornata di festa e di ringraziamento per Vittorio Angiolini, che lascia l'insegnamento universitario ma che - sono certa - non mancherà di continuare a contribuire, da par suo, all'evoluzione del diritto costituzionale e, più in generale, del diritto pubblico nei diversi ambiti in cui lo abbiamo visto protagonista in questi aspri, pieni di vita, quarant'anni: quello accademico, innanzitutto, quello dell'avvocatura e, non da ultimo, quello dell'impegno civile, sempre a fianco di movimenti, associazioni e privati per l'avanzamento dei diritti e per la crescita democratica di questo Paese, che a Vittorio Angiolini e alle sue battaglie deve molto.

Quando mi è stato chiesto di partecipare alla giornata di studi in Suo onore, non è stato facile per me scegliere un tema, fra i tanti di cui si è occupato e si occupa, andando dai piani alti della teoria costituzionale ai dettagli del diritto amministrativo, nei quali - con infallibile sagacia - non fatica a scovare il diavolo. Proprio questa molteplicità di interessi e la capacità di guardare ai grandi temi di diritto costituzionale con il bisturi dell'amministrativista e alle questioni di diritto amministrativo con il grandangolo del costituzionalista, che a me paiono il tratto distintivo del suo impegno, non consentono, d'altra parte, graduatorie in termini di importanza fra i diversi lavori, sicché alla fine ho optato per un tema che, solo apparentemente, non figura fra quelli di immediato interesse ma che, tuttavia, a me sembra una sorta di filo rosso che lega tutti i suoi contributi, percorrendoli trasversalmente, il tema appunto dell'autonomia e dell'indipendenza della magistratura, uno degli assi portanti del moderno costituzionalismo, baluardo dei diritti e delle libertà di ciascuno e di tutti.

In questa prospettiva - a conferma di quanto appena detto - il punto di partenza non può che essere il saggio del 1992 "Riserva di giurisdizione e libertà costituzionali". Ricordo la data di pubblicazione, cruciale di per sé per la storia della magistratura e, più in generale, per quella della nostra Repubblica (è l'anno delle stragi di mafia, che hanno visto figure simbolo, come Falcone e Borsellino, massacrare dalla criminalità ma è anche l'anno di Tangentopoli, che ha segnato l'inizio di quella che ancora oggi qualcuno si ostina a definire come guerra tra politica e magistratura) ma è anche una data importante per il percorso scientifico dell'odierno festeggiato, giovanissimo stra-ordinario (starei per dire: straordinario in tutti i sensi) nell'Università di Ferrara, ma già autore di importanti monografie che gli erano valse la vittoria concorsuale. Nel 1992 Angiolini è, dunque, uno studioso maturo, che ha raggiunto - accademicamente - l'apice della carriera e può concedersi il lusso di dare alle stampe il



* Saggio destinato anche agli Studi in onore di Vittorio Angiolini.

suo libro forse più difficile, pressoché privo di note (come solo ai grandi vecchi è consentito), caratterizzato da un argomentare tanto spoglio quanto rigoroso, esclusivamente impegnato ad affrontare a tutto tondo l'ostico tema della giurisdizione, *sub specie* "riserva di", come criterio obiettivo di protezione della libertà e, perciò necessariamente fondata sull'(autonomia e) indipendenza della magistratura da ogni altro potere, cioè dal rispetto di precisi confini – che l'autore si incarica di definire – della giurisdizione in relazione alla legge da un lato e della giurisdizione rispetto all'attività amministrativa dall'altro.

Un'opera densissima, dove i principali argomenti del moderno costituzionalismo, dalla separazione dei poteri e/o delle funzioni ai limiti del potere al cospetto della libertà, incrociano quelli di teoria generale dell'interpretazione giudiziaria e della discrezionalità amministrativa, fino alla verifica, per nulla scontata in partenza "di una riserva di giurisdizione in senso stretto, alla stregua di una riserva all'«autorità giudiziaria», nei confronti del legislatore e dell'amministrazione, di una materia o di un oggetto materialmente delimitato: oggetto o materia consistente, in sintesi estrema, nell'interpretazione (e nell'applicazione) - immune da interferenze politiche o «discrezionali» e quanto più possibile «certa» e «determinata» - dei principi e delle regole costituzionali sulle libertà degli articoli 13, 14, 15 e 21 Cost."¹.

Come questo si colleghi al nostro tema ce lo dice subito dopo lo stesso autore quando afferma che "la giurisdizione può e deve, si badi, tenere le distanze dai poteri legislativi ed amministrativi, la cui politicità e «discrezionalità» trae alimento, in confronto al principio di sovranità popolare (art. 1 Cost.), dall'azione dei corpi rappresentativi elettivi. Il giudice, alieno dal circuito della rappresentanza politico-elettiva, non sembra poter giustificare la propria azione sulle libertà se non come garante di un'interpretazione (relativamente) «certa» e «determinata» del diritto ed in primo luogo dei principi e delle regole costituzionali, i quali, a ben guardare, s'inverano come tali, peraltro, solo nel «provvedimento concreto» dell'«autorità giudiziaria. (...) La ragione ultima della riserva di giurisdizione degli articoli 13, 14, 15 e 21 Cost., ossia dell'apposizione di limiti invalicabili alle ingerenze del legislatore e dell'amministrazione nell'attività del giudice, pare proprio quella di scongiurare la contaminazione delle attività giurisdizionali con i poteri politici o «discrezionali»².

Perché ciò sia vero – effettivamente vero – occorrono tuttavia delle garanzie, la prima delle quali, ci dice Angiolini, è che sia possibile "individuare, nella trama dell'ordinamento, un principio di sindacabilità giuridica dell'attività interpretativa del giudice da parte di altri interpreti del diritto, da parte di altri giudici, di altri giuristi e della società"³.

Questa cooperazione – o, se si vuole, questa partecipazione attiva – dei giuristi e della società tutta intera alla tutela della libertà costituzionale attraverso un'interpretazione (relativamente) «certa» e «determinata» del diritto, poggia, a sua volta - e non potrebbe essere altrimenti –, sull'indipendenza (e sull'autonomia) del giudice (*rectius*: della magistratura), ché, se così non fosse, vana sarebbe la nostra fede nella libertà costituzionale e nella capacità della legge e, per quanto qui specialmente interessa, del giudice di garantirla⁴.

2. Legittimazione professionale e indipendenza personale del singolo magistrato.

La tutela della libertà costituzionale vista dal versante dell'ordinamento giuridico caratterizzato dalla funzione interpretativa dei fatti e delle norme, presuppone, come giustamente osserva il festeggiato in uno scritto dal titolo significativo "Indipendenza della magistratura e verifiche di

¹ V. ANGIOLINI, *Riserva di giurisdizione e libertà costituzionali*, Padova, 1992, 173.

² *Riserva di giurisdizione*, 174 ss.

³ *Riserva di giurisdizione*, 175 ss...

⁴ Sul ruolo della Corte di Cassazione, snodo indispensabile per l'unità del diritto anche nel dialogo fra Corti (nazionali e sovranazionali), si v. E. LUPO, *La funzione nomofilattica della Corte di Cassazione e l'indipendenza funzionale del giudice*, in N. Zanon – F. Biondi (a cura di), *L'indipendenza della magistratura oggi*, Milano, 2020, 97 ss.

professionalità”⁵, “l'accoglimento di una visione della magistratura caratterizzata dalla professionalità”, visione che “anche nelle intenzioni dei Costituenti della Repubblica, è valsa (...) a sottolineare l'“indipendenza”, accoppiata all'“autonomia” nel comma 1 dell'art. 104, come garanzia di una qualche distanza dalla politica; ed in tal guisa sembrano da interpretare, come lo sono stati dai più, il principio della soggezione del giudice “soltanto alla legge” dell'art. 101, co. 2 ovvero la riserva di legge per l'“ordinamento giudiziario” dell'art. 108, co. 1”⁶.

Proprio a conferma della volontà di evitare qualsiasi condizionamento esterno, a partire innanzitutto dal potere esecutivo, la Costituzione (art. 106, c. 1) prevede, sul piano individuale, la regola del concorso, regola assistita anch'essa da una riserva di legge per eventuali deroghe e, non meno importante, la garanzia dell'inamovibilità.

Su questa base si può anticipare quella che sarà una delle conclusioni di questo intervento, ovvero l'affermazione di una indipendenza personale che il singolo magistrato – al di là o, meglio, prima ancora, dell'indipendenza assicurata dall'organizzazione in senso rappresentativo del governo della magistratura – può raggiungere solo attraverso l'esercizio personalmente responsabile del proprio compito. Cosa ciò può implicare sarà più chiaro nel prosieguo, anche con l'aiuto degli scritti del festeggiato, ma sembra fin da ora importante riconoscere il legame, costituzionalmente imprescindibile, fra legittimazione professionale del magistrato e indipendenza del singolo e della categoria, professionalità e indipendenza che guardano e/o comunque traggono origine e alimento dall'essere la giurisdizione manifestazione primigenia del fare diritto e, dunque, come pure è stato detto non senza una voluta forzatura, dall'essere il magistrato non più “solo o tanto un funzionario statale quanto un professionista con proprie attitudini e capacità, a cui lo Stato consegna il proprio potere anche coercitivo, affinché renda il giudizio come prestazione dovuta alle parti”⁷.

Il che non significa, naturalmente, negare il ruolo dell'organo - che si dice con una locuzione invalsa, per quanto non (del tutto) condivisibile – di autogoverno della magistratura, quanto piuttosto sottolineare la legittimazione non politica ma professionale del magistrato, legittimazione tanto più necessaria e preziosa nel momento in cui i limiti intrinseci degli istituti e delle procedure democratiche sono sotto gli occhi di tutti: basti pensare all'inadeguatezza, testimoniata dalla reiterata approvazione di leggi elettorali costituzionalmente illegittime e dalla fuga dagli strumenti di democrazia diretta, dei criteri finora utilizzati per circoscrivere il campo delle deliberazioni democratiche e selezionare la platea degli aventi titolo a partecipare; ai paradossi del principio maggioritario, già noti ai rivoluzionari francesi e oggi manifesti ai più, specie a fronte della frequente irriducibilità delle domande politiche allo schema binario dell'alternativa secca maggioranza/minoranza; all'estrema volatilità, che è essa stessa un portato della complessità, delle scelte democraticamente espresse, come dimostra l'analisi dei flussi elettorali ma anche il rapido variare di preferenze in ordine a decisioni di merito al mutare del contesto (economico, sociale, geopolitico, etc.) di riferimento ... ed evidentemente si potrebbe continuare e molto ancor ci sarebbe da dire anche solo a stare al confronto politico di questi giorni.

Per quanto qui interessa, le irrinunciabili - almeno finché non si trova niente di meglio, come avrebbe detto Winston Churchill - semplificazioni delle procedure democratiche sembrano dunque di per sé esigere un confronto con un altro modo di “fare diritto”, qual è, per l'appunto, la risposta data - caso per caso – a chi domanda giustizia da un giudice terzo e imparziale.

Tuttavia, come è noto, produzione e interpretazione del diritto o, se si vuole, legittimazione politica e legittimazione professionale sono parallele che tendono talvolta a convergere e spesso a confliggere.

Convergono, quando la giurisdizione incrocia, si starebbe per dire, fisiologicamente, la funzione essenziale della politica, quella di dare alla civile convivenza le regole ed i principi tesi ad assicurare

⁵ In *Questione Giustizia*, 2000, 315 ss.

⁶ *Ibidem*, 317.

⁷ Così, citando Vittorio Grevi, V. ANGIOLINI, *Noterelle su giurisdizione e politica*, in *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, 2011, 33.

“una parvenza di *“unità”*. Non stiamo parlando – ovviamente - dell’autonomia della magistratura come capacità di darsi da sé le regole del proprio agire ma piuttosto, come dice Angiolini, della “giurisdizione come ausilio della politica”, che si esplica attraverso l’invenzione, ad opera del giudice, del diritto che espressamente la legge non dice – e in questo convegno abbiamo un esempio luminoso di *“judge made law”*, cioè di diritto che il giudice, spinto da un bravo avvocato, ha enucleato mediante un’interpretazione costituzionalmente orientata per dare una risposta di giustizia a Beppino Englaro – ma che trova modo di manifestarsi anche attraverso le funzioni propositiva e consultiva assegnate al CSM.

Confliggono, quando la linea di confine fra l’ambito riservato esclusivamente (ammesso che vi sia) al legislatore politico e il vincolo obiettivo a un convincimento interpretativo, comunque libero, del giudice diventa terra di nessuno e dunque contesa, come testimoniato, ancora una volta, dal “caso Englaro”.

Non mi diffondo ulteriormente sul punto, per approfondire il quale, specie con riferimento al ruolo giocato dai principi di imparzialità e terzietà, rimando allo scritto dedicato da Vittorio a Valerio Onida.

Piuttosto mi interessa arrivare a qualche rapida considerazione su quelli che sono stati i temi oggetto anche del dibattito più recente, condizionato anche dal divampare degli scandali originati proprio dall’intreccio, questo sì, malsano tra magistratura e politica, ovvero ruolo del CSM e degenerazioni correntizie, da un lato, efficientamento della giustizia e valutazioni di professionalità, dall’altro.

3. Funzioni e ruolo del Consiglio Superiore della Magistratura nell’ordinamento costituzionale.

In effetti, se è vero che «l’indipendenza è [...] forma mentale, costume, coscienza d’un’entità professionale» è altrettanto vero che «in mancanza di adeguate, sostanziali garanzie, essa [...] degrada a velleitaria aspirazione» ([Corte cost., sentenza n. 266 del 1988](#)) e perciò, come si legge anche nei manuali istituzionali, la Costituzione affida la garanzia dell’autonomia e dell’indipendenza esterna dei magistrati al Consiglio Superiore della Magistratura.

Per rendersi conto delle funzioni e del ruolo del Consiglio Superiore, in relazione alla collocazione di questo nell’ordinamento, se ne deve osservare, innanzitutto, la composizione, stabilita nelle sue linee essenziali dall’art. 104 Cost., subito dopo l’affermazione della magistratura come “ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere”: “una delle formule della Carta più precise e felici⁸, che delinea un potere, che proprio in quanto anche “ordine” - non “corpo” separato, titolare di interessi particolari – gode della garanzia costituzionale, con l’avvertenza però che “estraneità all’intermediazione politica, imparzialità e indipendenza (...) stanno e cadono assieme, sicché se la prima fosse negata e la seconda non fosse praticata, la terza non potrebbe più essere pretesa”⁹.

Su questa premessa, frutto di un intenso dibattito in Costituente¹⁰, il punto di equilibrio circa la

⁸ Così, recente, M. LUCIANI, *Il Consiglio superiore della magistratura nel sistema costituzionale*, in [Osservatorio costituzionale](#), 1/2020 e ID., *Le proposte di riforma del Consiglio superiore della magistratura in Italia*, in A.A. Cervati - M. Volpi (a cura di), *Magistratura e Consiglio superiore in Francia e in Italia*, Torino, 2010, 114.

⁹ M. LUCIANI, *Il Consiglio superiore della magistratura nel sistema costituzionale*, cit., p. 3.

¹⁰ La seconda sottocommissione discusse a lungo della composizione del Consiglio, a partire da due tesi opposte: l’una, ispirata a una rigida interpretazione della divisione dei poteri, avrebbe voluto un C.S.M. composto soltanto da magistrati, onde evitare il rischio di contaminazioni (on. Dominedò), di penetrazione del «la politica nelle decisioni singole o di far giungere indebite pressioni ed ingerenze professionali agli organi giudiziari» (on. Caccuri); l’altra, invece, dalla consapevolezza che bisognava impedire la creazione di uno «stato nello stato», di una «casta chiusa e intangibile» (on. Preti), un «mandarinato» (on. Persico), un organo del tutto separato dagli apparati amministrativi dello Stato e sottratto al controllo dell’organo di rappresentanza popolare, dei mezzi d’informazione e della stessa pubblica opinione (on. Cappi), un corpo separato, con a capo un C.S.M. despota dell’ordinamento della magistratura (on. Grassi). Tutti

composizione del Consiglio fu trovato, come è noto, sull'emendamento suggerito dall'on. Scalfaro nella seduta pomeridiana del 12 novembre 1947: componenti eletti per “due terzi da tutti i magistrati ordinari tra gli appartenenti alle varie categorie⁸ e per un terzo dal Parlamento in seduta comune tra professori ordinari di università in materie giuridiche ed avvocati dopo quindici anni di esercizio”⁹, oltre al primo presidente e al procuratore generale della Corte di cassazione, membri di diritto. Quanto alla presidenza, respinte le proposte di conferire l'incarico al Ministro della giustizia o al Primo Presidente della Corte di Cassazione, essa è attribuita al Capo dello Stato quale organo di congiunzione formale dei poteri dello Stato e rappresentante dell'unità nazionale¹¹ e, in sua mancanza, al Vice Presidente, eletto dal Consiglio tra i membri laici: un apparato complesso e puntigliosamente articolato¹², mirante “nel bilanciamento degli interessi costituzionalmente tutelati, ad evitare tanto la dipendenza dei giudici dal potere politico, quanto la chiusura degli stessi in “caste” autoreferenziali”¹³, rinsaldando quell'intendimento di sistema che vuole “la magistratura chiamata ad amministrare la giustizia in nome del popolo (formula di apertura del titolo dedicatole) e pertanto, come accennato, istituzionalmente aperta e rivolta al servizio dei cittadini”¹⁴.

Il che – si badi – vorrebbe (e varrebbe anche a) “testimoniare la trasposizione, a livello di governo dei giudici, dell'*equilibrio massimo tra la funzione decidente o normativa e la funzione interpretativa e applicativa dell'ordinamento*”¹⁵; ma si tratta – come dimostra la questione assai controversa del tipo di sistema elettorale con cui eleggere i membri di estrazione “togata” (ben sette leggi dal 1958 ad oggi) – di un equilibrio fragilissimo, esposto a continui fraintendimenti e a tentativi di manipolazione.

Attenzione, infatti, a intendere la rappresentatività della magistratura alla stregua di una rappresentanza di interessi e ad abusare dell'autonomia¹⁶ perché questo finirebbe non solo per svilire il ruolo del Consiglio, sviandolo dal fine ad esso assegnato dalla Costituzione, ma anche per “far rifluire sul singolo magistrato una responsabilità che l'indipendenza raggiunta con l'autogoverno della categoria non soddisfa sotto alcun profilo”¹⁷.

Sembrerebbe tutto ovvio ma anche la recente riforma¹⁸, sbandierata come limitativa del potere delle correnti e rivelatasi, alla prova dei fatti, strumento di rafforzamento delle stesse, dimostra la fragilità del delicato equilibrio su cui poggia questo organo di rilievo costituzionale. Con il che, non si intende, in nessun modo, aderire alla retorica, oggi anticorrenti¹⁹ come ieri antipartito, quanto

d'accordo, peraltro, sulla necessità di assicurare continuità tra vita sociale e vita istituzionale, di realizzare un'armonia istituzionale (on. Varani) e di far sentire un soffio di vita esterno all'ordine giudiziario (on. Leone), sicché la formulazione

¹¹ Una soluzione che rispondeva anche ad esigenze di «simmetria istituzionale» (on. Leone) e alla necessità di impedire che il C.S.M. diventasse «un corpo chiuso e ribelle», una specie di «cometa che possa uscire per conto suo dall'orbita costituzionale» (on. Calamandrei).

¹² Cfr. G. VOLPE, *Ordinamento giudiziario gen.*, in *Enc. del dir.*, Milano, 1980, 842 e ss.; S. BARTOLE, *Autonomia ed indipendenza dell'ordine giudiziario*, Padova, 1964, 4 e ss.; L. DAGA, *Il Consiglio superiore della magistratura*, Napoli, 1973, 280 e ss.

¹³ Così [Corte cost., sent. n. 16 del 2011](#).

¹⁴ Così, R. BALDUZZI, *La posizione costituzionale del CSM tra argomenti di ieri ed effettività dell'organo*, in [Vita e Pensiero](#), n. 3/2019, ma v. anche M. LUCIANI, *Le proposte di riforma del Consiglio superiore della magistratura in Italia*, in A.A. Cervati - M. Volpi (a cura di), *Magistratura e Consiglio superiore in Francia e in Italia*, cit., 114.

¹⁵ Così, G. BERTI, *Manuale di interpretazione costituzionale*, Padova, 1994, 670. Più in generale, R. TONIATTI, *Le forme e la cultura costituzionale dell'equilibrio costituzionale*, in R. Toniatti-M. Magrassi (a cura di), *Magistratura, giurisdizione ed equilibri istituzionali. Dinamiche e confronti europei e comparati*, Milano, 2011, 573 ss.

¹⁶ N. ZANON - F. BIONDI, *Chi abusa dell'autonomia rischia di perderla*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2019 e G. SERGES, in F. Modugno (a cura di), *Lineamenti di diritto pubblico*, 2008, 625.

¹⁷ G. BERTI, *Manuale*, cit., 670.

¹⁸ Legge 17 giugno 2022, n. 71, recante “Deleghe al Governo per la riforma dell'ordinamento giudiziario e per l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario militare, nonché disposizioni in materia ordinamentale, organizzativa e disciplinare, di eleggibilità e ricollocamento in ruolo dei magistrati e di costituzione e funzionamento del Consiglio superiore della magistratura”.

¹⁹ Sulla velleità e pericolosità dell'idea secondo cui le correnti siano un male in sé da eliminare, v. per tutti, M. VOLPI, *Le correnti della magistratura: origini, ragioni ideali, degenerazioni*, in [Rivista AIC.](#), n. 2/2020, 25/05/2020.

denunciarne – questo sì – le degenerazioni, che trovano però fertile terreno di impianto proprio nel modo di intendere la “rappresentanza togata” in seno al CSM²⁰, che è poi come dire, il ruolo del CSM e il suo “posto” nella Costituzione e nell’attuazione costituzionale.

4. Sull’interpretazione della formula “autogoverno della magistratura”.

Se poi dal quadro generale ci si sposta sul particolare e concreto sembra utile rievocare, al riguardo, la vicenda della cessazione del dott. Piercamillo Davigo dalla carica di membro togato del Consiglio Superiore della Magistratura a seguito di collocamento a riposo per sopraggiunti limiti di età.

Non è certo questa la sede per affrontare analiticamente il caso che, sorprendentemente, non sembra aver attirato l’attenzione dei costituzionalisti²¹, ma non vi è dubbio che lo stesso si riveli molto interessante in questa sede proprio per le implicazioni di carattere generale.

Come credo sia noto, la delibera del CSM che sanciva la decadenza²² si fondava, su un parere dell’Avvocatura dello Stato, a sua volta rinviante a un parere e ad una sentenza del Consiglio di Stato su casi ritenuti analoghi²³. Tutto sta, sostiene l’Avvocatura (e quindi il CSM), sul come si deve intendere l’autogoverno: se “per “autogoverno” deve intendersi un sistema in virtù del quale la gestione e l’amministrazione di una determinata istituzione è affidata ai suoi stessi esponenti, nella specie attraverso un organo costituito in base al principio di rappresentatività democratica, ne discende che la qualità di appartenente all’istituzione medesima (nella specie, l’ordine giudiziario) costituisce condizione sempre essenziale e imprescindibile per l’esercizio della funzione di autogoverno e non solo per il mero accesso agli organi che la esercitano”²⁴.

Dunque, quel parere dà per scontato che il CSM sia organo di autogoverno - e già su questo ci sarebbe da discutere - ma non basta: l’autogoverno deve intendersi in un certo modo, quello appunto indicato dall’Avvocatura.

Senonché, trattandosi di un organo costituzionale o quantomeno di un organo di rilevanza o di rilievo costituzionale²⁵, il punto di partenza di ogni ragionamento non può essere un’opinione, per

²⁰ N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, 5a ed., Bologna, 2019, 36.

²¹ Il dibattito è stato invece aspro sugli organi di informazione, oltre che su alcune Riviste giuridiche, per lo più “di tendenza”, a partire da R. ROMANELLI - G. VARANO, *CSM: l’esercizio delle funzioni giudiziarie requisito per la permanenza nella carica di consigliere togato*, in *Diritto di Difesa*, 19.4.2020; N. ROSSI, *Sta per nascere al C.S.M. un caso Davigo?* in *Questione Giustizia*, 31 luglio 2020; R. RUSSO, *L’affaire Davigo. Semel iudex semper iudex?* in *Giustizia Insieme*, 12.10.2020 e R. DE VITO, *Il caso Davigo: la vera posta in gioco*, in *Questione Giustizia*, 12.10.2020, tutti orientati per la decadenza. In senso contrario si sono espressi, oltre a chi scrive, S. AMORE, *Una diversa opinione. Collocamento in quiescenza del magistrato ordinario e cessazione del mandato elettivo al C.S.M.*, in *Giustizia Insieme*, 12.10.2020 e F. GIGLIOTTI, *Collocamento a riposo di un componente togato del Consiglio Superiore della Magistratura e permanenza in carica. Le ragioni (esclusivamente tecniche) di un voto*, in questa *Rivista*, 2020/III, 563 ss. Sia perciò consentito il rinvio anche a M.A. CABIDDU, *CSM [Consiglio Superiore della Magistratura] e decadenza: tra interpretazione e riscrittura della Costituzione*, *ivi*, 653 e ID., *C.S.M.: i membri elettivi del Consiglio durano in carica* —

²² Delibera adottata dal Plenum in data 19 ottobre 2020, di approvazione della proposta della Commissione verifica titoli avente ad oggetto, “1/VA/2020 – Determinazioni del Consiglio Superiore della Magistratura circa la permanenza del dott. Piercamillo Davigo quale componente del Consiglio dopo il suo collocamento a riposo per raggiunti limiti di età”, in <https://www.csm.it/web/csm-internet/lavori-del-consiglio/dal-plenum>.

²³ Si tratta, da un lato, di un parere del Consiglio di Stato riguardante la possibilità o meno per un magistrato della Corte dei Conti eletto nel Consiglio di Presidenza di “permanere” nell’organo elettivo dopo il suo collocamento fuori ruolo per lo svolgimento di altro incarico (CdS, Adunanza Sezione Prima, 7 marzo 2007, 601/07) dall’altro, della sentenza del supremo giudice amministrativo riguardante un componente dello stesso Consiglio Superiore (Borraccetti), su un *obiter dictum* della quale si fonda principalmente la delibera del CSM (CdS, Sez. IV, n. 06051/2011).

²⁴ Una petizione di principio, anche secondo S. AMORE, *Collocamento in quiescenza del magistrato ordinario*, *cit.*

²⁵ Sul punto E. CHELI, *Organi costituzionali e organi di rilievo costituzionale (appunti per una definizione)*, in *Studi economico-giuridici della Facoltà di Giurisprudenza di Cagliari*, XLVI, 1, 1966, 155 ss. La formula avrebbe una «portata tecnicamente precisa» secondo A. PIZZORUSSO, *Problemi definitivi e prospettive di riforma del C.S.M.*, *cit.* Non così per altri autori, che, anzi, ne sottolineano le criticità. Fra questi, M. LUCIANI, *Il Consiglio superiore della*

quanto autorevole (a maggior ragione quando questa non sia condivisa e, anzi, assuma i tratti della torsione) ma piuttosto quel che prevedono o non prevedono la legge e i principi costituzionali: a questi il giurista, il «riformatore avveduto»²⁶ e, soprattutto lo stesso Consiglio Superiore, dovrebbero guardare, specie a fronte della crisi – forse la più profonda dalla sua istituzione – che quello organo e la stessa magistratura stanno attraversando.

Ora, se si guarda ai principi, a venire in rilievo è, innanzitutto, per quanto qui interessa il primo comma dell'art. 104, a tenore del quale «La magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere» e se è vero che la formula non è andata esente da critiche²⁷ certo è che la stessa, come accennato, sembra essere sufficientemente chiara²⁸, sicché da essa si possono trarre indicazioni utilissime anche ai nostri fini. Innanzitutto, come è stato autorevolmente osservato, «se si parla di “ordine” è perché si vuol dire ch'essa (magistratura: *ndr*) non è un “corpo”, cioè una separata organizzazione titolare di interessi suoi propri, distinti da quello generale alla realizzazione della volontà oggettiva dell'ordinamento (...)»²⁹ e, naturalmente, se la Magistratura non ha (*rectius*: non deve avere) interessi suoi propri (di corpo) nemmeno vi può essere un organo che li rappresenti.

“Magistratura come “potere”, poi. È una qualificazione che l'art. 104 impone solo indirettamente, certo, ma che comunque impone: se la magistratura è indipendente da ogni “altro” potere, ciò vuol dire che la Costituzione la vede - appunto - anche come un potere»³⁰.

Va da sé che ordine e potere non possano andare disgiunti. Proprio in quanto è (anche) un “ordine”, estraneo al circuito dell'intermediazione politica, al potere giudiziario è assicurata, ai sensi degli artt. 101, comma 2, e 112 Cost.³¹ la piena indipendenza³², garanzia³³ che – è appena il caso di dire – non è neanche questa in funzione della magistratura come corporazione, ma della collettività e delle persone, come affermato dalla dottrina più attenta³⁴, oltre che dalla giurisprudenza³⁵ e, in particolare, dalla Corte costituzionale, secondo cui, dato il ruolo e le funzioni ad esso assegnate, il CSM è la “pietra angolare” dell'ordinamento giudiziario³⁶.

magistratura nel sistema costituzionale, in [Osservatorio costituzionale](#), 1/2020, 11 ss., e L. DAGA, *Il Consiglio superiore della magistratura*, cit., 281, nt. 21.

²⁶ M. LUCIANI, in *Il sistema di elezione dei componenti togati del CSM, Relazione al Convegno “Voltare pagina. La riforma del sistema elettorale del CSM”*, Roma, 23 giugno 2020, contributo destinato alla raccolta di *Scritti in onore di Fulco Lanchester*.

²⁷ N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, cit., 22.

²⁸ V. *supra*, nota 8.

²⁹ Così, M. LUCIANI, *Il Consiglio superiore della magistratura nel sistema costituzionale*, cit., 2.

³⁰ Sempre, M. LUCIANI, *Il Consiglio superiore della magistratura nel sistema costituzionale*, cit., 2 e ID., *Le proposte di riforma del Consiglio superiore della magistratura in Italia*, in AA. VV., *Magistratura e Consiglio superiore in Francia e in Italia*, a cura di A.A. Cervati e M. Volpi, Torino, 2010, 114, ma v. anche A.A. CERVATI, *L'indipendenza dei magistrati e della magistratura in Italia e in Francia*, in AA. VV., *Magistratura e Consiglio superiore*, cit., 166 e L. DAGA, *Il Consiglio superiore della magistratura*, cit., IX.

³¹ La «garanzia costituzionale dell'indipendenza del pubblico ministero ha la sua sede propria nell'art. 112» ([Corte cost. sent. n. 420 del 1995](#))

³² Cfr. C. MEZZANOTTE, *Sulla nozione di indipendenza del giudice*, in B. Caravita (a cura di), *Magistratura, CSM e principi costituzionali*, Roma-Bari, 1994, 4.

³³ Di recente, la Commissione Scotti (cfr. Relazione della Commissione ministeriale per le modifiche alla Costituzione e al funzionamento del Consiglio superiore della magistratura, [al sito del Ministero della giustizia](#), 2016, 19) ha ricordato che il CSM «non è un semplice consiglio di amministrazione, è piuttosto un'istituzione di garanzia nonché rappresentativa di idee, di prospettive, di orientamenti su come si effettua il governo della magistratura e su come si organizza il servizio giustizia, anzi su quale sia il ruolo della magistratura e dello stesso Consiglio superiore».

³⁴ V. G. BERTI, *Manuale di interpretazione costituzionale*, Padova, 1994, 670, ma v. anche S. PANIZZA, *Art. 104*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006; M. VOLPI, *La indipendenza della magistratura e l'equilibrio con gli altri poteri dello Stato tra modello costituzionale e ipotesi di riforma*, in S. Merlini (a cura di), *Magistratura e politica*, Firenze, 2016, 90, dove anche si rileva che «l'indipendenza non è un privilegio più o meno corporativo, in quanto è strumentale rispetto all'eguaglianza delle persone di fronte alla giustizia e alla tutela dei diritti».

³⁵ Da ultimo, Corte dei conti n. 2/SSRRCO/QMIG/19 del 26 febbraio 2019.

³⁶ [Corte cost., sent. n. 4/1986](#).

D'altra parte, la collocazione del Consiglio superiore subito dopo la proclamazione dell'autonomia e dell'indipendenza della magistratura significa che queste e l'esigenza della loro salvaguardia³⁷ – non il governo o l'auto-governo – ne definiscono il ruolo e la funzione, sicché il perimetro dell'attività del CSM è (pienamente) determinato da questa esigenza³⁸.

Parlare di “governo” della magistratura è, insomma, equivoco, perché non è in tale “governo” che si identifica la missione del Consiglio, specie se, con questa formula si vuole alludere a una funzione “rappresentativa” della magistratura o di una categoria di essa, non fosse che perché questo significherebbe evocare la “equivoca e sfuggente figura della rappresentanza di interessi”³⁹.

Lascia dunque perplessi anche in sede formale la perentorietà con la quale in quella vicenda il Consiglio intavola senza tante storie quanto gli viene comodo nel gioco dialettico, sebbene sia una premessa smentita dal testo: “nessun dubbio può concretamente porsi in ordine al fatto che il CSM sia l'organo di autogoverno della magistratura: ciò in quanto, secondo la lettura data dalla più autorevole dottrina costituzionalistica, l'art. 105 della Costituzione assegna al Consiglio - e solamente al Consiglio - la deliberazione di tutti i provvedimenti riguardanti lo *status* giuridico dei magistrati ordinari”.

Intanto, come accennato, la “più autorevole dottrina costituzionalistica” (*rectius*: tutta la dottrina costituzionalistica⁴⁰), la pensa proprio all'opposto, ritenendo che la formula “autogoverno della magistratura” sia errata e foriera di gravi equivoci⁴¹.

Al di là poi dell'opinione dei professori – che vale in quanto a sua volta giuridicamente sostenuta –, è il testo costituzionale a smentire l'assunto, a partire, come si è visto, dall'attenzione prestata alla composizione dell'organo, proprio al fine di evitarne la torsione corporativa, fino all'assegnazione ai componenti “laici” della Vicepresidenza (e, del resto, il Presidente della Repubblica è il Primo “componente laico”, nonché membro di diritto)⁴².

Il che impedisce di per sé di qualificare il CSM come organo di tipo corporativo⁴³, ovvero di

³⁷ Così, F. SORRENTINO, *Governo dei giudici e giustizia amministrativa*, in AA. VV., *Controllare i giudici? (Cosa, chi, come, perché)*, a cura di G. Campanelli, Torino, 2009, 188; M. LUCIANI, *Il Consiglio superiore della magistratura nel sistema costituzionale*, cit., 14 ss.; N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, cit., 26.

³⁸ Come si legge negli Atti della Commissione presidenziale per lo studio dei problemi concernenti la disciplina e le funzioni del CSM presieduta da Livio Paladin, “la *ratio* che accomuna le disposizioni costituzionali riguardanti le attribuzioni del Consiglio va pertanto ricercata nell'esigenza - universalmente messa in luce e sottolineata dalla Corte stessa - di riservare a quell'organo ogni provvedimento che «direttamente o indirettamente possa menomare l'indipendenza della magistratura”.

³⁹ In tal senso, G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, 1997, 176.

⁴⁰ Giova riportare quanto si legge nella “Relazione Paladin”: “Quanto alla «posizione costituzionale», il solo punto ben saldo, e generalmente indiscusso, consiste in ciò: che il Consiglio si risolve in un organo di garanzia creato in funzione dell'indipendenza dei singoli magistrati ordinari e dell'autonomia dal loro complessivo «ordine» rispetto agli altri poteri dello Stato. Lo rende palese il nesso riscontrabile fra il primo comma dell'art. 104 Cost., concernente appunto la magistratura quale «ordine autonomo e indipendente», ed i commi successivi dell'articolo stesso, contenenti la previsione e la disciplina organizzativa dal C.S.M. E vale a confermarlo - oltre ai lavori preparatori della Costituente - la giurisprudenza della Corte costituzionale, che ha rilevato più volte come «strumento essenziale di siffatta autonomia, e quindi della stessa indipendenza dei magistrati nell'esercizio delle loro funzioni, che essa è istituzionalmente rivolta a rafforzare», siano «le competenze attribuite al Consiglio superiore dagli artt. 105, 106 e 107 Cost. (cfr. le [sentt. n. 142 del 1973](#) e [n. 148 dal 1983](#))”.

⁴¹ Basti ricordare, per tutti, il classico studio di A. PIZZORUSSO, *Problemi definitivi e prospettive di riforma del C.S.M.*, cit., 1071 sg.

⁴² Sulla composizione insiste anche N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, cit., 36, per sottolineare che “le qualificanti presenze esterne alla magistratura fanno piuttosto preferire, per esso, la definizione di organo di governo autonomo della magistratura”.

⁴³ Si osserva che “nonostante l'obbligo imposto al legislatore di modellare la legge elettorale del CSM tenendo conto della distinzione in “categorie” dei magistrati, la Costituzione, nel riferirsi a queste, non voleva delineare un CSM “corporativo” (quale risulterebbe da un'elezione nella quale i pubblici ministeri possono votare solo per i pubblici ministeri, i giudici per i giudici, ecc.), imponendo essa di tenere conto della distinzione solo per ciò che riguarda l'elettorato passivo ([Corte cost., sentt. n. 168 del 1963](#) e [n. 87 del 1982](#))” (così, N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, cit., 35).

rappresentanza degli interessi di una categoria (che, in quanto tali, dovrebbero ritenersi contrapposti a quelli di altri organi e/o di altre categorie economico-professionali, con buona pace della funzione propria della Presidenza affidata al capo dello Stato)⁴⁴.

Tantomeno si può dire che al Consiglio spetti il governo dell'intera magistratura nel senso del riconoscimento allo stesso di una funzione, per così dire, di indirizzo politico, cui corrisponda una legittimazione, appunto politico-rappresentativa dell'organo, posto che la prima garanzia dell'indipendenza della magistratura è la sua sottoposizione "solo alla legge" *ex art. 101 Cost.*, garanzia assistita dalla riserva di legge in materia di ordinamento giudiziario *ex art. 108 Cost.*

Certo, come è stato osservato di recente, «i "quattro chiodi" cui, per riprendere le parole di Ruini in Assemblea Costituente⁴⁵, è appeso il quadro competenziale del CSM (assunzioni; assegnazioni e trasferimenti; promozioni; provvedimenti disciplinari) implicano attività che possono anche dirsi di "governo" (e sarebbe meglio dire anche per evitare equivoci: di organizzazione amministrativa), ma queste sono il mezzo, non il fine, che resta saldamente ancorato alla garanzia dell'autonomia e dell'indipendenza⁴⁶ e non vi è dubbio, per riprendere la formulazione della Commissione presidenziale per lo studio dei problemi concernenti la disciplina e le funzioni del CSM presieduta da Livio Paladin, che la presenza del CSM aggiunge un'ulteriore e importantissima garanzia – ma, attenzione: nella prospettiva "istituzionale" sopra ricordata - proprio attraverso la sottrazione al Governo e al Ministero della Giustizia delle funzioni amministrative elencate all'art. 105.

Tutto ciò consente di superare anche quelle tesi, che, pur senza postulare, come invece fa la delibera approvata, che il CSM tecnicamente rappresenti l'ordine giudiziario, sostengono la tesi della decadenza del mandato del Consigliere togato elettivo collocato in quiescenza sul presupposto dell'effettività delle funzioni come patente di rappresentatività. In particolare, è stato recentemente affermato⁴⁷ che:

- alla luce della "complessa fisionomia dell'organo di governo autonomo, non sarebbe aderente alla realtà sostenere che esso rappresenti in senso tecnico l'ordine giudiziario";

- nondimeno, "sarebbe egualmente sbagliato ignorare che la Costituzione ha voluto che confluisse nel Consiglio una componente genuinamente rappresentativa della magistratura destinata a confrontarsi e a raccordarsi con la componente laica nell'ambito di un organo collegiale presieduto dal Presidente della Repubblica";

- sicché la funzione di "saldatura, raccordo, confronto tra componenti di diversa estrazione e sensibilità" presuppone che il *munus* consiliare sia svolto da "magistrati pienamente partecipi della vita della magistratura e destinati a rientrarvi al termine dell'esperienza consiliare".

A ben guardare, questo è appunto il nucleo della decisione assunta dal Consiglio Superiore nel caso di cui sopra. Sennonché, all'affermazione della funzione rappresentativa del Consiglio (o della sua componente togata) non segue - *pour cause* – alcun chiarimento circa il tipo di rappresentanza al quale allora ci si riferisce (in senso non tecnico).

Come è noto, la lingua italiana, a differenza di altre – e, in particolare, di quella tedesca – non ha termini atti a distinguere tra rappresentanza privatistica e rappresentanza politica e tuttavia – quale che sia quella "presupposta" - si deve osservare che i componenti togati del CSM non assicurano né la "rappresentanza" privatistica (*Vertretung*) dei loro elettori, né quella istituzionale del potere giudiziario e nemmeno quella politica delle realtà associative (*Repräsentation*).

Questo - si badi - non significa negare il rapporto, che attraverso l'elezione, si stabilisce tra eletto

⁴⁴ La pensa diversamente, R. RUSSO, *L'affaire Davigo. Semel iudex semper iudex?*, in [Giustizia Insieme](#), 12.10.2020, dove si legge che «il rigoroso rispetto della 'categorizzazione' rende puntuale e articolato il principio di rappresentatività, cioè l'esigenza che il Consiglio, nella sua componente togata, costituisca l'espressione di gruppi di interessi professionali sufficientemente omogenei, in concreto individuati per legge nelle categorie dei magistrati, esercenti in concreto: le funzioni di legittimità presso la Suprema Corte ovvero la P.G. (due seggi); le funzioni requirenti (quattro seggi); le funzioni di merito (dieci seggi)»... insomma: un sindacato!

⁴⁵ V. l'intervento alla seduta dell'Assemblea costituente del 25 novembre 1947, in *Atti Ass. Cost.*, 1^a ed., 2460.

⁴⁶ Ancora M. LUCIANI, *Il Consiglio superiore della magistratura nel sistema costituzionale*, cit., 16

⁴⁷ N. ROSSI, *Sta per nascere ...*, cit.

ed elettori, il quale, tuttavia, si rifà (e si ferma) al senso linguistico originario della parola, a tenore del quale “rappresentare significa rendere visibile e presente un essere invisibile (*Abwesend*) per mezzo di un essere che è presente (*Anwesend*) pubblicamente⁴⁸: si rifà perché in questa formula, se si vuole paradossale, è riassunto il nocciolo delle due tesi che da sempre si contrappongono in tema di rappresentanza, ovvero quella dell’indipendenza (del rappresentante) e quella del mandato; si ferma, perché la previsione della non immediata rieleggibilità dei membri elettivi (art. 104, comma 6 della Cost.), che comporta, di per sé, il venir meno della responsabilità⁴⁹ nei confronti dei propri elettori - tratto caratterizzante sia la rappresentanza privatistica che quella pubblicistica – conferma, se ancora ce ne fosse bisogno, che il togato eletto al CSM non rappresenta, appunto, gli interessi di qualcuno o di qualcosa ma semplicemente rende presenti i rappresentati, mediante il suo contributo di esperienza, la sua conoscenza dei colleghi e del loro mondo, l’idea condivisa della giurisdizione e dei problemi della giustizia e non si vede come queste attitudini e capacità possano negarsi a chi, avendo passato una vita all’interno della magistratura, sia collocato a riposo durante il mandato da consigliere.

La (speciale) politicità del Consiglio Superiore risiede, d’altra parte, nel complesso delle sue attribuzioni, che, considerate «nel loro insieme, non sono la sommatoria di competenze frazionate, generatrici di atti isolati, privi di criteri ordinatori, ma si inseriscono in una *policy* di settore, i cui confini sono tracciabili a partire dal dettato costituzionale e dalle leggi attuative⁵⁰.

Se poi si guarda alle ragioni profonde dell’attuale crisi, sembra opportuno chiarire, ulteriormente, che “politica non significa, su questo versante, schieramento sistematico di parte, ma, al contrario, confronto volto all’individuazione della più regolare, coerente ed efficace prassi attuativa delle norme costituzionali e legislative. Se questa “politica” in senso peculiare fosse stata sempre prevalente nel Consiglio, forse le correnti non si sarebbero trasformate in macchine spartitorie di posti e benefici, favorite, in questa loro disdicevole tendenza, da accordi slegati da ogni considerazione generale, che non sia di pura accumulazione del potere, anche in collegamento con la politica partitica, che avrebbe dovuto invece rimanere fuori dall’organo di garanzia⁵¹.

Il che è quanto (riba)dire che il Consiglio non può, in alcun modo, definirsi come uno strumento di “rappresentanza in senso tecnico dell’ordine giudiziario”⁵², come da tempo, del resto, ha rilevato la stessa Corte costituzionale⁵³, trattandosi piuttosto, come si è detto, di «un organo “di garanzia” chiamato ad esprimere, nei limiti fissati dalla Costituzione e dalla legge sull’ordinamento giudiziario, “indirizzi” in materia di amministrazione della giurisdizione»⁵⁴.

⁴⁸ Così, C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, trad. it., Milano, 1984, 277, e G. LEIBHOLZ, *La rappresentazione nella democrazia*, trad. it., Milano, 1989, 70.

⁴⁹ Sul punto, v. le preoccupazioni espresse nella Relazione finale della Commissione di studio per la riforma del sistema elettorale del CSM (1996), presieduta da E. Balboni, recentemente ripubblicata in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 17.06.2019.

⁵⁰ G. SILVESTRI, *Consiglio superiore della magistratura e sistema costituzionale*, in [Questione Giustizia](#), n. 4/2017.

⁵¹ Così, G. SILVESTRI, *Principi costituzionali e sistema elettorale del Consiglio superiore della magistratura*, cit.; in senso opposto, R. DE VITO, *Il caso Davigo: la vera posta in gioco*, in [Questione Giustizia](#), 12.10.2020, secondo il quale «occorre essere ben avvertiti (...) del gravissimo pericolo che si corre nel gettare a mare la *rappresentatività democratica* del Consiglio superiore per sostenere la tesi della permanenza in carica di un consigliere non più appartenente all’ordine giudiziario»; e ciò in quanto «appartenenza e rappresentatività costituiscono un binomio indefettibile nel concetto di governo autonomo. Non solo perché non si può essere rappresentativi se non si è appartenenti – cosa che si tocca con mano anche nel funzionamento quotidiano del Consiglio –, ma anche perché l’appartenenza, con le conseguenze che ne derivano in termini di soggezione al procedimento disciplinare, impedisce che la rappresentatività trasmodi in arbitrio».

⁵² Per tutti, v. S. BARTOLE, *Autonomia e indipendenza dell’ordine giudiziario*, Padova, 1963, 3 ss. e, più recentemente, G. MOSCHELLA, *Magistratura e legittimazione democratica*, Milano, 2009, 82.

⁵³ Cfr. [Corte cost., sent. n. 142/1973](#).

⁵⁴ V. in tal senso, da ultimo, F. DAL CANTO, *Il Consiglio superiore della magistratura tra crisi e prospettive di rilancio*, Relazione presentata a Roma l’11 ottobre 2019 al Convegno della rivista *Giustizia Insieme* dal titolo *Migliorare il CSM nella cornice costituzionale*, in [Consulta on line](#), 30 gennaio 2020 e M. LUCIANI, *Il Consiglio superiore della magistratura nel sistema costituzionale*, cit. G. SILVESTRI, *Il Vicepresidente del Csm nella Costituzione e nella legge*, in

In questa luce, cadono, allora – a prescindere dal caso concreto –, tutte le preoccupazioni da più parti avanzate circa la presunta perdita di capacità rappresentativa o, addirittura, l’estraneità «al corpo elettorale che gli ha conferito il mandato» del consigliere cessato dal servizio come magistrato e anzi si comprende la profonda coerenza dell’art. 104 Cost. e della l. n. 195 del 1958, dove l’appartenenza all’ordine giudiziario rileva per l’esercizio del diritto di elettorato (attivo e) passivo, non per il mantenimento della carica.

Peraltro, che la decisione adottata dal Consiglio Superiore circa la decadenza del consigliere magistrato per sopraggiunti limiti di età non avesse copertura legislativa lo dimostra – *per tabulas* – la recente riforma dell’ordinamento giudiziario, che si preoccupa di modificare l’articolo 24, c. 2 della legge 24 marzo 1958, n. 195, introducendo la disposizione secondo cui “non sono eleggibili: (...) e-ter) i magistrati che, alla data di inizio del mandato, non assicurino almeno quattro anni di servizio prima della data di collocamento a riposo»⁵⁵.

Oggi, non ieri, la decadenza del consigliere togato per sopraggiunti limiti di età sarebbe dunque legalmente dovuta o, meglio, il problema non si porrebbe neanche, essendo scongiurato all’origine con la verifica dell’(in)eleggibilità. Tuttavia, posta la distinzione fra legalità e legittimità (costituzionale), la questione più che risolta sembra solo meglio precisata, spostandosi dal piano del rispetto delle norme sull’ordinamento giudiziario a quello della compatibilità dell’innesto legislativo con il disegno costituzionale dell’organo di garanzia dell’autonomia e indipendenza della magistratura e non pare – per le ragioni sopra esposte – neanche questo un tema di poco momento.

5. Conclusioni

In effetti, “l’indipendenza dei giudici non è assicurata dall’exasperazione dell’organizzazione in senso rappresentativo del loro governo, tanto più se questa rappresentatività rispetto all’insieme dei giudici si deve comporre con una, sia pure minore, rappresentanza politica: la combinazione nell’unico organo di tali due rappresentanze accentua una politicità per così dire di ritorno, che non concede nulla o quasi alla partecipazione del popolo all’amministrazione della giustizia”⁵⁶ con il risultato che “l’affermazione dell’indipendenza a livello di categoria comporta l’accentuazione degli effetti del distacco tra queste forme di indipendenza e il dovere di rispondere delle proprie attività:

Consiglio Superiore della Magistratura-Associazione Vittorio Bachelet, *Ruolo e funzione del Vice Presidente del Consiglio Superiore della Magistratura a 35 anni dalla scomparsa di Vittorio Bachelet*, Roma, 2017, 6, nt. 3 (anche in *Liber amicorum di Piero Alberto Capotosti*, Bari, 2016, II, 707 ss.), “per dare il senso della considerazione unitaria dell’Ordine giudiziario nel confronto con gli altri poteri dello Stato, senza però attribuire allo stesso il significato di organo che decide un indirizzo politico giudiziario inammissibile nel nostro sistema costituzionale” (sul punto v., in senso parzialmente diverso; ID., *Consiglio superiore della magistratura e sistema costituzionale*, in *Questione Giustizia*, 4/2017, 24). Sulla preferibilità della qualificazione del Csm come organo di garanzia dell’autonomia e dell’indipendenza della magistratura rispetto a quella di organo di autogoverno v. L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova, 1998, 505 e P.A. CAPOTOSTI, *Il ruolo del giudice nella Costituzione, alla luce del pensiero di Vittorio Bachelet*, in *Nomos*, 2008, 112.⁷⁹ G. BERTI, *Manuale*, cit., 670-671.

⁵⁵ Un ritorno al passato e, in particolare, alla l. n. 343 del 1975, con la quale si modificava l’art. 39, c. 1 della legge n. 195/1958, prevedendo che: “*Magistrati, che per il numero di preferenze ottenute nell’ambito di ciascuna lista seguono gli eletti al Consiglio superiore nella rispettiva categoria, vengono chiamati a sostituire i componenti della stessa categoria che cessino dalla carica per la perdita dei requisiti di eleggibilità ovvero per qualsiasi altra ragione prima della scadenza del Consiglio*”.

Come è noto, tale disposizione, che operava una saldatura tra i requisiti di eleggibilità e quelli di conservazione del mandato, è stata abrogata e riformulata dall’art. 13 della l. n. 74 del 1990, che ha integralmente riscritto l’art. 39, nel senso che segue: “*Il componente eletto dai magistrati che cessa dalla carica per qualsiasi ragione prima della scadenza del Consiglio è sostituito dal magistrato che lo segue per numero di preferenze nell’ambito della stessa lista nello stesso collegio*”, così sopprimendo proprio la previsione della cessazione anticipata dalla carica in caso di perdita dei requisiti di eleggibilità, che era stata introdotta nel 1975: nessuna lacuna dunque, in quel testo, ma piuttosto una consapevole scelta, più aderente, sembra, alla volontà espressa dalla Costituzione di quanto non sia la più recente riforma.

⁵⁶ G. BERTI, *Manuale*, cit., 670-671.

dovere che non può essere della categoria, né sanzionato in tutto all'interno di questa, ma è di ogni singolo magistrato"⁵⁷.

Non può destare meraviglia allora, nel momento in cui le norme limitative della responsabilità del magistrato finiscono con l'apparire incompatibili con un'indipendenza intesa non come libertà professionale ma come potere (implicito nell'autogoverno), che, da più parti, si reclamino leggi sempre più severe sulla responsabilità dei giudici (con il rischio di assistere anche in questo ambito a reazioni difensive come quelle viste in ambito medico) e si avanzino proposte per valutare la produttività, oltre che la professionalità del magistrato.

Non ripeterò quanto detto da chi mi ha preceduto ma è appena il caso di dire subito che, nel predicare la professionalità come tratto caratterizzante lo status del magistrato e fonte di legittimazione del potere, non ci si può dunque sottrarre alle necessarie verifiche, il cui esito deve potersi riflettere sul riconoscimento di benefici giuridici ed economici ed ovviamente sul conferimento di uffici e incarichi direttivi.

Certo, come già accennato, la Costituzione pone sul punto vincoli precisi (concorso, inamovibilità, legalità, imparzialità, etc.) ma – saggiamente - non fornisce un modello in sé concluso della magistratura. Vittorio Angiolini lo sottolinea con forza nello scritto su *"Indipendenza della magistratura e verifiche di professionalità"*, dandosi peraltro la pena di ripercorrere la strada che sino dagli anni '60 del secolo scorso ha portato, da un lato, a un'idea dell'indipendenza e della professionalità del magistrato incentrata sulla protezione dello stesso da ogni soggezione che non fosse al "diritto" e, dall'altro, alla riduzione dell'"autonomia" ed "indipendenza" dell'art. 104, co. 1 Cost. ad endiadi, con lo scopo dichiarato di liberare il magistrato da ogni verifica o altro condizionamento professionale al suo compito di interprete del diritto, trasponendo il principio del libero convincimento del giudice dal piano delle regole del giudizio, su cui lo aveva collocato il diritto europeo continentale, al piano delle garanzie individuali del magistrato.

Questo percorso ha avuto due effetti, il primo dei quali – lo abbiamo visto – ha portato alla ricostruzione del CSM come organo di autogoverno e, alla fine, di potere esso stesso fino alle più recenti involuzioni; il secondo ha toccato la carriera dei magistrati, con l'iniziale abolizione dei "gradi" sostituiti dalle "qualifiche", passando per il principio della cd. "reversibilità" delle funzioni, fino alla sostanziale "abolizione della carriera", con i passaggi di "qualifica" divenuti avanzamenti per anzianità, eguali per tutti e pressoché automatici in assenza di demerito. Effetti, si badi bene, in qualche misura complementari e rispetto ai quali lo stesso Csm ha apposto il suo sigillo, astenendosi per lo più - anche nel conferire "funzioni direttive" - da valutazioni di sostanza su capacità, qualità ed attitudini professionali del magistrato, per attestarsi su valutazioni ancora legate all'anzianità o ad un esame puramente esteriore degli aspetti curriculari, imponendo la stessa asetticità anche ai "dirigenti", circoscrivendone i poteri sui provvedimenti "tabellari" e sull'assegnazione degli affari

Sulle "buone ragioni" anche costituzionali (si pensi all'avversione dell'art. 107, co. 3 Cost. nei confronti ogni forma di subordinazione gerarchica) e sulle criticità di tale processo non mi dilungo e anzi rinvio senz'altro allo scritto di Angiolini più volte citato per avviarmi alle conclusioni.

Il punto è che non è più il tempo della supplenza ed è ora che la politica si assuma tutte intere le proprie responsabilità, senza più delegare o autorizzare la "giustizia" non tanto ad arrogarsi quanto ad accettare questo ruolo. Dal canto suo, e qui mi avvalgo ancora degli scritti del festeggiato, la magistratura non può più esimersi *"dall'affrontare in tutta la loro portata i nodi che attengono al nuovo modo di porsi dell'indipendenza della magistratura così come la Carta del 1948 ce l'ha consegnata, e quindi come magistratura ordinaria di professionisti (...) con tutta la cautela che si vuole a garanzia dell'indipendenza, le verifiche sulla professionalità dei magistrati ci debbono essere, e non possono essere ridotte ad alcunché di simile alle verifiche a tutela della fede pubblica effettuate su liberi professionisti che agiscono sul libero mercato. Perché non siano un vano rituale,*

⁵⁷ G. BERTI, *Manuale*, cit., 670-671.

anzi, bisogna che le risultanze di queste verifiche di professionalitàentino ed abbiano un rilievo almeno non inferiore a quello dell'anzianità, sia per il conseguimento dal magistrato di benefici giuridici ed economici sia per il conseguimento di sedi e "funzioni"; e questo proprio perché non c'è, e non ci può essere se non al prezzo di una magistratura indipendente perché autofondante la propria autorità, un mercato che stabilisca posizione e "funzioni" di ogni singolo magistrato. Siccome ciò che è accaduto ci insegna, poi, che verifiche formalmente poste sotto l'etichetta della "professionalità" si prestano ad usurpazioni o normalizzazioni dell'indipendenza, intesa come libertà del convincimento del magistrato, c'è da adoperarsi affinché questo non avvenga.

Per il che non credo sia utile il limitare la verifica a dati puramente quantitativi e statistici o porre legalmente dei vincoli al potere di chi effettua la verifica stessa di conoscere nella sua intelligenza l'attività svolta dal magistrato; giacché, per un verso, i numeri (e soprattutto la scelta dei numeri da considerare) possono non essere meno bugiardi delle parole e, per un altro verso, l'ignoranza delle cose raramente giova all'obiettività del giudizio. Più che simili accorgimenti, o anche la selezione accorta dei vocaboli con cui connotare la sostanza della verifica - che pure deve essere fatta, omettendo riferimenti solo allusivi come quelli alla "misura", all'"equilibrio" o al "prestigio" - pare che l'obiettività del giudizio sulla professionalità debba essere assicurata mediante la scansione della procedura della verifica medesima, la quale, prima di concludersi presso il Csm dovrebbe coinvolgere altresì le articolazioni locali dell'"autogoverno", anch'esse da rivedere nei compiti e nella composizione, e svolgersi con un effettivo contraddittorio del magistrato interessato, oltretutto di chi è venuto in contatto con la sua attività o ha avuto l'onere di organizzarla"⁵⁸.

Non sono convinta che le recenti riforme – ivi compresa quella a cui molti di noi, me compresa, stanno lavorando sull'UPP – vadano davvero nella direzione qui auspicata; confido tuttavia nel fatto che Vittorio non faccia venir meno il suo contributo: ne avremmo tutti da guadagnare, colleghi, magistrati, cittadini... insomma la Politica.

⁵⁸ Così, V. ANGIOLINI, *Indipendenza della magistratura e verifiche di professionalità*, cit. 328-329.

Laura Lorello

La Corte definisce un altro tassello per l'effettività del principio delle pari opportunità. La [sentenza n. 62 del 2022](#)*

ABSTRACT: *In the judgment no. 62 of 2022, the Italian Constitutional Court deals one more time with the principle of equal access in political representation. The decision shows a new approach of the Italian Constitutional Judge in strengthening gender equality, on the basis of Art. 3rd and Art. 51.1st of the Italian Constitution and provides the principle with a new effectiveness.*

SOMMARIO: 1. Il quadro di riferimento del giudice costituzionale. - 2. Alcuni interventi del giudice amministrativo. - 3. La vicenda della [sentenza n. 62 del 2022](#). - 4. Alcuni aspetti della questione di legittimità sollevata. - 5. L'iter argomentativo della Corte. - 6. Il profilo della misura sanzionatoria. - 7. Alcune notazioni conclusive.

1. *Il quadro di riferimento del giudice costituzionale.*

Con la recente [sentenza n. 62 del 2022](#), la Corte costituzionale è tornata ad occuparsi della questione della parità di accesso alle cariche elettive nell'ordinamento costituzionale, dando definitiva consistenza al suo carattere effettivo e vincolante riguardo alle possibili scelte che il legislatore elettorale può adottare.

In particolare, la decisione sembra distinguersi per la nettezza con cui il giudice costituzionale ritiene immediatamente efficace il principio delle pari opportunità e per la rapida e sicura individuazione del rimedio da porre a presidio dello stesso, pur nella riconosciuta varietà delle soluzioni prospettabili.

La decisione, ancora, costituisce l'esito del lungo cammino percorso dalla Corte, che, come è noto, ha saputo ribaltare l'originaria posizione di chiusura riguardo ad una modalità di composizione delle liste rispettosa dell'art. 51, comma 1, Cost.

Infatti, nella [sentenza n. 422 del 1995](#), la Corte, di fronte alla previsione dell'art. 5, comma 2, della l. 81 del 1993, che prescriveva che nelle liste di candidati¹ nessuno dei due sessi potesse essere rappresentato di norma in misura superiore ai due terzi, non aveva esitato a riscontrare un contrasto evidente, tanto con il principio di eguaglianza formale dell'art. 3, comma 1, insieme all'art. 51, comma 1, Cost. (vecchio testo); quanto con il principio di eguaglianza sostanziale dell'art. 3, comma 2, Cost. perché le azioni promozionali, pur ammesse dall'ordinamento costituzionale, devono limitare il loro raggio d'azione alla rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale, senza intervenire sul pieno esercizio dei diritti fondamentali²; quanto ancora con l'art. 67 Cost., poiché occorre assicurare il carattere unitario della rappresentanza politica, «connotato essenziale e



¹ Legge 25/3/1993, n. 81, "Elezione diretta del Sindaco, del Presidente della Provincia, del Consiglio comunale e del Consiglio provinciale". A questa disciplina era seguita la legge 23/2/1995, n. 43, "Nuove norme per la elezione dei Consigli delle regioni a statuto ordinario", che introduceva anche in questo caso un sistema di elezione misto. Questo percorso di riforma è stato completato con la l. cost. n. 1 del 1999, che introduce, quale modello di forma di governo regionale definito in Costituzione, per quanto sempre derogabile dagli Statuti, quella con elezione diretta del presidente, in luogo della precedente che era parlamentare assembleare "pura". Similmente, la legge 43 del 1995 qualche tempo dopo avrebbe disposto in modo analogo in riferimento alle liste regionali e provinciali, art. 1, commi 5 e 6.

² Corte cost., [sent. 12/9/1995, n. 422](#), cons. dir. 6. Sul tema delle azioni positive si vedano tra gli altri B. PEZZINI, *Principio costituzionale di uguaglianza e differenza tra i sessi (a proposito della legge 125/91 sulle azioni positive)*, in *Pol. Dir.*, 1, 1993, 51 ss., M. CARTABIA, *Le azioni positive come strumento del pluralismo?*, in R. BIN, C. PINELLI (a cura di), *I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1996, 65 ss., *La parità tra i sessi nella rappresentanza politica: le questioni aperte*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotta, P. Veronesi (a cura di), Torino, 2003, M. CAIELLI, *Azioni positive*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Aggiornamento, Torino, 2008, 115 ss. e più recentemente A. DEFFENU, *Il principio di pari opportunità di genere nelle istituzioni politiche*, Torino, 2012, 173 ss.

principio supremo della Repubblica»³, che soffrirebbe laddove venisse imposta una composizione delle liste obbligatoriamente aperta ad entrambi i sessi.

Questa posizione era destinata a cambiare radicalmente nella successiva [sentenza n. 49 del 2003](#) (di poco precedente alla pubblicazione della legge di revisione costituzionale dell'art. 51 Cost.)⁴, nella quale la disposizione degli artt. 2, comma 2, e 7, comma 1, della legge reg. Val d'Aosta n. 21 del 2002 (elezione del Consiglio regionale), che prevedeva che le liste dovessero comprendere candidati di entrambi i sessi a pena di invalidità, veniva ritenuta compatibile con lo stesso quadro costituzionale, e cioè sia con l'art. 3, comma 1, Cost. che con l'art. 51, comma 1, Cost., che ancora con l'art. 67 Cost.⁵ In sostanza, le quote di lista si configuravano, ancor prima che fosse vigente l'impegno della Repubblica alla promozione delle pari opportunità sancito dal nuovo testo dell'art. 51, comma 1, Cost., come strumenti perfettamente conformi ai principi costituzionali.

A corredo di questa apertura è seguita poi la [sentenza n. 4 del 2010](#), che è intervenuta su un altro strumento di sostegno per il conseguimento della parità di accesso alle cariche elettive: la doppia preferenza di genere. In quel caso era l'art. 4, comma 3, della legge reg. Campania n. 4 del 2009, che introduceva, per l'elezione del Consiglio regionale⁶, la possibilità che l'elettore esprimesse due preferenze, vincolando però la validità della seconda alla scelta di un candidato di sesso diverso da quello indicato nella prima preferenza. Anche in questa decisione la Corte esclude la fondatezza delle censure sollevate in riferimento all'art. 3, all'art. 51, comma 1, e all'art. 48 Cost.⁷, e anzi per la prima volta parla di esigenza di dare *effettività* al principio di eguaglianza astrattamente sancito⁸, nell'ambito dell'accesso alle cariche elettive, aggiungendo, qualche tempo dopo, nella [sentenza n. 81 del 2012](#), che la disposizione dell'art. 51, comma 1, Cost.⁹ possiede un carattere vincolante per tutti i soggetti dell'ordinamento giuridico¹⁰, non rappresentando una previsione di natura solo promozionale, né programmatica né di mero principio¹¹.

2. Alcuni interventi del giudice amministrativo.

Le questioni emerse nella giurisprudenza costituzionale citata sono state oggetto dall'attenzione di alcuni giudici amministrativi in diverse occasioni.

³ Corte cost., [sent. 12/9/1995 n. 422](#), dir. 7.

⁴ Legge cost. 30/5/2003 n. 1 "Modifica dell'art. 51 della Costituzione". Sul nuovo dell'art. 51, v. M. MIDIRI, Art. 51, in R. Bifulco, M. Cartabia, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 101 ss. Le regioni ordinarie erano state chiamate a inserire il principio delle pari opportunità negli statuti dalla l. cost. 31/1/2001 n. 2 "Disposizioni concernenti l'elezione diretta dei Presidenti delle regioni a Statuto speciale e delle Province autonome di Trento e Bolzano" e dalla legge cost. 18/1/2001 n. 3 "Modifiche al Titolo V della parte seconda della Costituzione". Per le Regioni a Statuto speciale si veda l'art. 3, comma 1, Stat. Sicilia, l'art. 15, comma 2, Stat. Sardegna, l'art. 15, comma 1, Stat. Val d'Aosta, l'art. 12, comma 1, Stat. Friuli-Venezia Giulia, l'art. 47, comma 4, Stat. Trentino-Alto Adige.

⁵ Corte cost., [sent. 10/2/2003, n. 49](#), dir. 3.1 e 3.3.

⁶ L. reg. Campania 27/3/2009 n. 4

⁷ Corte cost., [sent. 14/1/2010, n. 4](#), dir. 3.1.

⁸ Corte cost., [sent. 14/1/2010, n. 4](#), dir. 3.1.

⁹ Corte cost., [sent. 5/4/2012, n. 81](#), dir. 4.3.

¹⁰ Sul carattere vincolante del principio della parità di accesso alle cariche elettive la Corte di era espressa qualche anno prima nella [sent. 143 del 2010](#), relativa ad un giudizio di legittimità costituzionale sollevato dal tribunale di Palermo, riguardo alla legge reg. Sicilia 20/3/1951, n. 29, "Elezione dei Deputati all'Assemblea Regionale siciliana". La Corte aveva, infatti, ribadito che l'esercizio della potestà legislativa anche primaria delle regioni "incontra necessariamente il limite del rispetto del principio di eguaglianza specificatamente sancito in materia dall'art. 51, comma 1 (dir. 4.1), che si configura come principio della legislazione statale, cui le regioni devono conformarsi nel disciplinare l'accesso alle cariche elettive; lo stesso art. 51, peraltro, nelle parole della Corte, riveste un "ruolo di garanzia generale di un diritto politico fondamentale, riconosciuto ad ogni cittadino con i caratteri dell'inviolabilità" (dir. 4.1).

¹¹ Così come sostenuto dalla regione ricorrente, Corte cost., [sent. 5/4/2012, n. 81](#), fatto.

Tra queste un primo caso è quello della regione Puglia. Come è noto, allo scopo di garantire una composizione paritaria dell'organo consiliare, il d.l. n. 86 del 2020, conv. nella l. 7 agosto 2020, n. 98, aveva introdotto, per le elezioni del Consiglio regionale del 2020, la doppia preferenza di genere che si è aggiunta alla soglia limite del 60% dei candidati dello stesso sesso, già prevista dalla legislazione elettorale regionale¹². Tale soglia, tuttavia, non essendo accompagnata dalla indicazione di alcuna sanzione in caso di mancato rispetto della stessa, non aveva impedito che prendessero parte alla competizione elettorale liste non in regola, con conseguente vanificazione dell'efficacia dello strumento c. d. del 60/40, ai fini della promozione della parità di accesso alle cariche elettive. Proprio su questo profilo, oltre che su altri, verteva il ricorso proposto al Tar Puglia, sez. di Bari¹³, nel quale si lamentava che il fatto che l'accertamento della violazione della soglia del 60% non comportasse l'esclusione della lista dalla competizione elettorale¹⁴ rendeva del tutto inefficace la misura introdotta, compromettendo l'effettività del principio della parità di accesso alle cariche elettive e negandone la natura cogente e immediatamente vincolante. Nella sua decisione del 2021, tuttavia, il Tar Puglia¹⁵ ha respinto la tesi dei ricorrenti, pur riconoscendone il carattere *suggestivo*, riconducendo il principio delle pari opportunità al novero dei «principi di ordine generale, la cui attuazione è rimessa alla discrezionalità del legislatore ordinario»¹⁶. Infatti, in materia di legislazione elettorale, affidata alla potestà legislativa concorrente delle regioni *ex art.* 117, comma 3, e 122, comma 1, Cost., spetta al legislatore regionale dare attuazione ai principi stabiliti dalla legge statale, nella specie la l. n. 165 del 2004, come modificata alla l. n. 20 del 2016, e, quindi, anche al principio delle parità di accesso alle cariche elettive da questa introdotto, quale «principio rivolto all'indirizzo del legislatore regionale e non (quale) norma di dettaglio vincolante

¹² Legge reg. 28/1/2005, n. 2 “Norme per l'elezione del Consiglio regionale e del Presidente della Giunta regionale.” La legge prevede la mancata erogazione dei contributi ai gruppi consiliari, il cui ammontare poteva giungere fino ad un massimo della metà e per il periodo della sola prima annualità. Essa era fissata in proporzione del numero dei candidati in più rispetto al numero massimo consentito, secondo quanto disposto dall'art. 5, legge reg. 11/1/1994 n. 3 (Norme per il funzionamento dei gruppi consiliari), come sostituito dall'art. 5 della legge reg. 30/11/2012, n. 34 (Riduzione dei costi della politica). L'ammontare della somma, affidato ad un decreto del Presidente del Consiglio regionali, era stato fissato con il d.p.g.r. 15/12/2005, n. 1021 e con il d.p.g.r. 1/2/2011, n. 74.

¹³ Il ricorso aveva ad oggetto, più specificamente, l'annullamento del verbale dell'Ufficio centrale presso la Corte di appello di Bari di proclamazione degli eletti al consiglio regionale, in riferimento all'elezione di sei candidati di due liste, che avevano preso parte alla competizione senza rispettare la soglia del 60% di candidature dello stesso sesso, prescritta dalla legge 20 del 2016. Sotto il profilo del Diritto, nel ricorso si lamentava che le disposizioni della legge reg. 2 del 2005 (art. 8, comma 13, e 13, art. 10, comma 1, e art. 2, comma 9, e) fossero in contrasto con diverse disposizioni costituzionali: art. 51, comma 1, art. 117, comma 7, art. 3, comma 2, art. 122, comma 1, questa in riferimento, in qualità di norma interposta, all'art. 4, c)-*bis*, n. 1, della legge 165 del 2004, come modificata dall'art. 1, comma 1, della legge 20 del 2016; e infine art. 123, comma 1, in riferimento all'art. 6 Stat. Puglia (legge reg. 12/5/2004 e succ. mod e integr.).

¹⁴ In particolare, riguardo all'art. 8, comma 13, della legge reg. 2 del 2005, si contestava, come già evidenziato, che la soglia limite del 60% potesse essere violata senza alcuna reale conseguenza, poiché l'accertamento della avvenuta violazione non comportava l'esclusione della lista dalla competizione elettorale, ma solo l'eventuale e successiva applicazione della sanzione pecuniaria costituita dalla semplice riduzione delle somme erogate al gruppo consiliare (gruppo di non sicura costituzione), fino al massimo della metà e per il solo primo anno della consiliatura. Si trattava, dunque, di una misura che, agendo *ex post*, non era in grado di incidere sul risultato elettorale ormai consolidato, permettendo che l'intera procedura si svolgesse in contrasto con le finalità per cui la legge prevede misure di riequilibrio della rappresentanza di genere. A rendere più grave la situazione di illegittimità, ancora secondo i ricorrenti, si aggiungeva il fatto che la legislazione regionale prevedeva specifiche disposizioni che escludono liste con un numero di candidati inferiore al minimo o con un non sufficiente numero di sottoscrizioni, eliminando i candidati in esubero privi di qualche requisito, ma nulla dispone nel caso di mancato rispetto della soglia del 60%. In tal modo, proseguivano i ricorrenti, risultava chiaro che una misura destinata ad operare su una competizione elettorale già chiusa non poteva dirsi realmente efficace nella prospettiva della garanzia della parità di accesso alle cariche elettive. Si poneva, quindi, la questione della effettività del principio delle pari opportunità e delle vie attraverso cui realizzarla (10 e s.).

¹⁵ Tar Puglia (Sezione Terza), sent. 16/1/2021, n. 95.

¹⁶ Tar Puglia (Sezione Terza), sent. 16/1/2021, n. 95, 6.

sotto ogni profilo attuativo»¹⁷. Dunque, per il Tar Puglia nessuna immediata effettività poteva riconoscersi al principio delle pari opportunità e la sua operatività restava sospesa fino a quando il legislatore regionale non vi avesse dato attuazione.

Un secondo caso in cui viene in luce la questione dell'effettività del principio delle pari opportunità, di poco precedente alla decisione del Tar Puglia citata, è quello affrontato dal Consiglio di Stato nel dicembre 2020¹⁸. Il giudice amministrativo, assumendo una posizione opposta a quella del giudice pugliese, ha disposto la sospensione in via cautelare del regolamento per l'elezione dei consigli degli Ordini dei dottori commercialisti¹⁹, in quanto lo stesso non conteneva alcuna previsione volta ad assicurare il rispetto del principio delle pari opportunità, risultando, pertanto, illegittimo. Non valeva, a riguardo, per il collegio giudicante la circostanza che mancasse nell'ordinamento «una norma primaria in grado di individuare integrazioni del sistema elettorale che assicurino il rispetto del precetto costituzionale» dell'art. 51, comma 1²⁰; e ciò in quanto si sarebbe finito in tal modo con il declassare il principio delle pari opportunità, sottraendo allo stesso la vincolatività e la precettività che devono essergli proprie e riproponendo la risalente distinzione tra norme costituzionali precettive e programmatiche, che per ciò stesso non sarebbero precettive, distinzione «ripudiata» dalla Corte Costituzionale sin dalla [sentenza n. 1 del 1956](#)²¹. Seguendo questa impostazione, il Tar Lazio, nella successiva decisione di merito del 2021²², ha accolto il ricorso, configurando il principio delle pari opportunità come «naturale declinazione del principio di eguaglianza sostanziale di cui all'art. 3 della Costituzione»²³ e ritenendo ormai definitivamente «superata la questione del carattere precettivo o programmatico della disposizione»²⁴.

Ne discende che non solo il legislatore, ma anche il *potere amministrativo* deve farsi carico dell'azione di promozione richiesta dall'art. 51, comma 1, Cost., che, in quanto norma immediatamente vincolante, deve *conformare* e *indirizzare* le scelte discrezionali dell'amministrazione, «ponendosi (...) quale parametro di legittimità sostanziale» della sua azione²⁵.

Accanto all'acclarato carattere precettivo e vincolante, il Tar Lazio rivela un'ulteriore funzione dell'esigenza di assicurare l'equilibrio tra i due sessi nell'accesso alle cariche elettive: quello di dare attuazione ai principi di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa, sanciti dall'art. 97 Cost²⁶. Questo profilo viene ricollegato ad una precedente decisione dello stesso Tar Lazio²⁷, che già nel 2011 aveva valorizzato l'equilibrata partecipazione di donne e uomini ai processi decisionali e operativi di organismi amministrativi. Infatti, proprio la differente qualità del bagaglio che

¹⁷ Tar Puglia (Sezione Terza), sent. 16/1/2021, n. 95, 7.

¹⁸ Consiglio di Stato, (Sezione Terza), ord. 18/12/2020, n. 9208.

¹⁹ Una dottoressa commercialista aveva impugnato il regolamento vigente in materia di elezione dei Consigli degli Ordini dei dottori commercialisti e degli esperti contabili e dei revisori dei conti, di fronte al Tar Lazio, chiedendone la sospensione (insieme al provvedimento che fissava la data delle elezioni), poiché esso non conteneva alcuna disposizione volta «a contrastare le discriminazioni di genere ed a promuovere le pari opportunità» (Consiglio di Stato, (Sezione Terza), ord. 18/12/2020, n. 9208, 4). Anche in questa ipotesi si chiedeva, altresì, di sollevare una questione di legittimità costituzionale relativa al regolamento in riferimento agli articoli 3 e 51 Cost. Il Tar Lazio aveva respinto l'istanza cautelare e il relativo provvedimento (Tar. Lazio, Roma, Sez. I, ord.12 novembre 2020, n. 6927) era stato poi impugnato di fronte al Consiglio di Stato.

²⁰ Consiglio di Stato, (Sezione Terza), ord. 18/12/2020, n. 9208, 6.

²¹ *Ivi.* Aggiunge il Consiglio di Stato che una simile prospettazione «finisce per introdurre una sfera di insindacabilità dei regolamenti, pur in caso di acclarato contrasto con la disciplina di rango costituzionale, qualora tale disciplina non sia già passata per il filtro della legislazione ordinaria».

²² Tar Lazio (Sezione Prima), sent. 22/4/2020, n. 7724.

²³ Tar Lazio (Sezione Prima), sent. 22/4/2020, n. 7724, diritto, 9.

²⁴ Tar Lazio (Sezione Prima), sent. 22/4/2020, n. 7724, diritto, 10.

²⁵ Tar Lazio (Sezione Prima), sent. 22/4/2020, n. 7724, diritto, 10.

²⁶ Tar Lazio (Sezione Prima), sent. 22/4/2020, n. 7724, diritto, 10.

²⁷ Tar Lazio, sez. II, 25 luglio 2011, n. 6673, diritto, 25.

ciascuno dei due generi possiede, in termini di «umanità, sensibilità, approccio culturale e professionale» può contribuire ad accrescere la funzionalità, la produttività, l'efficienza, la trasparenza e l'imparzialità dell'azione pubblica.

Le decisioni esaminate mostrano una difficoltà dei giudici amministrativi ad esprimere un orientamento unitario sul carattere precettivo e vincolante del principio della parità di accesso alle cariche elettive, difficoltà che, in assenza di una revisione e integrazione della legislazione vigente, soltanto un intervento del giudice costituzionale avrebbe potuto superare. E l'intervento è arrivato con la [sentenza n. 62 del 2022](#), originata, ancora una volta, da un'iniziativa del Consiglio di Stato.

3. La vicenda della [sentenza n. 62 del 2022](#).

Nel giugno del 2021²⁸, il Consiglio di Stato ha rimesso alla Corte Costituzionale una questione di legittimità relativa alla normativa che regola l'elezione dei consigli comunali, per i comuni con popolazione inferiore a 5000 abitanti. In particolare, la questione aveva ad oggetto l'art. 71, comma 3-*bis*²⁹, del d.lgs. n. 267 del 2000 (Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali) e l'art. 30, comma 1³⁰, lett. d-*bis*, del d.p.r. n. 570 del 1960 (Testo Unico delle leggi per la composizione e la elezione degli organi delle amministrazioni comunali); i parametri invocati erano l'art. 51, comma 1, l'art. 3 e l'art. 117, comma 1, della Costituzione, in riferimento questo all'art. 14 Cedu e all'art. 1 Prot. Add. n. 12.

Secondo il giudice remittente la carenza di una misura sanzionatoria, per le liste che non assicurino la rappresentanza di entrambi i sessi, all'interno della disciplina per l'elezione dei consigli comunali dei comuni con meno di 5000 abitanti, costituisce una violazione del principio della parità di accesso alle cariche elettive dell'art. 51, comma 1, Cost.

Nel soffermarsi sulla non manifesta infondatezza, il Consiglio di Stato afferma la «natura precettiva e non meramente programmatica della disposizione»³¹, che rende necessaria la predisposizione di «misure dirette a colmare le diseguglianze di genere nella partecipazione politica»³² e ciò perché al diritto di partecipazione politica sia assicurata l'inviolabilità prescritta dall'art. 2 Cost.

Inoltre, la lesione di tale diritto si configura di particolare gravità proprio nel caso di specie, nel quale la modesta dimensione del *contesto aggregativo* considerato (un comune con popolazione inferiore a 5000 abitanti), non deve mettere in ombra il determinante apporto della comunità alla vita politica e sociale del Paese, tenuto anche conto che i comuni di così ridotte dimensioni

²⁸ Consiglio di Stato (Sezione Terza) ord. 4/6/2021, n. 4294 (reg. ord. Corte cost. 130/2021)

²⁹ Corte cost., [sent. 25/1/2022, n. 62](#), fatto 1, «[n]elle liste dei candidati è assicurata la rappresentanza di entrambi i sessi. Nelle medesime liste, nei comuni con popolazione compresa tra 5.000 e 15.000 abitanti, nessuno dei due sessi può essere rappresentato in misura superiore ai due terzi dei candidati, con arrotondamento all'unità superiore qualora il numero dei candidati del sesso meno rappresentato da comprendere nella lista contenga una cifra decimale inferiore a 50 centesimi».

³⁰ Corte cost., [sent. 25/1/2022, n. 62](#), fatto 1. La disposizione prevede che entro il giorno successivo a quello della presentazione delle candidature la Commissione: «verifica che nelle liste dei candidati, per le elezioni nei comuni con popolazione superiore a 5.000 abitanti, sia rispettata la previsione contenuta nel comma 3-*bis* dell'articolo 71 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267. In caso contrario, riduce la lista cancellando i nomi dei candidati appartenenti al genere rappresentato in misura eccedente i due terzi dei candidati, procedendo in tal caso dall'ultimo della lista. La riduzione della lista non può, in ogni caso, determinare un numero di candidati inferiore al minimo prescritto per l'ammissione della lista medesima»; mentre la lettera e), modificata dall'art. 2, comma 2, lett. a), n. 2, della legge n. 215 del 2012, prevede che la medesima Commissione «ricusa le liste che contengono un numero di candidati inferiore al minimo prescritto e riduce quelle che contengono un numero di candidati superiore al massimo consentito, cancellando gli ultimi nomi in modo da assicurare il rispetto della previsione contenuta nel comma 3-*bis*» dell'art. 71 T.U. enti locali.

³¹ Corte cost., [sent. 25/1/2022, n. 62](#), fatto 1.4.

³² Corte cost., [sent. 25/1/2022, n. 62](#), fatto 1.4.

rappresentano il due terzi del totale dei comuni italiani e che vi risiedono circa 10 milioni di persone³³. In ambiti demograficamente così ristretti, prosegue il Consiglio di Stato, la mancanza di un meccanismo sanzionatorio che garantisca il rispetto della parità di genere nella formazione delle liste dei candidati «svuoterebbe (l') intervento di promozione», che è alla base della l. n. 215 del 2012, proprio perché in tali ambiti «è effettivamente difficile valorizzare il patrimonio umano e professionale delle donne»³⁴. E ancora, sotto il profilo della violazione del principio di eguaglianza, «*prius* logico-giuridico dell'art. 51 Cost.», il Consiglio ritiene che, pur nella ragionevole diversità delle normative adottate sulla base della differente dimensione dei comuni, la disciplina vigente produce l'effetto di «escludere dall'ambito di applicazione del principio di parità milioni di cittadine, per il solo fatto di vivere in comuni di piccole dimensioni»³⁵, palesandosi come *non razionale*³⁶. Il Consiglio di Stato conclude indicando alla Corte di estendere anche ai comuni con meno di 5.000 ab. la sanzione dell'esclusione della lista dalla competizione elettorale, già prevista dall'art. 33, comma 1, lett. d-*bis*), del d.p.r. n. 570 del 1960 per i comuni con più di 15.000 ab.

Nella sua difesa l'Avvocatura dello Stato, nel sostenere l'inammissibilità delle questioni sollevate, significativamente non fa alcun riferimento all'effettività del principio, limitandosi a contestare la richiesta, formulata alla Corte dal giudice remittente, di introdurre con una sentenza una sanzione, facoltà riservata al solo legislatore³⁷; e limitandosi a difendere la scelta del legislatore di non prevedere misure sanzionatorie per il caso di liste non rispettose del principio delle pari opportunità, per i comuni di più piccole dimensioni, sulla base della «difficoltà di garantire» l'eguale rappresentanza dei sessi in contesti demograficamente ridotti: « Lo stesso legislatore avrebbe quindi ragionevolmente valutato le caratteristiche socio-demografiche dei comuni italiani e conciliato il principio della parità di genere con i principi – non inferiori per rango costituzionale – della partecipazione democratica e del pieno collegamento dei rappresentanti politici con il territorio.»³⁸.

Sotto il profilo della possibilità di candidare soggetti non residenti nel comune sede della competizione elettorale, l'Avvocatura paventa il rischio che la carenza di candidati di uno dei due sessi nelle piccole realtà territoriali «potrebbe condurre a candidature slegate o poco legate al territorio dell'ente amministrato», richiedendosi un bilanciamento tra i diversi interessi, fondato su un «un meccanismo di maggiore flessibilità, che esprima un punto di equilibrio tra l'accesso alle cariche elettive nel rispetto della parità di genere e la maggiore rappresentatività possibile dei territori.»³⁹.

4. Alcuni aspetti della questione di legittimità sollevata alla Corte.

Nella sua decisione⁴⁰, la Corte ritiene necessario partire da una ricostruzione del quadro normativo vigente, mostrando come l'intervento riformatore, operato con la l. n. 215 del 2012,

³³ Corte cost., [sent. 25/1/2022, n. 62](#), fatto 1.4.

³⁴ Corte cost., [sent. 25/1/2022, n. 62](#), fatto 1.4.

³⁵ Corte cost., [sent. 25/1/2022, n. 62](#), fatto 1.4.1.

³⁶ Consiglio di Stato (Sezione Terza) ord. 4/6/2021, n. 4294, 20. Aggiunge il Consiglio di Stato che «In tema di parità di genere, non può dirsi supportata da razionalità la misura che esclude dall'ambito della sua applicazione milioni di cittadini - e specialmente di cittadine – per il solo fatto di vivere in aree urbane a bassa densità demografica. Nessuna evidenza statistica, sociologica o scientifica esclude che in questi Comuni sia superfluo un intervento promozionale del legislatore. Intervento che, anzi, può risultare talora indispensabile per le minori opportunità che alcuni comuni piccoli o piccolissimi offrono rispetto alle grandi aree urbane.»

³⁷ Corte cost., [sent. 25/1/2022, n. 62](#), fatto 3.1.

³⁸ Corte cost., [sent. 25/1/2022, n. 62](#), fatto 3.2.

³⁹ Corte cost., [sent. 25/1/2022, n. 62](#), fatto 3.2.

⁴⁰ Si vedano le acute osservazioni di T. GROPPI, *Il (ri-)equilibrio di genere alla prova della nuova stagione della giustizia costituzionale italiana. Il caso dei piccoli comuni*, in [federalismi.it](#), 15, 2022.

abbia inciso sul TU degli enti locali (artt. 71 e 76 del d.lgs. n. 267 del 2000), per le elezioni nei comuni fino a 15.000 abitanti e con più di 15.000 abitanti; e sugli artt. 30 e 33 del d.p.r. n. 570 del 1960, riguardo alla presentazione delle candidature nei comuni fino a 10.000 e con più di 10.000 abitanti⁴¹. In tal modo la Corte dà conto del carattere graduale dei vincoli e delle sanzioni poste a presidio del loro rispetto, sanzioni definite in relazione alla dimensione dei comuni. Questi, infatti, sono suddivisi in tre fasce, alle quali corrispondono prescrizioni via via meno rigorose man mano che si procede dai comuni più popolosi (più di 15.000 ab.), a quelli meno popolosi (tra 15.000 e 5.000 ab.), a quelli piccoli (meno di 5.000 ab.).

La Corte, poi, individua i meccanismi volti a promuovere la parità di genere, distinguendo tra:

la doppia preferenza di genere, prevista per i comuni con più di 15.000 ab. e per quelli tra i 15.000 e i 5.000 ab. (artt. 71, comma 5, e 73, comma 3, T.U. enti locali, come modificato dalla l. n. 215 del 2012);

la quota di lista, prevista per le stesse due tipologie di comuni citate, che stabilisce che nelle liste di candidati nessuno dei due sessi può essere rappresentato in misura inferiore ai due terzi⁴². In caso di violazione di questa misura, la Commissione elettorale interviene riducendo i candidati presenti nella lista, cancellando, a partire dall'ultimo, i nomi di quelli che eccedono la quota dei due terzi per il genere di appartenenza, fino a che essa non sia riportata alle previsioni di legge⁴³.

I due meccanismi indicati, tuttavia, non sono estesi dalla normativa vigente ai comuni più piccoli, cioè con meno di 5.000 ab., per i quali, osserva la Corte, l'unica misura volta a realizzare il riequilibrio è contenuta nella disciplina generale dell'art. 71, comma 3-*bis*, secondo cui nelle liste dei candidati «è assicurata la rappresentanza di entrambi i sessi», senza, però, l'indicazione di alcuna misura sanzionatoria in caso di eventuale violazione⁴⁴.

A questo punto il giudice costituzionale ritiene necessario procedere a fare ordine nella formulazione della questione di legittimità costituzionale, così come prospettata dal Consiglio di Stato, operando, in realtà, una sua riformulazione, che risulterà funzionale al suo obiettivo: garantire l'effettiva operatività del principio delle pari opportunità nell'accesso alle cariche elettive⁴⁵.

Infatti, al di là dell'interpretazione fornita dal remittente, la vera questione è la mancanza di uno strumento sanzionatorio che presidi il rispetto del principio nei comuni di piccole dimensioni, relegandolo, sostanzialmente a «mera affermazione di principio»⁴⁶.

L'analisi della disciplina elettorale nel suo complesso, peraltro, mette in evidenza, secondo la Corte, che non vi sono sanzioni specifiche, per la violazione dell'obbligo di comporre le liste, che garantiscano una rappresentanza paritaria dei due sessi, per i comuni con più di 5.000 ab. Qui si prevede da un lato l'annullamento della seconda preferenza, che, dunque, non opera nel momento della formazione delle liste ma in quello della espressione del voto; e dall'altro lato si prevede la riduzione della lista nel caso di mancato rispetto della riserva di quota. Solo per i comuni con più di 15.000 ab. si ritrova una misura effettiva, ovvero la ricasazione, e quindi l'esclusione dalla

⁴¹ Corte cost., [sent. 25/1/2022, n. 62](#), diritto, 2.

⁴² Corte cost., [sent. 25/1/2022, n. 62](#), diritto, 2, «con arrotondamento all'unità superiore qualora il sesso meno rappresentato da comprendere nella lista contenga una cifra decimale inferiore a 50 centesimi».

⁴³ Artt. 71, comma 3-*bis* e 73, comma 1, T.U. enti locali, come modificato dalla l. n. 215 del 2012. Nella sua ricostruzione, inoltre, la Corte mette in evidenza come la normativa preveda conseguenze diverse nel caso in cui si debba procedere alla riduzione dei candidati presenti nelle liste, conseguenze legate alla dimensione dei comuni. Per quelli con più di 15.000 ab., infatti, la Commissione elettorale *ricusa* la lista interessata; per quelli con popolazione compresa tra 15.000 e 5.000 ab., la cancellazione dei candidati eccedenti la quota non può determinare una loro riduzione sotto il minimo prescritto dalla legge per l'ammissione delle liste alla competizione elettorale. Si tratta di due misure di differente intensità che tengono conto della consistenza demografica delle realtà locali.

⁴⁴ Corte cost., [sent. 25/1/2022, n. 62](#), diritto, 2.

⁴⁵ Corte cost., [sent. 25/1/2022, n. 62](#), diritto, 3.

⁴⁶ E qui la Corte ridefinisce la questione, riferendola agli artt. 71, comma 3-*bis*, T.U. enti locali e 30, comma 1, lett. d-*bis*), del d.p.r. n. 570 del 1960, nella parte in cui non prevedono «l'esclusione delle liste che non assicurano la rappresentanza di entrambi i sessi nei comuni con popolazione inferiore a 5.000 ab.», Corte cost., [sent. 25/1/2022, n. 62](#), diritto, 3

competizione elettorale, delle liste che risultino avere un numero di candidati inferiore al minimo prescritto, a causa della riduzione subita per la violazione della quota dei due terzi⁴⁷. Questo mostra che la Corte è guidata dall'obiettivo di rendere effettivo il principio delle pari opportunità nell'ordinamento costituzionale e, dunque, non limita la sua indagine all'ambito delle realtà comunali più piccole, ma la stende a tutte, in modo da assicurare che la parità dell'art. 51 Cost. riceva una garanzia generale ed efficace.

5. L'iter argomentativo della Corte.

Nell'affrontare la questione sollevata e da lei stessa ridefinita, la Corte parte dal riconoscimento della più ampia discrezionalità del legislatore in materia elettorale⁴⁸, ampia discrezionalità motivata dal carattere *politico* delle scelte operate, che disegnano le modalità della partecipazione dei cittadini alle decisioni politiche, anche prima dell'espressione del voto, cioè nella formazione delle liste. Il ventaglio di possibilità che si aprono al legislatore, e che ha trovato riscontro nelle diverse soluzioni adottate, ha, però, un limite preciso: il necessario rispetto «dei canoni di non manifesta irragionevolezza e di necessaria coerenza rispetto alle finalità perseguite», canoni che vanno correlati al fine della promozione delle pari opportunità sancito dall'art. 51, comma 1, Cost.⁴⁹

Nel caso esaminato, osserva la Corte, la normativa non prevede alcuna misura volta a garantire l'effettiva realizzazione del principio delle pari opportunità nella formazione delle liste dei comuni con meno di 5.000 ab., il che la rende «del tutto in effettiva nella protezione dell'interesse che mira a garantire e, in quanto tale, inadeguata a corrispondere al vincolo costituzionale dell'art. 51, primo Cost.»⁵⁰. In sostanza, la mancanza di un meccanismo sanzionatorio che assicuri la rappresentanza di entrambi i sessi nelle liste dei candidati spezza il legame con la finalità promozionale dell'art. 51, comma 1, Cost., privando la previsione legislativa dei caratteri della ragionevolezza e della coerenza rispetto a quella finalità.

C'è poi un argomento, prospettato dall'Avvocatura dello Stato, che la Corte richiama espressamente: l'esigenza di garantire la *rappresentatività*. Secondo l'Avvocatura, la mancata previsione, per le liste dei comuni con meno di 5.000 ab., di quote di candidati di uno dei due sessi e la carenza di sanzioni per il mancato rispetto di una rappresentanza paritaria rispondono ad «una precisa volontà del legislatore», cioè quella di considerare la difficoltà di assicurare tale rappresentanza nei comuni più piccoli. In tal senso, il legislatore avrebbe fondato la propria scelta sulla base delle caratteristiche sociodemografiche dei comuni di minori dimensioni, operando una *conciliazione* tra il principio della parità di genere e i principi, «non inferiori per rango costituzionale», della partecipazione democratica e del «pieno collegamento dei rappresentanti politici con il territorio»⁵¹. Infatti, sempre secondo l'Avvocatura, la previsione di quote o limiti numerici potrebbe portare «a candidature slegate o poco legate al territorio dell'ente amministrato», nel caso in cui non fosse possibile reperire nel suo ambito candidati dei due sessi, «con un conseguente deficit di rappresentatività delle liste»⁵².

Ma la Corte è di diverso avviso.

L'esigenza di garantire la rappresentatività, pur ragionevole, non può determinare una riduzione o un'elisione della garanzia delle pari opportunità. Questa è, invece, condizione per realizzare una autentica capacità rappresentativa degli eletti, che devono riflettere la composizione della società e della comunità locale, fatta di uomini e donne. Lo stesso Consiglio rimettente ne è ben consapevole,

⁴⁷ Corte cost., [sent. 25/1/2022, n. 62](#), diritto, 3.

⁴⁸ Corte cost., [sent. 25/1/2022, n. 62](#), diritto, 6.1.

⁴⁹ Corte cost., [sent. 25/1/2022, n. 62](#), diritto, 6.1.

⁵⁰ Corte cost., [sent. 25/1/2022, n. 62](#), diritto, 6.2.

⁵¹ Corte cost., [sent. 25/1/2022, n. 62](#), fatto, 3.2.

⁵² Corte cost., [sent. 25/1/2022, n. 62](#), fatto 3.2.

quando afferma, come già ricordato, che la garanzia di una composizione paritaria delle liste si fa più intensa proprio nelle realtà demograficamente più svantaggiate, «in cui è effettivamente più difficile valorizzare il patrimonio umano e professionale delle donne»⁵³. Dunque, il meccanismo rappresentativo, sul quale si fondano gli ordinamenti democratici, risulta dimidiato se non si assicura la presenza di entrambi i sessi nelle liste, così come la rappresentanza politica si realizza pienamente solo se gli stessi prendono parte in condizioni di parità alla competizione elettorale.

Emerge qui tutto il valore della partecipazione democratica dei cittadini ai processi di decisione politica, una partecipazione che, ancor prima dell'espressione del voto, si concretizza nella associazione nei partiti politici (art. 49 Cost.), nella successiva definizione delle liste dei candidati, che dovrebbero vedere il contributo di uomini e donne, e nella loro necessaria composizione paritaria. Di ciò è ben avveduta la Corte che, già nella [sentenza n. 422 del 1995](#), reclamava l'intervento dei partiti, ancor prima di quello del legislatore, sollecitando la formazione di una cultura politica della parità⁵⁴.

A conclusione della sua disamina la Corte ritiene che la disciplina censurata risulti in chiaro contrasto sia l'art. 3, comma 2, che con l'art. 51, comma 1, Cost., sottolineando la sua «palese incoerenza con la ratio della legge n. 215 del 2012, che, come recato dal titolo, si propone di «promuovere il riequilibrio delle rappresentanze di genere nei consigli e nelle giunte degli enti locali e nei consigli regionali»⁵⁵.

6. Il profilo della misura sanzionatoria.

Si arriva, così, all'ultimo profilo affrontato dalla Corte, quello della sanzione applicabile per la violazione della composizione paritaria delle liste nei comuni con meno di 5.000 ab.

Nell'assenza di una specifica previsione legislativa, che è poi all'origine della questione sollevata, il Consiglio di Stato, come si è detto, propone al giudice costituzionale una soluzione operativa e immediata, che permetta di riconoscere la necessaria effettività al principio delle pari opportunità.

In modo originale, infatti, il giudice remittente suggerisce alla Corte di estendere alla vicenda oggetto del giudizio la misura prevista dall'art. 33, comma 1, lett. d-bis), del d.p.r. n. 570 del 1960 per i comuni con più di 5.000 ab., ovvero l'esclusione della lista non rispettosa di una composizione paritaria.

Ed è qui che si rivela l'approccio *innovativo* seguito dalla Corte, che riconosce subito, a premessa del suo ragionamento, che il terreno in cui si muove si caratterizza per la varietà delle soluzioni praticabili dal legislatore e per l'assenza di un'unica soluzione «costituzionalmente obbligata»⁵⁶. Ma questa considerazione non può precluderle di ricercare rimedi adeguati «per

⁵³ Corte cost., [sent. 25/1/2022, n. 62](#), fatto, 1.4.

⁵⁴ Queste sollecitazioni, come è noto, non hanno trovato riscontro nelle scelte delle forze politiche. A riguardo sono state presentate, nelle diverse legislature, numerose proposte di legge, mai giunte all'approvazione, sulla disciplina dei partiti politici, tra i quali si ricorda il d.d.l. S2439 del 2016, il cui art. 2 stabiliva: «(Norme in materia di partecipazione politica) 1. I cittadini hanno diritto di associarsi liberamente in partiti, movimenti e gruppi politici organizzati per concorrere alla formazione dell'indirizzo politico, all'elaborazione di programmi per il governo nazionale e locale nonché alla selezione e al sostegno di candidati alle elezioni per le cariche pubbliche, nel rispetto del principio della parità di genere, in conformità alla Costituzione e ai principi fondamentali dell'ordinamento democratico.

2. L'organizzazione e il funzionamento dei partiti, movimenti e gruppi politici organizzati sono improntati al principio della trasparenza e al metodo democratico, la cui osservanza, ai sensi dell'articolo 49 della Costituzione, è assicurata anche attraverso il rispetto delle disposizioni della presente legge. È diritto di tutti gli iscritti partecipare, senza discriminazioni, alla determinazione delle scelte politiche che impegnano il partito (...).»

⁵⁵ Corte cost., [sent. 25/1/2022, n. 62](#), diritto, 6.3.

⁵⁶ Corte cost., [sent. 25/1/2022, n. 62](#), diritto, 7.

ricondere l'ordinamento al rispetto della Costituzione»⁵⁷, esigenza, questa, che non può essere attenuata dalla riconosciuta discrezionalità del legislatore, quando si è «di fronte alla violazione di diritti fondamentali»⁵⁸. Dunque, nel caso della violazione del fondamentale diritto alla parità di accesso alle cariche elettive, ai fini della valutazione del giudice costituzionale, non ha rilievo che vi sia una «unica soluzione costituzionalmente obbligata, ma piuttosto viene in luce che l'ordinamento posseda già una o più soluzioni costituzionalmente adeguate, tutte coerenti con i fini individuati dal legislatore»⁵⁹.

Questa ultima formulazione, quasi poetica, permette al giudice costituzionale di tracciare le coordinate della sua decisione: il pieno riconoscimento della discrezionalità del legislatore, il ventaglio delle opzioni messe in campo dallo stesso, la lacuna riscontrata, la natura di diritto fondamentale dell'interesse da proteggere e, infine, l'esigenza di approntare una tutela efficace e rapida a un diritto fondamentale.

Si definisce, così, un percorso quasi obbligato verso la soluzione prospettata dal remittente, che la Corte considera *adeguata* e che non è frutto di una scelta estemporanea, ma *appartiene* già all'ordinamento giuridico, ben collocandosi nel sistema da esso disegnato e rispondendo in modo coerente alle finalità del legislatore⁶⁰. Questo, d'altra parte, resta libero di operare scelte diverse da quella introdotta, che risultino in sintonia con l'impianto normativo vigente e che si conformino pienamente ai principi della Costituzione.

7. Alcune notazioni conclusive.

La [sentenza n. 62 del 2022](#) si rivela importante almeno sotto due aspetti.

Innanzitutto, come si è ricordato nelle pagine precedenti, essa rappresenta un ulteriore esito del cammino del principio delle pari opportunità nell'ordinamento costituzionale, un esito più robusto rispetto alle precedenti decisioni, in linea con il carattere *incrementale* e *progressivo* delle decisioni del giudice costituzionale sul tema⁶¹. La pronuncia è, però di rilievo anche perché esprime una decisa affermazione del carattere effettivo del principio, ponendo fine alla questione della natura solo programmatica dell'art. 51, comma 1, Cost, o a quella della natura di principio dello stesso, che deve ricevere attuazione da parte del legislatore statale o regionale. La parità di accesso alle cariche elettive è principio immediatamente efficace, che opera in modo generale, vincolando tanto il legislatore, quanto l'amministrazione pubblica, quanto i partiti.

Si potrebbe dire che si è di fronte a una vera rivoluzione rispetto alla [sentenza n. 422 del 1995](#), rivoluzione che dà conto dell'evoluzione culturale e costituzionale, che la stessa Corte aveva in quella sede sollecitato.

In secondo luogo, la sentenza sembra tratteggiare fattezze nuove nel rapporto tra giudice costituzionale e legislatore.

Se è vero che in tempi più recenti la Corte ha voluto precisare il proprio ruolo nel sistema costituzionale, ribadendo l'approccio collaborativo con il Parlamento⁶², è pur vero che non sempre questo dialogo ha dato i suoi frutti. Ciò è testimoniato da una crescita dei moniti che la Corte ha rivolto all'indirizzo del Parlamento, preferendo, come è noto, posticipare la propria decisione in attesa di un intervento del legislatore. In questi casi, spesso caratterizzati dalla connotazione

⁵⁷ Corte cost., [sent. 25/1/2022, n. 62](#), diritto, 7.1.

⁵⁸ Corte cost., [sent. 25/1/2022, n. 62](#), diritto, 7.1.

⁵⁹ Corte cost., [sent. 25/1/2022, n. 62](#), diritto, 7.1.

⁶⁰ Corte cost., [sent. 25/1/2022, n. 62](#), diritto, 7.2.

⁶¹ Si veda N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della "coscienza sociale", interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in [Rivista AIC](#), 4, 2017.

⁶² Si veda l'intervista al Presidente della Corte costituzionale, G. Amato, in [Annuario della Corte costituzionale](#), 2021.

sensibile dei temi trattati, come le decisioni di fine vita o l'ergastolo ostativo, la Corte ha dato al Parlamento un tempo di riflessione e di azione, per non dover vestire panni che non le sono propri e non dovere assumere le vesti del decisore politico⁶³.

Ma nel caso della [sentenza n. 62 del 2022](#), poco spazio c'era per un altro monito, considerate le sollecitazioni già espresse in passato verso il legislatore e verso i partiti politici quali primi attori nella definizione del contenuto delle liste di candidati. Necessitava, invece, una soluzione immediata, in grado di dare forma all'effettività del principio delle pari opportunità, soluzione che la Corte introduce direttamente, seguendo la direttrice evocata dal giudice remittente e scegliendo una tra le soluzioni già contemplate dalla normativa vigente.

Ne deriva una decisione additiva, che non preclude al legislatore la scelta di altre possibili strade, nell'esercizio della sua discrezionalità, e che, se rappresenta un allontanamento dallo schema delle c. d. rime obbligate⁶⁴, è però espressione di un nuovo modulo, che la stessa Corte definisce delle "rime possibili"⁶⁵, modulo nel quale, appunto, essa *attinge* ad opzioni già presenti nell'ordinamento.

Se nello schema delle "rime obbligate", come è noto, il remittente deve indicare alla Corte il *verso dell'addizione* e la Corte ricava la norma mancante dalla disciplina di situazioni analoghe, nel nuovo modello delle "rime possibili" al giudice costituzionale viene proposta una soluzione che è già presente nel tessuto normativo insieme ad altre e questo la fa propria, ricavando da essa la norma mancante, che viene, però, individuata all'interno di uno spettro di opzioni esistente.

Si potrebbe, forse, dire che alla *rima baciata* (obbligata), che segue la sequenza AABB, venga ora ad affiancarsi la *rima incatenata* (la cui sequenza è ABA BCB CDC etc.), nella quale il primo verso, l'indicazione data alla Corte, è seguito da un secondo verso, il campo delle scelte percorribili, e, infine, da un terzo, la soluzione trovata dalla Corte, che aderisce all'esito prospettato nel primo verso. Proprio come in questo schema, la determinazione della Corte può seguire la proposta iniziale, ma deve scaturire all'interno del perimetro delle previsioni legislative vigenti, tra le quali deve essere compiuta la sua scelta, appunto *incatenata*⁶⁶.

Questo nuovo modello di pronuncia, comunque lo si voglia definire a rime possibili o a rima incatenata, sembra segnare un'evoluzione nel rapporto tra giudice costituzionale e Parlamento.

La Corte, infatti, non concede più un tempo per la futura decisione parlamentare, che se è sempre possibile, resta eventuale e ritardata. Diversamente, quando si è di fronte alla violazione di diritti fondamentali, come quello di un accesso alle cariche elettive in condizioni di parità, non sembra ammissibile più alcuna ulteriore attesa, se non al prezzo di sacrificare il valore costituzionale della partecipazione democratica.

⁶³ Si veda la [Relazione Annuale della Corte costituzionale](#), 2021, 12 ss., nella quale si elencano le diverse forme del dialogo tra Corte e legislatore nella giurisprudenza costituzionale del 2021. In particolare, si rileva un incremento dei moniti al legislatore dai 10 del 2018, ai 20 del 2019, ai 25 del 2020 e ai 29 del 2021.

⁶⁴ Si veda M. RUOTOLO, *Oltre le "rime obbligate"*, in [federalismi.it](#), 3, 2021.

⁶⁵ Si veda la [Relazione Annuale della Corte costituzionale](#), 2021, cit., 14.

⁶⁶ Riguardo al percorso decisionale seguito dalla Corte nella [sent. n. 62 del 2022](#), R. VASSALLO, *La sentenza della Corte costituzionale n. 62 del 2022 e il principio di parità di genere nelle elezioni comunali*, in [Nuove Autonomie](#), 2, 2022, 11, parla di versi liberi

Alessandra Camaiani

**Il valzer fabiano della Corte costituzionale in assenza delle rime obbligate.
Illegittimo il tetto alle indennità per licenziamento non conforme alla legge, ma tocca
(ancora!) al legislatore***

ABSTRACT: *After having reconstructed the reasons for the inadmissibility of the issues of constitutionality raised on the compensation provided for unjustified dismissal of the so-called small companies, the paper examines the Courts' approach to the threshold fixed sanctions and briefly dwells on the tolerability of a wait-and-see attitude in the face of the Parliament's inertia, wondering if it is not necessary to provide for forms of its mandatory activation.*

SOMMARIO: 1. La questione. – 2. La quantificazione preordinata delle indennità: la Corte costituzionale tra automatismi legislativi, criteri correttivi e cd. doppia pronuncia. – 3. Corte costituzionale e Parlamento: “io vorrei, non vorrei, ma se vuoi”. – 4. Considerazioni conclusive.

1. *La questione.*

A seguito di una questione sollevata dal Tribunale di Roma in funzione di giudice del lavoro, la Corte costituzionale, con [sentenza n.183 del 22 luglio 2022](#), si è espressa circa la legittimità dell'art. 9, comma 1, del d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23 (Disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183).

In particolare, l'autorità remittente aveva determinato l'incidente di costituzionalità in riferimento agli artt. 3, primo comma, 4, 35, comma 1, e 117, comma 1, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 24 della Carta sociale europea, nella parte in cui, nonostante l'illegittimità del licenziamento¹, l'indennizzo che spetta al lavoratore viene dimezzato², stabilendo la legge persino una soglia massima dell'indennità economica dallo stesso percepibile³. In sostanza, la previsione di un tetto massimo quantitativo, identificandosi in una somma determinata *a priori*, svincolerebbe l'indennità dal danno subito in concreto, con conseguente inidoneità deterrente della misura⁴. Come argomentato dal giudice *a quo* risulterebbe evidente l'insufficienza dissuasiva della sanzione ove



¹ Nel caso di specie, appariva non provato il giustificato motivo oggettivo del licenziamento, sostanziosamente un *fumus* d'illegittimità. Tuttavia, proprio in ragione del tipo di causa addotta dal datore a sostegno della destituzione della lavoratrice, oggettiva e non soggettiva, le sue tutele erano individuate dagli articoli 3 e 9 del d.lgs. n.23/15, che si esprimono nei termini appena rammentati, individuando un tetto soglia alle indennità già dimezzate.

² Precisa, infatti, l'articolo 9 del d.lgs. 23/15: “l'ammontare delle indennità e dell'importo previsti dall'articolo 3, comma 1, dall'articolo 4, comma 1 e dall'articolo 6, comma 1, è dimezzato e non può in ogni caso superare il limite di sei mensilità”.

³ La disposizione regola l'indennità spettante al lavoratore in caso di licenziamento illegittimo posto in essere da datori sprovvisti dei requisiti dimensionali di cui all'art. 18, commi 8 e 9, della legge 20 maggio 1970, n. 300. In tal caso, la disposizione indubbiamente prevede il pagamento di una indennità d'importo dimezzato rispetto al *quantum* ordinario, individuato dall'art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 23/15, precisando peraltro che la somma deve essere compresa fra tre e sei mensilità.

⁴ Il censurato art. 9 dispone che, ove azienda del datore non raggiunga complessivamente un numero di dipendenti superiore a quindici, non trova applicazione l'articolo 3, comma 2, del d.lgs. n.23/15. Detta norma prevede una serie di garanzie per il lavoratore. Su tutte, la tutela reale, oltre al pagamento di un'indennità, mai superiore a dodici mensilità, e al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali dal giorno del licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegrazione (preme precisare che la norma in parola non trova comunque applicazione nel caso di specie, poiché il licenziamento poggiava su un assunto giustificato motivo oggettivo). Parimenti, subiscono una limitazione le indennità di cui agli articoli 3, comma 1, 4, comma 1, e 6, comma 1, del medesimo d.lgs. n.23/15, dimezzate e mai superiori alle sei mensilità massime. La disposizione è stata censurata limitatamente alle parole «ove il datore di lavoro non raggiunga i requisiti dimensionali di cui all'articolo 18, ottavo e nono comma, della legge n. 300 del 1970, [...] l'ammontare delle indennità e dell'importo previsti dall'articolo 3, comma 1, [...] è dimezzato e non può in ogni caso superare il limite di sei mensilità».

ristretta nei limiti appena evocati, laddove anche il tetto soglia non consentirebbe di parametrare in modo congruo l'indennità prevista dalla legge alle peculiarità di specie, impedendo quella doverosa personalizzazione presupposto della positiva valutazione di adeguatezza del rimedio.

Proprio, quindi, il carattere dell'adeguatezza del rimedio risulterebbe il parametro assunto dal tribunale come presupposto di compatibilità costituzionale della tutela lavoristica prescritta dalla legge sui licenziamenti come riformata nel 2015: se è vero, infatti, che, a differenza di quelle definibili "grandi" ex l. n. 300/70, l'esclusione della reintegrazione è prevista per le piccole imprese a causa della loro presunta incapacità di riassorbire il lavoratore, sarebbe anche indubbio che la distinzione si basa su un criterio estrinseco rispetto al rapporto di lavoro, ossia il numero di dipendenti, rischiando di creare «una forma pressoché uniforme di tutela». Conclusivamente, la rinuncia all'apposizione di limiti al potere di recesso dal contratto di lavoro del piccolo datore (perciò, recesso *ad nutum*) sarebbe giustificata solo ove fosse bilanciata con una pena pecuniaria, alternativa a quella reale, effettivamente adeguata, che tenesse in conto le specificità di quel determinato rapporto di lavoro (rivelando così che non si tratta di una facoltà di recesso *ad libitum*). Altrimenti opinando, l'art. 9 del d.lgs. 23/15 finirebbe per attribuire rilievo al solo parametro oggettivo del numero degli occupati nelle aziende del datore⁵, senza alcuna correlazione dell'importo alle peculiarità del caso concreto, tra cui, in particolare, la gravità della violazione e i dati economico finanziari dell'azienda ricavabili dai bilanci: criteri aggiuntivi, questi, che potrebbero attribuire legittimità al rimedio individuato dalla legge del 2015.

Pure alla luce di questi puntuali rilievi, la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibili la questione, in quanto, pur riconoscendo il contrasto con la Costituzione di una norma che, come quella in parola, non realizza un equilibrato componimento tra i contrapposti interessi in gioco, non ha ravvisato le condizioni per una soluzione costituzionalmente imposta. A differenza, infatti, di altre circostanze in cui era stata chiamata a intervenire sulla legittimità della cd. legge sulle tutele crescenti, nel caso di specie la richiesta di ridefinire l'indennità a beneficio di una delle parti coinvolte⁶, avrebbe richiesto valutazioni discrezionali, *rectius*: di discrezionalità politica o di politica legislativa. Poiché, dunque, un intervento avrebbe dato luogo ad un'inammissibile pronuncia manipolativa⁷, la Corte, secondo l'ormai consueta tecnica della "doppia pronuncia", ha evitato di sostituirsi al legislatore, limitandosi a rilevare le ragioni di incompatibilità costituzionale della norma, peraltro in qualche modo determinando un effetto conformativo con l'orientare l'auspicato intervento legislativo. Secondo la Corte, infatti, rientrerebbe nella "prioritaria valutazione del legislatore la scelta dei mezzi più congrui per conseguire un fine costituzionalmente necessario, nel contesto di «una normativa di importanza essenziale» ([sentenza n. 150 del 16 luglio 2020](#)), per la sua connessione con i diritti che riguardano la persona del lavoratore, scelta che proietta i suoi effetti sul sistema economico complessivamente inteso" e la materia imporrebbe anzi una razionalizzazione per via della stratificazione normativa che si è venuta a creare nel tempo e cui si aggiungono le pronunce di incostituzionalità che vi si sono abbattute⁸. Finalmente, la Corte ha tenuto ad avvertire come il perpetuarsi dell'inerzia legislativa non sarebbe tollerabile e la indurrebbe a provvedere direttamente, ove fosse nuovamente investita della medesima questione di costituzionalità⁹.

⁵ Ovvero cinque dipendenti, se si tratta di imprenditore agricolo e, in ogni caso, il numero va considerato in ciascuna sede, stabilimento, filiale, ufficio o reparto autonomo nel quale ha avuto luogo il licenziamento, nonché complessivamente nell'ambito dello stesso comune o nel medesimo ambito territoriale (se si tratta di impresa agricola).

⁶ Riguardo al rilievo di incostituzionalità giova considerare quanto la Corte chiarisce al punto sei del diritto: la fattispecie considerata non poteva essere comparata con quella esaminata nelle sentenze [n. 194 del 2018](#) e [n. 150 del 2020](#). La ragione va ravvisata nella divergenza delle richieste contenute nei precedenti. Ivi si domandava alla Corte di valutare e travolgere un criterio di computo dell'indennità, potendolo sostituire con altri criteri già presenti nel sistema e idonei a colmare la lacuna corrispondente alla declaratoria di incostituzionalità.

⁷ Mancavano, in sostanza, i criteri nel sistema per poter ricorrere a una delega di bilanciamento che correggesse, per il tramite di una pronuncia additiva per deficit di flessibilità, l'automatismo irragionevole della legge.

⁸ Sentenze Corte cost. nn. [194 del 2018](#) e [150 del 2020](#), cit.

⁹ Si veda, ad esempio Corte cost., [ord. n. 207 del 2018](#), [sent. n. 180 del 2022](#) o la [n. 22 del 2022](#). In questi casi, la Corte, posto che i bilanciamenti presupposti all'intervento richiesto dal remittente per mezzo della questione di legittimità

2. La quantificazione preordinata delle indennità: la Corte costituzionale tra automatismi legislativi, criteri correttivi e cd. doppia pronuncia.

Da tempo la giurisprudenza, specialmente, ma non esclusivamente, quella costituzionale in ambito penale, ha mostrato la propria avversione verso misure legislativamente predeterminate¹⁰. Peraltro, in generale le previsioni rigide non appaiono *ictu oculi* in armonia con il volto costituzionale del sistema, specialmente ma non esclusivamente penale¹¹. Si tratta di parametri fissi e commisurati solo in astratto, per loro stessa natura non adeguabili alle specificità del caso concreto. Si correlano al fenomeno degli automatismi legislativi, tali per cui la legge statuisce una conseguenza doverosa: se «è a, allora deve essere b»¹².

È evidente il punto di frizione di simili misure con la funzione giudicante stessa, allorché impediscono all'interprete il dovuto apprezzamento delle peculiarità del caso posto al suo vaglio¹³.

Negli insegnamenti della Consulta, invero, la considerazione delle specifiche esigenze dei singoli casi si pone come naturale attuazione e sviluppo di principi costituzionali; dacché, la necessità di

costituzionale implicherebbero l'esercizio di un potere affidato al Parlamento, potendosi in sede di legittimità delle leggi solo verificare la compatibilità con la Costituzione di scelte già compiute dal legislatore nell'esercizio della propria discrezionalità politica, usa concludere con la formula "Nel dichiarare l'inammissibilità della questione ora esaminata, per il rispetto dovuto alla prioritaria valutazione del legislatore circa la congruità dei mezzi adatti a raggiungere un fine costituzionalmente necessario, questa Corte non può esimersi dall'affermare che non sarebbe più tollerabile il protrarsi dell'inerzia legislativa", richiamando il precedente immediato in cui ha statuito per mezzo della doppia pronuncia (fino a risalire a [Corte cost., n. 32 del 2021](#)). Per un'analisi complessiva di questa tecnica decisoria anche alla luce della sentenza in commento, v. R. PINARDI, *Moniti al legislatore e poteri della Corte costituzionale*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 13 settembre 2022.

¹⁰ Per vero, la posizione della Corte costituzionale sulle pene fisse è stata espressa chiaramente in un senso non assolutamente escludente (si veda, in proposito, sent. [Cort. cost., n. 50 del 1980](#)). La Corte ha, però, sempre rilevato come sia la pena mobile lo strumento più idoneo al rispetto dei vincoli che la Costituzione pone al potere sanzionatorio dello Stato. Anche con la [sentenza n. 67 del 1963](#) la Corte ha dichiarato non fondate, con riferimento agli artt. 3 e 27, primo e terzo comma, Cost., questioni di legittimità relative ad una disposizione comminante una pena pecuniaria in misura fissa (art. 54 del d.l. 15 ottobre 1925, n. 1033, conv. dalla l. 18 marzo 1926, n. 562). In argomento, si tenga conto, infine, di quanto chiarito dalla Corte nella recente declaratoria d'incostituzionalità degli automatismi sanzionatori concernenti infermi di mente e recidiva ([Corte cost., sent. 24 aprile 2020, n. 73](#)). È interessante notare come alcuni ritengano che nella ritrosia verso gli automatismi legislativi da parte della giurisprudenza vada individuata la tendenza del potere giurisdizionale a reagire contro forme di limitazione alle sue prerogative, ritenuto che il potere giudiziario sia anzi in espansione costante (S. CASSESE, *Il governo dei giudici*, Bari-Roma, 2022, *passim*, come anticipato da M. CAPPELLETTI, *Giudici e legislatori*, Milano, 1984, 10).

¹¹ Il principale profilo dei rilievi d'incostituzionalità attiene all'irragionevolezza della sanzione astrattamente predeterminata. È L. PACE, *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza costituzionale*, in [Rivista del Gruppo di Pisa](#), 18 settembre 2014, che alla nota 1 rinvia al lavoro di G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 210 e A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001, 194 e segg., ove ci si sofferma soprattutto sulla necessaria duttilità applicativa delle misure. La predeterminazione forfettizzata del risarcimento del danno sostanzia la volontà del legislatore di garantire certezza ai datori, predeterminando le conseguenze del licenziamento illegittimo, ma entra in conflitto con il parametro costituzionale dell'art.3, almeno.

¹² L. PACE, *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza costituzionale*, cit.

¹³ Nel diritto penale la ragione è chiaramente collegata a esigenze di legalità della pena. Ne offre considerazioni approfondite A. CARCANO nel suo *Automatismi: tra ragionevolezza e individualizzazione della pena*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 9 novembre 2021. Secondo l'Autore, gli automatismi integrano presunzioni *iuris et de iure* e rendono irragionevole la determinazione del trattamento sanzionatorio in base ad un meccanismo che non ammette prova contraria. Quindi, il loro impiego nel diritto sanzionatorio rischia di ledere i diritti fondamentali dell'individuo allorché impedisce ogni valutazione giudiziale dell'offensività e della pericolosità in concreto.

Preme chiarire che non si tratta di una previsione di favore verso il lavoratore, ma la valutazione precipua può dispiegare effetti anche negativi in suo capo. Si vedano, al riguardo, Cass. civ., sez. III, sentt. n. 14364 del 27 maggio 2019, n. 25211 del novembre 2014 e n. 3290 del 2013, intervenute in tema di risarcimento del danno da invalidità personale. Nelle citate pronunce, la Corte di cassazione ha chiarito che l'accertamento di postumi incidenti sulla capacità lavorativa del lavoratore non comporta forme automatiche di ristoro. Piuttosto, occorre la concreta dimostrazione che ciò si sia tradotto in una perdita effettiva di reddito, quindi in un danno economico.

un'articolazione legale mobile delle misure, che adegui il rimedio alla specie, individualizzandolo¹⁴. In tal modo, la determinazione ne diviene proporzionata, poiché il rimedio legale è parametrato dal giudice, nella sua commisurazione precipua, sia con riferimento alla vittima (cioè al danno) che in relazione all'agente (cioè alla condotta del responsabile)¹⁵.

Il dubbio d'illegittimità potrà essere sciolto di volta in volta, a condizione che, per la natura delle misure predeterminate dalla legge e per il loro esatto valore, esse appaiano ragionevolmente proporzionate rispetto a una considerazione complessiva e sistematica¹⁶.

Il concetto evocato dall'assunto appena riferito è la cd. personalizzazione del danno, dovendo il giudice modulare le tutele in modo da impedire ogni omologazione che, trattando in modo uguale situazioni eterogenee, sostanzi una violazione del principio di uguaglianza e ragionevolezza (art. 3 Cost.) con conseguenti effetti sul diritto al lavoro¹⁷. Con riguardo specifico alle tutele indennitarie in

¹⁴ Anche la dottrina affianca le proprie argomentazioni a quelle della Corte, dichiarando che è illegittima la condizione per cui la legge non lascia alcuna discrezionalità al giudice (così come quella che non individua alcun parametro-limite al suo potere): G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, 346.

¹⁵ È noto il dibattito sviluppatosi intorno alla questione dei cd. *punitive damages*, in particolare legato alla delibabilità di sentenze di condanna sovracompenso. In proposito, si distinguono in dottrina coloro per cui i rimedi civilistici assolvono una funzione esclusivamente risarcitoria e altri per i quali tali rimedi non mancherebbero di esprimere una funzione aggiuntiva, di tipo punitivo.

Chi scrive ritiene che entrambe le prospettive, vittimologica e riferita all'autore della condotta responsabile, siano sempre, contestualmente, presenti nella determinazione del *quantum* risarcitorio, benché in misura differenziata in base alla *sedes materiae*, penale o civile, e quindi alla funzione prevalente della misura, sanzionatoria o riparatoria (in senso conforme, A. CATAUDELLA, *La tutela civile della vita privata*, Milano, 1972, 68).

La considerazione del risarcimento come strumento volto unicamente a riparare il danno dimostra di sottovalutare diversi indici già ricavabili dal sistema, che mettono in evidenza come, accanto a tale funzione, il risarcimento ne espliciti sempre una ulteriore, pur eventualmente residuale: sanzionatoria.

Anche in sede civilistica, invero, sia in caso di illecito civile, i cui rimedi partecipano dei caratteri tipici della sanzione, sia con riguardo all'inadempimento contrattuale, affinché la condotta illegittima non diventi efficiente, cioè più utile per la parte che non adempie esattamente la propria obbligazione, il legislatore predispone tutele con funzione deterrente. Risolvendosi il risarcimento in una somma sconsigliata rispetto ai costi dell'inadempimento, la misura diviene una forma di pena pecuniaria e il debitore è stimolato ad adempiere con diligenza la propria prestazione *ex contractu*.

Proprio la Corte costituzionale, con la [sent. n. 125 del 2022](#) e nel caso in commento, rammenta che il regime applicabile in caso di licenziamento illegittimo dovrebbe assicurare un serio ristoro del pregiudizio arrecato al lavoratore e, al contempo, dissuadere il datore dal reiterare la condotta illecita. Se ne ricava che l'indennità guarda, da un lato, alla vittima, allorché l'irragionevolezza della misura economica è riferita all'adeguatezza del suo precipuo ristoro (e del resto la legge utilizza il termine indennità lavoristica e non il diverso indennizzo, optando perciò per una forma piena di compensazione del danno); dall'altro, la sua funzione deterrente si esprime in ottica generale e bilancia la perdita del rimedio reale per il lavoratore. *In parte qua*, la legge protegge un interesse astratto e generale, riconducibile al carattere preventivo delle sanzioni, distinto dalla misura più specificamente particolare, che è il ristoro del danno effettivamente patito dal lavoratore. La sperequazione del rapporto, congiunta allo squilibrio rimediario, viene ricondotta in bilanciamento attraverso uno spostamento dello scopo dell'indennità, il cui carattere sanzionatorio acquista, in tal caso, un rilievo più marcato rispetto alla consueta funzione compensativa del rimedio civilistico, in quanto reagisce alla violazione delle *regulae iuris* concernenti il licenziamento commessa dal datore di lavoro, eccedendo lo scopo del ritiro delle tutele del lavoratore. E del resto, in dottrina, G. SANTORO PASSARELLI nei suoi *Appunti sulla funzione delle categorie civilistiche nel diritto del lavoro dopo il Jobs Act* in [Labor](#) 1-2/2016, ci rammenta che "il diritto del lavoro si è sicuramente emancipato dal diritto civile ma non per questo cessa di considerarlo suo interlocutore privilegiato. E anzi si può dire di più, e cioè che il diritto del lavoro ha contribuito a favorire un'interpretazione costituzionalmente orientata di molte categorie del diritto civile attraverso il riconoscimento di valori come la dignità della persona e la solidarietà, la non discriminazione che ormai sicuramente permeano tutta la trama della disciplina del contratto di lavoro subordinato".

¹⁶ Si esprime in tal senso la già richiamata [Corte. cost., sent. n. 50 del 1980](#). La presunzione d'irragionevolezza degli automatismi, che indebitamente restringono la tutela di uno degli interessi in conflitto, è correlata al bilanciamento dei diritti, elemento necessario di ogni giudizio. Ne deriva che la presunzione scatta tutte le volte in cui la predeterminazione intervenga a pregiudicare uno di quei diritti, impedendo ogni bilanciamento e fatta, tuttavia, salva l'ipotesi in cui ciò avvenga in ragione di una risoluzione già compiuta a monte dalla legge per la tutela di un controinteresse prevalente (si vedano sul punto ZAGRELBESKY e MARCENÒ, *La giustizia costituzionale*, cit., 209 e seg.).

¹⁷ Dalla rilevata omologazione la Corte fa discendere l'astratta violazione del principio di eguaglianza, sancito all'art.3 Cost., colpito anche sotto specie di ragionevolezza in quanto difetta un equilibrato componimento dei diversi interessi in conflitto e della specialità dell'apparato di tutele adeguate previsto dal diritto del lavoro.

caso di licenziamenti illegittimi, la compatibilità costituzionale di un sistema che ha rinunciato a forme intense di tutela, ruotando oggi sul solo rimedio monetario, passa attraverso un bilanciamento degli interessi in conflitto volto a garantire effettività e adeguatezza all'unica protezione offerta al lavoratore: se è vero che la natura fiduciaria del rapporto nelle cd. piccole imprese impone misure di salvaguardia delle stesse da oneri eccessivi -come per esempio quelli derivabili da un ordine giudiziale di reintegrazione del lavoratore (pure ingiustamente) licenziato (Corte cost., [sentt. n. 2 del 1986, n. 189 del 1975 e n. 152 del 1975](#))- occorre, tuttavia, al contempo garantire il lavoratore affinché il suo diritto a un congruo ristoro non subisca uno sproporzionato sacrificio in ragione delle dimensioni del datore¹⁸. Dimensioni che, peraltro, ritiene la Corte, rappresentano un «dato aderente alla realtà economica di comune esperienza» (Corte cost., [sent. n. 55 del 1974](#)), ma non costituiscono un parametro certamente rispondente alla reale capacità economica dell'impresa¹⁹.

Sintetizzando, la previsione di una indennità prevista nel suo massimo, calcolata a priori, prescindendo dalle peculiarità concrete e solo parametrata al dato estrinseco delle dimensioni della azienda -*rectius*, al numero degli occupati- eccede lo scopo del regime di favore verso i piccoli datori di lavoro e fuoriesce dai limiti apposti dalla Costituzione alla potestà legislativa (in funzione di tutela individuale e di giustizia proporzionale), violando la Carta nella parte in cui manca ogni personalizzazione, con conseguente sproporzione e irragionevolezza delle misure prefissate dalla legge (art. 3 Cost.). Tanto impedisce una protezione effettiva del lavoratore, già privo in questo ambito della tutela più pregnante, quella reale²⁰.

Nella pronuncia in commento, tuttavia, come si è visto in apertura, la Corte non dichiara l'illegittimità della norma che regola l'indennità in caso di licenziamento illegittimo intimato da piccoli datori di lavoro, ma implicitamente può dirsi che la rilevi laddove evoca quanto già statuito nei propri precedenti, le sentt. [nn. 194/2018 e 150/2020](#).

Come allora, infatti, sembra mancare quel ragionevole bilanciamento degli interessi contrapposti, che sacrifica i diritti riconosciuti dalla Costituzione agli articoli 3, 4 e 35, primo comma, Cost.

Più in dettaglio, con la prima delle due pronunce, la Corte aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, comma 1, del medesimo d.lgs. n. 23 del 2015, nella parte in cui il

¹⁸ G. SANTORO-PASSARELLI, *Appunti sulla funzione delle categorie civilistiche*, cit., ci rammentava già che “è vero che il livello di tutele nel rapporto di lavoro si è attenuato. E per realizzare questo obiettivo il legislatore ha tentato di ridurre non soltanto i costi contributivi attraverso sgravi ma anche la discrezionalità del giudice per consentire all'impresa di quantificare con certezza i costi di una determinata operazione e per rafforzare la certezza del diritto nella gestione dei rapporti di lavoro, messa a dura prova quando questioni identiche sono risolte in modo diverso, se non diametralmente opposto, dalla diversa sensibilità dei singoli giudici. In realtà la discrezionalità del giudice è stata eliminata con riferimento all'indennità corrisposta in caso di licenziamento illegittimo e anche con il superamento della valutazione da parte del giudice dell'equivalenza delle mansioni ormai sostituita dal riferimento del contratto collettivo alla categoria e al livello di inquadramento. Per contro non sembra eliminata la discrezionalità del giudice quando questi debba valutare l'esigenza organizzativa che giustifica l'aver adibito il lavoratore al livello di inquadramento inferiore e neppure quando si tratti di stabilire quali siano i criteri per individuare i rapporti di collaborazione soggetti alla disciplina del lavoro subordinato”, dimostrando così come la valutazione precipua non fosse mai davvero venuta meno avuto riguardo ai licenziamenti. E, prosegue, “è vero che il diritto del lavoro attuale riconosce le ragioni dell'impresa ed è proiettato a favorire la maggiore occupazione, ma è altrettanto vero che non può disconoscere un valore importante e cioè che nel contratto di lavoro è coinvolta la persona del lavoratore e quindi deve essere garantita la sua dignità. Questo valore, consacrato anche dalla nostra Costituzione, ha giustificato in definitiva il superamento dello schema della locazione dove le energie lavorative erano prese in considerazione come bene staccato dalla persona del lavoratore”.

¹⁹ Corte cost. [sentenza n. 183 del 2022](#), al punto 5.2. del diritto.

²⁰ Come chiarisce l'art. 1, comma 7, lettera c), della legge n. 183 del 2014, la norma oggetto del sindacato costituzionale è stata adottata in ottemperanza alla delega al Governo allo scopo di “rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione, nonché per riordinare i contratti di lavoro vigenti in modo da renderli maggiormente coerenti con le attuali esigenze del contesto occupazionale e produttivo e di rendere più efficiente l'attività”. La delega parlamentare precisa che i decreti delegati avrebbero dovuto essere adottati «in coerenza con la regolazione dell'Unione europea e le convenzioni internazionali», escludendo per i licenziamenti economici la tutela reale del lavoratore; invece, fatta salva per i licenziamenti nulli, discriminatori e disciplinari ingiustificati, ma prevedendo però un indennizzo economico certo e crescente con l'anzianità di servizio, oltre a termini altrettanto certi per l'impugnazione.

meccanismo di determinazione dell'indennità «rigido e automatico» è stato ritenuto lesivo dei principi di eguaglianza e di ragionevolezza (art. 3 Cost.) e del diritto al lavoro (artt. 4 e 35 Cost.), tutelato dalla Costituzione in tutte le sue forme e applicazioni. Nella pronuncia del 2020, secondo una linea di continuità, la Corte costituzionale aveva vagliato la disciplina dell'indennità dovuta per il licenziamento affetto da vizi formali e procedurali, soffermandosi in modo più netto sul criterio rigido di determinazione dell'indennità, commisurato alla sola anzianità di servizio e oscillante tra un limite minimo di due e un insuperabile limite massimo di dodici mensilità, pervenendo alle medesime conclusioni: in tal modo, l'indennità è liquidata legalmente in modo forfettario.

Secondo la Corte, invece, a dover essere considerati sono anche altri fattori, come la diversa gravità delle violazioni ascrivibili al datore, valorizzata dalla formulazione dell'art. 18, siccome riformato nel 2012, o il numero degli occupati, le dimensioni dell'impresa, il comportamento e le condizioni delle parti²¹. In conclusione, può dirsi che la Corte costituzionale ha cristallizzato nelle citate pronunce i criteri che devono guidare il giudice nella determinazione del *quantum* compensativo: pur nel rispetto della dosimetria indennitaria sancita dalla legge, deve porre l'anzianità di servizio alla base di una più articolata valutazione in cui essa non è che uno dei molteplici indici di calcolo dell'ammontare liquidabile²². Dal sistema, infatti, si ricava che -perché la tutela offerta al lavoratore sia adeguata- concorrono a completare la ponderazione giudiziale le ulteriori particolarità del caso concreto²³.

Sembra potersi concludere che laddove una norma ai fini del calcolo dell'indennità preveda un solo parametro esclusivo, che sia il criterio dell'anzianità oppure le dimensioni di azienda, si appalesa strutturalmente inadeguata agli scopi che è chiamata a soddisfare e, per l'effetto, va dichiarata incostituzionale per violazione del principio di eguaglianza e di ragionevolezza (art. 3 Cost.)²⁴. Sicché, alla luce della digressione svolta, risulta che anche le prescrizioni normative censurate con la pronuncia in commento paiono omologare le tutele dei lavoratori, poggiandone la quantificazione su elementi financo estrinseci rispetto allo specifico rapporto di impiego di volta in volta considerato (esclusivamente il numero degli occupati dal datore) e disponendo un tetto massimo all'indennità liquidabile, mancando così l'adeguamento ai principii espressi dalla stessa Corte costituzionale nei richiamati precedenti, intervenuti proprio a fornire i criteri utili per una determinazione costituzionalmente orientata della misura.

²¹ In tali termini si esprime anche l'art. 8 della l. n. 604 del 1966, recante norme sui licenziamenti individuali. E' evidente, però, che anche la sola dimensione dell'impresa sconta i medesimi dubbi di idoneità registrati per l'anzianità di servizio.

²² Sicché, “dopo l'intervento della Corte Costituzionale la determinazione dell'indennità spettante al lavoratore ingiustamente licenziato (...) è ora (ri)affidata alla valutazione discrezionale del giudice”, M. GAMBACCIANI, *I criteri legali di determinazione delle indennità risarcitorie nei licenziamenti* in [Massimario Giurisprudenza del Lavoro](#), 2018.

²³ Similmente, invero, viene a mancare un equilibrato componimento dei diversi interessi in gioco e il rimedio previsto dalla legge non bilancia, come dovrebbe, la perdita della tutela reale del lavoratore con il corrispondente affievolimento del ristoro pecuniario previsto in caso di licenziamento viziato solo formalmente.

²⁴ Va notato che la Corte costituzionale, nelle sue valutazioni, ha assegnato rilievo alla funzione della disciplina dell'indennità nel sistema, ritenendola “(...) garanzia di fondamentali valori di civiltà giuridica”, orientati alla tutela della dignità della persona del lavoratore” (ancora [ex sent. 150 del 2020](#)) e ha dichiarato il carattere pregiudiziale della norma posta alla sua attenzione verso il diritto al lavoro, poiché lesiva degli artt. 4, primo comma, e 35, primo comma, Cost., che presidiano l'interesse del lavoratore alla stabilità dell'occupazione come luogo del pieno sviluppo della persona umana ([Corte cost., sent. n. 163 del 1983](#), punto 6 del Considerato in diritto). Anche G. SANTORO-PASSARELLI in *Spirito del diritto del lavoro* in ID., *Saggi di diritto civile*, Jovene, 1961, 1069-1076, si sofferma a considerare perfino “che il tratto distintivo rispetto agli altri contratti consiste nel fatto che il contratto di lavoro riguarda l'aver per l'imprenditore e l'essere per il lavoratore”. Sul piano internazionale, a conforto delle statuizioni della Corte, valga considerare che lo stesso Comitato europeo dei diritti sociali ha spesso richiamato congruità e adeguatezza del ristoro da garantire ai lavoratori licenziati senza valido motivo, a prescindere dalla natura formale o sostanziale del vizio. Infatti, pur potendo la loro tutela essere solo indennitaria, occorre garantire *ex lato creditoris* adeguatezza al rimedio, mentre con riguardo al debitore è prevalente un'ottica deterrente, affinché il datore si astenga da ogni forma di abuso, ritenendo il risarcimento più conveniente del rispetto del contratto di lavoro e dunque l'inadempimento efficiente.

Fermi gli analoghi contenuti di principio, però, come accennato in apertura dell'elaborato, a distinguere le citate pronunce da quella in commento sono altri aspetti. Anzitutto, con le parole della Corte si deve rilevare che, a differenza di quanto accaduto nei rammentati precedenti, nella [sent. n. 183 del 2022](#) l'analisi giudiziale non ha riguardato il criterio di computo dell'indennità, valutato per la legittimità di un calcolo svolto in base alla sola anzianità di servizio, circostanza che avrebbe certo consentito di pervenire alle medesime conclusioni del passato, con declaratoria immediata d'incostituzionalità. Piuttosto, si è domandata una ridefinizione “*in melius* per il lavoratore illegittimamente licenziato”. In difetto di soluzioni predefinite o ricavabili *aliunde* dal sistema, la ridefinizione del tetto massimo dell'indennità avrebbe però comportato un intervento dal carattere manipolativo. La lacuna che si sarebbe creata per via della declaratoria d'incostituzionalità avrebbe potuto essere colmata soltanto dal legislatore, sicché la Consulta ha adottato la soluzione della doppia pronuncia²⁵: essendosi già espressa sulla necessità di un criterio integrativo rispetto alla predeterminazione legale delle tutele, stante la necessità di modularle in concreto, ha riconosciuto le disarmonie ravvisate dal rimettente e le ha correlate, altresì, all'esiguità del delta previsto tra l'importo minimo e quello massimo liquidabile a beneficio del lavoratore²⁶.

Secondariamente, a distinguere da quello in commento gli evocati interventi della Consulta sul *Jobs Act* si pone, altresì, una ulteriore considerazione giuridica. In entrambi i precedenti, la Corte ha emanato due sentenze additive per deficit di flessibilità con delega di bilanciamento²⁷. Si tratta di una pronuncia che tiene luogo allorché la Consulta, intervenendo su un automatismo legislativo, le più volte a natura sanzionatoria, lo ritiene incostituzionale proprio in ragione della sua predeterminazione intrinsecamente irragionevole e/o per l'effetto violativo del principio di uguaglianza cui si correla la sua applicazione, con conseguente *vulnus* all'art. 3 Cost. Per l'effetto, la Corte rinvia al giudice la valutazione in concreto della misura adeguata, sganciandola dalla astratta previsione -rigida- legale e facendo sì che la pronuncia sia parametrata ad altri indici.

Per darsi pronuncia additiva per deficit di flessibilità, però, la Corte deve poter individuare nel sistema tali indici, cioè dei criteri già esistenti, ai quali riferire la valutazione dei giudici, allorché la svincola dai parametri legali. Sicché, ogni qual volta la Corte costituzionale, come è accaduto nel caso in commento, non riscontra nel tessuto normativo indici cui agganciare la valutazione giudiziale

²⁵ “6. – Si deve riconoscere, pertanto, l'effettiva sussistenza del *vulnus* denunciato dal rimettente e si deve affermare la necessità che l'ordinamento si doti di rimedi adeguati per i licenziamenti illegittimi intimati dai datori di lavoro che hanno in comune il dato numerico dei dipendenti. Al *vulnus* riscontrato, tuttavia, non può porre rimedio questa Corte. Non si ravvisa, infatti, una soluzione costituzionalmente adeguata, che possa orientare l'intervento correttivo e collocarlo entro un perimetro definito, segnato da grandezze già presenti nel sistema normativo e da punti di riferimento univoci” ([sentenza n. 183 del 2022](#)). A definire i limiti del potere di intervento della Corte è la pronuncia n. 134 del 2012, intervenuta in merito alla legittimità costituzionale dell'articolo 216, ultimo comma, del R.D. 16 marzo 1942, n. 267 (Disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa). Tale pronuncia è stata richiamata dalla [sent. n. 236 del 2016 della Corte costituzionale](#) ove, tenendo conto “della circostanza che – a tutt'oggi – il legislatore non ha provveduto a quella «riforma del sistema delle pene accessorie, che lo renda pienamente compatibile con i principi della Costituzione, ed in particolare con l'art. 27, terzo comma», auspicata da questa Corte nella [sentenza n. 134 del 2012](#)” ha stabilito che “laddove il trattamento sanzionatorio previsto dal legislatore (...) si riveli manifestamente irragionevole a causa della sua evidente sproporzione rispetto alla gravità del fatto, un intervento correttivo del giudice delle leggi è possibile a condizione che il trattamento sanzionatorio medesimo possa essere sostituito sulla base di «precisi punti di riferimento, già rinvenibili nel sistema legislativo», intesi quali «soluzioni [sanzionatorie] già esistenti, idonee a eliminare o ridurre la manifesta irragionevolezza lamentata”.

²⁶ Per completezza, si segnala che il giudice, nel calcolare l'indennità risarcitoria da illegittimo licenziamento, deve detrarre l'*aliunde perceptum e percipiendum*, ovverosia le somme che il lavoratore ha percepito altrove o che avrebbe potuto agevolmente percepire, laddove si fosse attivato, in osservanza degli oneri *ex art. 1227, comma 2, C.c.* e in applicazione del principio della *compensatio lucri cum damno*. Si esprime a sostegno del defalco dell'*aliunde perceptum* V. A. POSO in *Per determinare l'indennità risarcitoria da illegittimo licenziamento nei limiti delle dodici mensilità, con la detrazione dell'aliunde perceptum e percipiendum, è necessario «saper far di conto», secondo la Cassazione, che ci insegna come procedere correttamente*, in [Labor](#), 24 febbraio 2022, ove l'Autore evidenzia le difficoltà probatorie del datore di lavoro che fronteggiano un'ampia discrezionalità giudiziale.

²⁷ Per un approfondimento in materia si veda R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, in particolare il par. 22.

mediante la delega di bilanciamento, non v'è spazio per una additiva per deficit di flessibilità. La pronuncia integrerebbe, altrimenti, una manipolazione con ingerenza nelle riserve del potere legislativo. Pertanto, è in questi casi che la Corte ricorre al sistema *de quo*, ritenendo di non poter interferire con la discrezionalità del legislatore.

Se ne ricava, in conclusione, che sussiste un rapporto di alterità escludente tra la doppia pronuncia e l'additiva flessibilizzante.

3. Corte costituzionale e Parlamento: "io vorrei, non vorrei, ma se vuoi".

Gli approdi contenuti al termine del precedente paragrafo consentono di ampliare la riflessione spostando il ragionamento dalla *sedes materiae* lavoristica a un piano di valutazione di sistema o, per meglio dire, di politica del diritto.

Si osserva che la doppia pronuncia può creare nell'ordinamento una situazione di incertezza giuridica, contesto entro il quale si verifica il maggior sacrificio dei diritti²⁸.

Invero, sussistono due forme di doppia pronuncia. Ve n'è una, di conio più recente, in cui la Consulta, stante la necessità di un intervento manipolativo per sanare la ritenuta situazione d'incostituzionalità, sospende il giudizio e trattiene presso di sé la causa, assegnando con ordinanza di rinvio un termine al legislatore per conformarsi a Costituzione²⁹. Non a caso, tale ordinanza è stata definita "ad incostituzionalità differita"³⁰, dato che, se il legislatore manca d'intervenire entro i termini indicati dalla Corte, si perviene alla declaratoria di incostituzionalità nonostante il vuoto normativo che ciò determina.

V'è poi una seconda forma di doppia pronuncia, con monito, mediante la quale la Corte si limita ad ammonire il Parlamento, rimanendo in attesa di un intervento legislativo nella materia di cui è già stata investita. In caso contrario, ove il legislatore rimanga inerte nonostante il monito ricevuto, sarà necessario un nuovo giudizio incidentale, che consenta alla Corte costituzionale di dichiarare l'incostituzionalità senza più differimenti.

Quest'ultimo meccanismo di rinvio, adottato nella sentenza in commento, non appare atto a soddisfare le esigenze di tutela di diritti costituzionalmente rilevanti. Infatti, la norma oggetto del sindacato della Corte è ritenuta incostituzionale dall'organo a ciò deputato, ma gli effetti non ne vengono travolti e i cittadini devono continuare a soffrirne le conseguenze³¹. Al riguardo, occorre tenere conto, peraltro, dell'incoercibilità della funzione legislativa nel nostro ordinamento³², che

²⁸ Va notato, al riguardo, che l'art. 136 Cost. prende in considerazione solo l'ipotesi in cui la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge, non essendo stata concepita dai Costituenti la pronuncia temporeggiatrice della Corte (sebbene ormai si ritenga pacificamente ammissibile). La disposizione, peraltro, prosegue decisa: la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione, confermando, in tal modo, che non c'è spazio per la perduranza di situazioni di incostituzionalità una volta che la funzione di garanzia della Corte costituzionale sia stata esercitata. Dunque, l'approccio dialogico è meritorio se e solo se non implica frustrazioni eccessive dei diritti costituzionali, risolvendosi in un'adeguata soluzione di compromesso.

²⁹ Come fu nel noto caso Cappato. Per un approfondimento si rinvia ad A. RUGGERI, *La giustizia costituzionale in navigazione verso l'ignoto* in *Diritti Comparati* 2/2022, nonché ad A. CAMAIANI, *Il fine non giustifica i mezzi: la Corte costituzionale frena gli entusiasmi referendari sul fine vita, ma salva l'ordinamento da un grave vuoto sanzionatorio*, in questa *Rivista* 2022/II, 632.

³⁰ M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita* in *Questione Giustizia*, 19/11/2018.

³¹ Ciò in uno all'impossibilità per i giudici di ricorrere a un'operazione di bilanciamento in concreto, posta la rilevata alternatività tra la delega di bilanciamento e la doppia pronuncia.

³² Per non parlare della ineffettività degli strumenti di democrazia diretta, potenziali correttivi dell'inerzia legislativa, ma rimessi, altrettanto, esclusivamente all'impulso spontaneo del Parlamento.

Si sono occupati, tra gli altri, dei problemi che pone l'inerzia del legislatore, affrontando temi distinti, C. MORTATI, *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore* in *Foro Italiano*, Vol. 93, No. 9 (Sett.1970), 153/154-191/192, M. LUCIANI, *La modulazione degli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento: primi spunti per una discussione sulla Corte costituzionale degli anni novanta* in AA.VV., *Effetti temporanei delle*

rende necessario riflettere con urgenza sui rapporti tra detto sindacato della Corte costituzionale e il “silenzio inadempimento” della politica, recuperando un istituto del diritto amministrativo, cui solitamente la pronuncia con monito si accompagna³³.

Invero, l'intento dialettico della Corte costituzionale è pregevole e ispirato alle migliori prassi di leale collaborazione interorganica, notevolmente sviluppatasi con l'avvento dell'ordinamento eurounitario³⁴; senza dubbio, quindi, andrebbe incentivato come strumento di buon esercizio dei pubblici poteri, evitando per giunta complessi vuoti normativi³⁵. Tuttavia, il Parlamento, sebbene astrattamente tenuto a conformarsi immediatamente alle statuizioni costituzionalmente orientanti della Consulta³⁶, può rimanere -e rimane- inerte, anche per tempi molto lunghi, senza che si attivi alcun rimedio per i soggetti che subiscono gli effetti negativi della norma incostituzionale e senza che alcuna responsabilità possa essere, d'altro canto, eccipita contro l'organo legislativo.

Il carattere libero della funzione politica, espresso agli articoli 68, comma 1, e 122, comma 4, Cost., come tale sottratta al sindacato giurisdizionale, ha fin qui giustificato l'esclusione di qualsiasi forma di responsabilità del legislatore. La fisiologia dell'impianto democratico adottato nel nostro Paese assume per valido, pure astrattamente, il principio per cui *the king can do no wrong*. O, se anche non dovesse esser così, si tratta di un rischio che i cittadini devono assumersi per garantire alla politica di agire nella massima libertà. Per l'effetto, la categoria della responsabilità legislativa non è

sentenze della Corte Costituzionale anche con riferimento alle sentenze straniere, Milano 1989, *passim* e M. C. GRISOLIA, *Alcune osservazioni sulle sentenze “comandamento” ovvero sul potere “monitorio” della Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.* 1982, 826 ss. (tutti gli articoli raccolti nel Quaderno processuale del servizio studi della Corte costituzionale, *Le tipologie decisorie della Corte costituzionale attraverso gli scritti della dottrina*, 2016). Si veda anche M. PICCHI, *«Leale e dialettica collaborazione» fra Corte costituzionale e Parlamento: a proposito della recente ordinanza n. 207/2018 di monito al legislatore e contestuale rinvio della trattazione delle questioni di legittimità costituzionale*, in [Osservatorio sulle fonti](#), n. 3/2018. Sempre in tema di indirizzo verso il legislatore e di onere di attivazione, si consideri, infine, G. FERRI, *Abrogazione popolare e vincolo per il legislatore: il divieto di ripristino vale finché non intervenga un cambiamento del «quadro politico» o delle «circostanze di fatto»*, in questa [Rivista](#), 2012 (8.12.12.). Con riguardo al diverso tema del vincolo referendario e si segnala S. CURRERI, *Iniziativa legislativa popolare e democrazia rappresentativa parlamentare: un delicato equilibrio*, in [laCostituzione.info](#), 5 dicembre 2018, sul tema degli effetti della proposta di legge a iniziativa popolare. Sia consentito, altresì, un rinvio alle considerazioni conclusive già svolte in A. CAMAIANI, [Il fine non giustifica i mezzi](#), cit.

³³ Si pensi, invece, che in dottrina si è messo in collegamento proprio il presupposto della libertà nei fini della funzione legislativa con l'assenza di posizioni giuridiche soggettive tutelabili a fronte dell'esercizio del potere politico, dovendosi escludere forme di illecito da imputare allo Stato-persona, ai sensi dell'art. 2043 c.c. Ce lo ricorda in modo esaustivo M. CAPUTO in *La responsabilità dello Stato per attività legislativa non esiste* in [Iurisprudenzia](#).

³⁴ È noto che il cd. dialogo tra le corti è stato stimolato dalle necessità interlocutorie tra ordinamenti multilivello generatesi con l'evoluzione del diritto dell'Unione.

³⁵ Corre l'obbligo di precisare che può darsi una duplice condizione d'incostituzionalità. Ve n'è una che impone un intervento ablatorio o di modifica di una norma già vigente che disciplina una data materia e ve n'è un'altra, diversa, in cui la norma posta alla attenzione della Corte evidenzia indirettamente una lacuna normativa di per sé incostituzionale, poiché diritti riconosciuti dalla Costituzione non trovano adeguata tutela nell'ordinamento.

Nel primo caso l'intervento stimolato dalla Corte in capo al Parlamento è ablatorio, volto a rimodulare o espungere una data legge ritenuta incompatibile col dettato costituzionale. Nel secondo, invece, la pronuncia della Consulta ha un carattere, per così dire, normativizzante, nel senso che vorrebbe condurre il legislatore ad adottare una norma positiva che colmi quella lacuna in cui si sostanzia il vulnus ai diritti costituzionali (come nel caso del fine vita). Orbene, è evidente che anche in tale ipotesi, non potendosi riconoscere un potere conformativo in capo alla Corte costituzionale senza consegnarle un inammissibile ruolo politico nell'ordinamento, l'intervento della Corte si risolve interamente nella dichiaratoria d'incostituzionalità. Tuttavia, la doppia pronuncia fotografa sempre uno stato patologico dell'ordinamento da cui il legislatore è chiamato ad uscire prontamente, adeguandosi ai rilievi interlocutori formulati dalla Consulta. Pur nel libero esercizio del potere politico, il Parlamento dovrebbe rivedere il proprio operato, facendo altrettanto buona applicazione del principio di leale collaborazione tra organi costituzionali.

³⁶ Si ritiene ormai comunemente che la legge debba conformarsi a Costituzione. Per una sintesi organica sul tema della responsabilità del legislatore si veda F. CICCARIELLO, *La responsabilità del legislatore tra vecchi e nuovi miti* in [Judicium](#) 19 marzo 2018. Per un approfondimento M. RUOTOLO *Legge, diritto comunitario e responsabilità civile dello Stato*, in F. MODUGNO (a cura di), *Le trasformazioni della funzione legislativa*, Giuffrè, Milano, 1999, 377-422.

ammissibile e non è data alcuna conseguenza sanzionatoria nel caso di inveramento dell'errore, *rectius*: dell'illecito, legislativo³⁷.

A subire gli effetti di una legge incostituzionale è però l'intera platea degli individui che si trovano ad occupare il suolo dello Stato nel momento della sua vigenza, non solo cittadini. In ogni caso, è comunque possibile distinguere delle posizioni giuridiche soggettive differenziate, riconducibili a soggetti pregiudicati in modo diretto dalla situazione d'incostituzionalità rilevata ma non dichiarata; si pensi, in proposito, al soggetto portatore dell'interesse nel giudizio *a quo* da cui si origina la doppia pronuncia. Appare, pertanto, doveroso garantire tutela a queste posizioni soggettive pregiudicate, quand'anche abbiano una natura giuridica più flessibile del diritto pieno³⁸. E', perciò, preciso dovere dell'ordinamento impedire la formazione di "sacche d'irresponsabilità", a prescindere da come si determinino e dunque anche se integrino forme di responsabilità *stricto sensu* legislative; altrimenti, si validerebbe questa peculiare forma di abuso del potere, che potremmo definire "abuso democratico", poiché perpetrato dal Parlamento. Per l'effetto, la sua componente organica *pro*

³⁷ Per ragioni di spazio, non ci si sofferma sul tema della differenza tra responsabilità del legislatore nazionale per illecito costituzionale e responsabilità dello Stato per contrasto con la normativa europea, che tuttavia non sfugge. Come noto, in base ai dettami della nota sentenza *Francoovich* (cui sono seguite le ulteriori *Brasserie du pêcheur* e *Factortame III*), la norma nazionale che si pone in conflitto con il diritto dell'unione per mancato o tardivo recepimento delle Direttive dell'Unione determina la responsabilità dello Stato, tenuto quindi a riparare il danno (sul punto, *inter alios*, P. COSTANZO, L. MEZZETTI, A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, VI ed., Giappichelli, Torino, 2022, 178 ss.). La giurisprudenza nazionale ha elaborato degli indici sintomatici della sussistenza di ipotesi di responsabilità dello Stato in chiave europea, prevedendo che debba sussistere una violazione grave e manifesta del diritto dell'Unione, ricorrente allorché il grado di chiarezza e di precisione della norma nell'assegnazione di un diritto non sia revocabile in dubbio. Anche l'ampiezza della discrezionalità riservata agli Stati membri, l'intenzionalità della violazione o del danno cagionato, nonché l'inescusabilità di un eventuale errore di diritto incidono sulle valutazioni di responsabilità compiute dal giudice. Compresa, infine, la circostanza che i comportamenti adottati da un'istituzione U.E. abbiano potuto concorrere all'omissione, all'adozione o al mantenimento in vigore di provvedimenti o di prassi nazionali contrari al diritto comunitario (cfr. G. SERRA *Cenni in tema di responsabilità del legislatore per adozione di legge incostituzionale. Note a margine dell'ordinanza T.A.R. per le Marche*, in federalismi.it, 7/2022).

Per molti, in dottrina, la responsabilità del legislatore per violazione del diritto eurounitario non è riconducibile al fatto illecito, bensì all'obbligazione *ex lege* dello Stato, che si rivela sicché inadempiente, con conseguente produzione di un'obbligazione in suo capo. L'attività dello Stato, però, non sarebbe da considerare anti-giuridica e dunque la misura di riparazione avrebbe natura indennitaria e non risarcitoria.

Condivisibilmente, secondo G. DE MARZO, R. PARDOLESI, *Legislatore e licenza d'illecito*, in *Foro Italiano*, 2021, "Il paradosso per il quale la violazione del precetto eurounitario consente risposte rimediali più ampie di quelle assicurate in caso di non rispondenza della legge al precetto costituzionale, oltre a lasciare insoddisfatto il principio di non discriminazione dell'ordinamento interno rispetto a quello dell'Ue (e, infatti, vedi le considerazioni di L. VIZZONI, *L'illecito costituzionale* cit., 261, sulla scia delle riflessioni di V. ROPPO, *La responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto comunitario (con una trasgressione nel campo dell'illecito «costituzionale» del legislatore)*, in Contratto e impresa Europa, 1999, 121), contrasta in radice con le conseguenze dell'affermazione del principio democratico e dell'applicazione del principio di legalità anche allo Stato, assoggettato nello svolgimento dell'attività legislativa ai controlli di legittimità costituzionale (v. già A. PIZZORUSSO, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi in Italia*, in *Foro Italiano*, 2003, V, 175). Ne discende che lo sbandierato presupposto dell'insindacabilità degli atti normativi, se riferito all'assenza in generale di strumenti di verifica della rispondenza dell'atto avente forza e valore di legge a canoni sovraordinati, è del tutto estraneo al sistema gerarchico delle fonti vigenti a partire dall'entrata in vigore della Costituzione e alla presenza della Corte costituzionale (e ciò senza dire dei controlli operati dai giudici eurounitari e, con diversità di metodi e di strumenti formali, anche dalla Corte di Strasburgo: sul punto insiste C. PASQUINELLI, *Le leggi dannose. Percorsi della responsabilità civile fra pubblico e privato*, Torino, 2013, *passim*); se, invece, pone il problema della necessità che, nel rispetto dell'assetto costituzionale di ripartizione dei poteri, la pronuncia sulla responsabilità per l'illecito del legislatore sia preceduta dall'intervento della Corte costituzionale, opera una sovrapposizione di questioni che impone piuttosto una risposta al tema dell'ammissibilità o non del controllo diffuso di costituzionalità, entro ambiti specifici".

³⁸ Il riferimento è qui alle tesi che suffragano la responsabilità del legislatore ricorrendo all'argomento della risarcibilità dell'interesse legittimo. Si veda, *contra*, A. PIZZORUSSO, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi in Italia*, in *Foro Italiano*, 2003. Resta da chiedersi, tuttavia, *quid iuris*, allorché la norma incostituzionale afferisca all'ordinamento penitenziario o a quello penale e determini una condizione di limitazione alla libertà personale? E' evidente che in casi simili il sacrificio del diritto soggettivo non sarebbe temperato nemmeno ricorrendo alla doppia pronuncia con rinvio, attesa l'assoluta incompatibilità di norme che sacrificano l'art.13 Cost. con termini più o meno lunghi di attesa.

tempore sarebbe lasciata libera di recare danno ai cittadini -in ipotesi per l'intera durata della Legislatura- senza alcuna facoltà di stimolazione coatta, né alla presenza di strumenti giuridici deterrenti. La tutela dei diritti costituzionali sarebbe ineffettiva e lo stesso ruolo di garanzia della Consulta risulterebbe svilito al cospetto dell'assolutezza del potere dell'*organo* democratico.

Come chiarito, nel caso che ci occupa si verte in una situazione patologica, ove il Parlamento è certamente nell'errore, essendosi la Consulta già espressa sulla incompatibilità costituzionale della norma condotta alla Sua attenzione. Ancorché non l'abbia dichiarata, infatti, l'incostituzionalità della norma già vigente è stata rilevata dalla Corte, che ne ha quindi ammonito il Parlamento. Ritenere che si possa, a questo punto, accettare inerti il *n'importe quoi* dell'organo legislativo è retaggio di impostazioni illiberali dell'ordinamento e di concezioni retrograde del potere³⁹. L'avvento della Costituzione ha, invece, determinato un cambio di passo irreversibile nella concezione di tutti i poteri, financo quello espressivo della legittimazione popolare: anche la rappresentanza non è che un organo il cui operato soggiace inderogabilmente alle statuizioni della Carta costituzionale, la cui tutela è stata consegnata dai Padri costituenti alla Consulta. La discrezionalità del legislatore, cioè la funzione politica, non è perciò assoluta, ma come tutti i poteri dell'ordinamento è limitata dal proprio contrappeso, ovvero il controllo accentrato di costituzionalità⁴⁰.

L'assunto appena riferito ha trovato largo consenso nella dottrina. Alcuni ha ritenuto che stimare l'attività legislativa quale assolutamente discrezionale sia ipotesi del tutto incompatibile con gli ordinamenti a costituzione rigida o mista⁴¹; altri, invece, come soluzione al problema, ha suggerito di introdurre l'istituto dell'ottemperanza costituzionale⁴².

Dal canto suo, comprensibilmente, la giurisprudenza si è adagiata sull'orientamento consolidato, volto ad escludere la sindacabilità dell'attività e degli atti in cui si estrinseca la funzione legislativa, in ciò palesandosi l'assenza di un controllo diffuso di costituzionalità nel nostro ordinamento e dimostrando, il giudiziario, rispetto per l'altro potere dei tre, quello politico.

L'istituto giuridico che la giurisprudenza sovente richiama a conforto delle proprie tesi è la responsabilità da fatto lecito, posto che anche ove dannosa, la legge non sarebbe mai *non iure* e dunque il danno non sarebbe mai ingiusto, ma ontologicamente assorbito e giustificato in nome della libertà della funzione politica⁴³. La Corte di cassazione si spinge perfino oltre ed evidenzia che nel sistema delineato dalla Costituzione è escluso che la Carta attribuisca diritti direttamente ai singoli destinatari. Pertanto, l'eventuale violazione dei suoi parametri non ha attitudine a fondare ipotesi di

³⁹ Ha parlato di "licenza d'illecito" la dottrina con G. DE MARZO, R. PARDOLESI, cit. Per gli Autori, la versione domestica di responsabilità del legislatore appare apodittica e formale "là dove pretende di chiudere il discorso col dire che, nelle circostanze in cui si parla di illecito del legislatore, non possono ricorrere gli estremi dell'ingiustizia del danno (di «ritardo culturale quasi secolare nei confronti di altri ordinamenti europei» parla, a compasso più allargato, A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Diritto pubblico*, 2018, 132, 157). Il soggetto che subisce le conseguenze di un'attività legislativa che non doveva farsi perché contraria a un principio inderogabile subisce un pregiudizio reale: e dire che se lo deve tenere perché manca il carattere dell'ingiustizia è gioco di prestigio di gusto assai discutibile".

⁴⁰ Il tema è comunque controverso e sin dagli albori ha registrato profonde divergenze di lettura, sia tra gli interlocutori che hanno partecipato ai lavori della Costituente e, di recente, in seno alla dottrina. Per comprendere le difficoltà concettuali e applicative legate alla previsione della Corte costituzionale quale organo esclusivo deputato a valutare la legittimità della legge basta tornare indietro ai lavori della Costituente sul punto.

⁴¹ È la tesi di F. CICCARIELLO, cit., sostenuta anche da E. SCODITTI, *Il sistema multilivello di responsabilità dello Stato per mancata attuazione di direttiva comunitaria*, in *Danno e Responsabilità*, 2003.

⁴² G. GIORGINI PIGNATIELLO *ICON-S Italian Chapter Il futuro dello Stato- panel* Costituzionalismo ambientale e forma di Stato nel XXI secolo, disponibile in [Voci costituzionali](#).

⁴³ La tesi in discorso è stata confermata dalla giurisprudenza successiva della Cass. civ., Sez. III, 22 novembre 2016, n. 23730. Non si discosta da tale approccio nemmeno la giurisprudenza amministrativa, Cons. Stato, Sez. V, 15 giugno 2021, n. 4642. Tuttavia, è evidente l'errore logico: si confonde il diritto con la legge, con un atteggiamento di aperta legolatria non conforme all'impalcatura costituzionale dell'ordinamento. La Costituzione, non va dimenticato, è espressione di un diritto *super leges*, tanto che ne è fonte sopraordinata. Inoltre, un inquadramento sistematico della responsabilità da atto o fatto lecito ci consegna comunque delle forme riparative, sebbene nella forma dell'indennizzo, anziché del ristoro integrale del danno.

responsabilità legislativa da porre di fronte alla autorità giudiziaria (*sic*: Cass. civ., Sez. I, n. 39534 del 13 dicembre 2021, intervenuta sulla richiesta di risarcimento del danno per incostituzionalità della legge elettorale 21 dicembre 2005, n. 270 dopo la sentenza della [Corte costituzionale, n.1 del 13 gennaio 2014](#))⁴⁴. Tuttavia, quanto su cui si invita alla riflessione con il presente contributo, lo si ripete, non è la configurazione di ipotesi di responsabilità per mera violazione della Carta. Si ritiene, infatti, che ad essere intollerabile non sia l'“in sé” dell'incostituzionalità, rischio fisiologico nella democrazia parlamentare delineata dai Costituenti, quanto piuttosto l'inerzia del Parlamento, il quale colpevolmente lasci perdurare l'illecito costituzionale nella *certezza* della sua sussistenza⁴⁵.

Come accennato, la ragione dell'assunto è che una simile condotta può integrare una forma di abuso del potere, consistente nell'approfittamento dell'assenza di misure deterrenti (le sanzioni), anzi condizione idonea ad agevolare processi di mancata conformazione del dato legale all'ordinamento costituzionale perimetrato dalla Consulta.

L'intervento della Corte costituzionale, nel complesso dei *checks and balances*, contribuisce a regolare ordinatamente gli assetti e gli equilibri tra i poteri dell'ordinamento e tra gli organi costituzionali⁴⁶. La libertà legislativa, pure se concepita quale assoluta e inderogabile, non viene relativizzata dal sindacato di incostituzionalità, che non la erode, ma la perimetra.

La sentenza interlocutoria della Consulta definisce l'area della compatibilità costituzionale di una legge già vigente nell'ordinamento e quindi opera nel rispetto della libertà politica del Parlamento⁴⁷.

Diversamente opinando, cioè ritenendo che non sia dato ammettere alcuna capacità propulsiva o adeguatrice verso il potere politico, se ne ricava la perdita di efficacia della doppia pronuncia con mero monito, che finisce per divenire strumento deleterio per gli interessi che la Corte costituzionale è chiamata a proteggere, nella parte in cui, mantenendo in vigore una norma incostituzionale, consente la perduranza della più grave forma d'illecito, poiché *contra Constitutionem*.

In conclusione, quindi, *de iure condito*, sembra potersi individuare nella doppia pronuncia con ordinanza di rinvio una soluzione efficiente al problema dei rapporti tra libertà del Parlamento e ruolo di garanzia della Corte costituzionale: con tale sentenza si raggiunge un buon compromesso per l'adeguamento costituzionale delle leggi, pur nell'assenza di strumenti coercitivi dati alla Corte e nel rispetto della libertà legislativa che è sì assoluta, ma non senza controlli da quando la produzione positiva del diritto si esplica in un ordinamento, appunto, costituzionale.

Diversamente, la doppia pronuncia con mero monito non appare ammissibile senza criticità. Questa soluzione sarebbe significativa se venisse dotata per legge di legittimazione giuridica e di strumenti correttivi utili a conformare la volontà legislativa in caso di inerzia parlamentare, senza vanificare la dialettica tra poteri dello Stato⁴⁸. Fin tanto che così non è, però, sembra doveroso

⁴⁴ Ad argomento viene spesso addotto l'art. 7, comma 1, del c.p.a., norma che preclude qualsiasi sindacato del giudice amministrativo sugli atti politici. Anche di recente la Corte di cassazione ha ribadito l'impostazione in parola, senza però tenere in debito conto il caso peculiare della declaratoria implicita di incostituzionalità in cui si sostanzia la doppia pronuncia della Consulta. In tal caso, infatti, non si tratta delle valutazioni operate da un mero giudice sulla legge, ma dal Giudice delle leggi, che si pronuncia in funzione della tutela dei diritti costituzionali, determinando un contrappeso di civiltà giuridica al potere -libero nei fini- del legislatore.

⁴⁵ In linea con la ricostruzione offerta appare A. PIZZORUSSO, *La responsabilità dello Stato*, cit., ove l'A. Rileva che la responsabilità civile dello Stato non si determina ogni qual volta sia violata una norma costituzionale, in base a un sindacato diffuso di costituzionalità preventiva sulla Consulta. Questo rischio, come detto, è fisiologico all'esercizio democratico del potere legislativo.

⁴⁶ M. FIORAVANTI, *Il cerchio e l'ellisse. I fondamenti dello Stato costituzionale*, Laterza, 2020, 13-14; M. FIORAVANTI, *Costituzione*, Il Mulino, 1999, *passim* e, per completezza, si rinvia anche a *Passato, presente e futuro dello stato costituzionale odierno* in [Nomos](#), 2/2018.

⁴⁷ Non si tratta, infatti, di promuovere una funzione consultiva preventiva della Corte costituzionale. Nel caso della doppia pronuncia la situazione di mancata conformità alla Carta è già in atto e solo si tratta di reagire all'abuso che compie il potere politico.

⁴⁸ Sul controllo diffuso di costituzionalità, cui si collegherebbe una valutazione preliminare della Consulta sulla compatibilità costituzionale della legge si esprimono G. DE MARZO, R. PARDOLESI, cit.

rinunciare a tale dialogo interorganico⁴⁹ e ricorrere, meritoriamente, all'incostituzionalità differita. A ben guardare, siffatto schema dialogico integra di per sé un meccanismo d'induzione indiretta verso il potere politico; si tratta di un'ottemperanza autonoma realizzata dalla Corte.

4. Considerazioni conclusive

Alla luce delle considerazioni sin qui svolte, l'ennesima pronuncia in materia di Jobs Act intervenuta a riconoscere uno stato di frustrazione dell'ordine costituzionale, ci ha consegnato l'occasione paradigmatica per riflettere sulla tollerabilità dell'inerzia legislativa entro un quadro di accertata patologicità.

Come anticipato, si ritiene di poter concludere per l'insufficienza della soluzione interlocutoria pura adottata dalla Corte costituzionale: il dialogo tra organi, ove sprovvisto di correttivi, espone i cittadini al perpetrarsi delle violazioni in loro danno⁵⁰. In tal modo, infatti, si fa dipendere la protezione dei diritti da fattori casuali, come la pronta attivazione -incoercibile- dell'organo legislativo. La loro tutela, però, non può essere incerta e deve essere anzi effettiva, in omaggio al canone proprio dei sistemi di *civil law*, per cui *ibi ius, ibi remedium*.

Preferibilmente, dovrebbe quindi erodersi il dogma dell'incoercibilità della funzione legislativa, che non può sostanzarsi in un assolutismo inaccettabile.

Sebbene, in termini generali, valga il principio della libertà politica, la doppia pronuncia con monito si estrinseca in un'indicazione che la Corte offre al legislatore, orientandone costituzionalmente l'intervento (di adeguamento). Perciò, in casi simili, l'inerzia parlamentare e il mantenimento di una condizione di accertata illegittimità tengono luogo della più grave forma di responsabilità, quella dell'organo rappresentativo dei cittadini.

C'è da chiedersi, perciò, se sia davvero condivisibile sostenere l'inammissibilità concettuale della responsabilità del legislatore almeno in detto caso di palese non curanza dell'incostituzionalità rilevata⁵¹. Laddove, invece, si dovesse continuare a ritenere incoercibile, sia in forme dirette che indirette, la volontà legislativa (e non data alcuna forma di responsabilità dello Stato-legislatore), si deve concludere che la soluzione dialettica individuata dalla Corte costituzionale sembra possibile solo allorché si realizzi mediante la tecnica del rinvio, meritevole per garantire la certezza del diritto, individuando un limite temporale all'inattività del Parlamento.

Anche nel caso del licenziamento illegittimo realizzato da un piccolo datore, si osserva che la decisione della Corte dispiega un effetto conformativo a cui, pur potendo scegliere tra una pluralità di soluzioni, il legislatore è ipoteticamente tenuto ad adeguarsi o comunque a dar conto ai cittadini di *tentare* un adeguamento. Del resto, la Corte ha già chiarito che è doveroso operare anche in astratto un prudente bilanciamento tra gli interessi costituzionali coinvolti dal fenomeno del licenziamento,

⁴⁹ Allo stato, l'impegno costruttivo della Consulta, attuato in omaggio alle migliori prassi istituzionali e a tutela della libertà politica del legislatore, rischia di determinare effetti negativi, agevolando la permanenza dell'illecito costituzionale. Sicché, occorre porre rimedio alla situazione descritta, non essendo tollerabile una attesa perpetua, celata dietro difficoltà politiche, organizzative o governative, che certo non giustifica un ritardo nella riparazione di una condizione di incostituzionalità. Esattamente come non lo giustifica una buona prassi interorganica.

⁵⁰ In proposito, pur con la sostanziale differenza della necessità di un intervento attivo del legislatore, chiamato in quel caso a legiferare nella materia del fine vita, basti pensare a quanto avvenuto su quel fronte. Si vedano, al riguardo, le recenti pronunce della Corte costituzionale, [sent. n. 242 del 2019](#) e [ord. n. 217 del 2018](#).

⁵¹ E non, quindi, nel caso di una incostituzionalità motivata in forza di un vuoto normativo da colmare mediante un'azione politica positiva (come in materia di fine vita). Per G. DE MARZO, R. PARDOLESI, cit., di fronte a casi di illegittimità accertata del potere normativo, la questione impellente non attiene all'*an* della responsabilità, che è certa, ma alla definizione del suo *quomodo*, dovendocisi interrogare sui criteri d'imputazione soggettiva della responsabilità e selezionare gli interessi da proteggere, poiché incisi dall'illegittimità dell'atto normativo primario. Ciò in quanto il dogma dell'insindacabilità degli atti politici "una volta tratto dalle secche di una precomprensione del sistema priva di fondamento e ricondotto nell'alveo (e nei limiti) del controllo sulla legittimità delle leggi, appare un simulacro che serve solo a nascondere il vero problema: quello dei modi e delle conseguenze del controllo stesso".

garantendo soddisfazione sia al datore - uniformità di trattamento e prevedibilità dei costi del licenziamento - che al lavoratore - ristoro adeguato, proporzionato alle particolarità del caso concreto⁵². Tuttavia, in concreto, il ricorso al monito non garantisce che il diritto al lavoro ritrovi una pronta dimensione di costituzionalità nell'ordinamento, il che pare confliggere con la sua natura di diritto fondamentale e, specialmente, con la qualità di sostrato fondativo della stessa impalcatura costituzionale (la Repubblica è fondata sul lavoro) che detiene.

Tale circostanza, invero, dovrebbe impedire anche la sola assunzione del rischio di un mancato o tardivo intervento parlamentare in materia. Dunque, l'esempio recato dalla pronuncia in commento si rivela emblematico per concludere le riflessioni oggetto di questo scritto a sostegno della necessità di dismettere l'approccio dialogico mero con il potere politico, ovvero di individuare criteri correttivi dell'inerzia legislativa, dovendosi preferire l'ordinanza a incostituzionalità differita, che consente di soddisfare le esigenze di certezza del diritto.

Sembra comunque opportuno avviare con prontezza una riflessione seria sugli strumenti propulsivi dell'attività legislativa, tenendo in debito conto, al contempo, che la volontà di rispettare le competenze e di salvaguardare i rapporti interorganici trova un limite assoluto nel *vulnus* ai diritti fondamentali delle persone; limite che, di preferenza e in assenza di una disciplina *ad hoc*, deve fare propendere per la rimozione immediata dell'incostituzionalità dall'ordinamento.

⁵² Per un approfondimento di specie si veda R. BIN, *Ragionevolezza e bilanciamento nella giurisprudenza costituzionale (con particolare attenzione alle più recenti sentenze in tema di licenziamento illegittimo)*, in *Lo Stato*, 2022 (in corso di pubblicazione).

Agatino Cariola

Il tempo del processo tra giudici *a quibus* e Corte costituzionale: una proposta*

ABSTRACT: *Proceeding from the fact that the times of the trials are defined by the same judges, including the Constitutional Court, a constitutional law is proposed that allows the same judge to ask the Constitutional Court to assess the urgency of the question of legitimacy; however, it is noted that the referring court could already inform the Constitutional Court today of the need to give a resolution to the dispute soon.*

SOMMARIO: 1. Il ruolo dei giudici nella definizione dei tempi del processo. – 2. I tempi del processo eurounitario. – 3. I tempi del processo costituzionale. – 4. (*segue*). La richiesta alla Corte di valutare l'urgenza di definire la questione di legittimità.

1. *Il ruolo dei giudici nella definizione dei tempi del processo.*

I tempi dei processi sono definiti in tutti i campi dai giudici, ed in fondo senza regole se non quelle del buon senso e del generale principio di correttezza, che nel campo della funzione giurisdizionale si identifica a tutto tondo con la consapevolezza del fatto di agire in maniera impersonale ad esprimere la volontà del potere pubblico per eccellenza, lo Stato.

L'indicazione ad opera delle parti private dei tempi iniziali del processo civile ed amministrativo è, per l'appunto, solo un'indicazione subito riassorbita nel potere del giudice di "organizzare la propria agenda" e quindi di calendarizzare il processo sulla base di esigenze che si assumono oggettive, quali il carico di lavoro, ma che non escludono di dare rilievo al merito degli interessi coinvolti e, quindi, ad accelerare ovvero a ritardare la definizione della controversia rispetto ad altre ritenute di più urgente decisione.

Già, il merito della vicenda: non è irragionevole un sistema che privilegi anziché il mero ordine cronologico di introduzione dei giudizi la considerazione degli interessi fatti valere e su tale dato assegni priorità ad una vicenda rispetto ad altre. In campo penale ciò è, anzi, divenuto la regola, giacché i codici di preferenza nella trattazione degli affari sono ormai accettati e praticati (ad esempio la l. n. 69/2019 ha inteso accelerare talune azioni per la tutela delle vittime di violenza domestica e di genere). Il processo amministrativo conosce una varietà di riti talvolta difficile da dominare. Negli altri settori del diritto operazioni di tal tipo, volte cioè a fissare priorità nelle trattazioni di talune vicende, si fanno pure, ma senza particolari tipizzazioni. Può dirsi che tutto ciò è lasciato al senso di responsabilità dei giudici (e dei capi degli uffici). E tali criteri temporali – se adottati – sono pure riservati spesso al solo corpo magistratuale, difficilmente pubblicati, di fatto ignorati dagli altri operatori giuridici, ad iniziare dagli avvocati i quali pure sono interessati alla loro adozione. Alla fine nessuno è responsabile in positivo per aver deciso in maniera rapida una controversia di particolare rilievo sociale; ovvero, al contrario, nessuno risponde del fatto di aver dilatato i tempi di definizione di una vicenda che pure meritava maggiore sollecitudine.

2. *I tempi del processo eurounitario-*

Il modello di processo avanti la Corte di giustizia dell'Unione europea per la decisione sulle questioni pregiudiziali vede la sua differenziazione in una complessa tipologia anche a seguito dell'assegnazione della questione ad una ovvero ad un'altra sezione (art. 60 Regolamento CGUE). Vorrei qui segnalare le previsioni degli artt. 105 e 107 del medesimo Regolamento, adottate alla



stregua dell'art. 23-*bis* dello Statuto, ed a norma dei quali i giudici remittenti possono chiedere il procedimento accelerato «*quando la natura della causa richiede un suo rapido trattamento*», ed il procedimento d'urgenza nei settori previsti dalla parte terza del TFUE, sulla base di comprovate ragioni indicate dal giudice *a quo* cui spetta anche prospettare la possibile soluzione a definizione della questione pregiudiziale sollevata.

Nel giudizio che si svolge dinanzi la CGUE tali previsioni sono contenute nel Regolamento adottato dalla stessa Corte a norma dell'art. 253 TFUE. La loro applicazione comporta tempi più rapidi per la definizione del giudizio rispetto al rito ordinario.

Ad esempio Cass. sezz. un. n. 19598/2020, a proposito dell'estensione del sindacato del giudice della giurisdizione sull'applicazione del diritto eurounitario da parte del giudice amministrativo, ha invocato l'art. 105 Regolamento CGUE ed ha richiesto la definizione delle questioni pregiudiziali sollevate in via accelerata. Ma va riconosciuto che i giudici del rinvio non abusano della facoltà pur loro attribuita.

3. I tempi del processo costituzionale.

Se si considera il processo costituzionale italiano, l'attenzione è subito rivolta alle fonti di disciplina in quel groviglio normativo che sembra ormai marcato da ciò che potrebbe definirsi la fungibilità di fonti diverse: dalla legge costituzionale voluta dall'art. 137 Cost. per stabilire condizioni, forme e termini di proponibilità dei giudizi di legittimità (espressioni che, cumulate tra loro, dovrebbero comprendere anche i tempi del processo); alla legge n. 87/1953, presupposta e giustificata dalla l. cost. n. 1/1953; alle modificazioni della stessa ad opera del legislatore ordinario, sebbene possano nutrirsi dubbi sulla loro coerenza rispetto alla riserva di legge costituzionale dell'art. 137 Cost., almeno per le parti che non sono specificazioni di principi processuali di carattere generale. Le Norme integrative della Corte costituzionale hanno di fatto ridisegnato il processo costituzionale: le loro recenti modifiche (ad esempio, l'ammissione degli *amici curiae* e degli esperti) testimonia di una tendenza della stessa Corte costituzionale ad affermare una sua competenza assai forte in una materia che dall'organizzazione arriva all'attività processuale.

La tendenza dei giudici a stabilire le regole del procedimento che si svolge davanti a loro è, invero, assai generale e ad ogni angolo si vedono fiorire decreti e protocolli sui criteri di redazione delle domande giudiziali e sui limiti anche quantitativi degli atti processuali: da orientamenti per la redazione degli atti, tali criteri divengono poi di fatto canoni di ammissibilità della stessa domanda, in un anomalo restringimento della tutela giurisdizionale ed in violazione della riserva di legge che assiste la disciplina degli strumenti e delle condizioni di accesso alla tutela giurisdizionale. Non può essere il giudice *ad quem* – qualunque esso sia – a stabilire le regole di accesso alla giustizia: questo è per definizione compito della legge, che se non è più espressione della volontà generale è almeno adottata all'esito di un procedimento che consente di parteciparvi ai rappresentanti del corpo sociale. Il processo è per definizione un fatto sociale e questo vale anche per la disciplina delle sue fonti, oltre che per l'interesse sociale da annettere al suo svolgersi ed al suo esito. Ciò vale anche per il giudizio costituzionale.

4. (segue). La richiesta alla Corte di valutare l'urgenza di definire la questione di legittimità.

La proposta che qui vorrei fare è però su altro piano e si direbbe di carattere contenutistico: le questioni che arrivano alla Corte costituzionale non sono tutte uguali; alcune hanno un rilievo sociale e politico, nonché economico (si pensi agli effetti dell'[ordinanza 17/2019](#) nel momento in cui si definiva la politica economica di quell'anno) più intenso che altre; il che fa assumere ad esse un'importanza assolutamente diversificata.

Ora, i tempi del processo costituzionale sono indicati dall'art. 9 della l. cost. n. 1/1953, dagli artt.

25, 26 e 35 della legge n. 87/1953 e dalle corrispondenti disposizioni delle Norme integrative, senza operare alcuna differenza tra le vicende e assegnando di fatto al presidente ogni potere in ordine alla loro calendarizzazione, e senza alcuna discussione pubblica – o almeno un minimo di confronto – sulle scelte adottate.

Gli artt. 105 e 107 del regolamento CGUE assegnano ai giudici del rinvio la possibilità di interloquire con il medesimo Tribunale del Lussemburgo in ordine ai tempi e alla procedura del giudizio: una semplice richiesta, ovviamente non vincolante, epperò significativa del fatto che, nel momento in cui solleva una questione pregiudiziale, il giudice *a quo* si fa attore in senso sostanziale, cioè si fa latore di una istanza avvertita nell'ordinamento sociale prim'ancora che in quello giuridico.

Queste norme esprimono in fondo un'esigenza di socializzazione del giudizio avanti la Corte di giustizia. Tempi e procedure non sono esclusivo appannaggio del giudice *ad quem*, ma sono anche istanze che muovono dalle attese di soggetti occupati a definire controversie alla stregua dei valori fondanti dell'ordinamento, ad iniziare appunto dai giudici *a quibus*. Per questo l'introduzione nel giudizio costituzionale italiano della possibilità del giudice del rinvio di segnalare alla Corte l'urgenza di definire una controversia non sembra affatto peregrina.

Sempre per continuare nella riflessione, e quasi riandando alla contrapposizione tra sindacato accentrato e diffuso in ordine al giudizio di legittimità costituzionale (ma lo stesso vale per il modello accolto in ambito europeo), la soluzione di assegnare ad un giudice specializzato la competenza a verificare il contrasto della legislazione ordinaria con i valori espressi da una normazione di grado superiore, si giustifica per la particolare legittimazione del giudice unico (in qualche maniera per il principio di autorità che lo assiste), ma anche per la sensibilità culturale che gli si riconosce e che si tenta di coltivare ed anche di estendere. Tale cultura non può essere esclusiva di un soggetto, ma va per definizione sviluppata a tutti i livelli ed in tutte le direzioni: presso il corpo sociale, giacché i valori espressi nella Carta costituzionale sono per definizione patrimonio civico; e presso i giudici comuni, i quali sono i vettori delle istanze sociali verso un giudice costituzionale che sempre più spesso è chiamato a comporre direttamente, senza la mediazione legislativa. Ciò si riflette sul processo: anche questo è un fatto sociale e culturale (non è un caso che molti capolavori letterari, dal processo ad Antigone a quello a Gesù, hanno utilizzato la dinamica processuale per descrivere la condizione umana; e lo stesso è a dire per le rappresentazioni teatrali e cinematografiche). Anzi, il processo è uno di quegli strumenti a mezzo dei quali si partecipa all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese. L'art. 3, comma 2, Cost. segna e qualifica l'intero ordinamento, comprese le dinamiche processuali.

La via maestra per introdurre la possibilità del giudice *a quo* di richiedere alla Corte costituzionale di valutare l'urgenza di definire la questione di legittimità è senza dubbio quella legislativa, anzi quella della legge costituzionale *ex art.* 137, comma 1, Cost., specie se a siffatta richiesta si riconnettessero conseguenze sulle scelte della stessa Corte, come sarebbe ad esempio se si introducessero riti diversi.

Ma se si pone l'accento solo sul fatto del giudice *a quo* che solleva dinanzi alla Corte costituzionale soprattutto una questione di ordine culturale ed invoca una risposta, che quindi richiama l'attenzione sui tempi del processo, ma non per questo incide sull'organizzazione dei lavori della Corte, risolvendosi la sua richiesta in un mero invito, non si vede perché sin d'oggi il giudice *a quo* non possa informare la Corte della necessità di dare presto definizione alla controversia di ordine costituzionale e segnalarle l'opportunità di fissare in tempi rapidi l'udienza per la trattazione della questione.

La definizione dei tempi del processo cesserebbe di essere così affidata solo ai poteri del presidente, e diverrebbe quasi il "primo" problema che il giudice costituzionale (alla fine nella sede collegiale, anche solo quando sono rese esplicite le scelte presidenziali) dovrebbe affrontare.

Antonio Ruggeri

Teoria delle fonti *versus* teoria dei diritti fondamentali?

(Oscillazioni e aporie di una ricostruzione ordinamentale internamente sfilacciata)*

ABSTRACT: *The contribution highlights that the reconstructive results achieved by the theory of sources adopted by current doctrine and jurisprudence appear unrelated to those achieved by the theory of fundamental rights. This is confirmed by the solutions now established in terms of limits to the constitutional revision and relations between legal systems, as well as by the same methods of functioning of the criteria for ordering the sources: all solutions that do not seem to take into account the need to guarantee the optimal protection of fundamental rights.*


SOMMARIO: 1. La necessità di tornare a ripensare ai più salienti esiti della teoria delle fonti, riconsiderandoli alla luce della teoria dei diritti fondamentali, e la verifica di quest'assunto in relazione all'annosa questione dei limiti alla revisione costituzionale. – 2. Il dubbio significato del riferimento agli obblighi internazionali e comunitari, di cui all'art. 117, I c., Cost., le aporie esibite dalla ricostruzione dei rapporti interordinamentali operata dalla giurisprudenza costituzionale e le soluzioni astrattamente praticabili al fine di porvi rimedio. – 3. La osservazione di alcune dinamiche della normazione di diritto interno e la critica riconsiderazione dei criteri ordinatori delle fonti alla luce di una teoria delle norme assiologicamente ispirata. – 4. Fonti e norme in circolo (in ispecie, i ruoli giocati da legislatore e giudici sul terreno della salvaguardia dei diritti fondamentali, secondo modello e secondo esperienza).

1. *La necessità di tornare a ripensare ai più salienti esiti della teoria delle fonti, riconsiderandoli alla luce della teoria dei diritti fondamentali, e la verifica di quest'assunto in relazione all'annosa questione dei limiti alla revisione costituzionale*

Per strano che possa sembrare, persistono ad oltre settant'anni dalla entrata in vigore della Carta repubblicana e sessantacinque dall'avvio delle esperienze di giustizia costituzionale talune oscillazioni nella ricostruzione corrente dell'ordine delle fonti che si presenta internamente sfilacciata e – ciò che maggiormente importa ai fini della riflessione che si va ora facendo – discosta dal modo d'intendere i diritti fondamentali e di assicurarne l'ottimale appagamento, alle condizioni oggettive di contesto.

La teoria delle fonti e la teoria dei diritti, insomma, seguitano ad essere fatte oggetto di continue rielaborazioni come se appartenessero a “mondi” separati, ovverosia come se coloro che ne danno la rappresentazione parlassero lingue diverse, senza riuscire a comunicare con profitto tra di loro. La cosa singolare è che persino quanti hanno coltivato (e coltivano) entrambi gli ambiti in parola, offrendo contributi di considerevole rilievo, sembrano non avvedersi del carattere slegato e persino contraddittorio degli esiti ricostruttivi raggiunti battendo il primo versante di ricerca rispetto a quelli conseguiti nel secondo.

È interessante notare che, al fondo di questo stato di cose, stanno insuperate incertezze riguardanti la teoria della Costituzione, il modo con cui essa fonda ed illumina le teorie restanti, orientandone dunque i più salienti svolgimenti.

*  Lo scritto riprende, con ulteriori integrazioni e svolgimenti argomentativi, talune indicazioni esposte in occasione di un ciclo di Seminari tenuti presso l'Università di Palermo dal 7 al 10 novembre 2022, in parte già anticipate nel corso di una lezione svolta nell'Università di Bari il 19 ottobre scorso. Rinnovo il mio grazie di cuore agli amici e colleghi G. Verde, P. Logroscino e N. Pignatelli per l'opportunità che a quattro anni dal mio pensionamento mi è stata data di tornare a fare didattica ed a confrontarmi con gli studenti, nei cui riguardi mi sono sempre sentito (e ancora oggi mi sento) particolarmente debitore per il calore umano dimostratomi e i non pochi spunti di riflessione offertimi, dei quali in particolare in questo scritto mi sono sforzato di tenere conto.

L'essenza della Costituzione, negli ordinamenti di tradizioni liberali, è data – come si sa – dal riconoscimento dei diritti fondamentali e da un certo modo complessivo di organizzare i pubblici poteri e di spartire la sovranità, sì da non pregiudicare (e, anzi, da assicurare *magis ut valeat*) la salvaguardia dei diritti stessi. È allora chiaro che l'ordine delle fonti va pensato alla luce di quest'autentico, irrinunciabile e particolarmente qualificante, preorientamento metodico-assiologico, in funzione cioè della massima tutela dei diritti in concreto raggiungibile.

Non sembra però che le cose nella pratica stiano davvero così.

Si consideri, ad es., il modo con cui la più accreditata dottrina intende i limiti alla revisione costituzionale, nonché il modo con cui quest'ultima è stata messa in atto in talune circostanze: un modo che disvela una duplice aporia di ordine metodico-teorico.

Per un verso, si rende infatti palese lo scollamento tra la ricostruzione al riguardo invalsa¹ e quella riguardante l'intero sistema delle fonti². La prima è, infatti, ambientata ad un piano assiologico-sostanziale, distinguendosi tra norma e norma della Costituzione e, a seconda che siano o no espressive di principi fondamentali, considerandosi ora sottratte ed ora disponibili ad innovazioni operate a mezzo delle procedure di cui all'art. 138. La seconda, di contro, pur esibendo al proprio interno talune tracce di sostanziale fattura, di cui si dirà a momenti, appare ancora oggi essenzialmente ispirata ad un orientamento metodico di stampo formale-astratto, assumendosi infatti che ciascuna fonte (o specie di fonte), per il procedimento col quale viene alla luce, detenga stabilmente un certo "posto" nel sistema, invariante pur nel variare dei contenuti contingentemente posseduti e dei modi del loro riportarsi ai valori fondamentali positivizzati.

Non ci si avvede tuttavia, così ragionando, che viene a conti fatti svuotata della sua essenza proprio la teoria dei limiti alla revisione, sol che si ammetta – come deve – che gli enunciati espressivi dei principi fondamentali dell'ordinamento si connotano per il linguaggio a maglie larghe (e persino larghissime) dagli stessi esibito³ e richiedono dunque, per loro natura, di essere specificati ed attuati da altri disposti normativi, in seno alla stessa Carta in primo luogo e, quindi, fuori di essa (con legge ed altri atti ancora). Ed è allora di tutta evidenza che, pur non toccandosi il testo costituzionale nella parte in cui specificamente si riferisce ai principi, ugualmente questi ultimi potrebbero essere messi sotto *stress* o, diciamo pure, fatti oggetto di attacchi subdolamente ad essi mossi da pratiche di normazione che si indirizzino avverso norme serventi i principi stessi, che di conseguenza risultino svuotati, in maggiore o minore misura, della loro *vis* prescrittiva e capacità di pervasione nei riguardi dell'intero ordinamento. Per questo verso, una fonte primaria contenente norme volte ad assicurare l'ottimale implementazione dei principi nell'esperienza potrebbe resistere persino ad innovazioni venute da leggi costituzionali: un esito incomprensibile alla luce dell'usuale inquadramento

¹ Oramai superata – a quanto pare, definitivamente – dalla comune dottrina e dalla giurisprudenza corrente la tesi, pur finemente argomentata (specie da P. Biscaretti di Ruffia) ma viziata da palese astrattismo, volta ad escludere la esistenza di limite alcuno alle innovazioni costituzionali, persino di quello espressamente previsto nell'art. 139 e, per la lettura più accreditata, nell'art. 2 [si è tornati a dibattere dei limiti in parola nel corso del convegno del Gruppo di Pisa svoltosi a Catanzaro l'8 e il 9 giugno 2018 su *Alla prova della revisione. Settanta anni di rigidità costituzionale*, a cura di U. Adamo - R. Caridà - A. Lollo - A. Morelli - V. Pupo, Editoriale Scientifica, Napoli 2019; v., inoltre, M. CALAMO SPECCHIA, *La Costituzione tra potere costituente e mutamenti costituzionali*, in *Rivista AIC*, 1/2020, 17 febbraio 2020, 266 ss., e M. CAVINO, *Ordinamento giuridico e sistema delle fonti*, in *Trattato di diritto costituzionale italiano*, diretto da M. Cavino e L. Imarisio, I, Editoriale Scientifica, Napoli 2021, 154 ss.].

² Riprendo qui con ulteriori svolgimenti una indicazione già in altri luoghi fatta [part., nel mio *Teoria della Costituzione, teoria dei diritti fondamentali, teoria delle fonti: una e trina*, in *Diritti Comparati*, 3/2021, 16 settembre 2021, 60 ss., spec. 74 ss.].

³ Sul linguaggio costituzionale, v., almeno, G. SILVESTRI, *Linguaggio della Costituzione e linguaggio giuridico: un rapporto complesso*, in *Quad. cost.*, 2/1989, 229 ss.; AA.VV., *La lingua dei giuristi*, a cura di P. Caretti e R. Romboli, Pisa University Plus, Pisa 2016; B. BARBISAN, *La più bella del mondo? Leggibilità e concretezza della Costituzione italiana*, in *Rivista AIC*, 2/2022, 8 giugno 2022, 142 ss. e, nella stessa *Rivista*, J. VISCONTI, *La lingua della Costituzione tra lessico e testualità*, 3/2022, 29 agosto 2022, 110 ss., nonché, ora, i contributi al convegno dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti su *Lingua linguaggi diritti*, Messina-Taormina 27-29 ottobre 2022, al sito web dell'[AIC](#).

d'ispirazione formale-astratta del sistema e delle dinamiche che lo attraversano e connotano ed invece in tutto apprezzabile in prospettiva assiologico-sostanziale.

Prestare attenzione unicamente agli enunciati espressamente innovati ed ai “luoghi” in cui essi si situano rischia, dunque, di condurre non di rado a ricostruzioni distorsive e fuorvianti.

Si aggiunga a ciò la gracilità teorica della opinione corrente che vorrebbe sottratti a revisione i soli principi fondamentali.

In primo luogo, va considerato che non è del tutto sicuro quali essi siano, sol che si pensi che il criterio dell'autoqualificazione va pur sempre incontro a limiti evidenti di rendimento. D'altro canto, una volta stabilito quali essi sono, la loro concreta conformazione non può che rimandare – a me pare – al modo o ai modi con cui ciascuno di essi vive nell'esperienza, affermandosi e permeando di sé l'intero ordinamento, del quale appunto si pone, per la sua parte, quale “fondamento” (nella ristretta e propria accezione del termine).

Se ne ha che la determinazione dei principi in parola resta, a conti fatti, rimessa a *consuetudini culturali* di riconoscimento diffuse e profondamente radicate nel corpo sociale e rese palesi da atti e comportamenti ad esse conseguenti sia dei suoi componenti che degli operatori istituzionali. Un indice esteriore particolarmente attendibile del loro retto disvelamento è dato dal principio di fedeltà alla Repubblica, nel suo fare tutt'uno con il dovere di osservanza della Costituzione, entrambi, nella loro più genuina e qualificante espressione, ponendosi quale adesione e servizio prestato ai principi in parola⁴.

Se, poi, si conviene a riguardo del fatto che non sono soggette ad innovazioni (o, meglio, come subito si dirà, a *talune* innovazioni) altresì le norme della Carta (e – come si diceva – altre norme ancora) giudicate idonee a dare la *prima, diretta e necessaria* specificazione-attuazione ai principi, si pone la micidiale questione riguardante la loro individuazione, tanto più che verrebbe subito da obiettare che, in buona sostanza, *tutti* (o quasi...) gli enunciati della Carta, per il solo fatto appunto di figurare in quest'ultima, sono stati evidentemente ritenuti necessari allo scopo. È vero, tuttavia, che l'*original intent*, per rilevante che sia, non appare essere risolutivo⁵ e che la Carta, col fatto stesso di prevedere le procedure di cui all'art. 138, ha ammesso tanto la eventualità di originarie lacune e carenze in genere⁶ quanto l'altra che esse possano sopravvenire per effetto di mutamenti del contesto, sì da richiedere di essere sollecitamente e congruamente colmate⁷. Certo si è, ad ogni buon conto, che

⁴ Sulla fedeltà alla Repubblica, dopo i noti contributi di G. Lombardi e L. Ventura, v., part., gli studi di A. MORELLI, tra i quali il noto saggio monografico *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Giuffrè, Milano 2013.

⁵ Punti di vista di vario segno al riguardo, ora, nel confronto ospitato dal sito *web* dell'[AIC](#) su *Originalismo e Costituzione*; adde M. LUCIANI, *Itinerari costituzionali della memoria*, in [Rivista AIC](#), 4/2022, 9 novembre 2022, 80 ss., spec. 115 ss.

⁶ Una eventualità questa – è appena il caso qui di esplicitare – che è pur sempre da mettere in conto, salvo a ritenere che, per il mero fatto di essere espressione immediata e genuina del potere costituente, la Costituzione sia perfetta in sé e per sé e, dunque, esente da menda alcuna, perlomeno in relazione al contesto storico-politico in cui è maturata la sua formazione. Malgrado l'idea risalente (e, per vero, ancora oggi accreditata) del potere costituente come onnipotente e illimitato, l'immagine mitica o sacrale della Costituzione da quella linearmente discendente si confuta da sé, sol che si ammetta – come devesi – che dal contesto suddetto hanno origine vincoli dalla varia natura e intensità condizionanti la stesura della Carta, di cui dunque portano traccia i suoi singoli enunciati (specie alcuni, a partire da quelli espressivi dei principi fondamentali) come pure la Carta stessa nella sua interezza. Le plurime, continue e non di rado defatiganti mediazioni intercorse tra le forze politiche rappresentate alla Costituente – proiezione immediata e diretta della loro diversa ispirazione ideologica – hanno, dunque, comportato il costo di lacune, in alcuni punti vistose, in aggiunta a vuoti costituzionali pienamente giustificati, in quanto coerenti con la natura dell'atto fondativo della Repubblica e, in special modo, con il riconoscimento del valore del pluralismo in esso riconosciuto, da cui trae alimento l'autodeterminazione delle formazioni sociali in ambiti materiali ad esse esclusivamente rimessi [ragguagli sul punto, ora, nel mio *Il “non normato” costituzionale e le sue specie*, in [Rivista del Gruppo di Pisa](#), 3/2022, 10 ottobre 2022, 37 ss.].

⁷ Si pone al riguardo la formidabile questione teorica relativa a ciò che, in sé e per sé, attiene alla materia costituzionale, sì da richiedere di essere fatto oggetto di una prima, essenziale disciplina con fonte parimenti costituzionale [in tema, se si vuole, può vedersi il mio *La “materia” costituzionale, i modi della sua trattazione manualistica, i segni lasciati dal contesto politico-istituzionale sull'una e sugli altri (profili storico-teorici)*, in AA.VV., *I generi letterari della storiografia giuridica. La produzione didattica negli ultimi due secoli (manuali, trattati, corsi e prolusioni)*, a cura di A. Lovato,

il limite alla revisione parrebbe non appuntarsi esclusivamente sui primi dodici articoli ma portarsi anche oltre l'*hortus conclusus* dagli stessi segnato, senza che nondimeno sia chiaro quale ne sia il confine.

Per un altro verso, gli stessi enunciati iniziali della Carta – come si è tentato di argomentare altrove⁸ – non soltanto possono ma, di più, *devono* prestarsi a costituire oggetto di revisione, laddove ricorrano condizioni di contesto che di quest'ultima consiglino (e anzi impongano) la messa in atto, allo specifico fine di mantenere inalterata la *vis* prescrittiva degli enunciati stessi e la loro capacità di pervasione nei riguardi dell'intero ordinamento. D'altronde, la recente modifica degli artt. 9 e 41 ne rende una inequivoca, particolarmente attendibile testimonianza⁹.

Il vero è che la teoria dei limiti alla revisione, nella sua scheletrica formulazione, appare essa stessa afflitta da un pregiudizio di natura formale-astratta¹⁰ e richiede pertanto di essere riconsiderata alla luce di una visione complessiva della Costituzione come “sistema” di valori positivizzati in funzione della salvaguardia dei diritti fondamentali, corredati da regole essenziali di distribuzione del potere tra più centri istituzionali, al servizio dei diritti stessi¹¹. Se ne ha che dovrebbe ammettersi ogni innovazione normativa, quale che ne sia l'oggetto, interno ovvero esterno alla Carta, che appaia idonea ad assicurare la promozione dei valori stessi e il loro ottimale invero nell'esperienza, restando dunque precluse le sole modifiche *in peius*, che comportino un indebito sacrificio dei valori, con riflessi immediati – per ciò che è qui di specifico rilievo – per la salvaguardia dei diritti fondamentali¹².

Come si viene dicendo, il punto privilegiato di osservazione di ogni dinamica della normazione è (e resta), infatti, quello dei diritti fondamentali, dovendosi l'operatore ogni volta chiedersi cosa ne sia di questi ultimi, se ne abbiano cioè un beneficio ovvero un pregiudizio e tirarne dunque le debite conseguenze in relazione alla questione della revisione così come – si vedrà – ad ogni altra.

Giappichelli, Torino 2019, 299 ss., e già in [Rivista AIC](#), 4/2017, 12 dicembre 2017]. La questione parrebbe, per vero, non sussistere con riferimento ai diritti fondamentali, dal momento che il loro riconoscimento costituisce – com'è noto – l'autentico cuore pulsante delle Carte costituzionali di tradizioni liberali. Senonché – come si vedrà a suo tempo – è messa in discussione con riferimento alle forme di positivizzazione dei c.d. “nuovi” diritti, a riguardo dei quali, in realtà, il problema non è risolto ma solo spostato in avanti, dovendosi previamente stabilire quali siano gli indici esteriori maggiormente attendibili su cui puntare l'attenzione al momento della loro ricognizione, indici che, a mia opinione, sono dati da *consuetudini culturali* diffuse e profondamente radicate nel corpo sociale in merito alla sussistenza di taluni bisogni elementari dell'uomo – chè tali sono, appunto, i diritti in parola – il cui appagamento è condizione di un'esistenza libera e dignitosa [a riguardo dei modi di riconoscimento dei nuovi diritti, v., almeno, i contributi di AA.VV., *Cos'è un diritto fondamentale?*, a cura di V. Baldini, Editoriale Scientifica, Napoli 2017].

⁸ ... nel mio [I principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale tra interpretazioni storicamente orientate e revisioni a finalità espansiva](#), in questa [Rivista](#), 2022/II, 473 ss.

⁹ Molto discussa – com'è noto – l'innovazione in parola, in relazione alla quale sono state manifestate talune perplessità e riserve, a parer mio tuttavia ingenerose.

¹⁰ ... per il fatto di considerare comunque sottratti ad innovazione i principi fondamentali dell'ordinamento, senza aver previamente verificato se la Costituzione e, perciò, i diritti possano piuttosto averne un guadagno.

¹¹ Ovviamente, la definizione in parola, che – come si vede – si rifà alla indicazione, mirabile per sintesi ed efficacia espressiva, di cui all'art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789, vale per gli ordinamenti di tradizioni liberali, restando quindi impregiudicata la questione se il lemma “Costituzione” sia in modo appropriato utilizzabile per ordinamenti diversamente connotati (su di che, part., A. SPADARO, *Contributo per una teoria della Costituzione*, I, *Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Giuffrè, Milano 1994). Una questione, questa, di cui nondimeno possiamo qui liberarci, risultando lo studio che si va ora facendo circoscritto ai soli contesti ordinamentali che si richiamano alle tradizioni suddette e, segnatamente, al nostro.

¹² Inibite, per un'accreditata dottrina (G. SILVESTRI, *Spunti di riflessione sulla tipologia e i limiti della revisione costituzionale*, in *Studi in onore di P. Biscaretti di Ruffia*, II, Giuffrè, Milano 1987, 1183 ss., spec. 1206) le sole innovazioni a finalità di “restaurazione”.

2. *Il dubbio significato del riferimento agli obblighi internazionali e comunitari, di cui all'art. 117, I c., Cost., le aporie esibite dalla ricostruzione dei rapporti interordinamentali operata dalla giurisprudenza costituzionale e le soluzioni astrattamente praticabili al fine di porvi rimedio*

È alla luce di questo criterio o – se vogliamo altrimenti dire – canone metodico fondamentale che possono pertanto essere riviste le dinamiche della normazione, tanto se relative al piano dei rapporti interordinamentali quanto se rilevanti al mero piano interno.

Mi limito qui solo a riprendere in esame, con la massima rapidità, unicamente alcuni profili a mia opinione meritevoli di particolare attenzione, rimandando ad ulteriori sviluppi di questo studio l'approfondimento dell'analisi.

Per il primo versante, si torni, in primo luogo, a riflettere sul senso complessivo della innovazione apportata al primo comma dell'art. 117, con il riferimento ivi fatto agli obblighi internazionali e comunitari ai quali le leggi di Stato e Regione sono tenute a prestare ossequio¹³, in applicazione dello schema usuale della interposizione normativa¹⁴.

Ebbene, il riferimento in parola sembrerebbe essere, per un verso, non necessario e, per un altro verso, viziato, rendendo pertanto per questo aspetto invalida la legge che vi fa luogo.

È l'una cosa quanto ai vincoli discendenti (ieri dalle Comunità ed oggi) dall'Unione, giusta la "copertura" offerta, per unanime riconoscimento, al diritto sovranazionale dall'art. 11, come pure per i vincoli discendenti dalle norme generalmente riconosciute della Comunità internazionale, "coperte" dal primo comma dell'art. 10, nonché dalle altre norme cui fa richiamo il secondo comma dello stesso art.¹⁵, nei cui riguardi dunque la legge che ha riscritto l'art. 117 si pone quale meramente *declaratoria*¹⁶. Se poi si conviene, anche in ragione della *sedes materiae* in cui il nuovo disposto è

¹³ Non indugio, invece, sull'inutile richiamo altresì fatto al rispetto della Costituzione, qui come altrove palesemente ridondante. Rilevo, poi, di passaggio che il riferimento all'ordinamento "comunitario" è da considerare ormai improprio per effetto dell'avvento dell'Unione europea. Se dunque non piace l'utilizzo del termine "eurounitario", da me coniato ormai molti anni addietro, si faccia ricorso ad altra qualificazione, quale quella da taluno preferita di "unionale", non pure però all'altra, ormai impropria, che figura a tutt'oggi iscritta nella Carta. La vicenda, nondimeno, conferma che le innovazioni costituzionali possono altresì aversi in modo inespesso, per fatti concludenti, a mezzo cioè di norme aventi origine esterna sostanzialmente incompatibili con norme della Carta, ovverosia per effetto di trasformazioni strutturali riguardanti ordinamenti diversi dal nostro (nel caso sopra accennato, quello dell'Unione).

Si faccia inoltre caso al fatto che le novità registrate *extra moenia* possono conseguire in ambito interno effetti di rilievo costituzionale per mano di leggi comuni, quali sono quelle di esecuzione dei trattati "comunitari", nondimeno provviste di "copertura" costituzionale (sulla questione, subito *infra*).

¹⁴ Su di che, di recente e per tutti, A. FUSCO, *Il mito di Procruste. Il problema dell'interposizione delle norme generative di obblighi internazionali nei giudizi di legittimità costituzionale*, in *Rivista AIC*, 4/2020, 23 ottobre 2020, 250 ss., e *Il caleidoscopio normativo. La categoria dell'interposizione nell'esperienza del Giudice delle leggi*, in *Quad. cost.*, 1/2021, 153 ss. Con specifico riguardo all'uso fatto della categoria della interposizione nelle sentenze gemelle del 2007, per tutti, v. N. PIGNATELLI, *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la dilatazione della tecnica della «interposizione» (e del giudizio costituzionale)*, in *Quad. cost.*, 1/2008, 140 ss.

¹⁵ ... e, con riferimento ai rapporti con la Chiesa cattolica, l'art. 7. È pur vero che, a stare ad una tesi finemente argomentata, i rapporti Stato-Chiesa prenderebbero forma in seno ad un ordine giuridico a se stante ("internazional-concordatario") ma non è da revocare in dubbio che il sintagma "obblighi internazionali" lo comprenda. Discorso diverso va fatto per ciò che attiene ai rapporti con le confessioni religiose diverse dalla cattolica, dalla tesi tradizionale riconoscendosi in capo alle intese in cui essi si concretano la natura di accordi di diritto interno; non così, di contro, a stare alla opinione di un'accreditata dottrina (G. CASUSCELLI, *Concordati, intese e pluralismo confessionale*, Giuffrè, Milano 1974) che ne assimila la natura ai Patti con la Chiesa. Ad ogni buon conto, la questione, fatta oggetto – come si sa – di una copiosa produzione di scritti ad essa specificamente dedicati [di recente e per tutti, A. CESARINI, *Ancora sul procedimento di stipulazione delle intese tra Stato e confessioni religiose diverse dalla cattolica*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 33/2019, 1 ss.], non può essere qui nuovamente riconsiderata.

¹⁶ Diversamente, G. SCACCIA, *L'incompatibilità fra norma interna e norma comunitaria come ipotesi di incompetenza alla luce dell'art. 117, primo comma, della Costituzione*, in AA. VV., *Studi in onore di Franco Modugno*, IV, Editoriale Scientifica, Napoli 2011, 3321 ss., spec. 3333 ss., del quale v., inoltre, le precisazioni ora fatte ne *Il controllo della legittimità costituzionale del diritto dell'Unione europea*, in federalismi.it, 29/2022, 2 novembre 2022, 135 ss.

ospitato, che la previsione in parola concerne le sole leggi comuni, se ne ha che è pur sempre dal solo art. 11 che può venire la “copertura” del diritto sovranazionale in rapporto con le fonti di rango costituzionale, nei limiti in cui – come si vedrà – essa può considerarsi valevole¹⁷.

Parrebbe poi essere l'altra cosa quanto agli obblighi internazionali discendenti da norme diverse da quelle espressamente richiamate da principi fondamentali dell'ordinamento, dal momento che l'assetto dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale trovasi fissato in questi ultimi (e, segnatamente, come si è rammentato, nei principi di cui agli artt. 10 e 11), da cui sembrerebbe dedursi che il vincolo della osservanza gravante sulle fonti interne resti circoscritto alle *sole* norme esterne provviste di esplicito riferimento nei principi stessi, con la conseguenza che la mancata protezione offerta alle norme pattizie in genere sia da considerare per ciò stesso esclusa¹⁸. D'altro canto, la lettera dell'art. 11 non lascia adito a dubbio alcuno in tal senso, restando circoscritte le limitazioni di sovranità, di cui si fa ivi parola, a beneficio delle sole organizzazioni internazionali istituite allo scopo di assicurare la pace e la giustizia tra le nazioni, non già della intera Comunità internazionale e, perciò, di ogni norma da essa prodotte, secondo quanto peraltro è avvalorato dai disposti sopra richiamati, espressivi – è bene ribadire – di principi fondamentali, che offrono “copertura” a talune specie di norme pattizie.

Per l'aspetto da ultimo considerato, la novità iscritta nell'art. 117, I c., non costituirebbe, dunque, una *integrazione* del dettato originario bensì una sua *violazione*¹⁹.

Stando così le cose, due sole vie sono, a mia opinione, astrattamente percorribili al fine di giustificare l'innovazione apportata all'art. 117, I c.

L'una porta ad affermare che si sarebbe formata col tempo una *consuetudine culturale* di riconoscimento della validità e, anzi, della necessità della innovazione in parola, una consuetudine convertitasi in una vera e propria norma di diritto non scritto, nel senso ormai invalso, quindi “razionalizzata” dalla legge di revisione del Titolo V e fatta propria dalla giurisprudenza che, non contestandola, ne ha determinato l'affermazione con la forza che è propria del diritto vivente. Il punto è, però, che forti dubbi sussistono a riguardo dell'ammissibilità di consuetudini *contra Constitutionem* (tanto più, poi, se riferite agli stessi principi fondamentali, secondo una tesi ad oggi largamente accreditata suscettibili di essere travolti unicamente per effetto dell'avvento di un nuovo potere costituente), tant'è che le c.d. “modifiche tacite”²⁰ sono usualmente viste quali indebite

Quanto, poi, al significato del riferimento agli obblighi internazionali discendenti da norme aventi carattere consuetudinario, si è ipotizzato che, per effetto della innovazione apportata all'art. 117, I c., esse sarebbero “declassate da fonti di rango costituzionale a fonti interposte” (M. CAVINO, *Ordinamento giuridico e sistema delle fonti*, cit., 404 s., e cit. *ivi* di A. Bonomi). Se, tuttavia, le cose stessero davvero così (ciò che, a mia opinione, non è), la revisione fatta nel 2001 sarebbe da considerare, per quest'aspetto, invalida per violazione dell'assetto definito nell'art. 10, I c.

¹⁷ Così è pure, ovviamente, quanto alla “copertura” offerta alle norme internazionali di cui all'art. 10, I e II c.

Un lungo ed articolato discorso dovrebbe poi farsi in merito ai rapporti con la Chiesa, riprendendo in esame le non poche, accese controversie cui ha dato luogo l'infelice formulazione del secondo comma dell'art. 7, di cui però ovviamente non è questa la sede. Mi limito solo a dire che il canone interpretativo *a contrario* parrebbe portare ad ammettere modifiche unilaterali dei Patti lateranensi a mezzo di atti di forma costituzionale; ma, come si sa, è una ricostruzione questa fatta oggetto di rilievi critici di vario segno.

¹⁸ Così, nel mio *Rapporti interordinamentali e modifiche tacite apportate dalla Corte costituzionale italiana ai disposti che li riguardano e, a un tempo, al quadro delle sue competenze*, in [Ordinamento internazionale e diritto umanitario](#), 5/2020, 15 dicembre 2020, 1031 ss., spec. 1038 ss. Fa eccezione alla regola enunciata nel testo il caso di norme pattizie meramente “razionalizzatrici” di norme generalmente riconosciute, le quali nondimeno non dismettono la loro natura né vedono degradata la loro forza normativa per effetto del recepimento avuto da fonti pattizie ma mantengono integri i caratteri loro propri. La “copertura”, insomma, è alle *norme ut sic*, indipendentemente dalle *fonti* che vi danno voce.

¹⁹ Che si fosse in presenza di una “bomba” pronta ad esplodere alla prima occasione era stato, peraltro, prontamente segnalato da un'accreditata dottrina (M. LUCIANI, *Camicia di forza federale*, in *La Stampa*, 3 marzo 2021; dello stesso, v., ora, *Itinerari costituzionali della memoria*, cit., 114 s.).

²⁰ ... a riguardo delle quali, tra gli altri e di recente, M.P. IADICICCO, *Dinamiche costituzionali. Spunti di riflessione sull'esperienza italiana*, in [Costituzionalismo.it](#), 3/2019, 20 gennaio 2020, e, della stessa, *Il limite del testo fra modifiche tacite ed interpretazioni creative*, in AA.VV., *Alla prova della revisione. Settanta anni di rigidità costituzionale*, cit., 231

alterazioni di significato apportate nell'esperienza agli enunciati costituzionali, ben oltre dunque di ciò che può legittimamente aversi in forza della strutturale duttilità che ne connota la trama linguistica²¹. Né si può opporre che la supposta consuetudine culturale in parola sarebbe, in realtà, il frutto di una originale ricostruzione del sistema dei rapporti interordinamentali affermatasi per via d'interpretazione, dal momento che la pur formidabile attitudine del dettato costituzionale a porsi ad oggetto di ricognizioni semantiche aggiornate in ragione dei tempi va, ad ogni buon conto, incontro a limiti suoi propri segnati, appunto, dal linguaggio, cui si deve la delimitazione dell'area entro cui ricercare i significati astrattamente riferibili agli enunciati. E qui la sussistenza di una norma esclusiva desumibile dall'art. 10 non offre neppure uno spiraglio alla praticabilità della ipotesi ricostruttiva ora presa in esame.

L'altra soluzione si offre, poi, a giustificazione della innovazione in parola non già però nei termini generali in cui è formulata ma unicamente a beneficio dei documenti normativi confezionati in seno alla Comunità internazionale che possano vantare *per tabulas* "copertura" in principi fondamentali di rango costituzionale, avuto riguardo – per ciò che è qui di specifico interesse – alla salvaguardia dei diritti fondamentali²².

Si tratta, in breve, di chiedersi se il *novum* iscritto nel primo comma dell'art. 117 porti, o no, ad una valorizzazione della Costituzione come "sistema" e – ciò che maggiormente importa – ad un guadagno per i diritti.

Confesso di non sentirmi sicuro sul primo punto, non escludendo in partenza che possano darsi trattati e accordi internazionali in genere sottoscritti dal nostro Paese e resi esecutivi con legge comune che non comportino un complessivo arricchimento della disciplina costituzionale²³. Non esito, di contro, a rispondere affermativamente al quesito sopra posto con riferimento a documenti *materialmente* (o – come piace alla Consulta qualificarli²⁴ – *tipicamente*) costituzionali, quali sono le

ss.; pure *ivi*, può vedersi, se si vuole, il mio *Le modifiche tacite della Costituzione, settant'anni dopo*, 415 ss., nonché in [Rivista del Gruppo di Pisa](#), 2/2018, 20 giugno 2018. Inoltre, S. BARTOLE, *Considerazioni in tema di modificazioni costituzionali e Costituzione vivente*, in [Rivista AIC](#), 1/2019, 23 marzo 2019, 335 ss.; i contributi che sono in AA.VV., *Mutamenti costituzionali*, a cura di A. Mangia - R. Bin, in *Dir. cost.*, 1/2020; Y.M. CITINO, *Dietro al testo della Costituzione. Contributo a uno studio dei materiali fattuali costituzionali nella forma di governo*, Editoriale Scientifica, Napoli 2021, e, della stessa, *I materiali fattuali costituzionali nella forma di governo italiana tra vecchie e nuove tendenze*, in [Rivista del Gruppo di Pisa](#), 2/2021, 21 maggio 2021, 40 ss. Con specifica attenzione al procedimento legislativo, v., poi, M. MANETTI, *Le modifiche tacite al disegno costituzionale del procedimento legislativo*, in *Quad. cost.*, 3/2021, 531 ss.

²¹ Si faccia caso alla circostanza per cui le modifiche in parola, perlopiù frutto di forzose letture messe in atto dagli operatori di diritto interno (dagli organi della direzione politica come pure dagli stessi organi di garanzia), sono cosa diversa dalle "modifiche tacite" (che, per evitare confusione, meglio si farebbe a chiamare "revisioni tacite") apportate alla Carta da norme aventi origine esterna oggettivamente incompatibili col dettato costituzionale. La Costituzione della Repubblica italiana, insomma, al pari delle Costituzioni di altri Paesi, non è quella usualmente riportata nei codici, in cui si tiene conto unicamente delle innovazioni in modo espresso effettuate con le procedure dell'art. 138, ma è l'altra risultante altresì dalle innovazioni venute da norme generalmente riconosciute della Comunità internazionale e da norme (ieri "comunitarie" ed oggi) eurounitarie. Il punto è che, mentre le revisioni nominate hanno indici testuali sicuri cui fare riferimento, quelle tacite restano demandate in ordine al loro riconoscimento interamente ed esclusivamente agli interpreti e sono, dunque, d'insicura ricognizione. È poi ovvio che anche le prime si consegnano pur sempre agli interpreti e si dispongono pertanto a varie determinazioni di senso; quanto meno, però, ne è certa l'esistenza, testimoniata da dati testuali.

²² V., al riguardo, cosa ne dicono N. CANZIAN ed E. LAMARQUE, *Due pesi e due misure. I trattati internazionali sui diritti umani e gli altri obblighi internazionali secondo i giudici italiani*, in [Rivista AIC](#), 3/2020, 3 agosto 2020, 373 ss.

²³ ... per quanto – com'è chiaro – in presenza di un regresso delle garanzie costituzionali della persona ad opera di trattati e accordi internazionali in genere si dia pur sempre il rimedio del sindacato di costituzionalità avverso le leggi che li recepiscono.

²⁴ L'etichetta, in realtà, è stata apposta da [Corte cost. n. 269 del 2017](#) alla sola Carta dei diritti dell'Unione ma – come più volte mi è venuto di dire – non si vede perché mai non dovrebbe pari pari valere per altre Carte, tra le quali la CEDU, tanto più che è alla luce di quest'ultima che – com'è noto – la prima richiede di essere intesa e fatta valere, salva la clausola di maggiore tutela, di cui si dirà a momenti.

Carte dei diritti in genere (e, tra esse, la CEDU e la Carta di Nizza-Strasburgo in ispecie²⁵), che a motivo della loro natura e del formidabile potenziale assiologico di cui sono provvisti possono vantare la “copertura” in plurimi principi fondamentali. Oltre tutto, molti degli enunciati delle Carte stesse esprimono norme sostanzialmente coincidenti o, come che sia, fortemente analoghe a quelle risultanti dalla Costituzione; e non si dimentichi che la Consulta ha da tempo ammesso che tra tutte tali Carte (Costituzione compresa) si intrattiene un costante e fecondo processo di mutua alimentazione semantica²⁶.

Se ne ha, dunque, che la violazione delle Carte suddette si converte e risolve – il più delle volte – in violazione della Costituzione²⁷, non potendosi nondimeno escludere né la eventualità che le Carte di origine esterna offrano una tutela ora più ed ora meno avanzata di quella risultante dalla Costituzione né il caso che possano colmare originarie lacune di quest’ultima, laddove diano tutela a “nuovi” diritti di cui non si faccia menzione nella legge fondamentale della Repubblica, diritti che – a dirla tutta – solo forzando oltre misura le potenzialità espressive degli enunciati possono riportarsi al dettato costituzionale²⁸. Il che, poi, passando dal piano astratto del diritto vigente a quello concreto del diritto vivente, equivale a chiedersi se, in relazione ad un caso della vita, risulti ancora più adeguata la soluzione apprestata dalla giurisprudenza avente origine esterna (convenzionale o internazionale in genere ovvero sovranazionale che sia) rispetto a quella risultante dalla giurisprudenza nazionale (comune o costituzionale)²⁹.

Si tratta, dunque, di stabilire quale sia il modo migliore di assicurare ai valori di libertà ed eguaglianza, costitutivi – piace a me dire – della *coppia assiologica fondamentale* dell’ordinamento³⁰, l’ottimale invero nell’esperienza. E la risposta – com’è chiaro – solo nei singoli casi e da parte dei singoli operatori di giustizia può esser data, alla luce del “metapprincipio” della massimizzazione della tutela³¹. Ed è dalla risposta stessa che, pertanto, dipende l’utilizzo dell’arma dei “controlimiti”,

²⁵ Non si sottostimi tuttavia il rilievo di altre Carte, quale ad es. quella sociale europea, ancora fino a non molto tempo addietro considerata una sorta di “cenerentola della sorella maggiore Cedu”, secondo la felice etichetta datale da un’avvertita dottrina (A. SPADARO, *Sull’aporia logica di diritti riconosciuti sul piano internazionale, ma negati sul piano costituzionale. Nota sulla discutibile freddezza della Corte costituzionale verso due Carte internazionali: la CSE e la CEAL*, in AA.VV., *La Carta Sociale europea tra universalità dei diritti ed effettività delle tutele*, a cura di C. Panzera - A. Rauti - C. Salazar - A. Spadaro, Editoriale Scientifica, Napoli 2016, spec. 20), e, di poi, giustamente rivalutata (in aggiunta al vol. ora cit., v., almeno, L. PANELLA, *La Carta sociale europea come parametro interposto nei giudizi di legittimità costituzionale ex art. 117, co. 1 Cost. Revirement della Corte costituzionale o ambigui progressi in materia di parità tra fonti internazionali?* in *Ordinamento internazionale e diritto umanitario*, 1/2020, 26 ss., e, ora, G. PALMISANO, *L’Europa dei diritti sociali. Significato, valore e prospettive della Carta sociale europea*, Il Mulino, Bologna 2022).

²⁶ “Si integrano reciprocamente nella interpretazione”, si dice in [Corte cost. n. 388 del 1999](#); più di recente, v., inoltre, le [sent. nn. 84 del 2021](#), [54, 145](#) e [198 del 2022](#).

²⁷ ... di modo che, per quest’aspetto, ancora una volta, il precetto del primo comma dell’art. 117 appare essere ridondante, a fronte della “copertura” che in modo diretto ed immediato discende dai principi fondamentali di libertà ed eguaglianza, nel loro fare “sistema” con i principi restanti.

²⁸ L’idea, nondimeno, che la Costituzione dica tutto su tutto e che lo dica sempre nel migliore dei modi, oltre a riproporre quel modello mitico o sacrale di legge fondamentale dell’ordinamento, cui si è poc’anzi accennato, pecca evidentemente di un *nazionalismo costituzionale* che, lungi dal giovare alla Carta, si ritorce contro quest’ultima, non foss’altro perché non spiana la via all’aggiornamento del testo alla luce del sole, allo stesso tempo sovraccaricando di poteri e di responsabilità gli interpreti (e, segnatamente, i giudici) e accentuando in tal modo uno squilibrio istituzionale da tempo vistoso. Del modo con cui può (e, a mia opinione, deve) aversi la disciplina dei diritti fondamentali, specie dei “nuovi”, si dirà, ad ogni buon conto, sul finire di questo studio.

²⁹ Una irrisolta aporia di costruzione è dato, nondimeno, riscontrare nella giurisprudenza costituzionale per il fatto di assegnare diverso rilievo alla giurisprudenza, rispettivamente, convenzionale ed eurounitaria, l’una vincolando gli operatori di diritto interno unicamente se “consolidata” ovvero risultante da sentenze-pilota ([sent. n. 49 del 2015](#)), diversamente dall’altra concretandosi in decisioni cui – come si sa – è riconosciuta forza normativa di rango costituzionale. Dove si situi il fondamento positivo di siffatto sperequato trattamento non è dato sapere.

³⁰ Sulle mutue, inscindibili implicazioni di cui si ha riscontro in seno alla coppia in parola, v., part., G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari 2009.

³¹ Il canone fondamentale della miglior tutela ha animato – come si sa – un fitto e ad oggi ininterrotto confronto tra gli studiosi, alcuni dei quali non hanno taciuto riserve e critiche anche penetranti avverso la sua stessa configurazione

giustificato unicamente avverso l'ingresso in ambito interno di norme di origine esterna che comportino un pregiudizio o, come che sia, una minor tutela per i diritti di quella che è invece ad essi apprestata dalla disciplina formatasi nell'ambito stesso³². Ciò che, ad ogni buon conto, solo importa è che le Carte aventi origine esterna si pongono pur sempre quali risorse in ogni tempo spendibili a beneficio della persona umana, dei suoi diritti fondamentali appunto.

Ora, è chiaro che, dovendosi stabilire dove si situi la miglior tutela per il caso e le sue complessive esigenze, per ciò solo viene a determinarsi l'abbandono della *sistemazione delle fonti secondo forma*, per intero soppiantata da una *sistemazione delle norme secondo valore*.

Ebbene, è questo il *punctum crucis* della questione ora nuovamente trattata, in relazione al quale si colgono quelle oscillazioni ed irrisolte aporie di costruzione di cui si diceva al momento dell'avvio della riflessione che si va ora facendo.

La giurisprudenza costituzionale risente – come si diceva –, nel complesso, del condizionamento di antichi schemi concettuali d'ispirazione formale-astratta e ritiene che possano stare a base persino della ricostruzione dei rapporti tra le Carte dei diritti e la legge fondamentale della Repubblica, tant'è che quelle si reputano a vario titolo comunque soggette alla osservanza di questa (come si sa, la Carta dell'Unione limitatamente ai soli principi fondamentali di diritto interno, la CEDU invece, a motivo della sua natura ambiguamente qualificata come “subcostituzionale”, ad ogni norma della Costituzione).

Al di là delle riserve altrove espresse avverso siffatto modo di vedere le cose³³, ciò che qui merita maggiore considerazione è che la sistemazione piramidale in parola, a conti fatti, non serve a nulla,

teorica, prima ancora che nei riguardi di alcuni suoi utilizzi in relazione a casi particolarmente controversi [penetranti rilievi alla categoria in parola sono in R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, FrancoAngeli, Milano 2018, spec. 63 ss., ma *passim*; *Cose e idee. Per un consolidamento della teoria delle fonti*, in *Dir. cost.*, 1/2019, 11 ss., spec. 21 ss., nonché l'intervista sul tema *Giudice e giudici nell'Italia postmoderna?*, a cura di R.G. Conti, in *Giustizia Insieme*, 10 aprile 2019 e in AA.VV., *Il mestiere del giudice*, a cura di R.G. Conti, Wolters Kluwer - Cedam, Milano 2020, 1 ss.; *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quad. cost.*, 4/2019, 757 ss., spec. 764 e nt. 15, e, nella stessa *Rivista*, *A che serve la Carta dei diritti? Un problema poco considerato*, 4/2020, spec. 866 ss.; ma v., volendo, quanto se ne dice in alcuni miei studi, tra i quali, *Diritto giurisprudenziale e diritto politico: questioni aperte e soluzioni precarie*, in questa *Rivista*, 2019/III, 707 ss., spec. 714 in nt. 30, e *Tecniche decisorie dei giudici e “forza normativa” della Carta di Nizza-Strasburgo*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 8 aprile 2020. V., inoltre, B. NASCIBENE, *La tutela dei diritti fondamentali in Europa: i cataloghi e gli strumenti a disposizione dei giudici nazionali (cataloghi, arsenale dei giudici e limiti o confini)*, in *Eurojus.it*, 3/2020, 277; A. RANDAZZO, *Il “metaprinzipio” della massimizzazione della tutela dei diritti*, in *Dirittifondamentali.it*, 2/2020, 10 giugno 2020, 689 ss.; I. ANRÒ, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e CEDU: dieci anni di convivenza*, in *federalismi.it*, 19/2020, 17 giugno 2020, 109 ss.; F. DONATI, *Tutela dei diritti e certezza del diritto*, in *Lo Stato*, 14/2020, 49 ss.; I. DEL VECCHIO, *La massimizzazione dei diritti fondamentali e la struttura dell'argomentazione giuridica nel costituzionalismo pluralista*, Editoriale Scientifica, Napoli 2020; C. CARUSO, *Granital reloaded o di una «precisazione» nel solco della continuità*, in *Giustizia Insieme*, 19 ottobre 2020; R. CONTI, *CEDU e Carta UE dei diritti fondamentali, tra contenuti affini e ambiti di applicazione divergenti*, in questa *Rivista*, 2020/III, spec. 588 ss.; B. NASCIBENE - I. ANRÒ, *Primato del diritto dell'Unione europea e disapplicazione. Un confronto fra Corte costituzionale, Corte di Cassazione e Corte di giustizia in materia di sicurezza sociale*, in *Giustizia Insieme*, 31 marzo 2022. Notazioni di vario segno, infine, in AA.VV., *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel sistema integrato di tutela*, a cura di C. Amalfitano, M. D'Amico e S. Leone, Giappichelli, Torino 2022, spec. nel contributo di G. SCACCIA, *Sindacato accentrato di costituzionalità e diretta applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, 146 ss., e in AA.VV., *I diritti fondamentali fra Carte e Costituzioni europee*, a cura di G. Lattanzi - G. Grasso - S. Lembo - M. Condinanzi - C. Amalfitano, Quad. 11 della Scuola Superiore della Magistratura, Roma 2022].

³² Sul significato dei “controlimiti” e le loro possibili valenze, v., almeno, S. POLIMENI, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del “dialogo” tra le Corti*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018; D. PELLEGRINI, *I controlimiti al primato del diritto dell'Unione europea nel dialogo tra le Corti*, Firenze University Press, Firenze 2021; A. LO CALZO, *Dagli approdi giurisprudenziali della Corte costituzionale in tema di controlimiti alle recenti tendenze nel dialogo tra le Corti nel contesto europeo*, in *federalismi.it*, 1/2021, 13 gennaio 2021, 85 ss. e, da ultimo, G. SCACCIA, *Il controllo della legittimità costituzionale del diritto dell'Unione europea*, cit., 135 ss.

³³ ... specie per il fatto che si distingue la condizione dell'una dall'altra Carta malgrado la loro comune natura tipicamente costituzionale.

per esplicito riconoscimento della stessa Corte che, ragionando a riguardo del rilievo assunto dalla CEDU nelle pratiche giuridiche di diritto interno, ha ammesso³⁴ che deve ogni volta verificarsi dove si situi la miglior tutela per i diritti evocati in campo dal caso; ed è, dunque, alla fonte che si dimostri in grado di offrirla che deve darsi la precedenza sulle altre.

La piramide, insomma, può (e deve) ribaltarsi su se stessa, ove lo richiedano le circostanze e i contenuti delle discipline in campo; ed una fonte giudicata, in via di principio, sovraordinata alle leggi comuni di Stato e Regione, a motivo della sua natura “subcostituzionale”, può trovarsi obbligata a far posto a queste ultime, laddove giudicate idonee ad innalzare il livello della tutela dei diritti. Il che, poi, equivale nei fatti a dire che risolutivi sono gli esiti raggiunti al piano della *teoria della interpretazione*, specificamente apprezzabili in prospettiva assiologicamente orientata, non già quelli conseguiti al piano della *teoria delle fonti* o, per dir meglio, di una *certa* teoria delle fonti, d’ispirazione formale-astratta, che sollecita ad appuntare l’attenzione sulle sole *fonti*, non già – come a me pare si debba – sulle *norme* dalle stesse prodotte, per il modo con cui si riportano ai valori e, dunque, per ciò che qui importa, per come si offrono al servizio dei diritti fondamentali.

È bensì vero che l’operatività riconosciuta dalla Consulta alla *Grundnorm* della miglior tutela parrebbe restare circoscritta – perlomeno *secundum verba* – unicamente alle antinomie tra leggi nazionali e CEDU; come si è però in altri luoghi osservato, una volta fatta l’opzione di fondo, di metodo ancora prima che di teoria, volta a dare centrale rilievo al canone fondamentale in parola, non si vede come lo stesso possa non valere a tutto campo, coinvolgendo pertanto la stessa Costituzione. E ciò, malgrado debba prodursi ogni sforzo al fine di risolvere (*rectius*, prevenire) le antinomie tra le Carte a mezzo della loro mutua integrazione nei fatti interpretativi, secondo quanto – come si è già rammentato – il giudice costituzionale caldeggia da tempo³⁵.

3. *La osservazione di alcune dinamiche della normazione di diritto interno e la critica riconsiderazione dei criteri ordinatori delle fonti alla luce di una teoria delle norme assiologicamente ispirata*

La stessa giurisprudenza costituzionale, dunque, come si è veduto, pur restando ancorata a schemi teorico-ricostruttivi di formale fattura, posti a base dell’impianto delle relazioni interordinamentali, finisce poi con il dare rilievo a schemi apprezzabili in prospettiva assiologico-sostanziale: i soli, a conti fatti, in grado di stabilire quale disciplina normativa debba valere per le complessive esigenze di ciascun caso.

Ebbene, in un non dissimile ordine di idee prendono forma alcune tra le più significative ricostruzioni operate con riguardo alle dinamiche della normazione di diritto interno, al punto che – come si tenterà ora di mostrare – ne vengono coinvolti (o, diciamo pure, travolti) gli stessi criteri ordinatori del sistema delle fonti. E ciò, per la elementare ragione, su cui si è in altre sedi ripetutamente insistito, che l’adozione di una prospettiva metodica d’ispirazione assiologico-sostanziale obbliga fatalmente a trapassare lo schermo deformante della *fonte* per puntare diritto sulle *norme* dalla stessa prodotte, verificando – come si è veduto e si preciserà subito ancora meglio – quale sistemazione debba ad esse darsi in vista della ottimale risoluzione dei casi, alla luce dei valori.

A recedere, infatti, non è solo il canone ordinatore della gerarchia secondo forma – come si è avuta conferma dall’analisi dei rapporti tra CEDU e leggi nazionali³⁶ – ma anche quello cronologico o l’altro ancora della separazione delle competenze.

³⁴ ... sin dalla inaugurazione del nuovo indirizzo giurisprudenziale avutosi, come si sa, con le sentenze gemelle del 2007.

³⁵ V., part., la già cit. [sent. n. 388 del 1999](#).

³⁶ ... la fonte interposta, di natura “subcostituzionale”, commutandosi talora, in forza del canone della massimizzazione della tutela, in una vera e propria fonte “sublegislativa”.

Si pensi, ad es.³⁷, per il primo aspetto, alle vicende delle iniziative referendarie, avuto specifico riguardo al limite all'abrogazione popolare segnato dal rispetto di norme di legge idonee ad apprestare una "tutela minima" a beni costituzionalmente protetti (e, dunque, in primo luogo ai diritti fondamentali). È chiaro, infatti, che se la *ratio* immanente del limite in parola, la cui messa a punto – come si sa – si deve alla mano della giurisprudenza, è di mettere al riparo i beni stessi da incisioni o, come che sia, da un eventuale regresso nella tutela ad opera del legislatore popolare³⁸, nessun dubbio può aversi a riguardo del fatto che lo stesso valga (e *debba* valere) per il caso che il *vulnus* sia ad essi recato da leggi o altri atti ancora di normazione.

È chiaro che il "livello" della tutela – se così può dirsi – va nondimeno misurato alla luce del contesto in cui le vicende della normazione s'inscrivono e svolgono. Così è pure, ad es., per ciò che attiene alla determinazione dei "livelli essenziali" delle prestazioni, di cui è parola nell'art. 117, II c., lett. m)³⁹. Possono darsi, infatti, congiunture particolarmente travagliate, quali sono quelle ricorrenti negli stati di emergenza, al verificarsi delle quali è giocoforza far luogo ad uno spostamento della soglia della "essenzialità", pur sempre nondimeno fino ad un certo punto, oltre il quale l'esistenza umana cessa di essere – come invece sempre dev'essere – "libera e dignitosa".

Ebbene, la "tutela minima", specificamente rilevante nel corso delle esperienze referendarie, e la salvaguardia dei "livelli essenziali" relativi ai diritti civili e sociali insegnano molte cose, per ciò che è qui di specifico interesse tre.

In primo luogo, si ha conferma del fatto che talvolta le discipline anteriori – *ferme le condizioni oggettive di contesto* – sono "migliori", in prospettiva assiologicamente orientata, di quelle sopravvenute e che, pertanto, devono essere preservate a beneficio dei diritti della persona.

In secondo luogo, va tenuto presente che il contesto stesso non è dato da elementi meramente materiali sovrastanti le capacità di controllo degli operatori, qual è ad es. un terremoto che, allo stato attuale delle conoscenze scientifiche⁴⁰, può cogliere tutti di sorpresa. Di contro, alcuni elementi del contesto vengono a formazione e risultano profondamente segnati nella loro stessa struttura per effetto di discipline legislative mancate o, come che sia, carenti o, ancora, per decisioni adottate anche in luoghi molto distanti dai confini nazionali che, nondimeno, si riflettono in rilevante misura anche all'interno di questi ultimi. Si pensi, ad es., all'immane tragedia della guerra in Ucraina o al disastro ambientale in cui ormai versa l'intero pianeta e, in genere, a fatti di rilevanza mondiale. Quando, dunque, si dice che dietro tutto ciò vi è la mano dell'uomo si vuol semplicemente significare che alla base vi è la mancata adozione di discipline normative e di misure in genere atte a debellare o comunque ad arginare alcuni fenomeni negativi per la collettività. È chiaro poi che, in un mondo al proprio interno sempre più interconnesso, crescono per numero e rilevanza i fenomeni bisognosi di essere fronteggiati attraverso azioni concertate in seno alla Comunità internazionale o ad organizzazioni sovranazionali, tra le quali – per ciò che più da vicino ci tocca – l'Unione europea. La

³⁷ L'esempio trovasi già nel mio *Teoria della Costituzione, teoria dei diritti fondamentali, teoria delle fonti: una e trina*, cit., 79 ss.

³⁸ Sul significato del limite in parola, v., ora, F. MEDICO, *La Corte costituzionale disattiva il «plusvalore democratico» del referendum. Riflessioni a partire dall'ultima tornata referendaria*, in *Quad. cost.*, 3/2022, spec. 528 ss. Nella stessa *Rivista*, ha di recente fatto il punto sulle vicende dell'istituto referendario e l'incidenza avutasene sulla forma di governo A. D'ANDREA, *L'impatto dell'abrogazione referendaria sulla forma di governo italiana. Un'analisi retrospettiva*, 459 ss.; v., inoltre, il documentato, ampio studio di A. MORRONE, *La Repubblica dei referendum. Una storia costituzionale e politica (1946-2022)*, Il Mulino, Bologna 2022.

³⁹ Può farsi questione, ma in luoghi diversi da questo, circa la possibilità di ricondurre i "livelli" delle prestazioni in parola alla tutela assicurata a taluni beni costituzionalmente protetti dalle leggi messe al riparo dalla traiettoria referendaria. Come che stiano al riguardo le cose, come si viene dicendo, trattasi pur sempre di limiti al libero dispiegarsi del canone della *lex posterior* conseguenti a "coperture" apprezzabili unicamente in prospettiva assiologicamente orientata (v., infatti, quanto se ne dice subito di seguito nel testo).

⁴⁰ L'inciso vuol rendere qui di passaggio testimonianza dello straordinario rilievo posseduto dallo sviluppo scientifico e tecnologico nelle pratiche giuridiche. Alla questione, come si sa ampiamente discussa, non può tuttavia qui riservarsi alcun cenno per approfondimenti di cui è altra, evidentemente, la sede.

sovranità dello Stato, insomma, palesa limiti evidenti di rendimento, dei quali tuttavia coloro che, da noi come altrove, hanno responsabilità di governo faticano ad avvedersi, a motivo della miopia o vera e propria cecità politico-istituzionale da cui sono afflitti.

A riguardo di quanto si viene ora dicendo, è singolare e, se posso esprimermi con franchezza, persino malinconico dover constatare che non di rado gli organi di garanzia (e, dunque, principalmente i giudici) rinvencono un alibi o, comunque, un'attenuante per le carenze esibite dai testi di legge nei fattori di contesto, cui si è appena accennato, trascurando però di considerare che questi ultimi si devono in cospicua misura proprio a responsabilità dello stesso legislatore⁴¹. E così quest'ultimo riesce a farsi assolvere per colpe che, al tirar delle somme, allo stesso sono almeno in una parte cospicua imputabili.

In terzo luogo, si ha conferma che il riferimento ai “livelli essenziali” possiede una duplice valenza: l'una, la più appariscente, rileva al piano dei rapporti tra le leggi di Stato e Regione, ponendosi a base del riparto mobile delle competenze di cui esse sono espressione⁴²; l'altra, a mia opinione ancora più significativa e gravida di implicazioni, si rende manifesta, come si è veduto, al piano dei rapporti che la legge intrattiene con... *se stessa*, risultando limitata nella sua forza normativa alla luce di un parametro che è, a un tempo, fattuale ed assiologico, rimandando al “fatto” (al contesto, appunto) ed alle combinazioni di valore dallo stesso sollecitate a formarsi ed a rinnovarsi di continuo, assecondando il moto inarrestabile degli interessi facenti capo agli enti in campo.

Il vero riparto delle competenze – è ormai acclarato – poggia, infatti, non già sulle “materie” *ut sic* bensì sugli interessi o beni della vita che ad esse fanno capo, dunque anche (e in primo luogo) sui diritti fondamentali.

I limiti orizzontali e verticali ai quali vanno soggette le leggi regionali (e, per la loro parte, *ex adverso*, le stesse leggi statali), peraltro, dimostrano che il più delle volte non si è in presenza di sfere di competenza chiuse e reciprocamente impermeabili bensì di ambiti materiali entro i quali prende forma un concorso di discipline, vario a seconda degli ambiti stessi e dei fattori di contesto dietro accennati, comunque ispirato – come suol dirsi – a “leale cooperazione”. Nessun ente, infatti, può ormai fare a meno dell'altro e tutti sono chiamati a produrre il massimo sforzo, secondo le capacità di cui sono dotati, al servizio dei più avvertiti bisogni in seno alle collettività stanziare nei territori di cui si compone la Repubblica. È chiaro che controversie interpretative possono pur sempre aversi tra gli enti in parola, *controversie di interessi* come si è veduto. Ma l'*animus* che dovrebbe ispirarne l'azione e darne il retto orientamento non ha – secondo modello – natura conflittuale bensì, appunto,

⁴¹ Come far valere efficacemente quest'ultima, al di là dei rimedi esperibili in sede di giudizi di costituzionalità, rimane nondimeno una questione ad oggi irrisolta [ragguagli sul punto di cruciale rilievo, in R. CONTI, *Il rilievo della CEDU nel “diritto vivente”*: in particolare il segno lasciato dalla giurisprudenza “convenzionale” nella giurisprudenza dei giudici comuni, in AA.VV., *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, a cura di L. D'Andrea - G. Moschella - A. Ruggeri - A. Saitta, Giappichelli, Torino 2015, 87 ss.; C. MASCIOTTA, *Costituzione e CEDU nell'evoluzione giurisprudenziale della sfera familiare*, Firenze University Press, Firenze 2019, spec. 156 ss., e, più di recente, G. SERRA, *Cenni in tema di responsabilità del legislatore per adozione di legge incostituzionale. Note a margine dell'ordinanza T.A.R. per le Marche, n. 7 del 2022*, in federalismi.it, 12/2022, 20 aprile 2022, 273 ss., e, nella stessa *Rivista*, M. DI FRANCESCO TORREGROSSA, *Ulteriori spunti sulla posizione della giurisprudenza in materia della responsabilità dello stato-legislatore*, 24/2022, 21 settembre 2022, 131 ss. Infine, se si vuole, possono vedersi anche i miei *In tema di interpretazione e di interpreti nello Stato costituzionale (a proposito di un libro recente)*, in “Itinerari” di una ricerca sul sistema delle fonti, XIX, *Studi dell'anno 2015*, Giappichelli, Torino 2016, 530 s., e nt. 41, e *Rapporti interordinamentali e rapporti interistituzionali in circolo (scenari, disfunzioni, rimedi)*, in Freedom, Security & Justice: European Legal Studies, 2/2019, 15 luglio 2019, 51, in nt. 33].

⁴² Mobile è, in genere, ogni riparto relativo alle materie-“non materie” – come sono usualmente chiamate, sulla scia di una nota indicazione dottrinale [v., part., A. D'ATENA, *Materie legislative e tipologia delle competenze*, in *Quad. cost.*, 1/2003, 15 ss., spec. 21 ss.; v., inoltre, di recente, M. BELLETTI, *Dinamiche evolutive delle materie trasversali, tra tentativi di stabilizzazione e prospettive di involuzione*, in federalismi.it, 20/2022, 1° agosto 2022, 17 ss., e, nella stessa *Rivista*, G. FERRAIUOLO, *Materie trasversali e leale collaborazione*, 25/2022, 5 ottobre 2022, 25 ss.] – ma, com'è chiaro, la “non-materia” dei livelli essenziali, proprio per il fatto di riguardare i diritti fondamentali, gioca un ruolo di primo piano anche per ciò che attiene l'assetto delle “non-materie” restanti.

cooperativo. Gli enunciati iscritti nel Titolo V, tra i quali – per ciò che è ora si specifico rilievo – quelli di cui all’art. 117, richiedono infatti di essere costantemente rilette alla luce della indicazione, assiologicamente pregnante, data dall’art. 5; e quest’ultimo – come si è tentato di argomentare altrove⁴³ – non ci consegna l’immagine di due valori (l’unità-indivisibilità della Repubblica e l’autonomia) schierati a mo’ di eserciti pronti a farsi una guerra senza risparmio di colpi e senza fine. Di contro, unico è (e non può non essere) il valore, espresso da un principio fondamentale internamente articolato e composito: quello di unità *attraverso* la promozione, la massima possibile alle condizioni di contesto, dell’autonomia o, se si preferisce altrimenti dire, quello di autonomia *nella* cornice della unità. Quanto meno così dovrebbe essere secondo modello; un modello che tuttavia appare essere obiettivamente confuso ed opaco, a motivo della strutturale duttilità esibita dagli enunciati della Carta che racchiudono in sé, mescolate assieme in modo inscindibile, indicazioni volte a promuovere l’autonomia e indicazioni che possono prestarsi allo scopo di frenarne lo sviluppo ed ingabbiarne le più salienti e genuine manifestazioni: le une e le altre, pertanto, soggette ad interpretazioni di vario segno e ad oscillazioni continue e vistose nel corso di un’esperienza che, al tirar delle somme, appare essere marcata, tanto nelle sue espressioni politico-normative quanto in quelle giurisprudenziali, nel verso di una complessiva contrazione (e, talora, di un vero e proprio svilimento) dell’autonomia. Ed è allora da chiedersi se si diano, specie nella presente congiuntura gravata da plurime e soffocanti emergenze, le condizioni per il suo pur parziale e – fin dove possibile – soddisfacente recupero⁴⁴. Sta di fatto che può dirsi ormai provato che i pubblici interessi, quale che sia il livello istituzionale al quale se ne ha la emersione, possono essere curati in una misura complessivamente appagante, così come i diritti fondamentali possono crescere e fiorire rigogliosamente, alla sola condizione che prenda corpo un fattivo concorso, orientato verso i valori costituzionali nel loro fare “sistema”, offerto da *tutti* gli enti in campo, unitamente ad altri ancora⁴⁵.

4. *Fonti e norme in circolo (in ispecie, i ruoli giocati da legislatore e giudici sul terreno della salvaguardia dei diritti fondamentali, secondo modello e secondo esperienza)*

La complessità dei casi della vita, con l’affollamento degli interessi bisognosi di appagamento che il più delle volte li caratterizza, obbliga dunque a continue, parimenti complesse e sovente sofferte

⁴³ V., part., i miei *Il valore di “unità-autonomia” quale fondamento e limite dei giudizi in via d’azione e della “specializzazione” dell’autonomia regionale (prime notazioni)*, in AA.VV., *Il regionalismo italiano alla prova delle differenziazioni*, a cura di M. Cosulich, Editoriale Scientifica, Napoli 2021, 429 ss., nonché in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 3/2020, 28 settembre 2020, 100 ss., e *Autonomia e unità-indivisibilità della Repubblica: il modello costituzionale alla prova dell’emergenza*, in *Dirittifondamentali.it*, 3/2020, 18 ottobre 2020, 132 ss. Cfr., tra gli studi di maggior respiro teorico di recente apparsi, part. quelli di C. CARUSO, tra i quali, nella forma più organica, *La garanzia dell’unità della Repubblica. Studio sul giudizio di legittimità in via principale*, Bononia University Press, Bologna 2020; inoltre, R. BIN, *Il filo rosso della dialettica tra unità e autonomia: ieri, oggi, domani*, in *Scritti in onore di P. Carlo*, III, a cura di S. Aru - M. Betzu - S. Cecchini - R. Cherchi - L. Chieffi - G. Coinu - A. D’Aloia - A. Deffenu - G. Demuro - G. Ferraiuolo - F. Pastore - I. Ruggiu - S. Staiano, Editoriale Scientifica, Napoli 2022, 1419 ss.

⁴⁴ Non è di qui soffermarsi specificamente su siffatta cruciale questione che richiederebbe approfondimenti di analisi di cui è, evidentemente, altra la sede. Mi limito ora solo a fare richiamo del convincimento che ho al riguardo da tempo maturato secondo cui non si tratta tanto di promettere ulteriori (e, magari, appariscenti) devoluzioni di materie e funzioni dal centro alla periferia, come ad es. s’è fatto nel 2001 in sede di rifacimento del Titolo V, quanto di portare la periferia nel centro, di *farla centro*, attraverso la opportuna, radicale ristrutturazione degli organi statali di apparato in seno ai quali si assumono decisioni idonee quindi ad esprimere vincoli anche fortemente incisivi nei riguardi della sfera di competenze facenti capo all’autonomia stessa. Una ricetta, questa, che nondimeno deve fare i conti con le acclerate, annose carenze della rappresentanza politica (al centro come in periferia) e, in genere, del personale chiamato a responsabilità di governo. Ciò che, poi, a sua volta rimanda al modo con cui esso è selezionato dai e nei partiti (ma, di tutto ciò, chiaramente altrove).

⁴⁵ ... tra i quali quelli di minore autonomia territoriale (sul contributo offerto dalle Regioni e dagli altri enti all’affermazione dei diritti fondamentali, v., almeno, AA.VV., *Diritti e autonomie territoriali*, a cura di A. Morelli e L. Trucco, Giappichelli, Torino 2014).

operazioni di bilanciamento che i pratici (e, tra essi, principalmente i giudici) sono chiamati a mettere in atto. Non v'è, in buona sostanza, antinomia normativa – al piano delle relazioni interordinamentali come pure a quello interno – la cui risoluzione non passi attraverso operazioni siffatte. La qual cosa, nondimeno, non equivale a dire – tengo qui a precisare, a scanso di ogni possibile equivoco circa il senso complessivo del mio pensiero – che le *fonti* sono ormai ferrivecchi inservibili (e, anzi, dannosi) e che ciò che solo conta sono le *norme*, per il modo con cui l'operatore di turno le combina in ragione del caso portato alla sua attenzione. E ciò, non foss'altro che per il fatto che le norme risultano pur sempre da fonti, senza delle quali non potrebbero comunque venire alla luce.

In realtà, le fonti come le norme hanno bisogno di darsi mutuo sostegno e alimento, concorrendo variamente alla qualificazione dell'esperienza ed all'orientamento delle dinamiche sociali in genere.

Non v'è soltanto la precedenza naturale e cronologica delle fonti rispetto alle norme; rileva altresì il fatto che le prime, con il linguaggio di cui sono dotate, delimitano pur sempre in maggiore o minore misura l'area entro la quale vanno ricercati i significati degli enunciati di cui le fonti stesse si compongono. L'invenzione delle norme, insomma, non è mai per intero libera, risentendo comunque dei vincoli discendenti dal linguaggio degli enunciati, per lassi che invero siano in relazione a taluni di essi⁴⁶: un dato, questo, di cui – come si sa – si ha particolare riscontro proprio in seno alla Carta costituzionale e ad altri documenti che ne condividono, in buona sostanza, la natura, quali – come si è veduto – le Carte dei diritti in genere. Il linguaggio, dunque, non è né *tutto* né *niente* ma *qualcosa*, vario da un enunciato all'altro. Ciò che, poi, avvalora un esito ricostruttivo messo altrove in evidenza, secondo cui la *forza normativa sostanzialmente intesa*, quale *intensità prescrittiva*, può variare (ed effettivamente varia) anche in seno ad uno stesso documento, oltre che ovviamente nel passaggio dall'una all'altra fonte pure della medesima specie. Il che, poi, equivale a dire che il linguaggio, qual è in struttura e funzione, può portare (ed effettivamente porta) ad una marcata scissione tra forma e forza, fonte e norma.

V'è di più. È vero che, in via di principio, le fonti precedono e *quodammodo* fondano le norme ma è pure vero che, *per l'aspetto culturale*, a volte si ha l'inverso, nel senso che dapprima i pratici del diritto (e, in specie, i giudici) danno vita alle norme, pur se a volte col costo della forzatura dei materiali disponibili⁴⁷, e di poi, a rimorchio, sopravviene talora l'intervento del legislatore che,

⁴⁶ Si pensi, ad es., alle clausole generali e ad enunciati in genere connotati da accentuata apertura e duttilità strutturale, sì da ritagliare spazi particolarmente consistenti a beneficio degli operatori ed interpreti in genere (sulle prime v. l'interessante confronto tra cultori di diverse discipline che è in AA.VV., *Il ruolo delle clausole generali in una prospettiva multidisciplinare*, a cura di R. Sacchi, Giuffrè - Francis Lefebvre, Milano 2021).

⁴⁷ Si considerino, al riguardo, alcuni eccessi di cui si ha riscontro in sede d'interpretazione conforme, non di rado agevolati dalla circostanza per cui non si tratta di assicurare solo un retto orientamento dei testi interpretati verso la Costituzione ma anche verso altri documenti normativi, siano o no a questa analoghi (spec. altre Carte dei diritti). Non si trascurino, peraltro, i casi in cui si assiste alla inversione dell'orientamento interpretativo, adattandosi i contenuti del parametro a quelli delle leggi e degli atti in genere oggetto di sindacato [sulle plurime forme in cui si presenta l'interpretazione, in ragione della varietà dei casi e delle loro complessive esigenze, tra gli altri, v. G. SORRENTI, [La \(parziale\) riconversione delle "questioni di interpretazione" in questioni di legittimità costituzionale](#), in questa [Rivista](#), 2016/2, 293 ss.; M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir., Ann.*, IX (2016), 391 ss.; AA.VV., *Interpretazione conforme, bilanciamento dei diritti e clausole generali*, a cura di G. Bronzini e R. Cosio, Giuffrè, Milano 2017, spec. i contributi di cui alla parte II; G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, 99 ss.; Giov. D'AMICO, *Principi costituzionali e clausole generali: problemi (e limiti) nella loro applicazione nel diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in AA.VV., *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, a cura dello stesso Giov. D'Amico, Giuffrè, Milano 2017, 49 ss., spec. 66 ss.; R. BASILE, *Anima giurisdizionale e anima politica del giudice delle leggi nell'evoluzione del processo costituzionale*, Giuffrè - Francis Lefebvre, Milano 2017, 37 ss.; V. MARCENÒ, *Quando il giudice deve (o doveva?) fare da sé: interpretazione adeguatrice, interpretazione conforme, disapplicazione della norma di legge*, in *Dir. soc.*, 4/2018, 633 ss.; M. RUOTOLO, *Quando il giudice deve "fare da sé"*, in [Questione Giustizia](#), 22 ottobre 2018, e, dello stesso, *L'interpretazione conforme torna a casa?*, in [Rivista del Gruppo di Pisa](#), 3/2019, 30 ottobre 2019, 37 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, II, *Fonti e interpretazione*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2020, spec. 266 ss. e 376 ss.; V. BALDINI, *Costituzione e razionalizzazione della politica. Aspetti problematici di un distico dilemmatico in "moto perpetuo"*, in

risvegliandosi dal suo annoso letargo, si dispone a tradurre, sia pure con significativi adattamenti, le indicazioni venute dalla pratica giuridica in testi di leggi e di altri atti ancora.

Tra legislatore e giudici si intrattiene, insomma, un rapporto circolare di mutuo alimento: un rapporto che, secondo modello, dovrebbe essere virtuoso e che, tuttavia, non di rado, per responsabilità ora dell'uno ed ora degli altri si converte in vizioso. L'esperienza, infatti, appare essere in considerevole misura discosta dal modello stesso; e proprio la complessiva vicenda dei diritti fondamentali ne rende eloquente testimonianza.

Per la ricostruzione del modello nella quale da tempo mi riconosco⁴⁸, la positivizzazione dei "nuovi" diritti fondamentali dovrebbe aversi, in prima battuta, per mano del legislatore costituzionale, chiamato a darvi il *riconoscimento* (nella ristretta e propria accezione del termine), seguito quindi dal legislatore comune, cui sarebbe fatto obbligo di apprestare la prima ed essenziale disciplina di specificazione-attuazione del dettato costituzionale, a mezzo di disposti nondimeno connotati essi pure da una trama linguistica strutturalmente aperta e duttile. I pratici (e, segnatamente, i giudici) dovrebbero dunque entrare in campo in ultima battuta, restando ad essi devoluto il compito di *attuare* (e non meramente *applicare*) i principi posti dalla legge dando vita alle regole di volta in volta adeguate alle peculiari esigenze dei casi⁴⁹. Ed è proprio per la varietà incontenibile di questi ultimi

Dirittifondamentali.it, 1/2020, 28 gennaio 2020, spec. 292 ss.; F. POLITI, *L'interpretazione costituzionalmente conforme fra giudice delle leggi e giudice di legittimità. Alcune riflessioni alla luce recenti pronunce della Corte costituzionale*, in *Lo Stato*, 13/2019, 155 ss.; G. PARODI, *L'interpretazione conforme a Costituzione. Profili di comparazione*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, num. spec. 2019, 555 ss.; A.I. ARENA, *Note minime su interpretazione e giudizio accentrato di costituzionalità*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 3/2019, 5 dicembre 2019, 163 ss.; F. MODUGNO, *Le novità della giurisprudenza costituzionale*, in *Lo Stato*, 14/2020, 101 ss.; R. ROMBOLI, *Il sistema di costituzionalità tra "momenti di accentramento" e "di diffusione"*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2/2020, 26 maggio 2020, 4 ss., e, dello stesso, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in AA.VV., *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2017-2019)*, a cura dello stesso R., Giappichelli, Torino 2020, 72 ss.; G. PITRUZZELLA, *L'interpretazione conforme e i limiti alla discrezionalità del giudice nella interpretazione della legge*, in *Un riaccentramento del giudizio costituzionale? I nuovi spazi del giudice delle leggi, tra Corti europee e giudici comuni*, in federalismi.it, 3/2021, 27 gennaio 2021, 161 ss.; nella stessa *Rivista*, v., inoltre, l'Editoriale di G. DE VERGOTTINI, *La Corte costituzionale tra riaccentramento e riequilibrio del sistema*, spec. § 2, e S. STAIANO, *Corte costituzionale e giudici comuni. La congettura del riaccentramento*, 102 ss., che discorre di una "trasfigurazione" del canone interpretativo in parola. Con specifico riguardo alla materia penale, V. NAPOLEONI, *L'onere di interpretazione conforme*, in V. MANES - V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima*, Giappichelli, Torino 2019, 49 ss. Con riguardo alla interpretazione conforme a CEDU, v., almeno, C. CARUSO, *Il "posto" della interpretazione conforme alla Cedu*, in *Giur. cost.*, 4/2018, 1985 ss., e, dello stesso, *L'interpretazione conforme alla Cedu e i "diritti a somma zero"*, in *Scritti per Roberto Bin*, a cura di C. Bergonzini - A. Cossiri - G. Di Cosimo, Giappichelli, Torino 2019, 457 ss. Quanto, poi, all'indirizzo della giurisprudenza euorunitaria, per una recente messa a punto, v. V. PICCONE, *Primato e pregiudizialità: il ruolo dell'interpretazione conforme*, in AA.VV., *Il rinvio pregiudiziale*, a cura di F. Ferraro e C. Iannone, Giappichelli, Torino 2020, 325 ss. In giurisprudenza costituzionale, di recente, v. [sentt. nn. 192](http://sentt.nm) e [219 del 2022](http://sentt.nm)].

⁴⁸ ... e che ho avuto modo, ancora di recente, di rappresentare nel mio *I diritti fondamentali, tra riconoscimento normativo ed effettività della tutela*, in *Nuove Autonomie*, 2/2022, 23 settembre 2022.

⁴⁹ Mostra adesione a questa indicazione metodico-teorica A. AMATO, *Giudice comune europeo e applicazione diretta della Carta dei diritti fondamentali dell'UE: Corte di giustizia e Corte costituzionale a confronto*, in *Giur. cost.*, 1/2020, spec. 464 ss.

Come si vede, resta dunque confermata la illuminata intuizione kelseniana di un processo di produzione giuridica che si fa per gradi discendenti di generalità-astrattezza, grazie al fattivo e costruttivo apporto di tutti gli operatori. Scontato appare, dunque, essere il fatto della "creatività" del giudice: termine pure caricato di valenze plurime, anche significativamente diverse e graduate (specie per qualità), sulle quali nondimeno non è consentito qui intrattenersi [in tema, *ex plurimis*, R. ROMBOLI, *L'attività creativa di diritto da parte del giudice dopo l'entrata in vigore della Costituzione*, in AA.VV., *Controllare i giudici? (Cosa, chi, come, perché)*, a cura di G. Campanelli, Giappichelli, Torino 2009, 25 ss.; T. GUARNIER, *Interpretazione costituzionale e diritto giurisprudenziale. Specificità e problemi dell'interpretazione costituzionale nell'ordinamento giuridico integrato*, Editoriale Scientifica, Napoli 2014; G.P. DOLSO, *Giudici e Costituzione nella prospettiva della creatività della giurisprudenza*, in *Dir. pubbl.*, 2/2018, 313 ss.; G. LANEVE, *Legislatore e giudici nel contesto delle trasformazioni costituzionali della globalizzazione: alcune riflessioni*, in *Rivista AIC*, 4/2018, 30 dicembre 2018, 407 ss.; M. LUCIANI, *Diritto giurisprudenziale, limiti dell'interpretazione e certezza del diritto*, in *Lo Stato*, 12/2019, 345 ss., e, dello stesso, *Dal chaos all'ordine e ritorno*, in *Liber amicorum Angelo*

che è opportuno non irrigidire in precetti normativi eccessivamente dettagliati e soffocanti la disciplina attuativa del quadro costituzionale, sì da darle modo di rispondere adeguatamente alle sollecitazioni continuamente cangianti venute dall'esperienza.

Come si vede, il modello qui nuovamente e con la massima rapidità rappresentato vede un *ruolo forte del legislatore*, nelle sue due articolazioni suddette, ed un *ruolo parimenti forte dei giudici*, di tutti i giudici (nazionali e non, comuni e costituzionali), chiamati ad una sana e – come suol dirsi – “leale” cooperazione in vista dell’ottimale appagamento dei diritti. Ciò che conferma che la Costituzione e lo Stato che da essa prende il nome camminano ancora oggi e dovranno seguitare a camminare anche domani sulle due gambe indicate nell’art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789.

Di contro, strutturali carenze sono state (e, in misura crescente, seguitano ad essere) esibite dalle sedi istituzionali in cui prende forma la rappresentanza politica, con effetti d’immediata evidenza e particolare gravità per ciò che attiene alla produzione giuridica⁵⁰. Leggi costituzionali che diano il riconoscimento dei “nuovi” diritti non ne sono state fatte, nel mentre le stesse leggi comuni esibiscono lacune vistose (specie in ambito di biodiritto⁵¹), restando pertanto in buona sostanza demandato ai

Davì. La vita giuridica internazionale nell'età della globalizzazione, I, Editoriale Scientifica, Napoli 2019, spec. 260 ss., e *L'errore di diritto e l'interpretazione della norma giuridica*, in [Questione Giustizia](#), 3/2019, 16 ss., spec. 27 ss.; R.G. RODIO, *Alcune riflessioni su anomalie, lacune e limiti dell'interpretazione giurisprudenziale*, in [Rivista AIC](#), 1/2019, 16 gennaio 2019, 1 ss.; C. PINELLI, *Certeza del diritto e compiti dei giuristi*, in *Dir. pubbl.*, 2/2019, 549 ss., spec. 556 ss.; F. PATRONI GRIFFI, *Il ruolo delle Corti nella costruzione dell'ordinamento europeo (From judge-made law to judge-made Europa)*, Editoriale, in [federalismi.it](#), 15/2019, 31 luglio 2019; G. ALPA, *Tecniche di codificazione e creatività del giudice. Note sul disegno di legge per la riforma del codice civile*, in [Questione Giustizia](#), 1/2020; C.V. GIABARDO, *Per la chiarezza di idee in tema di creazione giudiziale di diritto e ruolo della giurisprudenza nel tempo presente (Riflessioni al confine tra filosofia del diritto, diritto comparato e diritto processuale civile)*, in [Giustizia Insieme](#), 4 settembre 2020, e, nella stessa [Rivista](#), l'intervista di M. Brancaccio a V. MANES e L. PISTORELLI, dal titolo *Il giudice interprete o legislatore?*, 13 gennaio 2021; R. BIN, *Il giudice tra Costituzione e biodiritto*, in *Scritti in onore di A. Ruggeri*, I, Editoriale Scientifica, Napoli 2021, 441 ss., e, in prospettiva giusfilosofica, almeno, L. FERRAJOLI, in più scritti, tra i quali, *Contro il creazionismo giudiziario*, Mucchi, Modena 2018; infine, E. DICIOTTI, *Le attività creative dei giudici*, Mucchi, Modena 2022, nonché, volendo, il mio [Disordine del sistema delle fonti, crisi della legge e ruolo del giudice \(tornando a riconsiderare talune correnti categorie teoriche alla luce delle più salienti esperienze della normazione e dei più recenti sviluppi istituzionali\)](#), in questa [Rivista](#), 2020/III, 606 ss.].

Sta di fatto però (e il punto è particolarmente spinoso e di cruciale rilievo) che – come si viene dicendo – il modello qui sommariamente delineato si è trovato obbligato a soggiacere a vistose e gravi torsioni, in primo luogo e per un verso, a causa di annose mancanze da parte del legislatore e, secondariamente e per un altro verso, per taluni eccessi manifestati nelle sedi in cui si amministra giustizia.

⁵⁰ Questione antica, questa, che tuttavia torna di continuo a presentarsi in forme viepiù originali ed aggravate [tra i molti altri e di recente, P. LOGROSCINO, [Complessità del governare, qualità dei politici e ruolo dei partiti. Note in tempo di pandemia](#), in questa [Rivista](#), 2021/II, 406 ss., e, nella stessa [Rivista](#), se si vuole, il mio [Lo stato comatoso in cui versa la democrazia rappresentativa e le pallide speranze di risveglio legate a nuove regole e regolarità della politica](#), 2021/I, 124 ss. Infine, I. CIOLLI, *La rappresentanza politica. Recenti trasformazioni di una categoria ineludibile*, in *Lo Stato*, 18/2022, 129 ss.].

⁵¹ Non a caso, la legge 40 del 2004 è stata – com'è noto – fatta a pezzi dalla giurisprudenza costituzionale, che ha prodotto uno sforzo encomiabile, seppur con talune non celate forzature, nell'intento di ricucire almeno in parte un tessuto legislativo a brandelli. Tarda, poi, a tutt'oggi una disciplina organica delle esperienze di fine-vita; ciò che ha obbligato (e obbliga) i protagonisti di queste vicende, unitamente alla giurisprudenza ed agli studiosi, a procedere a tentoni in vista del conseguimento di esiti seppur in parte apprezzabili e venire così incontro ad aspettative intensamente nutrite in seno al corpo sociale (riferimenti, nella ormai incontenibile lett., quanto alle esperienze di procreazione medicalmente assistita, in S. PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Editoriale Scientifica, Napoli 2015; A. PATRONI GRIFFI, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, Editoriale Scientifica, Napoli 2016; B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Giuffrè, Milano 2017; S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte esistenziali d'inizio-vita*, Giuffrè, Milano 2012, e, dello stesso, *Procreazione medicalmente assistita e dignità dell'embrione*, Aracne, Roma 2020; L. CHIEFFI, *La procreazione assistita nel paradigma costituzionale*, Giappichelli, Torino 2018; A. VESTO, *La maternità tra regole, divieti e plurigenitorialità. Fecondazione assistita, maternità surrogata, parto anonimo*, Giappichelli, Torino 2018; V. TIGANO, *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi. Modelli di bilanciamento tra tutela del*

giudici l'onere gravosissimo di “supplire”⁵² – come suole dirsi – ai mancati o difettosi interventi del legislatore. Un onere francamente insopportabile, poi, nella presente congiuntura afflitta da plurime, soffocanti ed ingravescenti emergenze (da quella bellica a quella ambientale, alla sanitaria, alla economica, e via dicendo) che peraltro si ricaricano in modo perverso a vicenda. Quale, poi, ne sia il costo, sotto più profili, a carico dei diritti in genere, vecchi e nuovi, è cosa di tutta evidenza, più volte e da varî punti di vista rappresentata, sulla quale pertanto non occorre qui ulteriormente intrattenersi.

Sta di fatto che il modello costituzionale si è trovato obbligato a piegarsi davanti ad un'esperienza dallo stesso sensibilmente discosta, che ne ha distorto in modo marcato la stessa struttura portante, rendendola complessivamente irriconoscibile rispetto alla pur sommaria descrizione fattane nella Carta.

In questo quadro, sono dunque i giudici a doversi fare carico della incessante, mobile composizione delle norme in sistema, nell'affannosa e non di rado sofferta ricerca di soluzioni in qualche modo appaganti e fin dove possibile rispondenti alle complessive esigenze dei casi.

Non soltanto la *tutela* ma, prima ancora, lo stesso *riconoscimento* primo dei diritti è in mano ai giudici, chiamati a dar voce al canone della massima salvaguardia possibile consentita dalle difficili (e persino proibitive) condizioni dei tempi.

Al di là di taluni eccessi di sicuro registratisi nell'esperienza⁵³, di cruciale rilievo è stato (ed è) il ruolo giocato dai giudici, da *tutti* i giudici (nazionali e non, costituzionali e comuni), al servizio dei diritti fondamentali e, in ultima istanza, della dignità della persona umana. Il che, poi, è la finale conferma che la teoria delle fonti ha da convertirsi – secondo la propria naturale vocazione – in teoria delle norme, bisognosa comunque di avere orientamento e alimento dalla teoria dei diritti fondamentali ed ispirazione metodica da una teoria della Costituzione quale “sistema” dei valori che danno l'identità della Repubblica e ne illuminano il sovente non lineare, comunque sofferto, cammino.

minore e libertà civili nella PMA, Giappichelli, Torino 2019; F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità. La legge n. 40 del 2004 e la sua applicazione fra volontà ed esigenze di giustizia*, Editoriale Scientifica, Napoli 2020; M.P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino 2020. In merito poi alle vicende di fine-vita, v., almeno, S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, II, *Le scelte esistenziali di fine-vita*, Giuffrè, Milano 2012, e, dello stesso, *Disposizioni di trattamento e dignità del paziente*, Aracne, Roma 2020; G. RAZZANO, *Dignità del morire, eutanasia e cure palliative nella prospettiva costituzionale*, Giappichelli, Torino 2014; R.G. CONTI, *Scelte di vita o di morte. Il giudice garante della dignità umana? Relazione di cura, DAT e “congedo dalla vita” dopo la l. 219/2017*, Aracne, Roma 2019; S. CANESTRARI, *Ferite dell'anima e corpi prigionieri. Suicidio e aiuto al suicidio nella prospettiva di un diritto liberale e solidale*, Bononia University Press, Bologna 2021).

⁵² Questione annosa e particolarmente vessata, sul cui capo – come si sa – si è riversata una pioggia imponente di scritti [riferimenti e indicazioni in G. REPETTO, *Appunti per uno studio sui rapporti tra garanzie costituzionali e indirizzo politico nell'esperienza repubblicana*, in *Dir. pubbl.*, 3/2018, 725 ss., e, più di recente, in D. SCOPELLITI, *Il canale giurisdizionale per il riconoscimento dei diritti: tra crisi della rappresentanza e supplenza nei confronti della politica*, in Dirittifondamentali.it, 2/2022, 11 maggio 2022, 28 ss. Adde M. PARADISO, *Ius e lex tra scientia iuris e iuris-prudentia nel diritto odierno*, in *Riv. internaz. dir. com.*, 28/2018, 263 ss., spec. 271, laddove si legge che “la giurisprudenza è divenuta arbitro assoluto, e arbitro autoreferenziale, di tutto il sistema giuridico e, a ben vedere, anche politico”].

⁵³ ... testimoniati, peraltro, dalla invenzione di tecniche decisorie ardite e dai loro concreti e parimenti discutibili utilizzi, specie ad opera del giudice delle leggi (ragguagli a riguardo dei modi con cui quest'ultimo fa uso dei canoni che presiedono all'esercizio delle sue funzioni, con specifica attenzione ai giudizi in via incidentale, possono, se si vuole, aversi dal mio *La Corte costituzionale e il processo incidentale, tra regole e regolarità*, in *Quad. cost.*, 2/2022, 325 ss.).

Fiammetta Salmoni**Il parere della Corte dei conti tedesca sullo Scudo per l'emergenza energetica. Fondi speciali e contabilità extra bilancio: come la Germania elude legalmente le regole del Patto di stabilità e crescita***

ABSTRACT: *The German government's recent law establishing a 200 billion Euro Scudo using a special fund to protect itself against the consequences of the Russian war of aggression is analyzed here on the basis of an important report by the German Federal Court of Auditors, which highlights its criticality and unconstitutionality profiles, mainly because these funds, not entering into the federal budget, would undermine its transparency and fairness. But even more relevant, at the European level, is the fact that through this escamotage, Germany would always be in a position to comply with the Stability and Growth Pact, avoiding exceeding the deficit/GDP and debt/GDP parameters by simply allocating these funds extra-budgetarily. And Italy? Why can such an accounting expedient not be used by us as well? The proposal, only sketched out, is to amend Article 81 of the Italian Constitution by introducing the possibility, in exceptional cases, of setting up special funds whose debt does not affect the public budget, along the lines of the German Constitution.*

SOMMARIO: 1. La proposta di legge del governo tedesco per l'istituzione dello Scudo economico difensivo contro le conseguenze della guerra di aggressione russa. – 2. I fondi speciali tedeschi e la contabilizzazione delle loro entrate e spese al di fuori del bilancio federale. – 3. La Relazione della Corte federale dei conti e le eccezioni di illegittimità costituzionale sollevate sull'istituzione dei fondi speciali. – 4. Il bilancio ombra tedesco e la conseguente elusione dei parametri del Patto di stabilità e crescita. – 5. La riduzione del rapporto debito/PIL in Italia: trasportare il modello tedesco dei fondi speciali nella Costituzione italiana.

1. *La proposta di legge del governo tedesco per l'istituzione dello Scudo economico difensivo contro le conseguenze della guerra di aggressione russa*

Il 29 settembre scorso il cancelliere tedesco Olaf Scholz (Spd), il ministro dell'Economia Robert Habeck (Verdi) e il ministro delle Finanze Christian Lindner hanno presentato una proposta di legge che prevede la creazione di uno *Scudo economico difensivo contro le conseguenze della guerra di aggressione russa* da 200 miliardi di euro a valere sul *Fondo di stabilizzazione economica* (FSE – in tedesco WSF).

Quest'ultimo, istituito con la legge 27 marzo del 2020, n. 7 (*WStFG*)¹, per fare fronte all'emergenza pandemica², gestito dall'Agenzia finanziaria federale (*Bundesrepublik Deutschland*



¹ Cfr. [Gesetz zur Errichtung eines Wirtschaftsstabilisierungsfonds \(Wirtschaftsstabilisierungsfondsgesetz – WStFG\)](#), 27 marzo 2020, in *BGBl. I S. 543 ss.*

² Sono poi stati approvati tre ordinanze di attuazione della legge istitutiva del Fondo: la [Verordnung zur Gewährung und Durchführung von Maßnahmen aus dem Wirtschaftsstabilisierungsfonds nach dem Stabilisierungsfondsgesetz \(Wirtschaftsstabilisierungsfonds-Durchführungsverordnung - WSF-DV\)](#); la [Verordnung zur Verwaltung des Wirtschaftsstabilisierungsfonds und zur Übertragung von Aufgaben auf die Kreditanstalt für Wiederaufbau nach § 20 des Stabilisierungsfondsgesetzes \(Wirtschaftsstabilisierungsfonds-Übertragungsverordnung - WSF-ÜV\)](#) e la [Verordnung über die Erstattung von Kosten, die im Rahmen der Durchführung von Maßnahmen des Wirtschaftsstabilisierungsfonds nach dem Stabilisierungsfondsgesetz entstehen \(Wirtschaftsstabilisierungsfonds-Kostenverordnung - WSF-KostV\)](#), tutte del 1° ottobre 2020 e pubblicate nella *Gazzetta federale BGBl. I S. 2051*. Sul punto, se ne legga la sintesi in un articolo dal titolo *Economic Stabilization Fund - the concretizing Directives are (finally) there*, sulle pagine web di [Legal Services / Deloitte Legal Germany](#).

Finanzagentur GmbH)³, era già stato approvato dalla Commissione Europea l'8 luglio 2020⁴, che il precedente 18 marzo del 2020 aveva sospeso il divieto di aiuti di Stato⁵.

Esso contemplava due strumenti di stabilizzazione che potevano essere impiegati anche in combinazione tra di loro: 1) la possibilità di applicare garanzie federali su prestiti, comprese linee di credito e prodotti del mercato dei capitali; 2) misure di ricapitalizzazione come mezzo diretto per rafforzare l'equità, per un valore complessivo di circa 550 miliardi di euro (che includevano il *surplus* di bilancio di 12,4 miliardi di euro)⁶, ed era scaduto il 30 giugno 2022⁷.

Il progetto di legge presentato dal Governo tedesco ha previsto che lo Scudo economico per l'emergenza energetica sia istituito mediante una modifica della legge sul FSE, prevedendo che quest'ultimo serva “*anche* ad attuire le conseguenze della crisi energetica, in particolare gli aumenti di prezzo per l'acquisto di gas ed elettricità in Germania” (nuovo § 16, comma 4, *WStFG*), i cui dettagli saranno disciplinati in una nuova Parte 3 da aggiungere alla Sezione 2 della *WStFG* (§§ 26a-26g).

Il 18 ottobre 2022, prima dell'approvazione della legge di modifica della *WStFG*, la Corte federale dei conti tedesca ha adottato una Relazione che ha presentato alla Commissione bilancio del Bundestag tedesco sul *Finanziamento dello Scudo protettivo per attuire le conseguenze della crisi energetica attraverso il Fondo di stabilizzazione economica*, nella quale ha sottolineato alcuni profili di criticità affrontando, in particolare, il punto di vista della sua legittimità costituzionale (senza fare riferimento alla normativa sovranazionale)⁸.

Secondo la Corte dei conti tedesca, infatti, il finanziamento dello Scudo protettivo da parte del FSE presenta tratti problematici difficilmente compatibili con il *Grundgesetz*.

Si tratterebbe dell'ennesima deroga a quanto disciplinato dall'art. 109, comma 3, GG, e dall'art. 110, comma 1, GG, ai sensi dei quali il bilancio federale deve essere in pareggio e “tutte le entrate e le spese della Federazione devono essere incluse nel bilancio” per rispettare il requisito della *completezza e dell'unità* di bilancio, necessario anche a garantirne la *trasparenza* indispensabile per esercitare “i diritti parlamentari di bilancio”⁹.

Insieme alle predette norme costituzionali deve altresì essere posta particolare attenzione sull'art. 115, comma 1, GG, ai sensi del quale “l'accensione di prestiti e l'assunzione di fidejussioni, garanzie o altri impegni che possono comportare spese in esercizi futuri richiedono *un'autorizzazione* da parte della legge federale, il cui importo deve essere fisso o determinabile”. In altri termini, le entrate

³ L'Agenzia finanziaria federale è un ente pubblico di proprietà al 100% del ministero federale delle finanze, le cui attività sono soggette al controllo parlamentare regolato dalla legge. È responsabile della gestione del debito, dei prestiti e della gestione della liquidità per conto del governo federale. Nel corso della pandemia, come accennato nel testo, il governo federale ha lanciato il *Fondo di stabilizzazione economica* (FSE) per rafforzare l'economia reale tedesca e lo ha posto sotto l'egida dell'Agenzia finanziaria che, dal 2018, gestisce anche il *Fondo di stabilizzazione dei mercati finanziari* (FMS), istituito dal governo federale nel 2008 per far fronte alla crisi dei mercati finanziari.

⁴ Si veda [EUROPEAN COMMISSION, State Aid SA.56814 \(2020/N\) – Germany – COVID-19 measures of the Wirtschaftsstabilisierungsfonds, C\(2020\) 4747 final, Brussels, 8.7.2020.](#)

⁵ Cfr., la Comunicazione con la quale la Commissione ha sospeso il divieto di aiuti di Stato, dal titolo [Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19, \(2020/C 91 I/01\), 19 marzo 2020](#), più volte prorogata. In dottrina, R. REALFONSO, *Finanziamento delle politiche e scenari del debito dopo il covid-19*, in [economiaepolitica](#), 15 aprile 2020.

⁶ Cfr., T. OLDANI, *I 550 mld della Merkel come i carri armati di Mussolini*, in [ItaliaOggi](#), 18 marzo 2020, 6, dove giustamente si sottolinea che si tratta di “un dettaglio (...) che merita attenzione, in quanto è l'ennesima prova di come la Germania riesca a spendere somme colossali senza violare le norme Ue sugli aiuti di Stato, ovvero quelle stesse regole che da anni impediscono all'Italia di fare investimenti pubblici in determinati settori, per somme infinitamente più modeste”.

⁷ La concessione di misure di stabilizzazione inizialmente era stata limitata fino alla fine del 2021 e successivamente è stata prorogata fino al 30 giugno 2022.

⁸ Cfr., BUNDESRECHNUNGSHOF, [Bericht nach § 88 Absatz 2 BHO an den Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages Finanzierung des Schutzschirms zur Abfederung der Folgen der Energiekrise durch den Wirtschaftsstabilisierungsfonds \(WSF\)](#), 18. Oktober 2022.

⁹ Cfr., [Relazione](#) della Corte dei conti federale, punto 2.

provenienti da prestiti non possono superare la somma delle uscite previste nel bilancio federale.

Tale principio, *ex art.* 115, comma 1, frase 2, GG, si considera rispettato se le entrate da prestiti (e quindi risultanti da un indebitamento dello Stato mediante l'emissione di obbligazioni) non superano lo 0,35% del PIL, una norma che rappresenta *contestualmente sia* un freno al debito (*Schuldenbremse*)¹⁰, *sia* una sorta di *mini golden rule* in quanto volta a consentire un indebitamento annuale dello 0,35% del PIL per *temporanei* sforamenti del pareggio di bilancio in caso di ciclo avverso¹¹.

Questa la regola generale, cui si affianca l'art. 109, comma 3, GG, il quale dispone che, ferma la necessità che in linea di principio le entrate e le uscite debbano essere bilanciate senza entrate da prestiti, la Federazione e i *Länder* possono prevedere regolamentazioni che tengano conto, in modo simmetrico sia nelle fasi di ripresa che nelle fasi di declino, degli effetti degli andamenti congiunturali che deviano dalle condizioni di normalità, ammettendo deroghe al principio del pareggio di bilancio *nel caso di calamità naturali o in seguito a situazioni eccezionali di emergenza che esulano dal controllo dello Stato e che compromettono gravemente la sua capacità finanziaria*.

La possibilità di approvare siffatte deroghe, intese come una vera e propria clausola di salvaguardia, sono altresì ribadite nel successivo art. 115, comma 2, GG, dove si ripete testualmente lo stesso concetto aggiungendo che per i motivi di cui sopra, come accennato, è consentito adottare misure che superano i limiti di ricorso al debito dello 0,35% previsti dal suo 1 comma, se il Parlamento approva una legge a maggioranza assoluta dei suoi componenti¹². In ogni caso l'indebitamento non potrà superare l'1,5% del PIL e un'appropriata copertura dovrà comunque essere prevista per limitare la durata dello scostamento dagli obiettivi di bilancio.

In aggiunta a ciò, l'ultima frase del comma 1, art. 110, GG, prevede la possibilità di istituire *fondi speciali* per i quali si dispone che siano inclusi nel bilancio federale *solo* gli accantonamenti e le erogazioni posti in essere in modo da rispettare la regola del pareggio, mentre le *altre* uscite ed entrate saranno appostate *al di fuori del bilancio stesso* con la conseguenza che mediante tali fondi sono, di fatto, *esternalizzate* le spese e le entrate -creando quindi fondi *extra* bilancio-, pertanto, proprio per questa ragione, i fondi speciali sono *ammessi solo in casi eccezionali* (combinato disposto artt. 109, comma 3 e art. 112, GG)¹³ mediante una legge che deve essere approvata anche dal Bundesrat (artt. 109, comma 4 e 109a.2, GG).

È, dunque, sull'utilizzo di detti fondi e sulla loro compatibilità con la Legge fondamentale tedesca che si è appuntata l'attenzione della Corte federale dei conti.

2. I fondi speciali tedeschi e la contabilizzazione delle loro entrate e spese al di fuori del bilancio federale

Lo Scudo difensivo si avvale, come detto, del *Fondo di stabilizzazione economica* (che, a sua volta, integrava il *Fondo di stabilizzazione dei mercati finanziari* creato in occasione della crisi economico-finanziaria del 2008)¹⁴, il quale si inquadra giuridicamente come un *fondo speciale* (privo

¹⁰ *Ex plurimis*, da ultimo, L.P. FELD, W.H. REUTER, *The German 'Debt Brake': Success Factors and Challenges*, in *Freiburger Diskussionspapiere zur Ordnungsökonomik*, 2021, 2 ss. (reperibile anche tramite [EconStor](#))

¹¹ Cfr., R. BIFULCO, *Il pareggio di bilancio in Germania: una riforma costituzionale postnazionale?*, in *Rivista AIC*, 2011, 3, che sottolinea la differenza di trattamento che la Legge fondamentale tedesca riserva alla Federazione e ai *Länder*.

¹² Cfr., L.P. FELD, W.H. REUTER, *The German 'Debt Brake'*, cit., 7.

¹³ Ai sensi dell'art. 112, GG, infatti, "le spese eccedenti il bilancio e le spese non iscritte a bilancio richiedono l'approvazione del Ministro federale delle Finanze. Tale approvazione può essere concessa solo in caso di necessità impreviste e inevitabili".

¹⁴ Cfr. [Gesetz zur Errichtung eines Finanzmarkt- und eines Wirtschaftsstabilisierungsfonds \(Stabilisierungsfondsgesetz - StFG\)](#), 17 Oktober 2008, in *BGBl.* I S. 1982 ss. Il 27 ottobre 2008 la Commissione europea ha autorizzato l'istituzione di questo fondo speciale volto a porre in essere un piano di salvataggio del sistema finanziario tedesco. Il 5 novembre 2008, inoltre, il Governo federale ha adottato una decisione con la quale ha stabilito che l'Istituto

di capacità giuridica e non soggetto a sequestro o altre misure di esecuzione forzata *ex art. 17, WStFG*) ai sensi dell'art. 110, comma 1, GG, e che, per poter funzionare, ha avuto necessità di ottenere un'autorizzazione specifica a contrarre prestiti oltre l'anno tramite legge approvata a maggioranza dei membri del Bundestag ai sensi dell'art. 115, comma 2, frase 6, della Legge fondamentale¹⁵.

Esso, del valore di 200 miliardi di Euro, ai sensi del nuovo § 26a *StFG*, dovrà porre in essere misure che comprendono un “freno al prezzo del gas”, un “freno al prezzo dell'energia elettrica”, aiuti alle imprese in difficoltà a causa della crisi energetica e la *concessione di prestiti al Kreditanstalt für Wiederaufbau* (KfW) per il *rifinanziamento* delle suddette misure di sostegno, nella misura in cui le corrispondenti operazioni gli siano assegnate dal Governo federale¹⁶.

Le condizioni dettagliate della concessione di prestiti saranno determinate dal Fondo di stabilizzazione economica caso per caso, dovranno essere attuate nel triennio 2022-2024 e cessare “alla fine del 30 giugno 2024” (§ 26g *StFG*).

Poiché, come detto, deroghe al freno di bilancio sono consentite esclusivamente a seguito di situazioni eccezionali di emergenza che esulano dal controllo dello Stato, nella relazione 20/3937 che ha accompagnato il progetto di legge istitutivo dello Scudo presentato l'11 ottobre 2022 si legge che con questa misura “il Governo federale sta garantendo il reperimento delle risorse finanziarie necessarie per contrastare la crisi energetica e *le conseguenze della guerra di aggressione russa all'economia tedesca*”¹⁷.

Un enunciato molto sottile in quanto, facendo riferimento alla “guerra di aggressione russa all'economia tedesca” da una parte si colloca nell'alveo del costituzionalmente consentito, dall'altra suscita la reazione positiva dell'opinione pubblica, dall'altra ancora rendeva particolarmente complessa l'eventualità che il Bundestag potesse non approvare l'adozione della misura *de qua*.

Ai sensi del nuovo art. § 26b *StFG*, il ministero federale delle finanze sarà autorizzato, per l'anno 2022, a contrarre prestiti per un importo di 200 miliardi di euro destinati al *Fondo di stabilizzazione economica*, al fine di finanziare le predette misure di cui all'art. § 26a¹⁸. I *costi* di tale prestito saranno

di credito per la ricostruzione (il noto *Kreditanstalt für Wiederaufbau* - KfW) può concedere aiuti a sostegno dell'economia reale, ossia un piano di prestiti destinato a fornire liquidità alle imprese colpite dalla restrizione del credito. Il successivo 30 dicembre 2008, la Commissione europea ha autorizzato anche la misura adottata dalla Repubblica federale tedesca per far fronte alla crisi dell'economia reale nell'ambito del *Programma speciale KfW 2009 (KfW-Sonderprogramm 2009)* presentato il 19 dicembre 2008. Il programma, previsto nel pacchetto federale di interventi denominato *Tutela dell'occupazione attraverso il rafforzamento e la crescita* è finanziato dalla KfW. Grazie ai predetti provvedimenti e alle autorizzazioni di volta in volta accordate dalla Commissione europea, la Germania ha potuto elargire aiuti di Stato da una parte salvando la *Deutsche Industriebank*, la *Sicherungseinrichtungsgesellschaft deutscher Banken*, la *Commerzbank*, la *WestLB*, la Banca *IKB*, la *Hypo Real Estate*. Dall'altra ha facilitato l'accesso delle PMI al capitale di rischio, ha consentito alle autorità federali regionali e locali ad accordare aiuti sotto forma di garanzie sovvenzionate per i crediti di investimento e crediti per capitale d'esercizio, ha autorizzato un regime di prestiti a tasso agevolato a favore delle imprese che investono nella fabbricazione di prodotti rispettosi dell'ambiente, ha autorizzato un regime di aiuti destinato a sostenere gli agricoltori in difficoltà concessi sotto forma di sovvenzioni dirette, prestiti agevolati e di aiuti al pagamento degli oneri sociali.

¹⁵ Cfr., BUNDESMINISTERIUM DER FINANZEN, [Monatsbericht des BMF, Der Wirtschaftsstabilisierungsfonds](#), August 2022, 23 ss.

¹⁶ Ai sensi del § 2, comma 4, [Gesetz über die Kreditanstalt für Wiederaufbau](#), modificata da ultimo il 19 giugno 2020 (BGBl. I p. 1328). Sulla storia e il ruolo della *KfW*, *ex multis*, P. VOLBERDING, *Leveraging Financial Markets for Development. How KfW Revolutionized Development Finance*, New York, 2021, *passim*; U. MOSLENER, M. THIEMANN, P. VOLBERDING, *National Development Banks as Active Financiers: The Case of KfW*, in S. Griffith-Jones, J.A. Ocampo (a cura di), *The Future of National Development Banks*, Oxford, 2018, 63 ss.; D. MERTENS, *A German model? KfW, field dynamics and the Europeanization of 'promotional banking'*, in D. Mertens, M. Thiemann, P. Volberding (a cura di), *The Reinvention of Development Banking in the European Union. Industrial Policy in the Single Market and the Emergence of a Field*, Oxford, 2021, 117 ss.

¹⁷ Cfr., DEUTSCHER BUNDESTAG, [Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Stabilisierungsfondsgesetzes zur Reaktivierung und Neuausrichtung des Wirtschaftsstabilisierungsfonds](#), 11.10.2022.

¹⁸ Più in particolare, ai sensi del nuovo § 26a, le spese del FSE sono consentite per: 1) il finanziamento di programmi statali per attutire gli aumenti di prezzo nell'acquisto e nell'utilizzo del gas e del teleriscaldamento, soprattutto da parte di consumatori e aziende (freno al prezzo del gas); 2) il finanziamento e il finanziamento intermedio di programmi volti

a carico del *Fondo di stabilizzazione economica* che riceverà un'autorizzazione di credito per l'importo corrispondente, *indipendente* dal bilancio federale.

Infatti, come anche affermato dal ministro delle finanze tedesco nel suo Rapporto mensile di novembre 2022 grazie alla riattivazione del *Fondo di stabilizzazione economica* ed all'utilizzandone dei suoi fondi per uno scopo specifico "questa risposta alla crisi *rimane chiaramente separata dal normale bilancio federale*", perché con il Fondo non sono finanziati progetti politici di partito, ma necessità urgenti della nazione, con il che si "invia un chiaro segnale ai mercati finanziari internazionali: le finanze della Germania rimangono solide"¹⁹.

Il prestito federale, continua il *Rapporto mensile*, serve a finanziare il bilancio federale e i fondi speciali della Federazione.

Questi ultimi si dividono in fondi speciali *cofinanziati* dal bilancio federale o da altre entrate e *fondi speciali con una propria autorizzazione di prestito*²⁰.

3. La Relazione della Corte federale dei conti e le eccezioni di illegittimità costituzionale sollevate sull'istituzione dei fondi speciali

Nella sua *Relazione* del 18 ottobre 2022 la Corte dei conti tedesca ha sottolineato che il FSE è a tutti gli effetti un *fondo speciale* (ex § 16, *StFG*) istituito ai sensi dell'art. 110 GG²¹.

Tuttavia, nonostante il fatto che la Costituzione tedesca preveda in casi eccezionali la creazione di questi fondi speciali, a causa della "perdita di trasparenza associata all'esternalizzazione delle uscite e delle entrate (...) quanti più fondi speciali vengono istituiti e più ampia è la loro portata finanziaria, tanto più il valore informativo del bilancio viene distorto e la visione parlamentare viene offuscata"²².

In particolare, nel caso del FSE si tratta di un *fondo speciale con una propria autorizzazione di prestito*.

Infatti, per finanziare lo Scudo protettivo da 200 miliardi di euro (fino alla metà del 2024) il FSE riceverà un'autorizzazione a contrarre prestiti per un importo corrispondente, *indipendente dal bilancio federale*²³. In dettaglio, il § 26b, che secondo il progetto di legge dovrebbe essere introdotto nella *StFG*, prevede che: a) il prestito debba essere completato nel 2022; b) il FSE sosterrà i costi del prestito, compresi i pagamenti degli interessi; c) il trasferimento dei fondi non necessari alla fine

ad attenuare gli aumenti di prezzo nell'acquisto di energia elettrica, soprattutto da parte dei consumatori e delle imprese (freno ai prezzi dell'energia elettrica); 3) il finanziamento di misure di sostegno per le imprese in difficoltà a causa della crisi energetica, in particolare nella misura in cui non sono sufficientemente coperte dal freno ai prezzi dell'elettricità e del gas, nonché per gli importatori di gas rilevanti per la stabilità del mercato, compreso il finanziamento di acquisti sostitutivi sui mercati dell'energia nella misura in cui non sono sufficientemente coperti dal freno ai prezzi del gas; 4) la concessione di prestiti al *Kreditanstalt für Wiederaufbau (KfW)* per il rifinanziamento dei programmi e delle misure di sostegno di cui ai numeri da 1 a 3, nella misura in cui le operazioni corrispondenti gli siano assegnate dal Governo federale sulla base del § 2, paragrafo 4, della legge sul *Kreditanstalt für Wiederaufbau*.

¹⁹ Cfr. BUNDESMINISTERIUM DER FINANZEN, *Monatsbericht des BMF, Der Wirtschaftsstabilisierungsfonds*, November 2022, 3.

²⁰ Si tratta dei seguenti fondi: il Fondo di stabilizzazione dei mercati finanziari (FMS), il Fondo di stabilizzazione economica qui in discussione (FSE), il Fondo per gli investimenti e i rimborsi (ITF), il Fondo di ristrutturazione (RSF) ed il Fondo speciale delle Forze armate federali (SV BW). Il prestito per i fondi speciali FMS e FSE serve, da un lato, a finanziare le spese per le misure di stabilizzazione ai sensi del § 9, comma 1, *StFG*, o la ricapitalizzazione delle imprese ai sensi del § 22 della *StFG*. D'altra parte, il governo federale contrae anche prestiti per l'FMS e il FSE, che vengono trasferiti alle istituzioni di diritto pubblico come prestiti con le stesse condizioni ai sensi del § 9, comma 5, *StFG* e del § 23 *StFG*. L'accensione di questi prestiti tramite il Governo federale consente di risparmiare sui costi grazie alle condizioni di finanziamento più favorevoli del Governo federale.

²¹ Cfr. BUNDESRECHNUNGSHOF, *Bericht*, 4. I fondi speciali sono altresì previsti dal § 26 del *Bundshaushaltsordnung (BHO)*, del 19 agosto 1969 più volte integrato e modificato (da ultimo il 1 luglio 2022).

²² Cfr. BUNDESRECHNUNGSHOF, *Bericht*, 6.

²³ Cfr. BUNDESRECHNUNGSHOF, *Bericht*, 5.

dell'anno in una riserva; d) l'utilizzo di tale riserva per finanziare le misure da adottare negli esercizi successivi; e) l'investimento temporaneo della liquidità in eccesso anche in crediti verso il governo federale; f) la legittimazione dell'assunzione di prestiti da parte del FSE in eccesso rispetto al limite del freno all'indebitamento mediante una risoluzione del Bundestag tedesco da approvare esclusivamente nel 2022 ai sensi del § 115, comma 2, frasi da 6 a 8 della Legge fondamentale²⁴.

Come più volte sottolineato, secondo la Corte federale dei conti l'esternalizzazione delle spese e delle entrate generata dalla creazione di questi fondi comporta una perdita di trasparenza nella gestione del bilancio federale da parte del Parlamento e, quindi, non può che configurarsi come un'eccezione ai principi costituzionali di bilancio e in quanto tale deve essere utilizzata con ocularità.

In altri termini, detti fondi, anche denominati "istituzioni volatili di bilancio"²⁵, sono ammissibili solo se comportano vantaggi in termini di efficacia ed efficienza tali da giustificare la perdita di trasparenza per il "legislatore del bilancio", ma in nessun caso possono portare all'elusione di requisiti costituzionali come la regola del saldo in pareggio (artt. 109, comma 3 e 115, comma 2, GG) o il principio dell'annualità del bilancio (art. 110, comma 2, GG)²⁶.

Sotto il primo profilo, la Corte sottolinea come attualmente molte delle spese federali siano finanziate tramite fondi speciali e pertanto non sono contabilizzate nel bilancio dello Stato²⁷, con il risultato che il livello di spesa del governo è molto più alto di quello esposto a bilancio: in sostanza, tramite i fondi speciali la Germania effettua spese considerevoli che "nascondono il livello reale della spesa federale"²⁸, il suo effettivo indebitamento finanziario netto²⁹. Di conseguenza, il finanziamento dello Scudo protettivo attraverso il FSE distorcerebbe ancora di più il quadro reale complessivo del debito della Repubblica tedesca³⁰ giacché, secondo il progetto di legge presentato dal Governo, il FSE dovrà prendere in prestito 200 miliardi di euro per finanziare lo Scudo con un conto economico proprio e spese e prestiti contabilizzati al di fuori del bilancio federale³¹.

Sotto il secondo profilo, l'autorizzazione al credito richiesta dall'art. 115, comma 1, GG, si applica, ai sensi del § 26b, comma 1, della proposta di modifica della *StFG*³², esclusivamente all'anno 2022 (indipendentemente dalle specifiche esigenze di finanziamento) in modo da avere fondi disponibili per gli anni 2023 e 2024, quindi, in sostanza, il FSE nel 2022 prenderebbe questa somma in prestito "in anticipo" per le spese che sosterrà nel 2023 e 2024 in tal modo finanziando il *deficit* di quegli anni e violando i principi costituzionali dell'annualità del bilancio e quello del pareggio.

I fondi speciali con poteri di prestito propri comportano, insomma, il rischio che per loro tramite la Germania riesca ad aggirare il principio costituzionale del pareggio di bilancio, inclusa la regola del freno all'indebitamento.

²⁴ Il § 26c della proposta di modifica della *StFG* prevede che tutte le entrate e le spese del FSE relative allo Scudo protettivo siano iscritte in un piano economico annuale che deve avere entrate e uscite in pareggio. Così, BUNDESRECHNUNGSHOF, *Bericht*, 5.

²⁵ Cfr., BUNDESRECHNUNGSHOF, *Analyse zur Lage der Bundesfinanzen für die Beratungen zum Bundeshaushalt 2023*, 1° settembre 2022, 9.

²⁶ Cfr., BUNDESRECHNUNGSHOF, *Bericht*, 6.

²⁷ Nella sua Relazione la Corte federale dei conti rileva che i fondi speciali attualmente attivi in Germania, oltre a quelli menzionati *supra* nella nota 20, sono: 1) il Fondo speciale per le infrastrutture digitali; 2) il Fondo per il clima e la trasformazione; 3) il Fondo speciale per gli aiuti alla ricostruzione 2021. Così BUNDESRECHNUNGSHOF, *Bericht*, 7.

²⁸ Cfr., BUNDESRECHNUNGSHOF, *Bericht*, 8.

²⁹ Si veda anche BUNDESRECHNUNGSHOF, *Analyse*, cit., 27, dove si sottolinea con fermezza che a causa dell'istituzione di numerosi fondi speciali non contabilizzati nel bilancio tedesco esso non rivela il vero stato delle finanze federali.

³⁰ Cfr., BUNDESRECHNUNGSHOF, *Bericht*, 9.

³¹ Cfr., BUNDESRECHNUNGSHOF, *Bericht*, 10.

³² Questo comma prescrive che "Il Ministero federale delle Finanze è autorizzato, per l'anno 2022, a contrarre prestiti per un importo di 200 miliardi di euro per il Fondo di stabilizzazione economica, al fine di finanziare le misure di cui all'art. 26a, comma 1. Il prestito sarà preso in considerazione per determinare il prestito ai sensi dell'art. 115 della Legge fondamentale per l'anno 2022 e il conseguente obbligo di rimborso. I costi del prestito sono a carico del Fondo di stabilizzazione economica".

Inoltre, aggiunge la Corte dei conti federale, se di situazione di emergenza trattasi, che è l'unica ragione che consente la sospensione del principio del pareggio di bilancio, l'approvazione dei prestiti per motivi emergenziali "richiede un nesso di causalità non solo sostanziale ma anche temporale. Poiché nessuno può prevedere seriamente come si svilupperà la situazione di emergenza, i prestiti di emergenza non devono essere legittimati con largo anticipo" altrimenti configurano una violazione costituzionale.

4. Il bilancio ombra tedesco e la conseguente elusione dei parametri del Patto di stabilità e crescita

Nonostante il parere negativo della Corte dei conti federale, il 28 ottobre 2022 il Parlamento tedesco ha approvato la legge che finanzia attraverso il FSE lo Scudo difensivo per fare fronte all'emergenza energetica³³.

Stando così le cose, a parte le corrette osservazioni riportate nella summenzionata *Relazione*, ciò che più lascia perplessi è il rilievo di ciò che sembra un sistematico aggiramento della norma costituzionale sul pareggio di bilancio, ma anche e soprattutto (per quanto di interesse del nostro Paese) delle regole sovranazionali che definiscono il divieto di aiuti di Stato e i parametri del Patto di stabilità e crescita.

Relativamente a quest'ultimo profilo, infatti, sembra evidente che se la Germania fa ricorso all'indebitamento mediante l'istituzione di questi fondi speciali le cui entrate e uscite non sono contabilizzate nel bilancio della Repubblica federale essa pone in essere un brillante artificio contabile che fa apparire il suo debito pubblico entro il 60% del PIL, come richiesto dal PSC, ma che nella realtà dei fatti è molto più alto.

Né vale l'obiezione del ministro federale delle finanze secondo il quale il progetto di bilancio non manca di trasparenza perché "i piani economici dei fondi speciali sono allegati al progetto di bilancio con descrizioni dettagliate dei titoli in conformità con le rispettive leggi sull'istituzione dei fondi speciali approvate dal legislatore"³⁴, perché, com'è ovvio, una cosa è includere nel debito pubblico anche le spese che transitano attraverso i fondi speciali, altro è allegare i loro conti economici che non rivelano alcun aggravio per le casse dello Stato.

C'è, ovviamente, come accennato³⁵, anche il problema dell'eventuale aggiramento del divieto di aiuti di Stato, ma a questo pericolo finora ha sempre ovviato la Commissione europea che già in occasione dei salvataggi posti in essere dal FSE ai tempi della crisi pandemica ha più volte autorizzato la deroga all'art. 103, TFUE e, pertanto, difficile immaginare che non continui a farlo anche oggi.

Rimane, invece, il problema dell'aggiramento delle regole sulla *governance* economica europea: se la Germania accumula *deficit* e debito ma contabilizza entrambi al di fuori del bilancio ufficiale sembra evidente che pone in essere una politica fiscale che elude i parametri del 3% e del 60% incanalando tutto il debito in eccesso nei fondi speciali e, quindi, come è stato definito, in una sorta di *bilancio ombra*, uno *Schattenbilanz*, che *formalmente* rispetta sia la Costituzione sia le regole sovranazionali³⁶.

Non si può sottacere, dunque, che in siffatta maniera la Germania praticamente si dota di "una contabilità in nero, attraverso la creazione di enti pubblici intermedi, di scopo, che hanno (avrebbero) la possibilità di indebitarsi per finanziare gli investimenti"³⁷, mentre sarebbe doveroso emettere debito

³³ Cfr. [Gesetz zur Änderung des Stabilisierungsfondsgesetzes zur Reaktivierung und Neuausrichtung des Wirtschaftsstabilisierungsfonds](#), 28 Oktober 2022, in BGBl. I 2022, Nr. 40 del 03.11.2022, S. 1902 ss.

³⁴ Cfr., BUNDESRECHNUNGSHOF, [Analyse](#), cit., 27.

³⁵ *Supra*, par. 1.

³⁶ Cfr., R. GIARDINA, *Gas tedesco, trucchi in bilancio*, in [ItaliaOggi](#), 1° ottobre 2022, 13.

³⁷ Cfr., G. PERLASCA, *La Germania pensa ad un "bilancio ombra" per aggirare le... proprie regole di bilancio*, in [Scenari economici](#), 9 settembre 2019.

allo scoperto e sottostare, come fanno tutti gli altri Paesi dell'Eurozona, ai parametri del Patto e alle eventuali aperture di procedure di infrazione e/o sanzioni previste dalla normativa sovranazionale in caso di sfioramento.

Insomma, la virtuosa Germania non è poi così virtuosa dal momento che non finanzia le proprie necessità, come spesso riportato, con il proprio *surplus* commerciale o, almeno, non soltanto con esso, bensì in maniera molto meno trasparente e molto più significativa attraverso la creazione dei fondi speciali.

5. La riduzione del rapporto debito/PIL in Italia: trasportare il modello tedesco dei fondi speciali nella Costituzione italiana

Come tutto ciò possa accadere senza che i conti tedeschi violino (non solo il *Grundgesetz* ma anche) le regole sulla *governance* economica europea è piuttosto complesso.

I fondi speciali, infatti, hanno bisogno di essere alimentati da denari raccolti sui mercati dei capitali, ma a far questo non ci pensa lo Stato (o, almeno, come detto, non sempre), ma può entrare in giuoco anche un'altra istituzione fondamentale: la *Kreditanstalt für Wiederaufbau*, il noto istituto di credito per la ricostruzione istituito nel 1948 per gestire i fondi del Piano Marshall, per l'80% di proprietà del Governo federale e per il 20% di proprietà dei Länder³⁸.

Si tratta di un ente di diritto pubblico con sede (anch'essa come la Bundesbank e la BCE), a Francoforte sul Meno, una banca per lo sviluppo che gode di una considerevole serie di vantaggi tra cui, ad esempio, la circostanza, sancita dall'art. 1-*bis* della sua legge istitutiva, che le obbligazioni che emette sono garantite dalla Repubblica federale che, quindi, è responsabile per tutte le passività e i prestiti della KfW³⁹.

Quest'ultima è la più grande banca di sviluppo del governo tedesco "and one of the largest sub-sovereign agency issuers in Europe", sotto la supervisione legale del ministero federale delle finanze -che si consulta con il ministero dell'economia e dell'energia (ora ministero dell'economia e della protezione del clima) (art. 12, *GKfW*)⁴⁰, e gode degli stessi diritti della Bundesbank, incluso quello di essere esentata dal pagamento delle imposte oltre al fatto che non è soggetta alle disposizioni del Codice commerciale relative all'iscrizione nel Registro delle imprese (art. 11, *GKfW*).

La KfW è un ente pubblico e non un'istituzione bancaria pertanto non è soggetta a procedure di insolvenza ed è esente dalla disciplina sovranazionale sulle risoluzioni bancarie⁴¹, oltre al fatto che le sue obbligazioni non entrano nel computo del bilancio federale e quindi non incrementano il debito pubblico tedesco⁴².

In sostanza, non solo i fondi speciali tedeschi, come il FSE, hanno una contabilità *extra* bilancio,

³⁸ Istituita con la [Gesetz über die Kreditanstalt für Wiederaufbau](#), 5 November 1948, in WiGBI, 23ss. Sul punto, si veda F. MARONTA, *Messaggio da Berlino: il salvataggio dell'euro non sarà gratuito*, in [limes](#), 25 marzo 2020; T. OLDANI, *I 550 mld della Merkel*, cit., 6.

³⁹ Con la conseguenza che il suo *rating* è uguale a quello della Repubblica federale tedesca. Così, *Creditreform Bankrating, Kreditanstalt für Wiederaufbau* (Konzern), 3. September 2021, 2. Sul punto, M. LETTIERI, P. RAIMONDI, *Cdp italiana come la KfW tedesca*, in [ItaliaOggi](#), 3 aprile 2020, 6.

⁴⁰ Cfr., SCOPE RATINGS GMBH, *Kreditanstalt für Wiederaufbau (KfW). Issuer Rating Report*, 5 ottobre 2020, 1; FITCH RATINGS, *Rating report, KfW*, 11 novembre 2020, sul sito [fitchratings.com](#).

⁴¹ Cfr., SCOPE RATINGS GMBH, *Kreditanstalt*, cit., 1; FITCH RATINGS, *Rating report. KfW – Update*, 28 settembre 2022, sul relativo [sito web](#), che afferma "KfW is not a regulated credit institution and is exempt from the scope of the Capital Requirements Directive V and the Capital Requirements Regulation (CRR)". Si veda anche KfW, *KfW Research, Regulation of Promotional Banks and potential impacts*, Frankfurt, November 2016, 5 ss.; P. ROSSI, *Le dinamiche Stato-banche pre e post pandemia*, Torino, 2022, 76; V. GIACCHÈ, *Asimmetrie nell'Unione Bancaria Europea*, in *L'Unione bancaria e la riforma del credito cooperativo: impatti e prospettive per gli intermediari italiani*, Bolzano, 15 giugno 2018, 6 del paper.

⁴² Cfr., M. LETTIERI, P. RAIMONDI, *Cdp italiana come la KfW tedesca*, cit., 6; M.M. MEROLA, *Germania: l'economia tedesca non rispetta le norme europee*, in [Starting Finance](#), 5 aprile 2020.

ma dovendosi comunque in qualche modo finanziare, come già accaduto negli anni precedenti, riceveranno presumibilmente in prestito i denari rinvenienti dalla vendita delle obbligazioni immesse sul mercato dalla KfW, anch'esse non computate nel bilancio dello Stato.

Quindi, ricapitolando, il ministero delle finanze è autorizzato dal Bundestag a contrarre prestiti per 200 miliardi di euro, ma i *costi* di questo prestito (chiunque li sostenga) sono a carico del *Fondo di stabilizzazione economica* (perciò non vengono appostati nel bilancio statale) che presta denari al KfW il quale, a sua volta, *rifinanzia* i programmi a sostegno dello Scudo economico per l'emergenza energetica.

Il KfW, pertanto, sostiene il governo tedesco in vari modi, non ultimo, finanziando i fondi speciali istituiti dalla Germania negli ultimi 15 anni (a seguito della crisi finanziaria globale del 2008-2009, della crisi pandemica e ora della crisi energetica)⁴³, con la conseguenza che, stando ai dati del 2020, ha celato “nelle pieghe del bilancio federale oltre mille miliardi di debiti (di cui ben 600 in capo ai Länder)”⁴⁴. Un artificio contabile che ha consentito alla Germania “di esibire all'opinione pubblica un debito pubblico «virtuosamente» entro il 60% del PIL. Con buona pace dello *Schwarze null*”⁴⁵. Il tutto ponendo in essere una sorta di partita di giro, perché la KfW “prende in prestito denaro per prestarlo a un'altra entità”⁴⁶.

Stando così le cose, il dubbio che attraverso i fondi speciali da una parte e la KfW dall'altra la Germania stia eludendo, con successo, le regole del Patto di stabilità e crescita sembra legittimo.

È vero che è il governo tedesco ad essere autorizzato a fare debito per finanziare i fondi speciali, *ma* questo debito *non è mai* contabilizzato nel bilancio dello Stato.

In primo luogo, perché nelle varie leggi istitutive dei fondi speciali è sempre scritto che esso è *a carico* dei fondi speciali *le cui entrate e uscite, ai sensi della Legge fondamentale tedesca, sono sempre appostate al di fuori del bilancio federale*.

In secondo luogo, perché frequentemente questi fondi speciali sono finanziati da obbligazioni emesse dalla KfW che secondo la classificazione Eurostat non è una pubblica amministrazione, bensì un'*unità istituzionale*, un intermediario finanziario incluso tra le società finanziarie, che dispone di autonomia decisionale, contabilità indipendente e personalità giuridica autonoma⁴⁷, con la

⁴³ Sul supporto fornito dalla KfW durante la crisi del 2008-2009, si veda *supra*, nota 14. Durante il contrasto alla crisi pandemica nel 2020, inoltre, il governo Tedesco ha annunciato il suo programma “on March 23, followed by a supplementary federal budget, in which its national development bank KfW (...) took a central role. At the heart of it was the «KfW Special Programme 2020» in which the government literally committed itself to «unlimited» support for struggling businesses by extending the explicit state guarantee KfW enjoys from €460bn to €822bn. In addition, KfW would receive €100bn to refinance the programme's lending operations. Building on its established lending programmes, KfW eased credit conditions for all company sizes, including increasing the risk *ratio* it would assume when passing the loans through the commercial banking sector. But when even 90 per cent of risk assumption by the KfW was debated as a hindrance to credit expansion, this put pressure on a further relaxation of state aid conditions. After their amendment on April 3, KfW and the German government announced a further «instant loan» programme for SMEs, in which KfW would assume 100 per cent of the credit risk that would otherwise lie with the «Hausbank» administering the loan”. Così, D. MERTENS, E. RUBIO, M. THIEMANN, *COVID-19 and the Mobilisation of Public Development Banks in the EU*, in [HAL Open Science](#), 2020, 6.

⁴⁴ Cfr., F. MARONTA, *Messaggio da Berlino*, cit. Valutano positivamente l'operato della KfW, D.V. BARROWCLOUGH, T. MAROIS, *Public Banks, Public Purpose, and Early Actions in the Face of Covid-19*, in *Review of Political Economy*, 2022, 380.

⁴⁵ Così, F. MARONTA, *Messaggio da Berlino*, cit.

⁴⁶ Cfr., T. MAROIS, *A public bank for the public interest. Recommendations for the Canada Infrastructure Bank five-year review*, Ottawa, 2022, 13. Si vedano anche, G. CORBETTA, G. GIGANTE, *European Way to Sovereign Funds: A Comparison among CDP, KfW, and CDC*, in S. Caselli, G. Corbetta, V. Vecchi (a cura di), *Public Private Partnerships for Infrastructure and Business Development*, New York, 2015, 332, che affermano “KfW funding strategy is based almost exclusively on the international capital markets where it raises funds across all maturities and with different currencies as it is not allowed by the law to collect retail deposits”.

⁴⁷ Cfr., EUROSTAT, Regolamento (UE) n. 549/2013 del 21 maggio 2013 relativo al [Sistema europeo dei conti nazionali e regionali nell'Unione europea](#), modificato con [Regolamento delegato \(UE\) 2015/1342 della Commissione](#) del 22 aprile 2015 (in GU L 207, 35 ss., 4 agosto 2015), noto come SEC 2010 (che ha sostituito il SEC95), par. 2.01 ss. (ai sensi del

conseguenza che il suo passivo non integra la contabilità pubblica, eludendo i vincoli del Patto di stabilità e crescita⁴⁸.

A questo punto, come si suol dire, la domanda che sorge spontanea è: perché il nostro Paese non può replicare lo stesso schema della Germania per evitare di far levitare il debito pubblico ai livelli *monstre* come quelli che stiamo osservando in questo particolare momento storico? In altri termini, perché non realizzare anche in Italia un'architettura istituzionale che consenta una gestione *extra* contabile di quegli interventi che, proprio perché a sostegno delle emergenze, possono vantare a pieno titolo quella connotazione di straordinarietà, gestibile al di fuori del bilancio dello Stato come accade nella Repubblica federale tedesca?

Si potrebbe pensare, ad esempio, di applicare alla Cassa depositi e prestiti esattamente lo stesso schema che la Germania applica alla KfW, ma questa strada, analizzata dalla migliore dottrina amministrativistica italiana è impervia e, comunque, gli spazi di apertura da parte dell'UE non sono mai stati incoraggianti⁴⁹.

Un'altra possibile via di uscita, anch'essa di non immediata e semplice attuazione, ma pur sempre valutabile, potrebbe essere quella di una revisione dell'art. 81, Cost., volta a "importare", per quanto possibile, il modello tedesco nel nostro ordinamento.

Difficilmente, infatti, l'Unione europea potrebbe interferire con la volontà del legislatore costituzionale laddove decidesse di introdurre nell'art. 81 Cost. un nuovo comma (ad esempio, dopo l'attuale comma 2 ai sensi del quale "il ricorso all'indebitamento è consentito solo al fine di considerare gli effetti del ciclo economico e, previa autorizzazione delle Camere adottata a maggioranza assoluta dei rispettivi componenti, al verificarsi di eventi eccezionali") che autorizzasse, al verificarsi di eventi eccezionali, l'istituzione di fondi speciali i cui debiti e crediti, proprio come accade in Germania, non dovrebbero essere contabilizzati nel bilancio statale.

Certo, è probabile che una norma del genere, per superare il vaglio delle Istituzioni sovranazionali, Corte di giustizia *in primis*, debba essere accompagnata da una sorta di freno al debito come quello tedesco che, ovviamente, nel nostro Paese non potrebbe essere quello dello 0,35%, stanti gli attuali elevatissimi valori del rapporto debito/PIL.

Ciononostante, in virtù di quanto sin qui esaminato, ritengo che sarebbe utile e necessario ristabilire un minimo di equità tra ciò che è consentito, formalmente e/o informalmente, al governo di Berlino, che sembra aver trovato la strada che gli permette di non attenersi meticolosamente alle

par. 2.01 del SEC 2020 "Le unità che interagiscono nell'economia sono entità economiche che possono essere proprietarie di attività, possono assumere passività, nonché esercitare attività economiche e realizzare operazioni con altre entità. Esse sono denominate unità istituzionali". Inoltre, *ex par.* 2.12, un'unità istituzionale "è un'entità economica caratterizzata da autonomia di decisione nell'esercizio della propria funzione principale"; è una società finanziaria, *ex par.* 2.55 e per la precisione un intermediario finanziario *ex par.* 2.57).

⁴⁸ "A sua volta la Banca Centrale Europea, rilevando che lo statuto impone a Cdp s.p.a. di operare come «Market Unit» e che la garanzia dello Stato sulla raccolta postale può ritenersi di «ultima istanza», l'ha ricompresa tra le istituzioni finanziarie monetarie", proprio come la KfW. Sul punto, M. GIACHETTI FANTINI, *La "straordinaria mutazione" del ruolo di Cassa Depositi e Prestiti nel passaggio dallo Stato azionista allo Stato investitore*, in federalismi.it, 2018, 22.

⁴⁹ Sul ruolo di Cassa depositi e prestiti, *ex plurimis*, S. CASSESE, *La nuova Costituzione economica*, Bari-Roma, 2021, 264 ss.; G. DELLA CANANEA, *La società per azioni Cassa Depositi e Prestiti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2004, 366 ss.; E. BANI, *La Cassa depositi e prestiti S.p.a. di diritto singolare*, in *Scritti in onore di Francesco Capriglione*, Padova, 2010, 269 ss.; G. NAPOLITANO, *Le società "pubbliche" tra vecchie e nuove tipologie*, in *Rivista delle Società*, 2006, 999 ss.; M. MACCHIA, *I diritti sociali e lo Stato azionista. Il finanziamento delle reti di nuova generazione da parte della Cassa Depositi e Prestiti*, in P. Bonetti, A. Cardone, A. Cassatella, F. Cortese, A. Deffenu, A. Guazzarotti (a cura di), *Spazio della tecnica e spazio del potere nella tutela dei diritti sociali*, Roma, 2014, 943 ss.; M. CARDI, *Cassa Depositi e Prestiti e Bancoposta: identità giuridiche in evoluzione*, Bari, 2012, *passim*; F. BASSANINI, *La politica industriale dopo la crisi: il ruolo della Cassa Depositi e Prestiti*, in *L'industria*, 2015, 435 ss. e ID., *La Cassa Depositi e Prestiti nell'economia sociale di mercato*, al sito web dell'A., 19 febbraio 2012; D. COLACCINO, *Dallo Stato Azionista allo Stato Investitore: il ruolo della Cassa Depositi e Prestiti*, in M. Macchia (a cura di), *Le società a partecipazione statale*, Napoli, 2015, 123 ss.; M. RISPOLI FARINA, *La Cassa Depositi e Prestiti: intervento "paziente" o "dinamico" a favore delle imprese?*, in ImmovazioneDiritto, 2022, 4 ss.; A. PISANESCHI, *La Cassa Depositi e Prestiti: le recenti mutazioni e le problematiche del coinvolgimento nel turnaround industriale*, in Rivista della Regolazione dei Mercati, 2021, 92 ss.

rigide regole europee sulla *governance* economica, e ciò che -invece- non è concesso al nostro Paese, al punto che la Commissione e il Consiglio non perdono occasione per mettere sotto sorveglianza l'Italia e adottare raccomandazioni anche molto penetranti nell'ambito della procedura per gli squilibri macroeconomici eccessivi.

Proprio come accaduto soltanto 24 ore prima di licenziare questo breve scritto, quando la Commissione europea nella sua Relazione annuale sul meccanismo di allerta ha dichiarato che “this year, the Commission finds it opportune to examine the persistence of excessive imbalances or their unwinding in an in-depth review for Italy”⁵⁰.

Europa a due velocità? Paesi di serie A e Paesi di serie B?

Alla luce di quanto sin qui esaminato non mi sembra si tratti solo di questo, ma anche di un'acutissima “ingegneria contabile”, oltre che di grande perspicacia normativa: nel rispetto delle regole contabili europee, è stato detto, la Germania ha trovato uno strumento alternativo per una gestione flessibile dei suoi conti pubblici⁵¹. Un'astuzia che l'Italia non è ancora riuscita a dimostrare, nonostante la pessima fama che ci accompagna, a questo punto, credo, del tutto immeritata.

⁵⁰ COMMISSIONE EUROPEA, [Alert Mechanism Report 2023. Prepared in accordance with Article 3 and 4 of Regulation \(EU\) No 1176/2011 on the prevention and correction of macroeconomic imbalances, COM\(2022\) 781 final](#), Strasbourg, 22.11.2022, 72.

⁵¹ Così, S. CASSESE, G. TREMONTI, *Così la cassa depositi e prestiti può acquisire partecipazioni e ridurre il debito statale*, in [Il Sole 24 Ore](#), 4 dicembre 2019.

Daniela Tarantino
Il “crudele contagio”.

Chiesa e Stato dalla spagnola alla Covid-19 fra regole dell'emergenza e devozione popolare* **

ABSTRACT: *The contrast between the safeguarding of personal freedom, on the one hand, and the protection of public health, on the other, evoked in the battle against the "terrible disease" of the 20th century, has returned to the fore due to Covid-19. An analysis of the juridical strategies adopted to combat the Spanish virus allows us to trace points of comparison between yesterday and today, allowing us to grasp parallels and discontinuities with the current fight against the coronavirus, especially as regards the field of tension between religious freedom and health emergency, and its reflection on public opinion.*

SOMMARIO: 1. La Chiesa di Benedetto XV e il “crudele contagio” – 2. Dalla spagnola alla Covid-19: le misure emergenziali adottate dalla Chiesa fra indicazioni della scienza, decreti del Governo e devozione popolare – 3. Il diritto liturgico dell'emergenza nel futuro della Chiesa: limite o opportunità?

1. *La Chiesa di Benedetto XV e il “crudele contagio”*

«Ben a ragione Ella, signor Cardinale, facendo eco alle molte e consolanti voci di encomio che da più parti Ci son giunte, ha deputato esser dovere del suo ufficio di darci conto del commendevole diportamento del Clero, mettendo segnatamente in rilievo l'abnegazione dei Parroci e dei loro cooperatori, tra le cui file, mentre lamentammo le vittime del *crudele contagio*, fummo lieti di contare nuovi imitatori del *Pastor buono* che dà senza ambagi anche la vita per il bene del gregge»¹.

Con queste parole Benedetto XV, in una lettera del 30 novembre 1918 indirizzata al Cardinale Vicario di Roma, Basilio Pompili² e riportata sulla *Civiltà Cattolica* dell'epoca, esprimeva la gratitudine della Chiesa

«allo stuolo di coloro che, ogni giorno ed ogni ora, moltiplicando le proprie e sostenendo le altrui energie, lottarono contro il fiero pericolo, e rinnovarono le gloriose gesta che le tradizioni di Roma tramandarono del ceto Parrocchiale»³.

Esprimendosi in tal modo, il Pontefice tributava uno speciale encomio al clero romano, evidenziando il comportamento zelante e sapiente dello stesso Cardinal Vicario nell'affrontare la diffusione dell'epidemia spagnola, quel “crudele contagio”, come definito dal Papa genovese, che a Roma e in gran parte del mondo, mieteva vittime⁴.



** *Lo scritto riprende, con ulteriori integrazioni e svolgimenti argomentativi, le riflessioni esposte in occasione del Convegno “Benedetto XV e il suo tempo”, svoltosi dal 20 al 22 gennaio 2022 presso il Dipartimento di Scienze Politiche e Internazionali dell'Università di Genova. Dedico questo mio contributo alla cara memoria del Prof. Giovanni Battista Varnier, “Carissimo Professore e Maestro”.*

¹ BENEDETTO XV, *Lettera in lode del clero romano*, in *La Civiltà Cattolica*, anno 69°, 4/1918, 521.

² Per notizie sul tenace cardinale che avrà il compito di attuare la riforma del Vicariato voluta da Pio X con la costituzione *Etsi Nos* del 1° gennaio 1912, cfr. E. VENIER, *Basilio Pompilj*, in *Prete di Roma*, Roma, 2006, 67-74; F. CARAFFA, *Card. Basilio Pompilj*, in *La Pontificia Università Lateranense. Profilo della sua storia, dei suoi maestri e dei suoi discepoli*, Roma, 1963, 419-420; A. RICCARDI, *Pompilj Basilio*, in F. Traniello e G. Campanini (curr.), *Dizionario storico del movimento cattolico in Italia 1860-1980*, III/2, *Le figure rappresentative*, Casale Monferrato, 1984, 678-679.

³ BENEDETTO XV, *Lettera in lode del clero romano*, cit., 521. Per approfondimenti sul Vicariato romano di quegli anni cfr. R. REGOLI, *Il Vicariato di Roma dopo il 1870*, in *Chiesa e Storia*, 2/2012, 231-253.

⁴ La pandemia venne comunemente chiamata spagnola in quanto fu segnalata ufficialmente per la prima volta dalla stampa spagnola. La Spagna era immune dalla censura militare, in quanto in Europa era uno dei pochi Paesi non coinvolto nel conflitto bellico, pertanto le notizie sanitarie, rispetto all'evoluzione dell'epidemia nel Paese, venivano fornite dalla stampa tempestivamente nella cruda e drammatica realtà. Gli Stati impegnati nel conflitto cercarono, invece, di minimizzare la divulgazione dei dati epidemici, ricorrendo alla censura degli organi di stampa, poiché si riteneva che

Proprio il Cardinale Pompilj, il 5 ottobre 1918, aveva inviato a tutti i parroci di Roma una circolare in cui si invitavano gli stessi a indire «pubbliche e private preghiere (senza destare nei fedeli ingiustificati allarmi), affinché il Signore si degni allontanare dal nostro diletto paese qualunque dolorosa influenza malefica», raccomandando al contempo la massima prudenza nei discorsi

«affinché si evitino da loro e in loro presenza le esagerazioni e lo spargersi di false o allarmanti notizie, e sentano tutti il dovere sacro di mantenere quella calma, di alimentare quella fiducia che la Fede deve ispirare ad ogni cuore cristiano e di cui è tanto maggiore la necessità nei tempi presenti»⁵.

Un siffatto atteggiamento volto ad evitare l'ingenerarsi di allarmismo e preoccupazione all'interno della comunità dei fedeli, trovava certamente le sue ragioni da un lato nell'interesse della Chiesa rivolto primariamente alla cura della *salus animarum*, dall'altro nella Grande Guerra che rivestiva il ruolo di protagonista nello scenario mondiale, infine nell'inadeguatezza delle conoscenze medico-scientifiche, che non avevano consentito inizialmente di ricondurre le manifestazioni cliniche e le modalità di diffusione al virus colpevole della pandemia, tutti fattori che non favorivano la formazione e la promozione di notizie, informazioni e monitoraggi circa il "crudele contagio", per limitare il quale la Chiesa attuò, comunque, azioni rivolte al rispetto dell'igiene e all'evitare gli assembramenti.

Accanto alle raccomandazioni ed alle ordinanze inserite nella circolare, infatti, il cardinale Pompili notificava al clero ulteriori disposizioni perché «sia abbreviata la durata delle funzioni, si procuri di evitare i grandi affollamenti nelle chiese e si assicuri l'igiene in ogni oggetto e luogo spettante al culto»⁶.

E fra i "rapiti dalla morte della febbre spagnola"⁷, figuravano molti rappresentanti del clero, che nel testimoniare la vicinanza della Chiesa ai malati, si erano prodigati nella cura e nel sollievo della sofferenza altrui venendo contagiati dal virus. Come l'arcivescovo di Genova Mons. Lodovico Gavotti⁸ che, contagiato dalla spagnola nel novembre del 1918, morì dopo una breve e dolorosa agonia. L'arcivescovo, come apprendiamo dalle pagine della Rivista, nella lettera inviata ai parroci ed ai rettori delle Chiese della Diocesi in relazione alle condizioni sanitarie della stessa, indicava una

diffondere notizie drammatiche avrebbe fiaccato il morale delle popolazioni e dato al nemico informazioni strategiche sulle capacità di reclutamento di truppe idonee da impiegare nei campi di battaglia (cfr. S. SABBATANI, S. FIORINO., *La pandemia influenzale "spagnola"*, in *Le infezioni in medicina*, 4/2007, 272). L'influenza venne segnalata nel marzo 1918 a Fort Riley, nel Texas e la prima ondata pandemica ebbe una scarsa patogenicità, poiché si trattava di un'influenza della durata di 3 giorni senza complicanze, che si esaurì in tutto il mondo nel luglio 1918. La seconda ondata, invece, iniziò nell'agosto successivo ed ebbe una straordinaria virulenza, tanto che è stato calcolato che siano state contagiate circa mezzo miliardo di persone in tutto il mondo, specialmente a causa degli spostamenti delle truppe statunitensi da e verso l'Europa, estendendosi rapidamente anche tra la popolazione civile, mentre il numero complessivo dei morti si ritiene abbia superato i 50 milioni, alcuni studiosi arrivano addirittura ad ipotizzare una cifra di 100 milioni di vittime (cfr. P. A. SHARP, *La spagnola del 1918 e le responsabilità della scienza*). Non esistevano allora stime certe, anche perché la stampa tendeva a minimizzare la letalità dell'influenza, e l'attenzione era rivolta prevalentemente ai morti provocati dalla guerra ed alla gioia per la sua conclusione. In Italia si stima che le vittime siano state almeno 400.000. L'Asia risultò essere l'area con il numero più elevato di vittime. Persino in Australia, dove le istituzioni locali avevano imposto rigidi controlli sulle navi che attraccavano nei porti, si contarono 15.000 vittime. Nonostante le conoscenze scientifiche acquisite e le indicazioni degli esperti per il contenimento del contagio, le autorità scelsero di non sbarrare le frontiere e delegarono agli amministratori locali la responsabilità di chiudere gli spazi aperti al pubblico e le attività produttive, peraltro già rallentate a causa del protrarsi della guerra (cfr. D. SASSO, *Le pandemie nel Novecento. Dall'influenza spagnola alla Sars*). Proprio la fine della Grande Guerra fu salutata l'11 novembre a San Francisco da 30.000 persone che festeggiavano indossando mascherine. A seguito di tale pandemia fu creata una rete di sorveglianza dell'influenza a livello internazionale (cfr. F. DRAGOSEI, *Coronavirus, il precedente di San Francisco che gettò le mascherine e riaprì troppo presto dopo la "Spagnola"*, in *Corriere della Sera*, 19 aprile 2020-

⁵ *La Civiltà Cattolica*, anno 69°, 4/1918, 250.

⁶ Cfr. *ibidem*, 251

⁷ Cfr. *La Civiltà Cattolica*, anno 70°, 1/1919, 79.

⁸ Sull'Arcivescovo genovese, sepolto dopo imponenti funerali accanto ai predecessori nella cripta del seminario del Chiappeto ed inumato nel 1965 nella cattedrale del capoluogo ligure, cfr. G. B. VARNIER, voce *Gavotti, Lodovico*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, 52, Roma, 1999, 727-729.

serie di misure precauzionali da rispettare per fronteggiare il contagio, a cominciare dall'esatta applicazione delle norme igieniche, come previsto all'art. 524 del Sinodo Diocesano del novembre 1909, indetto dall'Arcivescovo Edoardo Pulciano, in cui si stabiliva:

«in sacris aedibus omnia nitida decoraque sint; pavimentum saltem semel in hebdomada verratur; saepius chorus, altaria, scamna, sacra Poenitentiae tribunalia sordibus et pulveres purgentur. Si necesse sit pro ecclesiae munditie uti ministerio mulierum, Parochi curent, ut id fiat talibus in adjunctis personarum et temporis, quae omne periculum et malam suspicionem amoveant»⁹.

Tra le misure precauzionali indicate da Mons. Gavotti figuravano anche: l'abbreviazione delle sacre funzioni con preferenza verso quelle meno solenni con la riduzione del canto liturgico; l'abbreviazione delle omelie in cui ricordare ai fedeli di essere fiduciosi nella Divina Provvidenza; esortazione dei fedeli a pregare con fervore per invocare l'intervento divino; invito ai sacerdoti di celebrare apposite funzioni in cui pregare *ad vitandam mortalitatem*¹⁰. Lo stesso Arcivescovo, in occasione della festa dei Santi e la commemorazione dei defunti del 1918, si premura di ricordare ai fedeli la riduzione delle sacre funzioni con relativa velocizzazione della somministrazione dei sacramenti della confessione e della comunione, la chiusura dei cimiteri e l'interruzione delle celebrazioni funerarie quali misure precauzionali al fine di fronteggiare l'avanzata del contagio del "morbo crudele", esortandoli proprio per questo a pregare ancor più intensamente¹¹. Dalle pagine di cronaca della Civiltà Cattolica dell'epoca, apprendiamo come durante la sua malattia «da tutte le parti si manifestò l'affetto che popolo e clero nutrivano per il degno Pastore, accorrendo al palazzo le autorità e affollandosi di fedeli le chiese dove si indissero pubbliche preghiere per la guarigione di lui»¹², e la Rivista Diocesana Genovese, nell'esaltare le sue doti morali e le sue competenze di amministratore e pastore, esprimeva il dolore dell'intera diocesi per quella che definiva "irreparabile catastrofe"¹³.

Anche il venerabile Adolfo Barberis, segretario del cardinale arcivescovo di Torino Agostino Richelmy, nell'autunno 1919 venne contagiato dalla spagnola, riuscendo però a guarire dopo 50 giorni di degenza. Don Adolfo si preoccupava delle anime nelle corsie degli ospedali, negli orfanotrofi, nelle chiese. «Il suo fisico ne è prostrato e anche lo spirito ne risente» scriveva madre Silvana Minetti nella «Biografia documentata»¹⁴. Il 1° gennaio 1919 moriva a 42 anni il suo padre spirituale, il canonico Eugenio Mascarelli, stroncato dalla spagnola. Un mese dopo moriva suor Virginia Bergamaschi, addetta alla casa arcivescovile, sua figlia spirituale. Il 10 febbraio la spagnola stroncava a 28 anni don Giovanni Musso, l'altro segretario. Ne parlò a lungo celebrandone le doti e la memoria, «tributo a un'amicizia umana e sacerdotale vissuta in maniera limpida e straordinariamente intensa», scriveva Madre Minetti, osservando che «Il lungo esaurimento fisico e l'impossibilità di un recupero adeguato producono un esaurimento anche spirituale, mentre le sue giornate trascorrono veloci tra Asilo Materno, Augustinianum, Buona Stampa, ministero e predicazione, assistenza all'arcivescovo»¹⁵, la cui salute peggiorava.

⁹ Synodus Dioecesis Ianuensis, ab Ill.mo ac Rev.mo D. D. Eduardo Pulciano, Habita in Templo Metropolitanò, diebus XVI, XVII, XVIII novembris an, MCMIX, Genuae, ex Typographia Archiepiscopalis, 1909, pars IV *De Rebus*, cap. I *De Sacrosanctis Ecclesiae*, art. 524, 185-186. Sull'Arcivescovo Pulciano, che nato a Torino nel 1852, ricevette la consecrazione episcopale nel 1887 e venne promosso alla sede arcivescovile genovese nel 1901 cfr. G. B. VARNIER, voce *Edoardo Pulciano*, in [Treccani online](#), ad vocem.

¹⁰ Cfr. *Atti di Mons. Arcivescovo*, n. 32, *Per le condizioni sanitarie della Diocesi*, in *Rivista Diocesana Genovese*, anno VIII, 10-11, 1918, 159.

¹¹ Cfr. *ibidem*, 160.

¹² *Ibidem*, 80.

¹³ Cfr. *In morte di Mons. Lodovico Gavotti*, in *Rivista Diocesana Genovese*, anno VIII, 12, 1918, 181-182.

¹⁴ Cfr. in proposito le notizie presenti in P. G. ACCORNERO, *Il venerabile Barberis apostolo nell'epidemia spagnola*, in <https://vocetempo.it/il-venerabile-barberis-apostolo-nellepidemia-spagnola/>.

¹⁵ *Ibidem*.

2. Dalla spagnola alla Covid-19: le misure emergenziali adottate dalla Chiesa fra indicazioni della scienza, decreti del Governo e devozione popolare

Tra il settembre 1918 e primi mesi del 1919 in Italia si contavano a causa della spagnola 400 morti al giorno. I vescovi impartivano ordini severissimi ai parroci perché non trascurassero la disinfezione di banchi e confessionali. Era proibito suonare le campane a morto: il lugubre rintocco che scandiva le giornate nelle grandi città come Roma e Milano - dove i morti, a metà ottobre, si contavano a centinaia - era ritenuto “deleterio per lo spirito pubblico”¹⁶. In Lombardia, la regione più colpita seguita dalla Sicilia che ne ebbe un po’ meno di 30 mila, don Gioacchino Bonvini, parroco della parrocchia di Ognissanti in un piccolo paese di campagna, nel suo diario raccontava che essendo le canterine malate e il maestro d’organo malato: “venute le 10 vado fuori con la messa, 7 o 8 donne soltanto. Cosa dovevo fare? Ho dovuto dir messa bassa”¹⁷. La “Codogno” di un secolo fa, però, non fu una città lombarda, bensì Limbadi, un centro attualmente in provincia di Vibo Valentia, che all’epoca faceva parte della provincia di Catanzaro. Sembra che proprio a Limbadi si poterono osservare, per la prima volta, i sintomi che vennero poi attribuiti alla cosiddetta “febbre spagnola”. Il “terribile morbo”, come veniva definito, continuò a mietere vittime per quasi un anno, fino a quando, nel maggio del 1919, il parroco di Limbadi decise di portare in processione per le vie del paese le reliquie contenenti il sangue del santo protettore, San Pantaleone, medico e martire. L’epidemia cessò, improvvisamente quanto miracolosamente. Si disse che, oltre all’azione taumaturgica del Santo, si era forse sviluppata una sorta di quella che oggi definiremmo “immunità di gregge”. Da allora, il “miracolo” attribuito a San Pantaleone viene ricordato con una festa che si tiene nell’ultima domenica di maggio¹⁸. Per qualche tempo sembrò che il contagio si fosse fermato al Sud, ma intorno a metà agosto del 1918 cominciarono a morire in massa, per influenza degenerata in complicazioni polmonari, i giovani militari che si preparavano alla guerra in un centro di addestramento a Parma. Il contagio non risparmiò nessuna regione¹⁹.

Mentre cresceva l’attesa per la fine del sanguinoso conflitto, il 6 ottobre 1918 i quotidiani annunciavano una serie di proibizioni contenute nei provvedimenti dell’Ufficio d’igiene “per la difesa della popolazione dall’influenza”, che modificarono nel profondo la vita quotidiana della gente: proibito recarsi a visitare gli ammalati, andare in chiesa, portare le condoglianze alle famiglie dei defunti²⁰. Al calare della notte i circoli, i caffè, le bettole chiudevano i battenti alle 21, facendo precipitare nel buio le strade delle città. Nelle farmacie, il cui orario di chiusura venne prorogato, la gente faceva la fila per acquistare chinino e aspirina. Tutte le feste patronali vennero sospese. Le strade erano invase dall’odore di acido fenico. Medici e infermieri dovevano usare una mascherina di garza. Manifesti e giornali traboccavano di consigli per evitare l’influenza: evitare i luoghi affollati e gli “agglomeramenti”, osservare la più scrupolosa igiene individuale, lavarsi le mani, non sputare. Molti presero a fumare nella convinzione che il fumo uccidesse “i germi dell’influenza”. Altri intensificarono le bevute, con l’idea che l’alcol allontanasse la “malefica malattia”. In Italia, dove lo stato di guerra esigeva la libera circolazione di uomini e mezzi, non fu adottata la quarantena, come invece avvenne nelle grandi città degli Stati Uniti²¹.

“Attenzione al vischio”: così il 21 dicembre 1918 dalle pagine dell’Ohio State il Commissario alla sanità locale invitava i lettori a resistere alla tentazione del tradizionale bacio di Natale. «Quest’anno

¹⁶ Cfr. E. TOGNOTTI, *1918-1919 - La "Spagnola" in Italia*; per approfondimenti sul tema cfr., della stessa A., *La "spagnola" in Italia*, Milano, 2022.

¹⁷ P. G. BASSI, *Quando vennero fermate le messe e a Milano si circolava con la "bolletta"*, in *Lombardia Quotidiano*, 14 aprile 2020.

¹⁸ Cfr. G. ADDESI, *Anno 1918, quando la terribile febbre spagnola infierì sulla Calabria*, in *La C News 24*, 18 novembre 2020.

¹⁹ Cfr. G. BOGGIO TOMASAZ, *1918, la «spagnola» a Parma: cronaca dell’ultima grande epidemia*, in *Gazzetta di Parma*, 28 novembre 2020.

²⁰ Per approfondimenti, cfr. CAMERA DEI DEPUTATI, *La "Grande Influenza" nell’attività parlamentare della Camera dei deputati nella XXIV e XXV Legislatura del Regno d’Italia*, Dossier n. 21, 25 febbraio 2021

²¹ Cfr. S. SABBATANI, S. FIORINO, *La pandemia influenzale "spagnola"*, cit., 282-283.

- scriveva – mostrerete più amore per la vostra famiglia rimanendo a casa». Alcune città, come San Francisco, avevano gestito con efficacia la prima ondata, rendendo obbligatorie mascherine e distanziamento e optando, alla metà di ottobre del 1918, per un *lockdown*. A metà dicembre i casi erano di nuovo in crescita e i cittadini si mostravano ormai insofferenti a nuove restrizioni. Si diffusero gli antesignani dei movimenti "no-mask": alcuni descrivevano l'obbligo di mascherina come una violazione dei propri diritti, altri, nel non indossarle, adducevano motivazioni religiose. Alcuni si lamentavano della scomodità (si pensi che le mascherine consistevano, allora, in diversi strati di garza da far bollire per 10 minuti al giorno per un effetto sterilizzante)²².

Parallelamente in Italia l'impegno profuso dai giornali nel minimizzare la diffusione del morbo, la severa censura imposta da Governo e militari, non riuscirono a nascondere del tutto l'ansia, lo sgomento e la paura. La concomitanza con la guerra, spinse la censura a ridimensionare, quando non addirittura a nascondere, le notizie sull'epidemia, ma soprattutto in trincea, le autorità militari furono costrette ad applicare protocolli speciali per cercare di fermare il diffondersi della malattia. Si legge nelle cronache del tempo che *“da un giorno all'altro cambia completamente la situazione: negli ospedali militari non si muore più per le ferite, ma per l'influenza spagnola”*²³. Nell'ultimo periodo della Grande Guerra, non essendo conosciuta l'eziologia della malattia, le norme di prevenzione adottate dal Governo, guidato dal presidente del Consiglio dei ministri Vittorio Emanuele Orlando, e diramate ai prefetti, furono di fatto generiche. Tra i principali provvedimenti si raccomandava: disinfezione frequente dei locali pubblici o aperti al pubblico, pulizia delle strade e smaltimento rapido dei rifiuti. Il 17 ottobre 1918 il medico Alberto Lutrario depositava il resoconto sull'epidemia in cui venivano esposti e commentati tutti i dati epidemiologici raccolti fino a quel momento e i primi provvedimenti presi²⁴. Il Governo cercava di minimizzare l'entità del contagio. Il Corriere della Sera il 24 ottobre 1918 pubblica un articolo intitolato *“Una circolare di Orlando contro le voci false ed esagerate sull'epidemia”*²⁵. Tuttavia, l'argomento era già entrato nelle aule parlamentari. Il 3 ottobre 1918 risultava depositata un'interrogazione da parte dell'on. Rodolfo Rispoli «per conoscere se e quali responsabilità siano accertate per l'istallazione a Castellammare della Scuola meccanici, circa il diffondersi, fra gli allievi di essa, della grave epidemia influenzale, e circa gli inadeguati mezzi adottati per combatterla»²⁶. Il Consiglio superiore di sanità, coinvolto dal Governo quale supremo consesso tecnico in materia igienico-sanitaria, precisò che si trattava di una semplice influenza.

Nell'esercito, dove tutto era scoppiato, si elaborarono le prime strategie giuridiche di contrasto al contagio. Dagli atti amministrativi diramati dall'esercito tra la prima e la seconda ondata pandemica emergeva un quadro piuttosto preciso non solo del cosiddetto “governo per circolari”, ma anche del “governo delle epidemie”, realizzato per approssimazioni successive tra la primavera e l'autunno del 1918, cioè nel lasso di tempo in cui le cose andavano peggiorando sempre più²⁷. Di fronte all'emergenza non restava che disporre drastiche misure di contrasto al virus. In primo luogo, la prevenzione delle contaminazioni, evitando l'affollamento delle caserme, limitando il soggiorno in luoghi chiusi, curando la pulizia e l'igiene personale, sorvegliando gli alimenti. In secondo luogo, qualora la prevenzione fallisse, l'isolamento degli infettati, ricoverandoli in locali separati e ricorrendo a *“disinfezioni degli indumenti dei colpiti e dei locali ove essi si trovavano”*²⁸. Si trattava di misure tanto invasive sul piano della libertà individuale, quanto inutili sul piano del contenimento

²² A Milwaukee, la città di molti immigrati cattolici osservanti del Nord Europa, per il timore di contagio nel periodo dell'Avvento furono chiuse le chiese, causando numerose lamentele in chi osservava come le celebrazioni fossero state sospese, mentre i saloni di bellezza continuavano a svolgere regolarmente le loro attività (cfr. E. INTINI, *Il Natale durante la pandemia di Spagnola del 1918*, in *Focus*, 22 dicembre 2020, 1-4).

²³ P. G. BASSI, *Quando vennero fermate le messe e a Milano si circolava con la “bolletta”*, cit.

²⁴ Cfr. P. IANNI, *Cenni sulla pandemia “spagnola”: riflessioni su alcune fonti d'archivio parlamentari*, in *MemoriaWeb - Trimestrale dell'Archivio storico del Senato della Repubblica* - 30 (Nuova Serie), giugno 2020, 1.

²⁵ In *Corriere della Sera*, 24 ottobre 1918.

²⁶ CAMERA DEI DEPUTATI, *Atti parlamentari. Discussioni*, CLXVIII Tornata, 3 ottobre 1918.

²⁷ Cfr. F. ROSSI, «Il morbo crudele». *Opinione pubblica e diritto dell'emergenza in Italia di fronte all'influenza ‘spagnola’*, in *Italian Review of Legal History*, 6/2020, 12, 304.

²⁸ *Circolare n. 405891 del 26 agosto 1918. Epidemie di influenza*, in *Giornale di medicina militare*, 66/1918, 934-935.

del contagio che ormai era sfuggito di mano.

Nel dibattito parlamentare presso la Camera dei deputati, il *morbo crudele* venne citato in interventi e atti di sindacato ispettivo, dal 1918 al 1920, riferendosi a esso come: *terribile epidemia, disastrosa epidemia, epidemia influenzale, grippe*²⁹. La scarsa informazione o i casi di vera e propria disinformazione, rappresentavano anche la risposta coerente con le prospettive di un periodo storico, in cui l'approccio comunicativo del Governo e la retorica del sacrificio per la Patria non erano in grado di trasformare in atti di eroismo le azioni compiute dal personale medico-sanitario nella gestione dell'epidemia. Nell'insieme dei comportamenti consigliati e sconsigliati, la linea d'azione del Ministero dell'Interno si appuntava su "buone pratiche" rimesse all'iniziativa individuale, a causa della natura particolarmente sfuggente della malattia, che non consentiva di individuare le persone infette se non quando era ormai troppo tardi. Perciò si prescriveva alle autorità locali l'obbligo di denuncia dei focolai, ma non dei semplici episodi specifici, la cui pericolosità veniva sottovalutata³⁰. Mentre i rapporti con la stampa si facevano sempre più tesi, l'agente patogeno della spagnola sparì misteriosamente così come era arrivato. Cessata l'emergenza, la vita di tutti i giorni riprese, e gli italiani, come tutte le altre popolazioni del mondo, attuarono un processo di rimozione collettiva della tragedia, dimenticando quei mesi in cui avevano dovuto fare i conti con il distanziamento sociale, il martellante susseguirsi di avvertimenti sulle precauzioni igieniche, la chiusura degli esercizi commerciali, il coprifuoco, i funerali al cospetto del solo sacerdote³¹.

Si tratta di somiglianze davvero notevoli con la situazione emergenziale che abbiamo vissuto soprattutto durante il periodo del *lockdown* nella primavera 2020 ed ancora nell'autunno dello stesso anno, non solo per tutte le implicazioni psicologiche, sociali, politiche, economiche, e religiose, ma anche dal punto di vista giuridico, se si pensa alla natura amministrativa della fonte – il famigerato "dpcm" – che oggi come ieri agisce in nome della tutela della salute in uno stato di "eccezionalità". Ma oggi la stampa non è sottoposta al controllo della censura: le informazioni sull'epidemia sono alla portata di tutti e il rovescio della medaglia è la sovrabbondanza di dati (alcuni dei quali mal veicolati se non distorti). Proprio la contrapposizione tra la salvaguardia della libertà della persona, da una parte, e la tutela della salute pubblica, dall'altra, evocati nella battaglia contro il "terribile morbo" del XX secolo, è tornata alla ribalta a causa della Covid-19³². Un'analisi delle strategie giuridiche adottate per contrastare la spagnola, consente di rintracciare dei punti di raffronto tra ieri e oggi, permettendo di cogliere parallelismi e discontinuità con l'attuale lotta al coronavirus, soprattutto per quanto riguarda il campo di tensione tra libertà religiosa ed emergenza sanitaria, e il suo riflesso sull'opinione pubblica³³.

3. Il diritto liturgico dell'emergenza nel futuro della Chiesa: limite o opportunità?

Oggi l'atteggiamento della Chiesa è diverso da quello manifestato durante la diffusione della spagnola e proprio nell'epoca covid il diritto canonico, nella sua millenaria esperienza, presenta come attuali diverse ipotesi di elasticità normativa connessa alla potenziale adattabilità di certe regole a fattispecie emergenziali, perché le regole disposte a causa della pandemia si basano su un solido fondamento derogatorio delle norme ordinarie, espressivo dell'*aequitas canonica*³⁴. In particolare in

²⁹ Cfr. P. IANNI, *Cenni sulla pandemia "spagnola"*, cit., 7.

³⁰ Analizzandoli nel loro complesso, questi atti interni si orientavano alla risoluzione di due grandi questioni lasciate "scoperte" dalle leggi di salute pubblica allora vigenti: la notificazione del contagio e la gestione del suo contenimento (cfr. *ibidem*, 9).

³¹ Cfr. F. ROSSI, «*Il morbo crudele*», cit., 324.

³² Cfr. sul tema i contributi presenti in G. Alfani, D. Bidussa, A. M. Chiesi (curr.), *Contagio globale, impatto diseguale. Influenza spagnola e Covid-19 a confronto*, Milano, 2021.

³³ Per approfondimenti sul tema cfr. i contributi presenti in P. Consorti (cur.), *Law, Religion and Covid-19 Emergency*, in *DiReSom*, DirReSom Papers 1, 2020.

³⁴ Cfr. P. CONSORTI, D. TARANTINO, *Il diritto liturgico alla prova dell'emergenza pandemica*, in *Rivista Liturgica*, 4/2021, 169.

Italia, un Decreto del Presidente del Consiglio dei ministri emanato l'8 marzo 2020, sospendeva – con effetto nel corso della medesima giornata – tutti gli «assembramenti di persone», compresi quelli determinati da ragioni religiose. Sospensione avallata da una Nota della Conferenza episcopale comunicata lo stesso giorno. Il conseguente «digiuno liturgico» si è protratto per un lungo periodo, travolgendo anche le celebrazioni del Triduo pasquale, mettendo in luce problematichità pastorali che sono tuttora oggetto di riflessione, ma anche sollecitando soluzioni creative che hanno compensato l'impossibilità di partecipare fisicamente alle riunioni di culto sostituendo la tradizionale fisicità a presenze virtuali rese possibili dai mezzi di comunicazione via web, i quali consentendo anche forme di interazione attiva fra coloro che partecipano “a distanza”, suscitano nuove problematiche di adattamento liturgico³⁵.

La fase di impossibilità assoluta a partecipare alle celebrazioni collettive si è conclusa il 18 maggio 2020, quando le “celebrazioni con il popolo” sono riprese secondo le regole stabilite dalla Conferenza episcopale italiana, dopo essere state validate dal Comitato Tecnico-Scientifico istituito presso la Protezione civile (nella seduta del 6 maggio 2020) e solennemente sottoscritte il giorno successivo anche dal Presidente del Consiglio dei ministri e dal Ministro dell'Interno. Questo Protocollo nella sostanza si presentava come una fonte normativa di “diritto liturgico d'emergenza”³⁶, e non va inteso come una mera applicazione da parte della Chiesa delle indicazioni provenienti dallo Stato in quanto, sebbene in maniera opinabile, la Conferenza episcopale ha deciso di subordinare le celebrazioni liturgiche collettive all'esigenza di prevenire il contagio³⁷. A questo scopo, disponeva alcuni accorgimenti di carattere logistico e veri e propri adattamenti liturgici, come l'omissione, tra i riti preparatori alla Comunione, dello scambio del segno di pace, che dal 14 febbraio 2021 è stato sostituito, mediante comunicato della CEI, da un semplice inchino del capo o da uno sguardo al proprio vicino³⁸.

Il Protocollo prescriveva anche che il sacramento della Penitenza dovesse svolgersi in luoghi ampi e areati, che consentano il pieno rispetto delle misure di distanziamento, ma anche la riservatezza necessaria, e sacerdote e fedele devono sempre indossare la mascherina. Pertanto, la «grave necessità» determinata dalla pandemia ha reso possibile lo sviluppo di forme particolarmente creative di celebrazione. È il caso della *drive confession*, idea nata la scorsa primavera in occasione della Pasqua negli Stati Uniti e diffusasi in breve tempo in Europa (Polonia e Francia), consistente nell'amministrazione del sacramento da parte dei sacerdoti confessori attraverso il finestrino dell'automobile del penitente. Si tratta di una forma inedita, che tuttavia mantiene la contemporanea presenza fisica nello stesso luogo sia del penitente che del confessore, circostanza che non si realizza nella *video confession* suggerita dal vescovo peruviano della Prelatura di Caravelí, “importata” in Italia dal bergamasco don Luciano Locatelli³⁹. Il vescovo peruviano ha giustificato l'autorizzazione rilasciata a vantaggio delle confessioni «a distanza» ponendo l'accento sulla confessione quale “*medicina dell'anima*” e sul confessore quale *medicus animarum* oltre che *iudex peccatorum*⁴⁰. Tale autorizzazione è stata tuttavia revocata dopo la pubblicazione della «Nota sul Sacramento della Riconciliazione nell'attuale pandemia» emessa il 20 marzo 2020 dalla Penitenziaria Apostolica, che non contemplava una simile modalità di amministrazione del sacramento. Per valutare la legittimità di possibili forme di celebrazione a distanza del sacramento della riconciliazione, l'attenzione si è

³⁵ Cfr. *ibidem*, 170.

³⁶ Questo Protocollo rappresenta una fonte canonica di recezione delle indicazioni di prevenzione del contagio offerte dal Comitato tecnico-scientifico e come tali rese obbligatorie dalle autorità statali, rendendo possibile la ripresa delle celebrazioni collettive in una condizione di relativa sicurezza sanitaria: cfr. A. CESARINI, *I limiti all'esercizio del culto nell'emergenza sanitaria e la “responsabile” collaborazione con le confessioni religiose*, in [Stato, Chiesa e pluralismo confessionale](#), 18/2020, 10 e ss.

³⁷ Cfr. A. TIRA, *Libertà di culto ed emergenza sanitaria: il protocollo del 7 maggio 2020 concordato tra Ministero dell'Interno e Conferenza Episcopale Italiana*, in *Giustizia Insieme*, Saturday, 16 May 2020

³⁸ Cfr. R. MACCIONI, *Lo scambio della pace ora si farà guardandosi negli occhi*, in [Avvenire.it](#), 27 febbraio 2021

³⁹ Cfr. D. TARANTINO, *La resilienza della Riconciliazione fra tradizione e nuove prospettive. Spunti per una riflessione*, in *Diritto e Religioni*, 1/2020, 47-51.

⁴⁰ Cfr. D. TARANTINO, “*I absolve you*”. *The priest medicus animarum at the time of Covid-19*, in P. Consorti (cur.), *Law, Religion and Covid-19 Emergency*, cit., 213-129.

focalizzata sia sull'eventuale rischio di violazione del sigillo sacramentale, sia sulla grazia che il sacramento stesso trasmette. A mettere la parola fine alla delicata questione è intervenuto il 7 dicembre 2020 il Cardinale Penitenziere Maggiore Mauro Piacenza, precisando che tramite *smartphone* o strumenti simili non si verifica la reale trasmissione delle parole dell'assoluzione⁴¹.

L'emergenza pandemica ci ha consegnato il web come nuovo spazio liturgico: la vita di culto si è trasferita dai territori fisici ai luoghi virtuali e multimediali⁴². Questo fenomeno non sembra arrestarsi e apre la possibilità a future comunità parrocchiali ibride. Si tratta di sfide che andranno adeguatamente affrontate, sapendo che nella Chiesa "ospedale da campo" prefigurata da papa Francesco diventa indispensabile la presenza di "medici" competenti, vale a dire di sacerdoti teologicamente, giuridicamente e spiritualmente ben formati, in grado di assistere il popolo in cammino, anche attraverso gli strumenti digitali, che non possono considerarsi comunque sostitutivi delle forme tradizionali della pastorale quotidiana, affinché si realizzi una maggiore inclusività nel supporto, nella prossimità, nella vicinanza e nell'accompagnamento delle persone in una società sempre più multi-etnica, multiculturale, pluriconfessionale e "digitalizzata"⁴³. Una comunità retta da un diritto, quello canonico, che proprio nell'era Covid-19 può dimostrare come per essere una Chiesa *ad extra* sia indispensabile rispondere al "dinamismo missionario" insito nella Parola di Dio, per raggiungere, come afferma papa Francesco, "tutte le periferie che hanno bisogno della luce del Vangelo"⁴⁴. Le condizioni preliminari per questo "dinamismo missionario" – il concetto di "persona umana", legato al principio della "socialità umana" che si misura con i problemi della storia ed il principio di libertà – diventano "fattori di socialità" tutelati dalle norme della Chiesa che, nella consapevolezza di sé come strumento di redenzione della "socialità umana", contribuisce alla difesa della persona in ogni tempo e in ogni luogo⁴⁵.

Una lettura pramatica dell'esistenza di un'area di disapplicazione delle norme liturgiche, che a una visione formalistica potrebbe essere qualificata come "illegittima", rafforza una visione della specificità della funzione salvifica del diritto canonico, che lo differenzia tanto dai sistemi giuridici statali che da altri pure di stampo confessionale: tale specificità si concretizza anche mediante l'applicazione del principio di elasticità⁴⁶. Questa caratteristica appare con particolare evidenza quando si analizzi il "diritto liturgico di emergenza" proposto in funzione della prevenzione del contagio. Tanto le modalità di produzione quanto le forme di applicazione delle norme in questione, da un lato mettono in luce una carenza ontologica dell'intero apparato del diritto liturgico inteso come *corpus* affatto prescrittivo e tendenzialmente uniformante, e da un altro lato mettono in evidenza la capacità del popolo di Dio di accomodare ragionevolmente le regole alle circostanze di fatto. Ciò non

⁴¹ Cfr. D. TARANTINO, *Il munus sanctificandi alla prova del coronavirus Un "rinnovato diritto canonico per una nuova realtà*, in *Quaderni di diritto e di politica ecclesiastica*, Fascicolo speciale, 2021, 215-217.

⁴² Cfr. L. M. GUZZO, *Il web può essere uno spazio liturgico?* in *Moralia blog*, in *Il Regno*, 8 aprile 2020.

⁴³ L'utilizzo degli strumenti digitali comporta certamente dei rischi, che si pongono con particolare evidenza riguardo alle religioni. Si pensi alla prospettiva del rapporto diritto e religioni attraverso il web, a sua volta suscettibile di essere indagato tanto nell'aspetto dell'utilizzo della comunicazione digitale da parte della comunità dei fedeli, quanto dal punto di vista dei profili di libertà. Specialmente in merito alle possibili lesioni alla sfera di libertà della persona che potrebbero derivare dalle relazioni tra diritto, potere ed autodeterminazione della coscienza – oggi sempre più imperniato sul discrimine tra verità e falsità delle informazioni affidato non alla regolamentazione del diritto bensì al potere privato dei proprietari e gestori delle piattaforme digitali e dei social networks – sia rispetto ai profili inerenti la regolamentazione dello spazio cibernetico e la protezione dei dati personali; sia in merito alle forme di persuasione che mediante la pubblicità comportamentale *on line* si attuano anche ai fini della propaganda fideistica; sia con riguardo all'uso dello strumento informatico nell'interpretazione del dato giuridico nell'ambito dei diritti religiosi, soprattutto per il diritto canonico che, quale ordinamento di natura fideistica e non strumentale, non esaurisce l'amministrazione della giustizia nel processo e incentra il procedimento giudiziale sul criterio della certezza morale (Cfr. M. D'ARIENZO, *Diritto e religioni nell'era digitale: Zuckerberg ci salverà? I nuovi paradigmi ermeneutici della libertà di coscienza tra verità, errore e falsità delle informazioni*, in *i-lex*, 12/2019, 245-258).

⁴⁴ FRANCESCO, Esortazione apostolica [sull'annuncio del Vangelo nel mondo attuale *Evangelii Gaudium*](#)

⁴⁵ Cfr. D. TARANTINO, "Eppur si muove". *La socialità del diritto canonico tra ieri e domani*, in P. Consorti (cur.), *Costituzione, religione e cambiamenti nel diritto e nella società*, Pisa, 2019, 224-225.

⁴⁶ Cfr. P. CONSORTI, *Relazione di sintesi: la necessità di tornare a un diritto canonico pratico*, in *Il Diritto ecclesiastico*, 127/2016, 411-424.

toglie che l'esperienza consegna pure disobbedienze delle regole liturgiche di emergenza e anche abusi irragionevoli: gli uni e gli altri confermano l'importanza di una riflessione che supporti l'utilità pratica del diritto canonico, troppo spesso percepito dal Popolo di Dio come una mera e generica indicazione di riferimento, se non addirittura un inutile appesantimento della vita ecclesiale⁴⁷. Sotto questo profilo, l'analisi delle regole liturgiche d'emergenza e della loro applicazione costituisce una tessera del più ampio mosaico volto a interpretare le cause e le forme di una più larga crisi della partecipazione dei fedeli alla vita liturgica, che si riflette anche nella sua forma più appariscente, ossia la scarsa frequenza della messa domenicale, che già prima della pandemia si rilevava come un «allarmante indizio della fase avanzata del cambiamento d'epoca» e che ha inevitabili «ricadute sul modo di essere e di sentirsi comunità, popolo, famiglia»⁴⁸.

Sebbene l'ordinamento codiciale, impostato sull'intento di legiferare nell'ambito della vita interna della Chiesa, eviti di riferirsi alle sue relazioni esterne, proprio nella sua impostazione giuridica e vocazione pastorale trova il modo di accompagnare l'evoluzione della società e la realizzazione dell'*ethos* della tradizione cristiana, dimostrandosi mezzo indispensabile per il compimento dei *tria munera* e l'edificazione di un magistero pontificio espressione del *Depositum fidei*. Come sottolineato già da Benedetto XV nel suo discorso di annuncio della promulgazione del *Codex iuris canonici* il 4 dicembre 1916, il codice rappresenta un mezzo non solo di “consolidamento della disciplina ecclesiastica”, in quanto contribuisce a diffondere “la conoscenza delle leggi della Chiesa” facilitandone l'osservanza, ma anche uno strumento in grado di porre ordine nella dimensione normativa di qualunque società umana, favorendone “la pace e la prosperità”⁴⁹. Concetto ripreso da Giovanni Paolo II, secondo cui il Codice, costituendo

«il principale strumento legislativo della Chiesa, fondato nell'eredità giuridico-legislativa della Rivelazione e della Tradizione, va riguardato come lo strumento indispensabile per assicurare il debito ordine sia nella vita individuale e sociale, sia nell'attività stessa della Chiesa»⁵⁰.

Nelle sfide che oggi la pandemia pone, la Chiesa, può dimostrare come il diritto canonico, sebbene abbia palesato una perdurante debolezza in termini applicativi (che risolveva una domanda sulla sua effettività)⁵¹, tanto nella sua dimensione conoscitiva quanto in quella regolativa, si possa innovare senza tradirne l'essenza, attraverso un mutamento di paradigma costituito da una pluralità di tecniche e metodi condivisi che si evolvono, si sostituiscono, si completano, si integrano per il raggiungimento della *salus animarum, suprema lex Ecclesiae*⁵².

⁴⁷ Cfr. P. CONSORTI, D. TARANTINO, *Il diritto liturgico alla prova*, cit., 168.

⁴⁸ FRANCESCO, Messaggio, *La liturgia a rischio marginalità torni al centro della fede*, 1-2.

⁴⁹ Cfr. BENEDETTO XV, Discorso *Dai Cardinali di Santa Romana Chiesa presenti nel Concistoro segreto*, 4 dicembre 1916. Il testo del nuovo Codice venne preparato attraverso un intenso lavoro di stesura e coordinamento che durò tredici anni. Tale iniziativa era connessa all'esigenza di transitare dal precedente sistema dinamico e complesso che riferimento alle decretali, alla scelta di un unico e sistematico testo normativo, innovazione significativa per la Chiesa. Successivamente, con [un motu proprio del 15 settembre 1917](#), il Pontefice istituì un'apposita commissione incaricata dell'interpretazione autentica del Codice (per un quadro sintetico ma efficace della codificazione piano-benedettina e in generale del ruolo giocato dal Pontefice nel contesto storico dell'epoca cfr. P. L. GUIDUCCI, *Benedetto XV, Pontefici in un mondo in crisi*, in [Storia in Network](#), 2 settembre 2015).

⁵⁰ GIOVANNI PAOLO II, Costituzione apostolica, *Sacrae Disciplinae Leges*, 1983.

⁵¹ Cfr. P. CONSORTI, D. TARANTINO, *Il diritto liturgico alla prova*, cit., 179

⁵² Sul tema cfr. da ultimo C. FANTAPPIÉ, *Per un cambio di paradigma. Diritto canonico, teologia e riforme nella Chiesa*, Bologna, 2019.

Giuseppe Bergonzini**Statuti regionali, disposizioni programmatiche e di principio, diritti costituzionali:
brevi spunti per un rinnovato dialogo * ****

ABSTRACT: *This contribution, starting from the possible overcoming of the Constitutional court's case law that denied the legal value of the basic and programmatic provisions of the regional Statutes, questions the constitutional legitimacy of the statutory provisions that aim to regulate constitutional rights; as well as the limits that condition their possible integrative, evolutionary and (potentially) innovative effects with respect to the current Constitution. The study is carried on in an attempt to understand whether the pre-conditions for a constitutional dialogue (hopefully fruitful) between the Constitution and regional statutes actually exist in the Italian legal system.*

SOMMARIO: 1. Statuti regionali e diritti costituzionali: oltre l'irrelevanza giuridica delle disposizioni statutarie di principio. 2. Dal monopolio costituzionale dei diritti al possibile carattere integrativo e innovativo delle disposizioni statutarie. 3. Diritti costituzionali e necessari condizionamenti degli statuti regionali: tutela costituzionale minima, nuovi diritti, limiti materiali di competenza. 4. Verso un possibile dialogo, comunque problematico, tra Costituzione e fonti statutarie, al confine tra Stato federale e Stato regionale; il ruolo degli interpreti.

1. *Statuti regionali e diritti costituzionali: oltre l'irrelevanza giuridica delle disposizioni statutarie di principio*

A più di vent'anni di distanza dalla riforma del Titolo V, Parte II della Costituzione, ha ancora senso riflettere sul rapporto tra Statuti regionali e diritti costituzionali? Domandarsi se e quali limiti il legislatore regionale (in sede statutaria, prima, e di attuazione, poi) incontri nella sua pretesa di occuparsi dei diritti con disposizioni che si intromettano (con effetti integrativi, evolutivi e forse persino innovativi) in ambiti da considerare riservati alla Costituzione italiana?

Non si tratta, pare, di domande retoriche e prive di rilievo.

Il tema dei contenuti eventuali degli statuti regionali ordinari aveva, come noto, destato particolare e rinnovato interesse in occasione della seconda stagione statutaria, successiva alla riforma del 2001: anche e soprattutto in occasione delle tre sentenze con cui, nel 2004, la Corte costituzionale si era pronunciata proprio sulla contestata legittimità costituzionale di alcune disposizioni statutarie di principio che ambivano ad intervenire su diritti di rilevanza costituzionale¹.



** *Il contributo trae spunto da un intervento programmato per il Convegno di studi "Le autonomie territoriali a vent'anni dalla riforma del Titolo V", promosso dal DiPIC dell'Università degli Studi di Padova e dalla Regione del Veneto in occasione del XX anniversario della legge costituzionale n. 3 del 2001 (Padova il 25 novembre 2021).*

¹ Il riferimento è a Corte cost., sentt. 2 dicembre 2004, [n. 372](#), e 6 dicembre 2004, nn. [378](#) e [379](#). Tra i primi commenti si vedano, in particolare: A. ANZON, *L'inefficacia giuridica di norme "programmatiche"*, in [Costituzionalismo.it](#), n. 2/2004; ID., *La Corte condanna all'inefficacia giuridica le norme "programmatiche" degli Statuti regionali ordinari*, 27 gennaio 2005, al sito [AIC](#); S. BARTOLE, *Possibili usi normativi delle norme a valore meramente culturale o politico, in le Regioni*, n. 1-2/2005, 11-13; R. BIN, *Perché le Regioni dovrebbero essere contente di questa decisione*, ivi, 15-19; M. CAMELLI, *Norme programmatiche e statuti regionali: questione chiusa e problema aperto*, ivi, 21-25; P. CARETTI, *La disciplina dei diritti fondamentali è materia riservata alla Costituzione*, ivi, 27-29; R. DICKMANN, *Le sentenze della Corte sull'inefficacia giuridica delle disposizioni "programmatiche" degli statuti ordinari (nota a Corte cost., 2 dicembre 2004, n. 372, e 6 dicembre 2004, nn. 378 e 379)*, in [federalismi.it](#), n. 3/2005; G. FALCON, *Alcune questioni a valle delle decisioni della Corte*, in *le Regioni*, n. 1-2/2005, 32-34; T. GROPPPI, *I nuovi statuti delle regioni dopo le sentenze 372, 378 e 379/2004 della Corte costituzionale*, 7 gennaio 2005, al sito [AIC](#); V.

Lo stesso doveroso richiamo della giurisprudenza costituzionale espressa sul punto potrebbe immediatamente, peraltro, indurre a rispondere negativamente alle domande poste in apertura: se si condivide l'idea secondo la quale alle disposizioni statutarie di principio, nonostante siano formalmente e materialmente inserite in un atto-fonte, "non può essere riconosciuta alcuna efficacia giuridica, collocandosi esse precipuamente sul piano dei convincimenti espressivi delle diverse sensibilità politiche presenti nella comunità regionale al momento dell'approvazione dello statuto"; e se alle medesime va attribuito solamente "carattere non prescrittivo e non vincolante", e "una funzione, per così dire, di natura culturale o anche politica"², risulta in effetti piuttosto problematico procedere innanzi³.

A meno che, evidentemente, non si ritenga di muovere da presupposti in tutto o in parte diversi da quelli che hanno ispirato la richiamata giurisprudenza costituzionale, che ha sostanzialmente condannato al limbo dell'irrelevanza giuridica le norme statutarie di principio e programmatiche⁴. E che, con tutta probabilità, ha contribuito a togliere alimento ad un possibile dibattito (appunto) sul rapporto tra fonti statutarie regionali e diritti costituzionali, che avrebbe potuto rilevarsi fecondo e denso di significati⁵.

Le ragioni per discostarsi dalla menzionata giurisprudenza costituzionale, nel tentativo di andare oltre, non sembrano mancare, oggi come ieri: non solo perché, in linea generale, il perimetro del "giuridicamente rilevante" non appare di per sé esauribile entro gli stretti limiti delle norme cogenti⁶; ma anche perché, a ben vedere, non può affatto essere esclusa una possibile efficacia vincolante di carattere politico delle norme statutarie di principio, da non sottovalutare⁷. Né sembra possibile sminuire la portata di determinate norme programmatiche (e delle presupposte opzioni politico-culturali che ne costituiscono il fondamento identitario) solo perché contenute (e dichiarate)

LIPPOLIS, *Le dichiarazioni di principio degli statuti regionali*, in federalismi.it, n. 15/2005; G. PASTORI, *Luci e ombre dalla giurisprudenza costituzionale in tema di norme programmatiche degli statuti regionali*, in *le Regioni*, n. 1-2/2005, 35-36; M. PEDETTA, *La Corte Costituzionale salva gli enunciati degli Statuti regionali sulla tutela delle "forme di convivenza" mettendoli nel limbo (sentt. nn. 372, 378 e 379/04)*, in Forum di Quaderni costituzionali; F. PIZZETTI, *Il gioco non valeva la candela: il prezzo pagato è troppo alto*, in *le Regioni*, n. 1-2/2005, 37-40; A. RUGGERI, *Gli statuti regionali alla Consulta e la vittoria di Pirro (nota a Corte cost. nn. 372, 378 e 379 del 2004)*, 9 dicembre 2004, in Forum di Quaderni costituzionali; ID., *La Corte, la "denormativizzazione" degli statuti regionali e il primato del diritto politico sul diritto costituzionale*, in *le Regioni*, n. 1-2/2005, 41-48; A. VESPAZIANI, *Principi e valori negli statuti regionali: much ado about nothing?*, 7 gennaio 2005, al sito AIC; M. BENVENUTI, *Le enunciazioni di principio nella prospettiva attuale*, in R. Bifulco (a cura di), *Gli Statuti di seconda generazione. Le Regioni alla prova della nuova autonomia*, Giappichelli, Torino, 2006, 49-54.

² Così Corte cost., sentt. 2 dicembre 2004, [n. 372](http://n.372), punto 2 del *Diritto*; nello stesso senso, sentt. 6 dicembre 2004, n. [378](http://n.378), punto 5 del *Diritto*, e n. [379](http://n.379), punto 2 del *Diritto*.

³ Come ha notato A. VESPAZIANI, *Principi e valori negli statuti regionali: much ado about nothing?*, cit., 5, l'effetto concreto e immediato di queste pronunce potrebbe in effetti essere appunto quello di sottrarre "ai futuri interpreti della legislazione regionale la classica panoplia argomentativa che insiste sulla forza iurisgenerativa delle clausole aperte e delle disposizioni di principio", sminuendo "l'importanza del ruolo che gli statuti regionali possono svolgere nelle conversazioni costituzionali che nella nostra sfera pubblica intercorrono su temi così controversi, e, proprio per questo, fondamentali e costitutivi delle identità regionali".

⁴ Se ne è parlato in GI. BERGONZINI, *Dal vecchio al nuovo statuto della Regione Veneto: il rilievo giuridico e la possibile efficacia normativa delle disposizioni di principio*, in M. Bertolissi (a cura di), *Regione del Veneto. Il futuro estratto dai fatti. 1970-2020*, Marsilio, Padova, 2020, 225-252, rispetto al quale le presenti riflessioni si pongono in una linea di ideale continuità.

⁵ Anche (e, forse, soprattutto) perché contestualizzato con riferimento ad una forma di Stato tradizionalmente concepita come regionale/non-federale.

⁶ Si allude, con ciò, alla nozione di ordinamento giuridico fatta propria da M. BERTOLISSI, R. MENEGHELLI, *Lezioni di diritto pubblico generale*, Giappichelli, Torino, 1996, 27-38, secondo i quali il sistema di norme ne costituisce solo una delle componenti.

⁷ In argomento, A. FERRARA, *Forma e contenuti degli statuti regionali adottati dopo la riforma*, in federalismi.it, n. 13/2012, 3-4, e M. CAMMELLI, *Norme programmatiche e statuti regionali: questione chiusa e problema aperto*, cit., 23-24. Si veda anche T. GROPPA, *I nuovi statuti delle regioni dopo le sentenze 372, 378 e 379/2004 della Corte costituzionale*, cit., 12.

in una fonte regionale – rinforzata, peraltro – invece che nella Costituzione italiana⁸.

Se, su queste basi, non può essere esclusa a priori una possibile normatività astratta, in senso ampio, delle disposizioni di principio contenute negli statuti regionali, il vero problema sul quale concentrare l'attenzione pare essere costituito, quindi, dall'effettiva capacità normativa in concreto di tali contenuti statutari eventuali, o meno.

Rimane ampiamente condivisibile, infatti, il rilievo secondo cui gran parte delle norme statutarie di principio potrebbero rivelarsi inutili, perché sostanzialmente riproduttive di previgenti norme costituzionali⁹. Ma ciò non esclude la possibilità di rinvenire, negli statuti regionali, norme di principio che dicano qualcosa di più (o magari anche di potenzialmente diverso) rispetto a quanto disposto dalla Costituzione italiana¹⁰.

Anche da questo punto di vista, quindi, possono continuare ad apprezzarsi, oggi, le ragioni che hanno indotto a riconoscere alle disposizioni statutarie di principio (ove ne sussistano i necessari presupposti) un possibile valore sul piano interpretativo¹¹, e pure un'eventuale efficacia vincolante nei confronti della successiva attività amministrativa e legislativa regionale¹².

E con ciò si torna al problema accennato in premessa: se si decide di “prendere sul serio” le enunciazioni statutarie di principio, e si ammette che esse possano operare sul piano interpretativo, e/o persino come parametri, diviene – e rimane – necessario interrogarsi sui limiti e sui condizionamenti (di carattere costituzionale, innanzitutto) che circoscrivono questa particolare forma di esercizio di autonomia legislativa rinforzata.

⁸ Sul punto: A. ANZON, *L'“inefficacia giuridica” di norme “programmatiche”*, cit., 2-3; ID., *La Corte condanna all'“inefficacia giuridica” le norme “programmatiche” degli Statuti regionali ordinari*, cit., 10; M. PEDETTA, *La Corte Costituzionale salva gli enunciati degli Statuti regionali sulla tutela delle “forme di convivenza” mettendoli nel limbo* (sentt. nn. 372, 378 e 379/04), cit., 2; A. RUGGERI, *La “denormativizzazione” degli statuti regionali e il primato del diritto politico sul diritto costituzionale*, cit., 42; R. BIFULCO, *Presentazione*, in ID. (a cura di), *Gli Statuti di seconda generazione. Le Regioni alla prova della nuova autonomia*, cit., XVII; M. BENVENUTI, *Le enunciazioni di principio nella prospettiva attuale*, cit., 54.

⁹ Si vedano, in particolare: A. D'ATENA, *I nuovi statuti regionali e i loro contenuti programmatici*, in *le Regioni*, n. 3-4/2007, 408-409; A. RUGGERI, *Unità-indivisibilità dell'ordinamento, autonomia regionale, tutela dei diritti fondamentali*, in questa *Rivista*, 2011 (26.04.11), 7; E. GIANFRANCESCO, *L'autonomia di fronte a sé stessa: il caso degli statuti regionali ordinari*, *ivi*, 2016/1, 44-45; M. ROSINI, *Statuti regionali e armonia con la Costituzione*, Giappichelli, Torino, 2016, 193. Secondo R. BIN, *Nuovi Statuti e garanzie dei diritti*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2003, 2, 199-203, e ID., *Perché le Regioni dovrebbero essere contente di questa decisione*, in *le Regioni*, n. 1-2/2005, 18-19, le disposizioni statutarie di principio sarebbero non solo inutili, ma persino dannose.

¹⁰ Ne costituiscono dimostrazione non solo alcune delle norme sottoposte ai giudizi della Corte in precedenza ricordati, decisi dalle sentenze nn. 372, 378 e 379/2004 (relative, in specie, al diritto di voto degli immigrati residenti, e alle forme di convivenza diverse da quelle strettamente riconducibili all'art. 29 Cost.), come rilevato da A. RUGGERI, *Gli statuti regionali alla Consulta e la vittoria di Pirro* (nota a Corte cost. nn. 372, 378 e 379 del 2004), cit., 2; ma, anche, diverse altre statuizioni presenti in altri statuti regionali, a partire da quello della Regione Veneto (ad esempio, in materia di diritto all'acqua e di diritti di partecipazione, sui quali si è cercato di ragionare in GI. BERGONZINI, *Dal vecchio al nuovo statuto della Regione Veneto: il rilievo giuridico e la possibile efficacia normativa delle disposizioni di principio*, cit., 243-249).

¹¹ In questo senso, ad esempio: S. BARTOLE, *Possibili usi normativi delle norme a valore meramente culturale o politico*, cit., 11-12; M. CAMMELLI, *Norme programmatiche e statuti regionali: questione chiusa e problema aperto*, cit., 22; M. ROSINI, *Statuti regionali e armonia con la Costituzione*, cit., 194-195; F. CORVAJA, *Caratteri dell'autonomia regionale*, in M. Malo (a cura di), *Veneto. L'autonomia statutaria*, Giappichelli, Torino, 2012, 23.

¹² In argomento (secondo diversamente sfumate accezioni): L. BIANCHI, *Le norme di principio negli statuti*, in P. Caretti (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2005. I nuovi Statuti regionali*, Giappichelli, Torino, 2006, 56; A. D'ATENA, *I nuovi statuti regionali e i loro contenuti programmatici*, cit., 409; M. CAMMELLI, *Norme programmatiche e statuti regionali: questione chiusa e problema aperto*, cit., 23; F. CORVAJA, *Caratteri dell'autonomia regionale*, cit., 27; D. GIROTTO, *Le Regioni e la difesa della loro identità culturale: presupposti costituzionali e statutari*, in S. Bartole (a cura di), *Le regioni alla ricerca della loro identità culturale e storica*, Giuffrè, Milano, 1999, 79; G. PASTORI, *Luci e ombre dalla giurisprudenza costituzionale in tema di norme programmatiche degli statuti regionali*, cit., 34; M. PEDETTA, *La Corte Costituzionale salva gli enunciati degli Statuti regionali sulla tutela delle “forme di convivenza” mettendoli nel limbo* (sentt. nn. 372, 378 e 379/04), cit., 2.

2. Dal monopolio costituzionale dei diritti al possibile carattere integrativo e innovativo delle disposizioni statutarie

Ma in cosa consistono, esattamente, i limiti che condizionano i contenuti eventuali degli statuti regionali e tra questi, in particolare, le disposizioni statutarie di principio che pretendano di disciplinare diritti di potenziale rilevanza costituzionale?

Al riguardo vi è, in primo luogo, una precisazione ovvia: anche a prescindere dal valore giuridico concreto che si ritiene di attribuire a tali disposizioni, appare assai difficile considerare legittima l'introduzione negli statuti regionali (e ammettere la permanenza negli stessi) di enunciazioni palesemente contrastanti con l'ordine giuridico costituzionale e i principi fondanti della Repubblica italiana¹³. Tanto che, si è rilevato, le stesse decisioni con cui la Corte ha considerato inammissibili questioni di legittimità costituzionale di norme statutarie di questo tipo, presupporrebbero comunque un preliminare apprezzamento in merito alla loro capacità di esprimere "valori costituzionalmente compatibili: non imponibili ai futuri legislatori regionali, ma costituzionalmente compatibili"¹⁴.

Non v'è dubbio, quindi, che in tanto appare possibile ragionare di eventuali integrazioni e sviluppi costituzionali ad opera degli statuti regionali, in quanto le relative disposizioni siano conformi alla Costituzione, ponendosi in una direzione di sostanziale ed effettiva continuità rispetto alle scelte di fondo della Costituzione medesima.

Tanto precisato, però, diverse sono le alternative che si pongono, e che potrebbero essere esplicitate e sintetizzate nei termini che seguono.

Procedendo dall'ipotesi tendenzialmente più restrittiva a quella che sembra aprirsi a maggiori forme di "dialogo" tra fonti statutarie regionali e Costituzione, potrebbe essere attribuito alla Costituzione italiana, in primo luogo, una sorta di *monopolio assoluto* in tema di diritti costituzionali.

Come ha ritenuto, ad esempio, chi ha osservato che la disciplina dei diritti fondamentali dovrebbe considerarsi materia riservata alla Costituzione: "i diritti fondamentali, in quanto elemento cardine del patto costituzionale non potevano in alcun modo considerarsi oggetto disponibile per il legislatore statuario", "neppure nei termini di una disciplina di tipo integrativo-evolutivo"¹⁵. La garanzia dei diritti fondamentali costituirebbe "una competenza necessariamente sottratta al legislatore (anche statuario) regionale in quanto da realizzare uniformemente su tutto il territorio nazionale; quindi, anche in ambiti rimessi alla competenza concorrente o esclusiva delle regioni"¹⁶.

Se così fosse, in materia di diritti costituzionali spetterebbe alle Regioni esclusivamente un ruolo

¹³ Lo hanno evidenziato, ad esempio: M. CAMELLI, *Norme programmatiche e statuti regionali: questione chiusa e problema aperto*, cit., 23; G. D'ALESSANDRO, *I nuovi statuti delle Regioni ordinarie*, Cedam, Padova, 2008, 254; G. FALCON, *Alcune questioni a valle delle decisioni della Corte*, cit., 34; V. LIPPOLIS, *le dichiarazioni di principio degli statuti regionali*, cit., 4; M. PEDETTA, *La Corte Costituzionale salva gli enunciati degli Statuti regionali sulla tutela delle "forme di convivenza" mettendoli nel limbo (sentt. nn. 372, 378 e 379/04)*, cit., 2; F. PIZZETTI, *Il gioco non valeva la candela: il prezzo pagato è troppo alto*, cit., 39.

¹⁴ Così G. FALCON, *Alcune questioni a valle delle decisioni della Corte*, cit., 34.

¹⁵ Queste le considerazioni di P. CARETTI, *La disciplina dei diritti fondamentali è materia riservata alla Costituzione*, cit., 28, secondo cui in "non sono gli statuti regionali, fonti di autonomia, la sede deputata ad un'operazione di questo tipo, ma semmai essa può avvalersi o dell'esercizio della funzione di revisione costituzionale o dell'interpretazione del giudice e, in particolare, di quello costituzionale".

¹⁶ R. DICKMANN, *Le sentenze della Corte sull'inefficacia giuridica delle disposizioni "programmatiche" degli statuti ordinari (nota a Corte cost., 2 dicembre 2004, n. 372, e 6 dicembre 2004, nn. 378 e 379)*, cit., 8. Nello stesso senso A. LUCARELLI, *Statuti regionali e nuovi diritti*, 26 gennaio 2004, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2: "ben vengano dunque sollecitazioni dalle Regioni su eventuali nuovi diritti, anche fondamentali, purché abbiano quale obiettivo quello di innescare processi legislativi dal carattere unitario, piuttosto che incentivare frammentazioni della sovranità popolare".

di “implementazione dei diritti fondamentali fissati dalla Carta costituzionale”¹⁷, al solo (sebbene tutt’altro che secondario) fine di “dare concreta effettività a diritti già riconosciuti nel nostro ordinamento”¹⁸.

Diversa la posizione di chi, muovendo dalla considerazione del nuovo quadro regionale emergente dalla riforma del Titolo V, Parte II della Costituzione, aveva evidenziato come potesse essere riconosciuta agli statuti regionali, intanto, la legittima capacità di delineare discipline di carattere integrativo, suscettibili di ampliare le tutele costituzionali¹⁹. Salva restando la garanzia essenziale dei diritti da assicurare in modo uniforme su tutto il territorio nazionale, perciò, potrebbe già da questo punto di vista ammettersi che il panorama dei diritti di rilievo costituzionale sia suscettibile di una qualche forma di ampliamento per effetto degli statuti regionali.

Un possibile ruolo degli statuti in questa direzione è stato sottolineato, del resto, già in sede di commento delle tre sentenze della Corte risalenti al 2004, quando si è considerato come proprio l’eliminazione dagli statuti delle disposizioni di principio espressive di scelte politico-culturali fondamentali avrebbe privato l’ordinamento regionale “di uno degli strumenti maggiormente espressivi con cui far luogo ad aggiornate e rilevanti riletture della parte sostantiva della Carta ed anche (...) a sue non insignificanti integrazioni, sia pure con effetti circoscritti alla sola dimensione locale”²⁰. La capacità degli statuti regionali di contribuire a rompere il monopolio dei diritti costituzionali troverebbe fondamento, dunque, nella capacità di queste fonti di rappresentare “nel modo più immediato e genuino, l’identità regionale”, e di dare “voce all’autonomia”²¹.

Seguendo questo percorso di possibile apertura al dialogo tra Costituzione e statuti regionali si potrebbe persino immaginare, infine, una competenza statutaria capace di delineare norme di carattere anche innovativo-evolutivo rispetto alle norme costituzionali vigenti: verso la tutela di “situazioni giuridiche soggettive non espressamente disciplinate dalla Costituzione né ad essa riconducibili”²².

In questa possibile prospettiva si è anzi osservato, pur muovendo da una lettura fortemente critica delle disposizioni di principio degli statuti regionali, come una loro effettiva utilità potrebbe rivelarsi esattamente nella misura in cui lo statuto, “invece di declamare *slogan* programmatici piuttosto vuoti di significato”, si occupasse “di istituire diritti dei cittadini e corrispondenti obblighi per il legislatore regionale”²³. L’introduzione di *diritti nuovi* da parte degli statuti regionali rivelerebbe, da questo punto di vista, profili di interesse capaci di tradursi in conseguenze concrete apprezzabili sul piano delle tutele: a condizione che “la ‘ingegnerizzazione’ dei diritti” sia “cauta e consapevole, ossia se i principi saranno non vagamente annunciati, ma tradotti in congegni capaci di funzionare in maniera prevedibile”²⁴.

¹⁷ Queste le conclusioni di P. CARETTI, *La disciplina dei diritti fondamentali è materia riservata alla Costituzione*, cit., 29.

¹⁸ V. LIPPOLIS, *le dichiarazioni di principio degli statuti regionali*, cit., 5.

¹⁹ È l’opinione di R. BIFULCO, *Nuovi Statuti regionali e (“nuovi”) diritti regionali*, in *Giur.it.*, 2001, 1763, secondo il quale i nuovi statuti regionali avrebbero potuto prevedere “non solo un impegno della Regione per la concreta attuazione di diritti già previsti dalla costituzione (...), ma anche un ampliamento della sfera di tutela garantita dal diritto costituzionale nazionale”.

²⁰ Così A. RUGGERI, *Gli statuti regionali alla Consulta e la vittoria di Pirro (nota a Corte cost. nn. 372, 378 e 379 del 2004)*, cit., 2.

²¹ In questo senso sempre A. RUGGERI, [Unità-indivisibilità dell’ordinamento, autonomia regionale, tutela dei diritti fondamentali](#), cit., 6-7: “solo la Costituzione o altre Carte, esse pure dotate di generale valenza, possono darne la prima, essenziale, necessaria disciplina. L’altra, invece, in quanto volta a specificare-attuare la disciplina in parola può venire anche da altre fonti (per ciò che qui interessa, dagli statuti); ed è proprio grazie a quest’ultima che si fa e rinnova l’identità, si fa cioè l’autonomia, nella cornice insuperabile dell’unità”.

²² R. BIFULCO, *Nuovi Statuti regionali e (“nuovi”) diritti regionali*, cit., 1763.

²³ R. BIN, *Nuovi Statuti e garanzie dei diritti*, cit., 201.

²⁴ R. BIN, *Nuovi Statuti e garanzie dei diritti*, cit., 205.

3. Diritti costituzionali e necessari condizionamenti degli statuti regionali: tutela costituzionale minima, nuovi diritti, limiti materiali di competenza

Qualsiasi soluzione si intenda dare al (complesso) problema del rapporto tra disciplina costituzionale dei diritti e contenuti eventuali degli statuti regionali rischia, inevitabilmente, di apparire semplicistica.

Nel tentativo di proseguire il ragionamento, cercando di sviluppare questa possibile tensione dialogica tra Costituzione e statuti regionali in materia di diritti fondamentali, si pone innanzitutto un primo e decisivo aspetto che merita particolare attenzione: quello relativo alla compatibilità con il sistema costituzionale vigente di possibili differenziazioni del livello di tutela di tali diritti su base regionale.

La tesi del possibile monopolio costituzionale in ordine ai diritti fondamentali muove, infatti, proprio dall'avvertita, imprescindibile esigenza di garantire ad essi uniforme tutela all'interno del medesimo territorio nazionale²⁵.

Il (grande) tema sullo sfondo rimane quello del rapporto tra principio di uguaglianza e legislazione regionale, elemento cardine della sempre problematica coesistenza nell'ordinamento costituzionale italiano dei principi di unità, autonomia e differenziazione.

Eppure, in un ordinamento costituzionale di impostazione regionalistica, che ammette la necessaria coesistenza di fonti legislative statali e fonti legislative regionali, l'esistenza di discipline diverse da Regione a Regione dovrebbe darsi per scontata: "il riconoscimento di una potestà legislativa autonoma si pone come limite logico al dominio dello stesso principio di eguaglianza"²⁶; come scontato dovrebbe darsene l'effetto "differenziante" sul piano della tutela concreta dei diritti, anche di rilevanza costituzionale.

A meno che non si voglia sostenere che le Regioni (sia ordinarie che speciali) possano legiferare solo in ambiti nei quali non vengono in rilievo diritti fondamentali: il che apparirebbe, però, assai discutibile già solo in considerazione delle molteplici e significative materie di competenza concorrente elencate dall'art. 117, comma 3, Cost., alle quali appaiono senz'altro riconducibili diritti e interessi di chiara rilevanza costituzionale fondamentale (a partire dalla "tutela della salute").

Rebus sic stantibus, con riferimento ad uno Stato regionale il problema della possibile violazione del principio di uguaglianza da parte della legislazione regionale (anche di carattere statutario) assume una dimensione del tutto peculiare: un'applicazione rigida ed assolutizzante del principio di uguaglianza porterebbe a negare, in sé e per sé, ogni forma di differenziazione regionale²⁷.

²⁵ Si vedano sempre, al riguardo, P. CARETTI, *La disciplina dei diritti fondamentali è materia riservata alla Costituzione*, 28-29, e R. DICKMANN, *Le sentenze della Corte sull'inefficacia giuridica delle disposizioni "programmatiche" degli statuti ordinari (nota a Corte cost., 2 dicembre 2004, n. 372, e 6 dicembre 2004, nn. 378 e 379)*, cit., 8.

²⁶ Così F. CORVAJA, *Statuti regionali e "leggi della Repubblica"*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2013, 9-10: "non è possibile configurare nei termini di una 'disparità di trattamento' il fatto che situazioni eguali siano trattate in modo diverso da leggi adottate da enti che hanno autonomia legislativa. Tali disparità di trattamento, infatti, sono – come dice sinteticamente la letteratura giuridica tedesca – 'il prezzo del federalismo', un prezzo che ogni ordinamento che riconosca autonomia legislativa agli enti territoriali è disposto, in una qualche misura, a pagare". In argomento si veda anche G. DOLSO, *Osservazioni sul rapporto tra principio di eguaglianza e ordinamento regionale*, in *le Regioni*, 2012, 415-431. In precedenza, tra gli altri: S. BARTOLE, *In tema di rapporti fra legislazione regionale e principio costituzionale di eguaglianza*, in *Giur. cost.*, 1967, 670-681, e A. D'ATENA, *Regioni, eguaglianza e coerenza dell'ordinamento*, in *Giur. cost.*, 1977, I, 1281-1294.

²⁷ Le possibilità concrete di maggiore differenziazione tra gli ordinamenti regionali (anche per effetto del rinnovato quadro istituzionale offerto dalla riforma del Titolo V, Parte II della Costituzione) era stata sottolineata, proprio con riferimento alla portata delle dichiarazioni statutarie di principio, da CARROZZA, *Il welfare regionale tra uniformità e differenziazione: la salute delle Regioni*, in E. Catelani, E. Cheli (a cura di), *I principi negli statuti regionali*, il Mulino, Bologna, 2008, 23-24; si veda anche G. D'AMICO, *Mini-costituzioni per quali Regioni? Considerazioni a margine della riflessione di T. Martines sugli statuti delle Regioni di diritto comune*, in *Diritti Regionali*, n. III/2016, 725-726.

Immutata rimane l'esigenza, invece, di individuare un livello non rinunciabile di tutela dei diritti fondamentali da garantire in modo uniforme su tutto il territorio nazionale; salva rimanendo, poi, la possibilità per le Regioni di innalzare il livello di tutela dei diritti costituzionali.

Una possibilità di questo tipo appare, del resto, perfettamente riconducibile alla *ratio* dell'art. 117, comma 2, lett. m), Cost., che riserva allo Stato la sola “*determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale*”: con ciò ammettendo, evidentemente, la possibilità di integrazione verso l'alto dei livelli di tutela, ad opera del legislatore regionale²⁸ (come ha ormai ripetutamente chiarito la Corte costituzionale²⁹); e riconoscendo implicitamente che “i diritti (e, ancora più in alto o più a fondo, la dignità, quale autentico Grundwert dell'ordinamento) costituiscono, nell'insieme dagli stessi composto, un metacriterio ordinatore delle fonti (rectius, delle norme), davanti al quale sono obbligati ad inchinarsi i criteri restanti e con esso (...) a confrontarsi”³⁰.

Da questo punto di vista sembra quindi oggi giustificabile, in primo luogo, il superamento di un preteso monopolio assoluto della Costituzione in materia di diritti fondamentali, e una possibile valorizzazione del ruolo regionale, proprio a partire dagli statuti regionali, in funzione potenzialmente integrativa e ampliativa rispetto al disegno costituzionale vigente³¹.

Neppure pare poter essere escluso, su queste basi, un possibile apporto sostanzialmente evolutivo e innovativo delle disposizioni statutarie di principio: a condizione, evidentemente, che i “nuovi” diritti eventualmente individuati a livello statutario siano compatibili con l'ordine giuridico costituzionale e i principi fondanti della Repubblica italiana, dando concretezza a valori che si pongano in effettiva armonia con la Costituzione vigente³².

E ciò sembra valere, a maggior ragione, ove si intenda valorizzare la portata espansiva dell'art. 2 Cost.: immaginando che lo sviluppo del sistema dei diritti fondamentali passi non solo attraverso l'evoluzione interpretativa e applicativa delle disposizioni costituzionali vigenti³³, ma possa trarre

²⁸ Specificamente, sul punto, R. BIN, *Nuovi Statuti e garanzie dei diritti*, cit., 205.

²⁹ Ad esempio, in: Corte cost., sentt. 15 maggio 2020, n. [21](#), punto 4 del *Diritto*; 25 gennaio 2019, n. [9](#), punto 2.3 del *Diritto*; 27 dicembre 2018, n. [246](#), punto 3.3 del *Diritto*; 19 dicembre 2012, n. [297](#), punto 5.1.2 del *Diritto*; e 10 giugno 2010, n. [207](#), punto 3.2 del *Diritto*.

³⁰ A. RUGGERI, [Unità-indivisibilità dell'ordinamento, autonomia regionale, tutela dei diritti fondamentali](#), cit., 4, che ricorda quindi come “il confine tra i ‘livelli essenziali’, la cui posizione è rimessa alle leggi dello Stato, e i livelli ‘non essenziali’ non può stabilirsi una volta per tutte, con criteri di formale fattura, richiedendo piuttosto di essere rimesso a punto caso per caso, per le esigenze della pratica giuridica, a mezzo di una complessiva considerazione del sistema dei valori, per il modo con cui si assesta per ciascun campo materiale di esperienza e per uno stesso campo nel tempo”.

³¹ Come anticipato da R. BIFULCO, *Nuovi Statuti regionali e (“nuovi”) diritti regionali*, cit., 1763.

³² In questo senso A. LUCARELLI, *Statuti regionali e nuovi diritti*, 26 gennaio 2004, cit., 2, secondo il quale, tuttavia (si veda la precedente nota n. 16), esulerebbe in ogni caso dalle competenze regionali la disciplina dei diritti fondamentali della persona.

³³ Si allude, con ciò, alla nota questione interpretativa dell'art. 2 Cost. come fattispecie “chiusa” o “aperta”, efficacemente tratteggiata e sintetizzata, nei suoi profili dottrinali e giurisprudenziali, da S. MANGIAMELI, [Il contributo dell'esperienza costituzionale italiana alla dommatica europea della tutela dei diritti fondamentali](#), in questa *Rivista* [2006](#), 9-22. Può qui essere ricordato (lo rileva il medesimo Autore, ivi, 22), come la giurisprudenza costituzionale “abbia mostrato un orientamento, nell'utilizzo dell'art. 2 come parametro dei giudizi costituzionali, capace di attribuire a questo il carattere di norma di principio autonoma, in grado di ricondurre alla tutela costituzionale ‘nuovi’ diritti fondamentali. Sembra doversi escludere, però, che la Corte, in questo modo, abbia inteso riferire all'art. 2 il significato di fattispecie ‘aperta’, in quanto più semplicemente può dirsi che essa abbia operato un'interpretazione estensiva delle norme costituzionali sui diritti di libertà”. Sul tema appare doveroso, perlomeno, il richiamo di: P. GROSSI, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Cedam, Padova, 1972, 26, 160-176; A. BARBERA, *Art. 2*, in G. Branca (a cura di) *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 1975, 80-92; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, il Mulino, Bologna, 1984, 54-56; A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, in *Encicl. Giuridica Treccani*, XI, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma, 1989, 20-26; A. SPADARO, *Il problema del fondamento dei diritti “fondamentali”*, in *Dir. soc.*, n. 3/1991, 453-511; P. RIDOLA, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, in R. NANIA, P. Ridola (a cura di), *I Diritti costituzionali*, I, Giappichelli, Torino 2001, 53-55; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Parte generale, III ed., Cedam, Padova, 2003, 4-6.

alimento anche da frammenti normativi che rappresentino l'emersione, a livello regionale, di posizioni giuridiche soggettive meritevoli di tutela, potenzialmente capaci di trascendere la dimensione locale. Pur con tutte le – dovute – cautele del caso³⁴, e con ogni conseguenza in ordine al grado effettivo di *novità* di tali diritti.

Una volta esclusa la sussistenza di preclusioni generali che impediscano a priori ogni possibile forma di dialogo in senso ampliativo, integrativo e forse persino evolutivo/innovativo tra Costituzione e statuti regionali, rimane comunque il problema (decisivo) della necessaria individuazione dei condizionamenti costituzionali che delimitano in concreto il possibile esercizio della potestà statutaria regionale.

E il limite più concreto e immediato (sempre salvo rimanendo il generale obbligo di rispettare la Costituzione *ab imis*) è senz'altro costituito dalla ripartizione di competenza legislativa tra lo Stato e le Regioni.

Se si ammette la possibile rilevanza giuridica delle disposizioni statutarie di principio, specie nella parte in cui aspirino a disciplinare diritti di rilevanza costituzionale, diviene inevitabile e necessario “riespandere” il giudizio di costituzionalità ad esse relativo³⁵; e proprio il limite delle materie sembra costituire, in sostanza, il condizionamento concreto e più significativo all'esercizio della potestà statutaria in questo ambito da parte delle Regioni ordinarie; che dovrebbe condurre a un rinnovato, effettivo sindacato della Corte relativo alla violazione dell'art. 117 Cost.

In merito non può in effetti sfuggire, pur muovendo da una prospettiva non pregiudizialmente sfavorevole (per le ragioni sin qui accennate) all'esercizio dell'autonomia regionale in questo ambito, la particolare pervasività nei confronti della legislazione regionale (anche di carattere statutario; dunque,) di molte materie elencate dal vigente art. 117 Cost.

Non solo perché diversi sono gli ambiti di competenza esclusiva dello Stato di immediata e diretta rilevanza in tema di diritti fondamentali (tra i quali, ad esempio, “*stato civile*”, “*giurisdizione e norme processuali*”, “*ordinamento civile e penale*”), che potrebbero sbarrare la strada *tout court* a ogni possibile velleità statutaria³⁶; non solo perché rispetto alla previsione di eventuali diritti di prestazione apparirebbe comunque problematico il rapporto tra disciplina nazionale e principi statutarî, alla luce dell'art. 117, comma, 2, lett. m)³⁷; ma anche perché non può essere affatto esclusa, al riguardo, una particolare incidenza statale pure nelle numerose materie di potestà concorrente elencate dal terzo comma dell'art. 117 Cost. (dovendo gli statuti regionali

³⁴ In particolare, avverte E. GIANFRANCESCO, [L'autonomia di fronte a sé stessa: il caso degli statuti regionali ordinari](#), cit., 45, “nel caso del riconoscimento statutario di diritti, occorre (...) tener presente che ogni inserzione nel sistema normativo di nuovi diritti retroagisce sui diritti preesistenti, molto spesso circoscrivendone l'ambito di operatività ed introducendo limiti inediti al godimento di questi”.

³⁵ Come aveva rilevato A. D'ATENA, *I nuovi statuti regionali e i loro contenuti programmatici*, cit., 5, in tal caso la Corte “dovrebbe entrare nel ‘merito’ del giudizio, affrontando il problema della loro compatibilità con la Costituzione”. Analogamente M. PEDETTA, *La Corte Costituzionale salva gli enunciati degli Statuti regionali sulla tutela delle “forme di convivenza” mettendoli nel limbo (sentt. nn. 372, 378 e 379/04)*, cit., 2. Si veda anche A. RUGGERI, *La Corte, la “denormativizzazione” degli statuti regionali e il primato del diritto politico sul diritto costituzionale*, cit., 42.

³⁶ In argomento si veda soprattutto A. D'ATENA, *I nuovi statuti regionali e i loro contenuti programmatici*, cit., 7: le disposizioni statutarie di principio che pretendessero di estendersi nelle materie di cui all'art. 117, comma 2, Cost. “non possono validamente produrre l'unico effetto che potrebbe pienamente giustificarle: l'attribuzione alla Regione di competenze legislative sulle materie cui si riferiscono. Un effetto manifestamente incompatibile, oltre che con gli artt. 117, comma 2, e 116, comma 3, con la natura giuridica degli statuti ordinari italiani. I quali, a differenza degli statuti d'autonomia spagnoli (ed a differenza – può aggiungersi – degli statuti regionali speciali), non hanno alcun titolo ad intervenire sul riparto di competenze tra lo Stato e le Regioni”. Può essere utile ricordare come nei tre giudizi in via principale decisi dalle sentenze nn. [372](#), [378](#) e [379/2004](#) fosse stata contestata dal Governo anche (e soprattutto) la violazione dell'art. 117, comma 2, Cost. (con particolare riferimento alle lettere a), e), f), i), l), p) ed s)).

³⁷ Lo ha osservato E. GIANFRANCESCO, [L'autonomia di fronte a sé stessa: il caso degli statuti regionali ordinari](#), cit., 45: “i diritti a prestazione (...), se ‘presi sul serio’ pongono vincoli stringenti al legislatore ordinario dal punto di vista dell'implementazione degli stessi e della predisposizione delle necessarie risorse finanziarie. Circostanza, questa, in grado di creare non pochi problemi a fronte del riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni ed al riconoscimento in capo allo Stato di significative potestà di intervento nella materia dei diritti stessi”.

comunque rispettare i principi fondamentali desumibili dalla legislazione dello Stato³⁸); e, infine, perché va ormai data per scontata la possibile intromissione della legislazione statale pure nelle materie di – tendenziale – competenza legislativa regionale residuale ai sensi dell’art. 117, comma 4, Cost., in tutti casi in cui venga in gioco una materia-valore di carattere trasversale (basti pensare alla “*tutela della concorrenza*”, e alla “*tutela dell’ambiente, dell’ecosistema e dei beni culturali*”³⁹).

Concreto è, in definitiva, soprattutto il rischio che determinate disposizioni statutarie di principio possano essere ritenute di per sé incostituzionali per violazione dell’art. 117, commi 2 e 3, già solo perché incidenti in materie di competenza esclusiva statale, o di competenza concorrente.

Un’illegittimità, questa, a cui esse potrebbero forse sottrarsi valorizzandone il significato ai soli fini della possibile partecipazione regionale “a procedimenti di decisione svolgentisi a livello statale”: i contenuti programmatici degli statuti acquisterebbero in tal modo “diritto di cittadinanza anche al di fuori degli ambiti di competenza legislativa residuale delle Regioni, se – ed in quanto – rivolti ad indirizzare l’esercizio delle funzioni ‘costituzionali’ ad esse spettanti”⁴⁰.

Con ciò perdendo in larga parte, però, proprio quella immediata capacità integrativa, evolutiva e potenzialmente innovativa del tessuto costituzionale vigente in tesi riconoscibile alle disposizioni statutarie che intendano disciplinare diritti; e con riferimento alle quali, in sede applicativa, non può essere ovviamente escluso alcun sindacato di legittimità costituzionale, specie di carattere incidentale.

4. Verso un possibile dialogo, comunque problematico, tra Costituzione e fonti statutarie, al confine tra Stato federale e Stato regionale; il ruolo degli interpreti

Alla luce di quanto sin qui considerato, sembra che il tema della tensione (in un’accezione potenzialmente negativa) o del possibile dialogo (accezione tendenzialmente positiva) tra Costituzione e fonti statutarie regionali in materia di diritti fondamentali meriti di assumere oggi una connotazione concreta; capace, in altri termini, di superare eventuali preclusioni di principio, quasi pregiudizialmente contrarie o favorevoli a questa particolare forma di declinazione dell’autonomia regionale: e rivolta ad interrogarsi, invece, sui limiti effettivi e puntuali che la condizionano.

Appare, pertanto, in linea di principio condivisibile la considerazione secondo la quale “la legislazione regionale si trova (...) condizionata da altre fonti”, e che evidenzia la sussistenza di “un reticolo di vincoli rispetto al quale” risulta in effetti “difficile trovare uno spazio di applicazione per

³⁸ In proposito A. D’ATENA, *I nuovi statuti regionali e i loro contenuti programmatici*, cit., 6, secondo il quale la competenza dello Stato a porre i principi fondamentali in queste materie “postula una complementare ‘incompetenza’ del legislatore statuario: non potendosi evidentemente chiedere alla legge regionale di rispettare schizofrenicamente due parametri distinti e non reciprocamente coordinati”. Tutto ciò, a meno di ipotizzare la natura meramente eventuale del limite dei principi fondamentali, che ammetterebbe una corrispondente competenza regionale in mancanza della previa, apposita predefinizione dei principi da parte dello Stato in leggi-cornice (ipotesi che tuttavia, come ricorda il medesimo Autore, contrasterebbe con l’interpretazione della Corte costituzionale secondo cui detti principi vanno ricavati, in ogni caso, dal complesso della legislazione statale vigente; si vedano, tra le prime pronunce successive alla riforma del Titolo V: Corte cost., sentt. 26 giugno 2002, n. 282, punto 4 del *Diritto*; 12 dicembre 2003, n. 353, punto 2 del *Diritto*; 25 novembre 2005, n. 424, punto 2.3 del *Diritto*). Sul tema anche V. LIPPOLIS, *le dichiarazioni di principio degli statuti regionali*, cit., 5.

³⁹ Si tratterebbe, quindi, di ambiti potenzialmente incisi (e condizionati) da questi titoli competenziali statali, sebbene non possa ritenersi a priori esclusa una legittima competenza statutaria.

⁴⁰ Così A. D’ATENA, *I nuovi statuti regionali e i loro contenuti programmatici*, cit., 7, che si riferisce espressamente all’iniziativa legislativa statale attribuita dall’art. 121, comma 2, a ciascun Consiglio regionale, nonché al potere di concorrere alla promozione del referendum abrogativo e del referendum costituzionale, ai sensi degli artt. 75, comma 1, e 138, comma 2, Cost.: “è, infatti, fuori discussione che tali funzioni non soggiacciono al limite delle materie fissato per la legislazione”.

le disposizioni programmatiche contenute negli statuti”⁴¹.

Alla sola condizione, tuttavia, che non si pretenda di desumerne a priori un giudizio di illegittimità (o di assoluta irrilevanza giuridica) delle norme statutarie che disciplinino diritti di rilevanza costituzionale; rispetto alle quali, dunque, ogni valutazione non può essere condotta *ex ante*, ma solo *ex post*, all’esito di un’indagine dettagliata e contestualizzata: interrogandosi sia sulla loro compatibilità con i principi che informano il sistema costituzionale vigente e con le regole puntuali che delimitano la competenza legislativa (anche statutaria) delle Regioni, sia sulla loro effettiva utilità e capacità di produrre effetti giuridici concreti.

Questa prospettiva potrebbe, forse, anche offrire l’occasione per accostarsi diversamente alla qualificazione dell’ordinamento giuridico italiano come stato regionale, piuttosto che come stato federale.

A ben vedere, infatti, la stessa possibile configurazione degli statuti regionali come mini-costituzioni⁴², che si intravede piuttosto nitidamente nella loro aspirazione di contribuire alla disciplina dei diritti costituzionali, risulta pesantemente condizionata dal modo in cui ritiene delineata la forma di stato italiana, nel rapporto tra Stato e Regioni.

Non casualmente, ci si è domandati proprio “se lo Statuto regionale possa riconoscere e garantire nuovi diritti non presenti nell’ordinamento giuridico, svolgendo una funzione creativa e di supplenza, secondo il modello confederativo elvetico”; rilevando, quindi, che “in linea di principio, accogliendo la tesi che mira a sostenere che le Regioni dopo la riforma del Titolo V rappresentano dei microsistemi, la risposta potrebbe essere affermativa. Il divario ‘armonico’ tra diritti fondamentali riconosciuti dallo Stato e diritti riconosciuti dagli Statuti regionali troverebbe il proprio fondamento giuridico-funzionale nell’evoluzione della forma di Stato”⁴³. In senso analogo, si è osservato come il problema delle disposizioni statutarie di principio vada contestualizzato nell’“ampio mutamento costituzionale di questi anni”, a fronte del “rafforzamento dell’istituto regionale”: concludendo, in ogni caso, che anche oggi “non siamo di fronte ad un vero e proprio federalismo”⁴⁴. E, in effetti, che il dialogo interno tra concorrenti fonti costituzionali sia caratteristico degli ordinamenti federali tradizionalmente intesi, pare fuori di dubbio⁴⁵. In ordinamenti di questo tipo, la capacità di ciascuna entità federata di darsi una costituzione in senso proprio (comprensiva di discipline complete dei diritti individuali e collettivi, e dei doveri pubblici) non è in discussione; ed è rispetto a questa originaria capacità che si misura, a sua volta, la tendenza delle Costituzioni federali a “nazionalizzare” la tutela dei diritti fondamentali. Con la conseguenza che, “in caso di conflitto, la disciplina costituzionale centrale non prevale *sempre e comunque* su quella locale: essendo destinata a soccombere, nei casi in cui quest’ultima sia *più favorevole*.

Essa, quindi, non viene considerata un parametro assolutamente intangibile, ma una disciplina *minima*, suscettibile di essere derogata *in melius* dalle Costituzioni degli Stati membri.

Le quali: da un lato, possono fare oggetto di trattamento più favorevole i diritti fondamentali da essa contemplati; d’altro lato, possono aggiungere a questi ulteriori diritti, da garantire nei rispettivi territori”⁴⁶.

⁴¹ La considerazione, critica, è di V. LIPPOLIS, *le dichiarazioni di principio degli statuti regionali*, cit., 5.

⁴² Secondo l’accezione di T. MARTINES, *Prime osservazioni sugli statuti delle regioni di diritto comune*, ora in ID., *Opere*, Giuffrè, Milano, 2000, III, 567. In argomento, G. D’AMICO, *Mini-costituzioni per quali Regioni? Considerazioni a margine della riflessione di T. Martines sugli statuti delle Regioni di diritto comune*, cit., 722-725.

⁴³ In questi termini A. LUCARELLI, *Statuti regionali e nuovi diritti*, 26 gennaio 2004, cit., 2.

⁴⁴ V. LIPPOLIS, *le dichiarazioni di principio degli statuti regionali*, cit., 5.

⁴⁵ Come ricorda R. BIFULCO, *Nuovi Statuti regionali e (“nuovi”) diritti regionali*, cit., 1757, “il divario tra diritti fondamentali riconosciuti dalla costituzione federale e diritti fondamentali riconosciuti dalle costituzioni degli Stati membri è costitutivo del modo di essere dell’ordinamento giuridico, derivando dalla struttura medesima della forma di Stato”.

⁴⁶ Così A. D’ATENA, *Diritto regionale*, Giappichelli, Torino, 2017, 21-22 (corsi dell’Autore). In argomento, si veda il puntuale riferimento alle dinamiche caratteristiche di diversi ordinamenti federali, sulle quali si è soffermato R. BIFULCO, *Nuovi Statuti regionali e (“nuovi”) diritti regionali*, cit., 1757-1760.

Questo tipo di ragionamento può davvero ritenersi precluso dalla qualificazione dell'ordinamento giuridico italiano in termini di Stato regionale, piuttosto che di Stato federale? O non rimane lecito domandarsi, piuttosto, se questa particolare dinamica evolutiva del diritto costituzionale, caratteristica del rapporto tra costituzioni federali e costituzioni degli stati federati, non sia ravvisabile anche nella relazione tra Costituzione italiana e statuti regionali?

Anche queste non sono domande retoriche: soprattutto se si considera che la distinzione tra Stato regionale e Stato federale non risulta scontata (al pari della plausibile individuazione della natura giuridica dello Stato regionale⁴⁷); e che la stessa qualificazione dell'ordinamento giuridico italiano potrebbe non apparire così ovvia, anche (e soprattutto) nella prospettiva di chi lo osserva dall'esterno, indossando occhiali diversi dai nostri⁴⁸.

E, ancora, in presenza di sempre più consistenti (e potenzialmente feconde, per quanto problematiche) suggestioni costituzionali che provengono dall'esterno dell'ordinamento italiano⁴⁹, ha davvero senso emarginare ed escludere completamente dal dialogo le fonti statutarie delle *nostre* autonomie regionali?

Il problema, ancora una volta, non sembra essere astratto, ma concreto: non si tratta di incasellare a priori l'ordinamento italiano in una piuttosto che in altra forma di Stato, ma di riflettere su come siano strutturati in concreto i limiti costituzionali all'autonomia statutaria; ricavandone, conseguentemente, gli spazi di possibile ed effettiva rilevanza normativa delle disposizioni statutarie (anche nei suoi riflessi "costituzionali").

Si torna, con ciò, al quesito iniziale: la sostanziale "neutralizzazione" degli statuti regionali da parte della Corte costituzionale, in base ad "una visione neopositivistica che frustra le aspirazioni di quanti vedono nelle trasformazioni del regionalismo italiano linee di sviluppo criptofederali, e si interrogano sulla formazione di una cultura costituzionale regionale"⁵⁰, obbliga a *lasciare ogni speranza*?

Ad indurre a desistere potrebbe essere, a ben vedere, lo stesso fatto che la seconda stagione statutaria si sia conclusa da tempo, rivelandosi in buona parte deludente proprio dal punto di vista dell'effettiva capacità normativa concreta dei contenuti eventuali degli statuti regionali; anche perché seguita dalla rilevata inadeguatezza della successiva legislazione regionale attuativa⁵¹.

⁴⁷ Per una sintesi in argomento, si rinvia a M. VOLPI, *La classificazione delle forme di Stato*, in G. MORBIDELLI, L. PEGORARO, A. REPOSO, M. VOLPI, *Diritto pubblico comparato*, Giappichelli, Torino, 2004, 225-227, che ricorda come non manchino ricostruzioni dottrinali che configurano sia lo Stato regionale, sia lo Stato federale come "un tipo di Stato decentrato distinto dallo Stato unitario".

⁴⁸ Sul punto, in particolare, G. TIEGHI, *Regionalismo 'italian style' nel prisma del Comparative Regionalism. Uno sguardo da (e per) l'esterno*, in federalismi.it, n. 31/2022, e (più in generale) E. Arban, G. Martinico, F. Palermo (a cura di), *Federalism and Constitutional Law. The Italian Contribution to Comparative Regionalism*, Routledge, London, 2021.

⁴⁹ Come ricordato da A. RUGGERI, [Unità-indivisibilità dell'ordinamento, autonomia regionale, tutela dei diritti fondamentali](#), cit., 6, nel rilevare, anche con specifico riferimento agli statuti regionali, che la Costituzione italiana non può essere considerata il solo documento normativo abilitato ad ospitare diritti fondamentali: "è venuta sempre più dilatandosi l'area coperta dalla 'materia costituzionale', in seno alla quale si dispongono atti di varia estrazione e fattura (provenienti sia ab extra, e segnatamente dalla Comunità internazionale e dall'Unione europea, e sia ab intra), coi quali si è fatto luogo ad un sensibile, vistoso allungamento del catalogo dei diritti (e, dunque, al riconoscimento di 'nuovi')".

⁵⁰ Queste le considerazioni di A. VESPAZIANI, *Principi e valori negli statuti regionali: much ado about nothing?*, cit., 4, secondo il quale si rivela incompatibile con la concezione dell'autonomia statutaria regionale fatta propria dalla Corte "non soltanto quello che Bryce, osservando il dare e l'avere che intercorre tra i livelli di autonomia territoriale statunitensi, chiamava *experimental federalism*, ma anche la concezione häberliana del *kulturwissenschaftliche Bundestaatsverständnis*, una interpretazione delle dinamiche federali orientata da canoni culturali, in cui l'evoluzione dei livelli testuali del diritto costituzionale si articola in processi di ricezione e comunicazione tra le costituzioni dei *Länder* e la legge fondamentale federale".

⁵¹ Evidenziata, ad esempio, da A. RUGGERI, [Unità-indivisibilità dell'ordinamento, autonomia regionale, tutela dei diritti fondamentali](#), cit., 12-13. Sul tema, più generale, dell'apporto regionale all'attuazione dei diritti (a partire da quelli costituzionali) sono di particolare interesse gli scritti pubblicati in A. Morelli, L. Trucco (a cura di), *Diritti e autonomie territoriali*, Giappichelli, Torino, 2014; in proposito si è ricordato, sinteticamente, che "le Regioni hanno

Eppure, dai dispositivi di inammissibilità, *in parte de qua*, delle ricordate decisioni della Corte costituzionale non può trarsi alcun limite cogente e assolutamente stringente per gli interpreti⁵²: che possono (e devono), pertanto, ritenersi liberi di diversamente apprezzare l'eventuale portata normativa concreta delle disposizioni statutarie; anche ricavandone argomenti e spunti di riflessione sul piano della possibile integrazione, evoluzione ed innovazione dell'ordinamento costituzionale, capaci di contribuire ad ampliare il *discorso pubblico* relativo ai diritti costituzionali⁵³.

Vero è che anche questo particolare profilo problematico del regionalismo italiano continua a porre, a vent'anni di distanza dall'entrata in vigore della riforma del Titolo V, Parte II della Costituzione, un fondamentale problema di cultura costituzionale⁵⁴.

Proprio per questo motivo, agli interpreti che abbiano il coraggio (o la temerarietà) di avventurarsi in questa (comunque delicatissima) analisi ricostruttiva delle disposizioni statutarie, almeno queste attenzioni possono richiedersi: cercare di interpretare tali disposizioni in modo da ricavarne una possibile utilità normativa, piuttosto che il contrario (*magis ut valeant*⁵⁵); e tentare di ricostruirne un significato normativo in armonia con la Costituzione e (per quanto possibile) rispettoso in concreto degli stringenti limiti di competenza desumibili dall'art. 117 Cost.; senza desumere da questi limiti una generalizzata ed aprioristica preclusione all'intervento normativo statutario (prima) e legislativo regionale attuativo (poi)⁵⁶.

Seguendo queste direttrici, l'analisi puntuale degli statuti regionali vigenti potrebbe, forse, offrire più di qualche argomento di riflessione e approfondimento⁵⁷

fatto non poco"; a fronte, tuttavia, di "un potenziale enorme non ancora appieno sfruttato" (P. COSTANZO, A. RUGGERI, *Presentazione*, ivi, XI, XIII).

⁵² Lo ha sottolineato S. BARTOLE, *Possibili usi normativi delle norme a valore meramente culturale o politico*, cit., 12.

⁵³ In questo senso anche A. VESPAZIANI, *Principi e valori negli statuti regionali: much ado about nothing?*, cit., 4-5, che tuttavia rileva come sia "difficile negare il fatto che decisioni di questo tipo lanciano influenti messaggi agli altri attori della sfera politica, in primo luogo ai futuri legislatori 'costituenti' regionali, invitandoli a volare basso e a trascurare enunciazioni di principio e dichiarazioni di valori ed a concentrarsi sugli aspetti più meccanici della regolazione delle istituzioni regionali".

⁵⁴ Sul quale si rinvia, in particolare, alle considerazioni di S. MANGIAMELI, *Il Titolo V della Costituzione alla luce della giurisprudenza costituzionale e delle prospettive di riforma*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016, 6-16.

⁵⁵ Come chiaramente suggerito da S. BARTOLE, *Possibili usi normativi delle norme a valore meramente culturale o politico*, cit., 11.

⁵⁶ Come ha considerato, ad esempio, A.M. BENEDETTI, *Ordinamento civile e sindacato di legittimità costituzionale: è possibile una sentenza interpretativa di rigetto?* in *federalismi.it*, n. 19/2005, 4, "l'obiettivo statutario di promuovere la tutela e la parificazione delle convivenze extramatrimoniali non significa necessariamente invadere la competenza statale che l'art. 117, comma 2, lett. l) identifica con la nota formula 'ordinamento civile'. La Regione, infatti, potrebbe emanare una legislazione sociale, assistenziale, edilizia che attui siffatta finalità statutaria, attribuendo una qualche rilevanza allo status di convivente di fatto, senza che necessariamente ciò significhi violare il limite dell' 'ordinamento civile'". In argomento, si veda anche V. ROPPO, *Diritto privato regionale?* in *Riv. dir. priv.*, 2003, 30-34.

⁵⁷ Non solo con riferimento a temi già noti e controversi, a partire dal diritto di voto agli immigrati (art. 2, comma 1, lett. f), dello Statuto della Regione Emilia-Romagna; art. 3, comma 6 dello Statuto della Regione Toscana; art. 8, comma 1, lett. o), dello Statuto della Regione Campania), e dalla tutela delle forme di convivenza diverse dal matrimonio (art. 4, comma 1, lett. h), dello Statuto della Regione Toscana). Ma anche, a solo titolo di esempio, in materia di: diritto all'acqua (art. 11-bis dello Statuto della Regione Umbria; art. 8, comma 2, dello Statuto della Regione Veneto); diritti degli animali (art. 6, comma 2, dello Statuto della Regione Piemonte; art. 8 dello Statuto della Regione Basilicata); diritto a essere informati sulle condizioni e qualità dell'ambiente (art. 8, comma 6, dello Statuto della Regione Veneto); diritto al cibo (art. 7-bis dello Stato della Regione Abruzzo); diritto alla informazione ed alla fruizione dei mezzi di comunicazione di massa e delle reti informatiche (art. 6, comma 4, dello Statuto della Regione Lazio).

Angelo Licastro

La questione del velo in azienda e le politiche di neutralità per la prevenzione dei conflitti ideologici tra i lavoratori *

ABSTRACT: *The Court of Justice of the European Union held that a policy of neutrality, whether it meets a genuine need of the employer, such as avoiding social conflicts within the undertaking, may constitute a legitimate aim, within the meaning of Article 2(2)(b)(i) of Directive 2000/78, establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation. This article, by analyzing the recent Belgian case-law related to law and religion issues, argues that the principle affirmed by the Court cannot be an escamotage for the unconditional acceptance of the wish of the employer to have a strict policy of neutrality.*

SOMMARIO: 1. Il divieto di indossare il velo in azienda e la giustificazione «oggettiva» della politica di neutralità adottata dal datore di lavoro. 2. L'approccio favorevole alla politica di neutralità «interna» nella pronuncia del Tribunale del lavoro di Liegi del [20 febbraio 2019](#). 3. La preferenza espressa per la politica di neutralità «esterna» dalla pronuncia d'appello del [30 aprile 2021](#)... 4. ... e la successiva riconsiderazione positiva della politica di neutralità in funzione della prevenzione dei conflitti tra i lavoratori nella pronuncia del [20 dicembre 2021](#). 5. La posizione di netta chiusura verso le politiche aziendali di neutralità «esclusiva» espressa dal Tribunale di Bruxelles. 6. Considerazioni conclusive.

1. *Il divieto di indossare il velo in azienda e la giustificazione «oggettiva» della politica di neutralità adottata dal datore di lavoro.*

A partire dal 2017, la Corte di giustizia dell'Unione europea è stata più volte chiamata a pronunciarsi sulla questione della legittimità delle regole aziendali che vietano ai lavoratori di indossare simboli religiosi durante l'espletamento delle mansioni professionali¹. Particolarmente attivi nel sollecitare l'intervento della Corte sono stati i giudici belgi e tedeschi, avvalendosi dell'istituto del rinvio pregiudiziale. Ne è scaturito un «dialogo» tra i giudici nazionali e i giudici europei molto fecondo di risultati, anzitutto in funzione della definizione di una serie di criteri sulle cui basi valutare le (talvolta assai controverse) politiche di «neutralità» ideologica adottate dalle imprese, con indubbi vantaggi almeno in termini di certezza del diritto.

Il cuore della questione giuridica, come si sa, sta nel conciliare in modo soddisfacente la libertà d'impresa², da un lato, con la libertà religiosa³ (e il connesso divieto di trattamenti discriminatori per motivi di fede), dall'altro. Affiorano, tuttavia, in superficie, nell'esame della complessa tematica, tutta una serie di implicazioni ancora di più vasta portata, legate al tipo di società europea che si desidera costruire, ai modelli di integrazione di chi è portatore di culture diverse da quelle radicate nel territorio ospitante che si vogliono adottare, allo stesso livello di omogeneizzazione degli assetti giuridici dei Paesi membri che ci si prefigge di conseguire a fronte dei diversi criteri di ponderazione tra libertà di impresa e libertà di religione previsti dalle legislazioni nazionali.

Ed emergono inevitabilmente pure le divisioni «politiche» tra alcuni Paesi membri dell'Unione nel tipo di risposta da dare a questo tipo di problemi. Basta leggere le *Conclusioni* presentate nelle prime due cause [Achbita](#) e [Bouagnaoui](#)⁴ per cogliere una profonda diversità nei due tipi di approccio che,



¹ Corte di giustizia UE, G.C., 14 marzo 2017, [C-157/15](#), *Samira Achbita, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. G4S Secure Solutions NV*; Id., 14 marzo 2017, [C-188/15](#), *Asma Bouagnaoui, Association de défense des droits de l'homme (ADDH) c. Micropole SA*; Id., 15 luglio 2021, cause riunite [C-804/18 e C-341/19](#), IX c. *WABE eV e MH Müller Handels GmbH c. MJ*; Id., sez. II, 13 ottobre 2022, [C-344/20](#), *L.F. c. S.C.R.L.*

² Art. 16 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

³ Art. 10 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

⁴ Conclusioni dell'avvocato generale Juliane Kokott del [31 maggio 2016](#), Causa C-157/15; Conclusioni dell'avvocato generale Eleanor Sharpston presentate il [13 luglio 2016](#), Causa C-188/15. Cfr. A. LICASTRO, *Il dubbio di una "velata" discriminazione: il diritto di indossare l'hijab sul luogo di lavoro privato nei pareri resi dall'Avvocato generale alla Corte*

rispettivamente, l'avvocato generale Kokott e Sharpston hanno dato alle questioni sollevate dal velo in azienda, riflesso, in sostanza, di quelle divisioni politiche, ed entrambi, almeno *prima facie*, ragionevolmente difendibili stando alle scarse previsioni che disciplinano la materia, dettate dalla direttiva 2000/78/CE, recante un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro.

Per tutte queste ragioni, si è guardato con grande interesse alle argomentazioni che i Giudici di Lussemburgo hanno sviluppato in questi anni, sotto la spinta incalzante delle domande pregiudiziali provenienti da alcuni giudici nazionali.

La maggior parte dei commentatori ha potuto cogliere in [WABE e Müller Handel](#) la spia di una significativa evoluzione nella giurisprudenza della Corte in direzione senz'altro più garantista verso le rivendicazioni del lavoratore, con un significativo ripensamento rispetto alla posizione espressa nel primo precedente, da molti ritenuta troppo sbilanciata nel riservare un peso eccessivo alle esigenze dell'impresa. A fronte dell'ormai definitivo consolidarsi dell'orientamento della Corte secondo cui la regola aziendale di neutralità assoluta (riferita cioè a segni evocativi di convinzioni religiose, filosofiche o politiche) non può integrare una discriminazione *diretta* della lavoratrice (purché non sia inscindibilmente collegata a determinate religioni, come nel caso in cui differenze tra simboli di piccole e grandi dimensioni), la pronunzia del 2021 sembra infatti discostarsi dai precedenti a proposito della giustificazione di una clausola di assoluta neutralità ideologica aziendale sospettata di introdurre una discriminazione *indiretta* tra i lavoratori per motivi religiosi.

In [Achbita](#) la Corte, pur ammettendo che possa profilarsi un *particolare svantaggio* ai danni della lavoratrice di religione islamica indotto dalla regola aziendale e causa di una possibile discriminazione *indiretta*, aveva tenuto a precisare che la volontà del datore di lavoro «di mostrare, nei rapporti con i clienti sia pubblici che privati, una *politica di neutralità*»⁵ sarebbe stata sufficiente a giustificare il trattamento differenziato, alle uniche condizioni che tale politica coinvolgesse tendenzialmente soltanto i dipendenti (che si suppone entrino) *in contatto con i clienti* e fosse realmente perseguita *in modo coerente e sistematico*⁶.

In questo modo era parso a molti che la Corte avesse voluto lasciare a una iniziativa del datore di lavoro motivata anche solo da ragioni *soggettive* e personali (riflesso delle preferenze dei clienti) l'adozione di una tale politica, con i soli limiti accennati⁷. Una politica, si può aggiungere, rivolta ad

di giustizia dell'Unione europea, in [Stato, Chiese e pluralismo confessionale](#), n. 29/2016, 1 ss.

⁵ Corte di giustizia UE, 14 marzo 2017, C-157/15, cit., [par. 37](#) (mio il corsivo).

⁶ Corte di giustizia UE, 14 marzo 2017, C-157/15, cit., [parr. 38 e 40](#).

⁷ Aveva evocato icasticamente il fenomeno «d'une sorte de sublimation freudienne» nel precedente della Corte, che «témoigne de peu d'empathie à l'égard des employeurs qui se retranchent ouvertement derrière la xeno- ou l'islamophobie de leurs clients», F. DORSEMONT, *La liberté de religion sur le lieu de travail et la Cour de Justice de l'Union Européenne: retour au principe Cuius Regio, Illius Religio?*, in *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, n. 2, 2017, 109.

Sempre nella dottrina belga, rinvio, anche per ulteriori indicazioni, a L. VANBELLINGEN, *La neutralité de l'entreprise face aux expressions religieuses du travailleur. Test de compatibilité en droit européen*, Larcier-Bruylant, Bruxelles, 2022.

Nella dottrina italiana, cfr. G. AMOROSO, *Libertà di culto e principio di "neutralità" nella prestazione di lavoro*, in *Foro it.*, 5/2017, IV, cc. 254 ss.; A. BERTI SUMAN, *La Corte UE ritiene non discriminatorio il divieto di indossare il velo islamico sul luogo di lavoro*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 10/2017, I, 1344 ss.; A. BORGHI, *Sulla libertà di manifestare le proprie opinioni religiose nel luogo di lavoro: brevi note in merito ai casi Achbita e Bougnaoui*, in [Stato, Chiese e pluralismo confessionale](#), n. 29/2016, 1 ss.; R. COSIO, *Le sentenze della Corte di giustizia sul velo islamico*, in *Il lav. nella giur.*, 5/2017, 450 ss.; N. COLAIANNI, *Il velo delle donne musulmane tra libertà di religione e libertà d'impresa. Prime osservazioni alla sentenza della Corte di giustizia sul divieto di indossare il velo sul luogo di lavoro*, in [Stato, Chiese e pluralismo confessionale](#), n. 11/2017, 1 ss.; P. DIGENNARO, *Il difficile equilibrio tra libertà religiosa e libertà di impresa*, in *Riv. giur. del lav. e della prev. soc.*, n. 3, 2017, II, 370 ss.; C. ELEFANTE, *Velo islamico e divieti di discriminazione religiosa in ambito occupazionale e lavorativo: l'interpretazione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *Dir. e religioni*, 2/2017, I, 273 ss.; A. GUAZZAROTTI, *Bandire il velo dal posto di lavoro o prendere sul serio la dimensione pubblica dell'identità religiosa?* in *Quad. cost.*, 2/2017, 420 ss.; V. NUZZO, *La Corte di Giustizia e il velo islamico*, in *Riv. it. dir. lav.*, n. 2, 2017, II, 436 ss.; G. PACELLA, *Velo islamico della lavoratrice e corporate image: Corte Europea e bilanciamento degli interessi*, in *Diritti Lavori Mercati*, n. 3, 2017, 645 ss.; T. PAGOTTO, E. ERVAS, *Achbita v. Eweida: libertà d'impresa e libertà religiosa a confronto*, in [federalismi.it](#), *Focus Human Rights* n. 2, 2017, 1 ss.; B. PROFUMO, *Libertà religiosa e di impresa: la CGUE*

assicurare ai dipendenti un «trattamento eguale»⁸, in quanto capace di *neutralizzare allo stesso modo* ogni possibile rilevanza dell'identità religiosa individuale.

Invece, a partire da [WABE e Müller Handel](#), la Corte preciserà che la scelta del datore di lavoro, per giustificare una differenza di trattamento indirettamente fondata sulla religione o sulle convinzioni personali, deve trovare un riscontro *oggettivo* in una *esigenza reale* dell'impresa⁹. Sarà la stessa Corte a porre l'accento sull'importanza di tale interpretazione, avendo, nella più recente pronuncia dell'ottobre 2022, chiarito che essa «è ispirata dall'intento di incoraggiare per principio la tolleranza e il rispetto, nonché l'accettazione di un maggior grado di diversità»¹⁰. Detto altrimenti, si cerca ora di dare maggiore spazio a un «trattamento da eguali»¹¹, suscettibile di *dare egualmente rilevanza* a una certa misura di identità religiosa individuale.

Quando si continua ancora a ribadire (sempre in [WABE e Müller Handel](#)) la legittimità dell'obiettivo del datore di lavoro di *presentarsi in modo neutrale* nei confronti dei clienti, anche per tenere conto delle *preferenze da costoro espresse*, si aggiunge che va dimostrata la presenza di *conseguenze sfavorevoli* derivanti dalla mancata attuazione di quella politica, tenuto conto della natura delle attività dell'impresa o del contesto in cui esse si inscrivono¹². Poiché, poi, il principale obiettivo addotto dalla società, parte convenuta in una delle controversie nell'ambito delle quali è stata sollevata la questione pregiudiziale, era quello di *prevenire conflitti tra i dipendenti* riconducibili alle diverse religioni e culture presenti al suo interno – conflitti che si sarebbero già verificati in passato in diverse occasioni¹³ – la Corte ha avuto

detta i criteri per il bilanciamento, in [DPCE online](#), 3/2017, 751 ss.; V. PROTOPAPA, *I casi "Achbita" e "Boungaoui". Il velo islamico tra divieto di discriminazione, libertà religiosa ed esigenze dell'impresa*, in *Argomenti dir. del lav.*, 4-5/2017, II, 1079 ss.; S. SCARPONI, *L'appartenenza confessionale delle donne lavoratrici davanti alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2018, n. spec., 221 ss.; D. SCHIUMA, *Tutela della libertà religiosa dei lavoratori e politiche aziendali di neutralità: il velo islamico nei luoghi di lavoro*, in [Giustizia Civile.com](#), 6/2017.

⁸ Cfr. A. RAUTI, "[A che punto è la notte?](#)" *L'approccio interculturale all'immigrazione fra capacità e accomodamenti*, in questa [Rivista](#), 2022/I, 269.

⁹ Corte di giustizia UE, 15 luglio 2021, cit., [par. 64](#).

Su questa pronuncia cfr., nella dottrina straniera, almeno, A. DJELASSI, R. MERTENS, S. WATTIER, *Principe de neutralité dans les entreprises privées: la Cour de justice étoffe sa jurisprudence relative à l'interdiction des signes religieux*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2022, 373 ss.; E. HOWARD, *Headscarves and the CJEU: Protecting fundamental rights and pandering to prejudice, the CJEU does both*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2022, n. 2, 245 ss.; D.A. ZUTHER, *The Headscarf Debate Returns to Luxembourg: A Second Chance for Religious Freedom?*, in [LSE Law Review](#), 2021, 86 ss.

Nella dottrina italiana, cfr. R. BENIGNI, *Tutela dell'identità religiosa e neutralità aziendale. Il garantismo della giurisprudenza nazionale (Francia, Belgio e Germania) e le nuove indicazioni della Corte UE*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, n. 3, 2021, 791 ss.; ID., *L'equilibrio tra libertà religiosa e d'impresa nel quadro dell'integrazione europea e le prospettive di una tutela uniforme delle convinzioni del lavoratore*, in [Osservatorio costituzionale](#), n. 1/2022, 211 ss.; R. COSIO, *Il velo islamico. La gerarchia tra libertà religiosa e altri diritti fondamentali*, in *Mass. giur. del lav.*, 3/2021, 742 ss.; G. MIANO, *Il simbolismo religioso sul luogo di lavoro: l'omologazione a discapito della libertà religiosa*, in *Il Lavoro nella giurisprudenza*, 2/2022, 145 ss.; E. PAGANO, *La tutela della libertà religiosa nell'Unione europea nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Dir. comun. e degli scambi internaz.*, n. 1/2, 2021, 135 ss.; V. PINTO, *Corte di giustizia e velo islamico. Il punto su discriminazione e politiche aziendali di neutralità religiosa*, in *Riv. it. dir. lav.*, n. 4, 2021, 801 ss.

¹⁰ Corte di giustizia UE, 13 ottobre 2022, cit., *L.F.*, [par. 41](#). Per considerazioni più approfondite riguardo a quest'ultima pronuncia, sia consentito il rinvio ad A. LICASTRO, *Ancora in tema di porto del velo islamico e discriminazione della lavoratrice nelle aziende private*, in corso di pubblicazione su [Stato, Chiese e pluralismo confessionale](#).

¹¹ Cfr. A. RAUTI, *op. e loc. cit.*, secondo cui questo approccio è volto a «consentire ai componenti di ciascuna formazione culturale di mantenere ed esprimere, *al pari degli altri*, la propria identità culturale» (corsivo presente nell'originale).

¹² Corte di giustizia UE, 15 luglio 2021, cit., [par. 65-67](#).

¹³ Come opportunamente sottolineato dall'avvocato generale SHARPSTON, *Shadow Opinion of Former Advocate General Sharpston: Headscarves at Work (Cases C-804/18 and C-341/19)*, in [EU Law Analysis](#), 23 marzo 2021, n. 28, i conflitti in questione «have apparently occurred in three cases in the past. However, they did not relate to the wearing of a headscarf or any other religious sign». Risulterebbe quindi impreciso l'asserto dell'avvocato generale "ufficiale" Athanasios Rantos (*Conclusioni* dell'avvocato generale Athanasios Rantos presentate il [25 febbraio 2021](#), Cause riunite C-804/18 e C-341/19, n. 34), il quale, nel ricostruire la vicenda, afferma che vi sarebbero già stati in passato casi «derivanti da differenze di religione e di cultura».

modo di precisare che anche in questo caso si è di fronte a una esigenza reale dell'imprenditore¹⁴, rispetto alla quale potrà risultare adeguata solo una misura che limiti l'esibizione dei segni non solo quando i lavoratori sono a contatto con i clienti ma anche *tra di loro*¹⁵.

Si archivia così definitivamente l'idea di una validità generalizzata della distinzione fra funzioni *front office* e *back office*, che era servita a tracciare il limite estremo oltre il quale viene completamente meno la necessità stessa della clausola in presenza di un obiettivo di tutela dell'immagine aziendale; ma, soprattutto, si riconosce piena legittimazione a una finalità rispetto alla quale non sembra operare alcun limite di carattere sostanziale o oggettivo, riflesso del bilanciamento tra libertà di impresa e libertà di religione della lavoratrice¹⁶.

Nel presente contributo proverò a riflettere sulla reale fondatezza e sui possibili rischi di un esito interpretativo di questo tipo, provando a capire se, una volta ristretti gli spazi rimessi alle valutazioni meramente soggettive per l'attuazione di una politica di neutralità motivata da ragioni di immagine dell'impresa, si sia effettivamente aperto uno spazio sconfinato per politiche di neutralità aziendale dalla portata ancora più estesa e dalle motivazioni praticamente insindacabili, destinate a prendere il posto delle prime, nonostante i limiti significativi da quelle manifestati (e indirettamente riconosciuti a Lussemburgo) sul fronte delle garanzie a tutela della posizione del singolo lavoratore, della sua identità e della sua libertà.

Nel fare questo, ricostruirò gli orientamenti contrapposti in materia di neutralità «interna» all'azienda emersi nella più recente giurisprudenza belga, che è quella che maggiormente si è finora misurata con questo tipo di tematiche. Al termine, utilizzerò le indicazioni ricavate da questo tipo di indagini per trarre alcune conclusioni valide, a mio parere, per la soluzione dei problemi accennati.

2. *L'approccio favorevole alla politica di neutralità «interna» nella pronuncia del Tribunale del lavoro di Liegi del [20 febbraio 2019](#)*

Una donna viene assunta da una società cooperativa come farmacista incaricata fra l'altro, a seconda delle esigenze, della sostituzione dei titolari dei diversi punti vendita gestiti dalla medesima (*pharmacienne de remplacement itinérante*). In vista del suo rientro in servizio al termine di un lungo periodo di aspettativa, comunica al datore di lavoro che, a seguito della maturazione di un particolare percorso spirituale, aveva deciso di indossare il velo, senza il quale non avrebbe ripreso il lavoro.

La società, dal canto suo, rivendica il proprio diritto di pretendere che i propri dipendenti, nell'esercizio dei loro compiti, mantengano un estremo riserbo al livello filosofico, religioso e persino politico, sollecitando il rispetto di una puntuale direttiva da tempo rivolta a tutti i collaboratori, secondo cui non era auspicabile che il personale mostrasse «de manière volontairement ostentatoire» le proprie convinzioni politiche, religiose o filosofiche nell'ambito dell'azienda, mediante distintivi, colori politici visibili, croci, foulard, ecc. Il rispetto di questa regola garantirebbe all'impresa che nessuno, si tratti di qualcuno dei dipendenti o dei clienti, venga a provare «un sentiment de rejet» determinato da tali manifestazioni ostentatorie.

I regolamenti interni aziendali verranno a questo punto integrati, inserendo espressamente il divieto di esibire segni visibili delle proprie convinzioni politiche, filosofiche e religiose sul posto di lavoro e di indossare copricapi non previsti o autorizzati dal datore di lavoro.

Intanto, il Centro interfederale per le pari opportunità, che affianca la donna nella sua battaglia legale, propone che venga riconosciuta ai dipendenti la possibilità di indossare un copricapo privo di specifica connotazione religiosa, creato dall'azienda e recante i colori e il marchio della medesima. Tuttavia, gli

¹⁴ Corte di giustizia UE, 15 luglio 2021, cit., [par. 75-76](#). Il giudizio di rinvio si era svolto davanti alla Corte federale del lavoro tedesca (*Bundesarbeitsgericht*), conclusosi con decisione del 30 gennaio 2019.

¹⁵ Corte di giustizia UE, 15 luglio 2021, cit., [par. 77](#).

¹⁶ Cfr. R. BENIGNI, *Tutela dell'identità religiosa*, cit., 799, secondo cui la Corte «legittima [...] la clausola di neutralità aziendale per motivi di ordine interno senza fissare limiti», avvertendo però altrove (*L'equilibrio tra libertà religiosa e d'impresa*, cit., 229) che la Corte «non approfondisce [...] i caratteri [della] necessità di prevenire conflitti sociali interni».

organi decisionali della società e le rappresentanze sindacali al suo interno, nel prendere posizione sulla questione, confermeranno la validità della regola interna aziendale.

Nella lettera con cui viene comunicata la decisione, il divieto trova diverse giustificazioni.

Intanto, ci si rifà alla particolare *immagine dell'impresa*, che vuole essere «ouverte, disponible, réservée et de parfaite neutralité»; l'immagine dell'impresa riflette poi una sua particolare *identità* da conservare, in quanto società cooperativa a prevalente mutualità neutrale¹⁷; c'è poi l'esigenza di evitare che determinate pratiche religiose causino *tensioni o addirittura incidenti* all'interno dell'azienda, a danno dei clienti o dei colleghi; ancora è presente un riferimento alla *natura delle attività* svolte dall'azienda, di cui si mette in risalto la caratteristica per la quale talvolta esse entrano in relazione con la sfera più personale e intima dell'individuo; non manca neppure un neanche troppo celato richiamo alle *preferenze dei clienti*, laddove si menzionano, ad esempio, gli «imperativi professionali e commerciali che garantiscono la sopravvivenza a lungo termine dell'azienda».

Il Tribunale del lavoro di Liegi¹⁸, cui la donna chiede che venga accertata l'illegittimità del licenziamento conseguente al suo rifiuto di non indossare il velo e l'esistenza di una discriminazione religiosa a suo danno, si allineerà all'unico precedente che all'epoca la Corte di giustizia aveva emanato a proposito di una analoga regola aziendale¹⁹, negando la ricorrenza di una discriminazione diretta e accertando la giustificazione della distinzione indiretta operata dall'imprenditore, ritenuta legittima e proporzionata²⁰. Tuttavia, il medesimo tribunale si discosterà dai contenuti specifici del precedente europeo almeno per tre distinti profili.

Anzitutto, sotto il profilo della «legittimità» della finalità perseguita dalla misura aziendale, considererà dotata di tale requisito una politica di neutralità ideologica avente *carattere interno*, in quanto destinata a interessare direttamente i reciproci rapporti tra i dipendenti dell'azienda, mentre la Corte di giustizia si era piuttosto occupata in modo specifico (dichiarandola rispondente a una finalità legittima) della scelta dell'imprenditore di mostrare una politica di neutralità ideologica «nei rapporti con i clienti sia pubblici che privati»²¹, e dunque avente *carattere esterno*.

Concentrarsi sulla neutralità interna, a prescindere dai rapporti con il pubblico, significa concepire la misura non tanto in funzione della salvaguardia di una particolare immagine aziendale, quanto in funzione dell'obiettivo di assicurare la pace sociale tra i lavoratori, di creare un ambiente di lavoro sereno, in cui siano tutelati l'uguaglianza e il pluralismo fra i lavoratori²². L'indicazione della Corte di giustizia non poteva non essere stata condizionata dalla specifica domanda pregiudiziale a essa sottoposta e non comportava, quindi, sicuramente una chiusura rispetto ad altre possibili circostanze atte a giustificare il trattamento indirettamente differenziato; al tempo stesso, bisogna riconoscere che risultava rischioso deviare dallo schema delineato dai Giudici di Lussemburgo per inoltrarsi su territori fino a quel momento del tutto inesplorati dalla giurisprudenza europea.

In secondo luogo, stavolta sotto il profilo dell'«adeguatezza» della misura in rapporto alla finalità perseguita, il Tribunale reputerà dotata di tale requisito solo una misura applicabile in maniera indiscriminata a tutti i dipendenti, ossia anche ai lavoratori così detti *back office*, mentre la Corte di giustizia aveva circoscritto l'estensione della regola ai soli lavoratori così detti *front office*.

Così facendo essa non si era però limitata ad accertare il carattere «necessario» (circostanza su cui il Tribunale pone una certa enfasi) e «adeguato» della medesima, ma sembrava anche avere individuato

¹⁷ Si ricava l'esistenza di questo obiettivo da Cour du Travail de Liège, division Liège, 30 aprile 2021, [par. 70](#).

¹⁸ Tribunal du Travail de Liège, division Verviers (1^{ère} chambre) [20 febbraio 2019](#).

¹⁹ Corte di giustizia UE, 14 marzo 2017, [C-157/15](#), cit.

²⁰ Ricordo che, ai sensi della [direttiva 2000/78](#), non sussiste discriminazione indiretta allorché la disposizione, il criterio o la prassi apparentemente neutri che possono mettere in una posizione di particolare svantaggio le persone che professano una determinata religione o ideologia di altra natura rispetto ad altre persone «siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari» (art. 2, par. 2, lett. b, lett. i).

²¹ Corte di giustizia UE, 14 marzo 2017, [C-157/15](#), cit., [par. 37](#).

²² Trib. du Travail de Liège, 20 febbraio 2019, cit.: «l'objectif poursuivi par l'employeur est le respect strict des droits de ses travailleurs à être traités de façon égale, qu'ils aient ou non des convictions religieuses, politiques ou autres, sans que celles-ci puissent heurter, par le port de signes de celles-ci [...], de façon visible, ostentatoire et permanente, les convictions également respectables des autres».

un solido argomento a sostegno della stessa «legittimità» della restrizione della libertà di religione dei lavoratori²³. In altri termini, potrebbe non bastare, dalla prospettiva esplicitamente delineata dal primo precedente della Corte di giustizia, limitarsi, sul fronte della tutela della posizione della lavoratrice, a una valutazione di semplice «adeguatezza» di una misura così concepita (in rapporto all'obiettivo perseguito dalla direzione aziendale), fermo restando che appare chiaramente incompatibile con quest'ultimo ogni distinta considerazione dei lavoratori a seconda che essi entrino o no in contatto coi clienti.

In terzo luogo, il tribunale non ravviserà in capo all'imprenditore alcun obbligo di tentare un «accomodamento ragionevole», che invece la Corte di giustizia aveva previsto in connessione con l'accertamento del requisito della «necessità» del mezzo impiegato dall'azienda per il perseguimento di una finalità legittima²⁴. Del resto, anche a prescindere dall'esistenza o no di un tale obbligo, una volta ammessa la legittimità del tipo di obiettivo perseguito dall'imprenditore, esso non potrà non ripercuotersi immediatamente sulla praticabilità stessa delle soluzioni di compromesso che erano state proposte nell'interesse della donna: se l'obiettivo dell'imprenditore è neutralizzare per tutti i propri dipendenti l'espressione sul posto di lavoro delle loro convinzioni personali, non può certo essere un diverso colore del copricapo a cancellare qualsiasi capacità evocativa simbolica del medesimo; né apparirebbe giustificato un obbligo generalizzato di fare uso di un tale copricapo, in assenza di particolari ragioni di carattere igienico o di sicurezza.

3. La preferenza espressa per la politica di neutralità «esterna» dalla pronuncia d'appello del [30 aprile 2021](#)...

La sentenza del Tribunale del lavoro di Liegi viene impugnata sia dalla donna e sia dal Centro per le pari opportunità. Sebbene il pubblico ministero si esprimerà questa volta a favore dell'esistenza di una discriminazione indiretta ai danni della lavoratrice, la Corte d'appello confermerà la pronuncia di primo grado, con una motivazione tuttavia molto diversa rispetto a quella del tribunale. Ora i giudici sembrano compiere ogni sforzo per rimanere all'interno dei binari tracciati dal precedente del 2017 della Corte di giustizia, anticipando anche qualche elemento che caratterizzerà il successivo intervento dei Giudici di Lussemburgo del 2021.

Per cominciare, tra le diverse possibili giustificazioni della misura adottata dall'azienda, si ribadisce che c'era la volontà da parte della società di attuare una politica di neutralità *nei confronti della propria clientela* e che questo obiettivo, conformemente alle indicazioni provenienti dalla Corte di giustizia, corrisponde a una «finalità legittima»²⁵. Per avvalorare questa conclusione, la Corte compie una indagine sulla natura del servizio offerto dall'azienda e sulle mansioni svolte dai lavoratori che ricorda molto la verifica della ricorrenza di una esigenza reale del datore di lavoro di adottare la politica di neutralità di cui parlerà per la prima volta la Corte di giustizia in *WABE e Müller Handel*²⁶.

Si precisa infatti che, operando nel settore sanitario, i farmacisti sono i professionisti della salute di più facile reperibilità e impegnati quindi in prima linea su questo fronte, fornendo agli interessati i primi consigli sul trattamento di particolari problemi e indirizzandoli, per le questioni più complesse, ad esempio, a un medico di base o a un centro di pianificazione familiare. Pertanto, un paziente con un problema afferente alla sfera personale intima, collegato all'orientamento sessuale, alla contraccezione, all'aborto, al sostegno alla fine della vita, all'eutanasia, ecc., può non sentirsi sicuro di discutere di questioni che sa o pensa siano in conflitto con determinati valori apertamente fatti propri dal personale

²³ Corte di giustizia UE, 14 marzo 2017, C-157/15, cit., [par. 38-42](#).

²⁴ Corte di giustizia UE, 14 marzo 2017, C-157/15, cit., [par. 43](#). Non manca neppure chi in dottrina reputa che l'indicazione della Corte non configuri affatto un accomodamento ragionevole, presupponendo la mancanza di qualsiasi onere aggiuntivo per il datore di lavoro e quindi qualcosa di meno di un onere ragionevole: F. KÉFER, *L'expression des convictions religieuses dans les relations de travail*, in *Revue de droit social*, n. 3/2017, 577.

²⁵ Cour du Travail de Liège, 30 aprile 2021, cit., [par. 67](#).

²⁶ Corte di giustizia UE, 15 luglio 2021, cit., [parr. 64-67](#).

della farmacia²⁷. Di qui la giustificazione del divieto e l'assenza di discriminazione.

Questo tipo di considerazioni si presta, nel merito, a critiche più o meno radicali.

È tutto da dimostrare che la neutralità «d'apparenza» del personale sanitario in genere offra una risposta adeguata ai problemi segnalati. Il farmacista – come il medico – potrà lasciare al guardaroba (per riprendere una espressione usata dall'avvocato generale Kokott nelle *Conclusioni* presentate in relazione alla causa *Achbita*)²⁸ il foulard, ma non le proprie convinzioni religiose o filosofiche. Di là delle apparenze, in gioco c'è la (effettiva, reale) correttezza del lavoratore e il rispetto delle norme deontologiche della professione. Senza contare che, da un certo punto di vista, potrebbe risultare maggiormente garantito l'utente che conosce già in partenza il particolare orientamento ideologico del proprio interlocutore su determinati temi sensibili. Non va poi trascurato che, nel caso del farmacista, si verte pur sempre nell'ambito di una prestazione resa da un soggetto privato non investito di una funzione di servizio pubblico in senso stretto, con conseguente difficoltà a estendere automaticamente una regola (quella della neutralità d'apparenza) che trova la sua espressione più emblematica nel rapporto caratterizzato piuttosto dall'esercizio di un potere autoritativo da parte del funzionario pubblico.

Da approvare totalmente è invece l'indicazione di metodo offerta dalla Corte, che mira a giustificare l'adozione della politica di neutralità ideologica adottata dalla società sul piano oggettivo della sua coerenza con la natura dell'attività svolta in azienda. Va però considerato che, nella stessa direzione di una limitazione del potere soggettivo di scelta dell'imprenditore, era rivolta una delle questioni pregiudiziali che la donna aveva chiesto alla Corte di sottoporre ai Giudici di Lussemburgo e che invece la sentenza dichiarerà come del tutto irrilevante in presenza dell'obiettivo legittimo dell'imprenditore dell'adozione di una politica di neutralità nei confronti dei clienti²⁹. Risulterà anche assorbita ogni ulteriore valutazione circa la legittimità delle possibili giustificazioni addotte dall'azienda, tra cui quella legata alla politica di neutralità «interna».

C'è poi il profilo riguardante l'applicabilità della misura a tutto il personale e non al solo personale a contatto coi clienti. Su questo punto la Corte, dato il tenore specifico della domanda posta dalla lavoratrice, evita in sostanza di rispondere, limitandosi a prospettare il dubbio della illegittimità della regola aziendale da dichiarare eventualmente in separata sede, affrontando il tema specifico della validità di quella clausola. Non c'è dubbio che le mansioni della donna sono *front office*, sicché, riguardato dal punto di vista della posizione processuale dalla medesima ricoperta, il divieto risulta senz'altro coerente con la finalità di conservazione della immagine dell'azienda.

Da ultimo, anche per quanto riguarda l'«accomodamento ragionevole», la pronunzia sembra allinearsi alle indicazioni del precedente dei giudici europei, sebbene non conduca all'accoglimento delle ragioni fatte valere dalla dipendente. La valutazione concreta della posizione rivestita dalla lavoratrice dimostra che solo attraverso un «effort d'organisation supplémentaire important» si sarebbe potuto superare il problema.

Infatti, a parte il fatto che le posizioni disponibili ricoperte dal personale non a contatto coi clienti risultavano di livello inferiore rispetto a quella ricoperta dalla donna, il suo tipico ruolo di farmacista supplente richiedeva la disponibilità a svolgere tutti i compiti assegnati a un farmacista, proprio per poterlo sostituire all'occorrenza. Lo stesso servizio di farmacia online avrebbe richiesto, osservano ancora i giudici, un impegno orario superiore di quello assicurato dalla donna, con conseguente «sforzo organizzativo supplementare» piuttosto rilevante. Né è apparsa ai giudici adeguata la soluzione di compromesso proposta dal Contro per le pari opportunità dell'uso di un copricapo di colore e foggia diverse, scelti dall'azienda.

²⁷ Cour du Travail de Liège, 30 aprile 2021, cit., [par. 68](#). Per un analogo ordine di considerazioni, riferite all'esercizio della professione di infermiere, cfr. Cour du Travail de Bruxelles, [7 maggio 2020](#), pag. 11.

²⁸ Conclusioni dell'avvocato generale Juliane Kokott del 31 maggio 2016, cit., [par. 116](#).

²⁹ Cour du Travail de Liège, 30 aprile 2021, cit., [par. 86](#).

4. ... e la successiva riconsiderazione positiva della politica di neutralità in funzione della prevenzione dei conflitti tra i lavoratori nella pronuncia del [20 dicembre 2021](#)

La stessa Corte d'appello di Liegi (in diversa composizione)³⁰, intervenendo sulla medesima vicenda³¹, ha avuto modo di ritornare sulla questione della legittimità del divieto aziendale, questa volta sotto l'esclusivo profilo dell'applicabilità a tutto il personale e quindi anche al personale non a contatto con i clienti.

È da considerare che i giudici si pronunciano questa volta dopo che la Corte di giustizia, in [WABE e Müller Handel](#), nel definire i contorni della «esigenza reale» dell'azienda che possa giustificare l'adozione della politica di neutralità, per la prima volta enuncia l'obiettivo di *prevenire conflitti sociali* nel luogo di lavoro³². Da questa indicazione dei giudici europei, la Corte di Liegi desume il principio che il mantenimento della pace sociale tra i dipendenti – a condizione che il datore di lavoro dimostri che questo obiettivo risponde a un'esigenza reale dell'azienda – possa giustificare una politica di rigorosa neutralità al suo interno. E, in vista dell'applicazione del principio alla vicenda sottoposta al suo esame, non manca di richiamare il carattere vincolante dell'interpretazione data dalla Corte di giustizia delle norme eurounitarie, salvo che si sollevi una nuova questione pregiudiziale.

Non è dunque un caso che, dopo la riapertura del procedimento, la società insista nel tentare di giustificare la sua politica di neutralità con «la volontà di creare un'ambiente di lavoro neutrale, indipendente da qualsiasi considerazione politica, filosofica o religiosa, che permetta di mantenere la coesione sociale tra il personale»³³. La scelta è praticamente obbligata, in quanto solo in questo modo il divieto può considerarsi una misura appropriata anche in relazione ai lavoratori *back office*.

Il punto è che, sebbene, come sottolinea la Corte, questo tipo di obiettivo (mantenimento della pace e della coesione sociale) fosse effettivamente presente nelle regole aziendali interne ben prima che sorgesse la controversia, tuttavia non se ne era valutata specificamente e accertata la legittimità e la coerenza nel giudizio di appello promosso dalla lavoratrice, in cui ci si era orientati nel senso di ritenere legittima e proporzionata la politica di neutralità rivolta alla clientela. E l'accertamento ora compiuto dalla Corte d'appello su questo specifico profilo, che riveste un rilievo indiscutibilmente centrale nell'intera vicenda, sembra limitarsi a registrare la «presa di posizione ferma e collettiva» degli organi direttivi e sindacali interni all'azienda, con cui si riconosce il ruolo svolto dalla politica di neutralità nel garantire l'equità e l'eguaglianza tra tutti i lavoratori, con l'unico «aggancio» di carattere oggettivo e sostanziale al fatto che l'azienda opera nel settore della sanità pubblica³⁴.

È, tuttavia, evidente che un tale riferimento al tipo di servizio offerto dall'azienda, quand'anche valesse a richiamare per implicito tutte le argomentazioni che erano state svolte nel precedente giudizio a sostegno dell'adozione della politica di neutralità di carattere *esterno*, non può automaticamente servire a giustificare una misura ispirata da una logica e da un obiettivo essenzialmente differenti.

Non ha senso, ad esempio, basare una politica di neutralità *tra i dipendenti* richiamandosi alla facile reperibilità del farmacista, o al disagio, avvertito da un paziente, nel confrontarsi col professionista su un problema afferente alla sua sfera personale intima, stante l'«ostentata» manifestazione delle convinzioni personali da parte del personale della farmacia. Semmai sarà la trattazione di «temi eticamente sensibili», più frequente in occasione dello svolgimento dell'attività sanitaria in genere, a essere dotata dell'attitudine di innescare potenziali conflitti tra i dipendenti, ma tutto ciò è collegato inscindibilmente alle convinzioni personali che ciascuno *ha* (o *non ha*), non alla muta manifestazione esteriore delle medesime attraverso un particolare capo di abbigliamento a connotazione religiosa.

³⁰ Cour du Travail de Liège, division Liège, Chambre 2-E, [20 dicembre 2021](#).

³¹ La Corte d'appello aveva ordinato la riapertura del procedimento per consentire alle parti la discussione sul punto riguardante la validità della regola aziendale che vieta di indossare qualsiasi segno o copricapo religioso, non affrontata nel precedente grado del giudizio, sebbene sollevata dal Centro per le pari opportunità con la richiesta al Tribunale di dichiararne la nullità per contrasto con le norme antidiscriminatorie.

³² Corte di giustizia UE, 15 luglio 2021, cit., [parr. 75-76](#).

³³ Cour du Travail de Liège, division Liège, Chambre 2-E, 20 dicembre 2021, [par. 34](#).

³⁴ Cour du Travail de Liège, division Liège, Chambre 2-E, 20 dicembre 2021, [par. 34.1](#).

Sembra quindi doversi registrare una certa carenza della pronunzia sotto il profilo della verifica della ricorrenza dell'esigenza reale del datore di lavoro dell'adozione della politica di neutralità interna.

4. La posizione di netta chiusura verso le politiche aziendali di neutralità «esclusiva» espressa dal Tribunale di Bruxelles

Su tutt'altra linea, rispetto all'indirizzo giurisprudenziale appena considerato, si muove una pronunzia del Tribunale di Bruxelles³⁵, riguardante, peraltro, una impresa del settore pubblico, ossia la società che svolge il servizio di trasporto pubblico nella Regione della capitale belga³⁶.

Il rifiuto manifestato da una donna mussulmana di togliere il foulard islamico nel luogo di lavoro sarebbe stato alla base del rigetto di due domande di assunzione nell'ambito di altrettante procedure di reclutamento di personale bandite dalla società. Contro l'accusa mossa dalla parte attrice di operare una discriminazione a suo danno, la società proverà a fare valere le ragioni che giustificerebbero il divieto di indossare qualsiasi segno di convinzione religiosa, politica e filosofica previsto per tutto il personale nel regolamento aziendale. Tra gli obiettivi perseguiti nel contesto della politica di neutralità della società figura anche quello volto a «garantire la pace sociale».

Tale obiettivo, secondo il tribunale, non è privo di un fondamento di legittimità.

A tal proposito, il giudice si richiama alla normativa generale belga che impone all'imprenditore di adottare le misure necessarie per promuovere il benessere dei lavoratori durante l'esecuzione della loro prestazione³⁷. Reputa, tuttavia, che l'attuazione concreta di questo obiettivo, attraverso l'imposizione di un divieto generale e indiscriminato di indossare i simboli religiosi, sia realizzata con strumenti non proporzionati, tali da determinare una discriminazione diretta ai danni della donna.

Essendo la fattispecie ricondotta alla forma più grave di discriminazione, solo l'accertamento di un requisito professionale essenziale e determinante per lo svolgimento della prestazione lavorativa, ossia un elemento da ricostruire in termini puramente *oggettivi* alla luce delle stesse indicazioni offerte dalla Corte di giustizia in *Boungaoui*³⁸, avrebbe potuto consentire una deroga alla regola del trattamento paritario dei lavoratori senza distinzione di religione³⁹.

Come osservato nella dottrina belga, la pronunzia, confrontata con i precedenti riguardanti il settore privato, parrebbe condurre a un esito per certi versi paradossale, avendo riservato a una azienda pubblica un trattamento molto più rigoroso sul fronte dell'ammissibilità della politica di neutralità così detta «d'apparenza», che pure figurava tra gli obiettivi perseguiti dall'azienda: è appena il caso di ricordare che il terreno originario e naturale di applicazione del «principio di neutralità» è proprio quello riguardante la sfera statale o dell'apparato pubblico in genere, mentre la «privatizzazione» del principio, persino in Francia, allude a un fenomeno più recente e molto più discusso⁴⁰.

³⁵ Tribunal du Travail de Bruxelles, [3 maggio 2021](#).

³⁶ STIB - Société des Transports Intercommunaux de Bruxelles.

³⁷ Si tratta della legge [4 agosto 1996](#): *Loi relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail*.

³⁸ Corte di giustizia UE, G.C. 14 marzo 2017, C-188/15, cit., [par. 40](#): «la nozione di “requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa”, a norma di tale disposizione, rinvia a un requisito oggettivamente dettato dalla natura o dal contesto in cui l'attività lavorativa in questione viene espletata. Essa, per contro, non può includere considerazioni soggettive, quali la volontà del datore di lavoro di tener conto dei desideri particolari del cliente».

³⁹ Si veda l'art. 4, par. 1, della [direttiva 2000/78](#), secondo cui «[f]atto salvo l'articolo 2, paragrafi 1 e 2, gli Stati membri possono stabilire che una differenza di trattamento basata su una caratteristica correlata a una qualunque dei motivi di cui all'articolo 1 non costituisca discriminazione laddove, per la natura di un'attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata, tale caratteristica costituisca un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa, purché la finalità sia legittima e il requisito proporzionato».

⁴⁰ L. VANBELLINGEN, *Laïcité «à la belge»: vers une neutralité intrinsèquement plurielle?*, in *Revue du droit des religions*, 14 novembre 2022, 69 s. Sottolinea L.-L. CHRISTIANS, *Préface (La neutralité de l'entreprise face aux expressions religieuses du travailleur)*, in L. VANBELLINGEN, *LA NEUTRALITE DE L'ENTREPRISE FACE AUX EXPRESSIONS RELIGIEUSES DU TRAVAILLEUR. TEST DE COMPATIBILITE EN DROIT EUROPEEN*, Larcier-Bruylant, Bruxelles, 2022, 10, che «une telle transposition de concepts publics vers des acteurs privés ne peut que déstabiliser plus encore des notions elles-mêmes incertaines».

Ci si muove su un terreno molto scivoloso, in quanto l'accezione in cui va accolto l'attributo della «neutralità», per gli organismi che operano nell'ambito dell'apparato pubblico, risente moltissimo delle tradizioni e identità costituzionali dei vari Paesi europei. La pronunzia in esame, «certificando», per così dire, l'esistenza di una certa distanza tra la neutralità dei servizi pubblici intesa «alla francese»⁴¹ e l'idea di neutralità dei medesimi servizi adottata in Belgio, riafferma la piena operatività, in questi ultimi, della «neutralità dell'azione» del funzionario pubblico, ma non una altrettanto piena e incondizionata operatività della «neutralità dell'aspetto» o «dell'apparenza».

Qualche altra pronunzia si limiterà piuttosto a prendere atto della mancanza di chiarezza delle norme in vigore, segnalando che «la débat relatif au degré de neutralité de l'État belge, et de ses autorités et services publics, devrait être précisé per le législateur fédéral», trattandosi di una questione «très politique, et de “vivre ensemble”, très sensible»⁴². In questo caso, il giudice autorizzerà, in via provvisoria, e in uno «esprit de liberté, de tolérance et d'émancipation», una donna – consulente giuridico e capo ufficio appalti e contenzioso in materia urbanistica di un comune, che, dopo un percorso di maturazione spirituale, decide di indossare il velo, nonostante il divieto esplicitato per l'occasione nei regolamenti interni – a portare il capo di abbigliamento durante lo svolgimento delle mansioni *back office*. Sottoporrà però alla Corte costituzionale e alla Corte di giustizia la questione di fondo della legittimità, nel settore pubblico, di una misura che vieti di indossare in maniera assoluta i segni religiosi, politici e filosofici a tutti i dipendenti, senza distinzione alcuna⁴³.

La posizione espressa dal Tribunale di Bruxelles nei confronti della politica di neutralità «interna» adottata dalla società è molto severa, a tratti quasi sprezzante: «l'objectif de paix social paraît se poser comme la face visible et présentable d'un préjugé invouable. Il n'est sommes toutes qu'un artifice»⁴⁴.

Il tribunale va, anzitutto, alla ricerca del «fondamento oggettivo» dell'idea secondo cui l'indossare simboli religiosi minaccerebbe la pace sociale all'interno di un'azienda. Nel fare questo, non compie però una vera e propria verifica di carattere oggettivo del tipo di quella postulata dalla eventuale ricorrenza di un requisito occupazionale⁴⁵. È quanto emerge anche dal passaggio della motivazione dove

⁴¹ In Francia, da ultimo, la legge n. 2021-1109 del 24 agosto 2021 «confortant le respect des principes de la République» ha previsto all'art. 1-I che «[l]orsque la loi ou le règlement confie directement l'exécution d'un service public à un organisme de droit public ou de droit privé, celui-ci est tenu d'assurer l'égalité des usagers devant le service public et de veiller au respect des principes de laïcité et de neutralité du service public. Il prend les mesures nécessaires à cet effet et, en particulier, il veille à ce que ses salariés ou les personnes sur lesquelles il exerce une autorité hiérarchique ou un pouvoir de direction, lorsqu'ils participent à l'exécution du service public, s'abstiennent notamment de manifester leurs opinions politiques ou religieuses, traitent de façon égale toutes les personnes et respectent leur liberté de conscience et leur dignité». Già l'art. 25, terzo comma, della legge n. 83-634 del 13 luglio 1983 «portant droits et obligations des fonctionnaires», modificato dall'art. 1 della legge n. 2016-483 del 20 aprile 2016, «relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires», aveva previsto che «[l]e fonctionnaire exerce ses fonctions dans le respect du principe de laïcité. A ce titre, il s'abstient notamment de manifester, dans l'exercice de ses fonctions, ses opinions religieuses».

Il Consiglio di Stato belga ha affermato che «la Constitution belge n'a pas érigé l'État belge en un État laïque. Les notions de laïcité, conception philosophique parmi d'autres, et de neutralité sont distinctes» ([arrêt n. 210.000 del 21 dicembre 2010](#), par. 6.7.2).

La dottrina individua negli artt. 10, 11 e 24 della Costituzione belga le basi giuridiche del principio di neutralità. L'art. 24 si applica, tuttavia, al solo settore dell'insegnamento; gli altri due articoli non valgono a sciogliere i dubbi sulla effettiva portata di questo principio con riguardo all'organizzazione dei servizi pubblici in genere.

⁴² Tribunal du Travail de Liège, ord. 24 febbraio 2022, [16](#).

⁴³ La questione pregiudiziale riguardante il fattore di rischio legato alle convinzioni religiose sottoposta alla Corte di giustizia è così formulata: «L'article 2, paragraphe e, sous a) et sous b), de la directive 2000/78/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail peut-il être interprété comme autorisant une administration publique à organiser un environnement administratif totalement neutre et portant à interdire le port de signes convictionnels à l'ensemble des membres du personnel, qu'ils soient ou non en contact direct avec le public?» (pag. 36). La Corte costituzionale belga ([arrêt n. 95/2022 del 7 luglio 2022, n. 7765](#)) si dichiarerà sostanzialmente incompetente a rispondere alle questioni sollevate.

⁴⁴ Tribunal du Travail de Bruxelles, 3 maggio 2021, cit., [par. 75](#).

⁴⁵ Cfr. l'art. 4.1 della direttiva 2000/78/CE: «Fatto salvo l'articolo 2, paragrafi 1 e 2, gli Stati membri possono stabilire che una differenza di trattamento basata su una caratteristica correlata a una qualunque dei motivi di cui all'articolo 1 non costituisca discriminazione laddove, per la natura di un'attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata, tale

si prende la distanza dall'idea di una *astratta* capacità di turbare la pace sociale dei simboli religiosi, a favore di quella che richiede invece una verifica *in concreto* della ricorrenza di un tale rischio, fermo restando che nessuno ha il diritto di non essere esposto a segni di appartenenza confessionale diversi dalla propria o confliggenti con le proprie convinzioni. O ancora quando ci si chiede quale sarebbe la differenza tra tenere un atteggiamento *pregiudizialmente* diffidente verso determinati lavoratori a causa della religione da loro professata e considerare già la sola manifestazione di una particolare appartenenza confessionale come potenziale elemento di disturbo all'interno dell'azienda, per la sua supposta capacità di compromettere il clima di serenità e pacifica convivenza tra i lavoratori e di alimentare conflitti ideologici fra colleghi di religione o credo differenti.

La società aveva anche invocato a fondamento della regola di neutralità la volontà di evitare molestie nei confronti delle donne che non indossano il velo islamico. Tuttavia, per il Tribunale, in presenza di gesti estremi, l'azienda ha la possibilità di avvalersi degli ordinari *strumenti sanzionatori e disciplinari*, senza dovere intervenire con una misura che vieti a tutti i lavoratori di indossare simboli distintivi della propria fede religiosa, come tale da considerare non necessaria al raggiungimento dell'obiettivo e quindi del tutto sproporzionata. Divieti di questo tipo sembrano dunque basarsi sul «postulat implicite et non démontré que la diversité est en soi vecteur de désordre social»⁴⁶.

I successivi sviluppi della vicenda finiranno col concentrarsi sulla questione (come si è visto assai rilevante dal punto di vista dei principi organizzativi dell'apparato statale) della estensione del principio di neutralità dei funzionari e dei dipendenti del settore pubblico, lasciando in ombra quella riguardante la legittimità dell'obiettivo della prevenzione dei conflitti ideologici interni e della proporzionalità dei mezzi per conseguirlo.

Il *Centre d'Action Laïque*, attivamente impegnato nella «défense et [...] promotion de la laïcité», nel prendere ferma posizione contro la decisione del Tribunale, insiste sulla validità dell'idea più comprensiva di neutralità, ossia quella «esclusiva». Proporrà anche un mezzo di impugnazione straordinario (opposizione di terzo) contro l'ordinanza del Tribunale, dopo che questa pronunzia aveva suscitato un ampio dibattito a livello mediatico e politico, collegato con la decisione della dirigenza della società, confermata poi dallo stesso Governo belga, di non interporre appello.

Il Governo, nel fissare il nuovo indirizzo riguardante la politica di neutralità dell'azienda, ammette deroghe al principio di base del divieto di segni atti a manifestare le convinzioni personali per i dipendenti non a contatto con i clienti o non titolari di poteri autoritativi⁴⁷, conformandosi al dispositivo dell'ordinanza del 3 maggio 2021, che aveva proprio escluso la legittimità di una neutralità *esclusiva*, comportante un divieto *generale e assoluto* di simboli religiosi.

Allo stesso tempo, queste stesse misure governative finiranno con l'incidere sull'esito del giudizio promosso dal *Centre d'Action Laïque*, venendo praticamente meno qualsiasi interesse a un eventuale annullamento dell'ordinanza impugnata, i cui effetti di giudicato non possono che restare circoscritti alla società parte del processo⁴⁸.

6. Considerazioni conclusive

Sebbene non manchino letture degli sviluppi della giurisprudenza della Corte di giustizia almeno in parte scettiche sui reali progressi conseguiti – in termini di tutela dalla discriminazione della lavoratrice

caratteristica costituisca un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa, purché la finalità sia legittima e il requisito proporzionato».

⁴⁶ Tribunal du Travail de Bruxelles, 3 maggio 2021, cit., [par. 76](#).

⁴⁷ Nella riunione del Consiglio dei ministri del 22 luglio 2021, il Governo «confirme que le principe de base, en ce qui concerne l'apparence des membres du personnel de la STIB, reste l'interdiction des signes convictionnels. Ce principe connaît des dérogations pour les fonctions qui ne relèvent pas d'une fonction d'une autorité (contrainte) ou qui ne sont pas en contact relationnel avec le public. Une liste descriptive de ces fonctions sera établie sur proposition du management. Le principe de neutralité exclusive reste donc bien la règle générale pour les autres fonctions».

⁴⁸ Tribunal du Travail francophone de Bruxelles, ordonnance sur tierce opposition [6 ottobre 2022](#).

di religione islamica – anche per quanto concerne le politiche «esterne» di neutralità aziendale⁴⁹, ancora maggiori perplessità potrebbero suscitare le davvero scarse indicazioni date in materia di politica di neutralità «interna».

Nel primo caso, a finire nel mirino è soprattutto lo spazio che la Corte continua a riservare alla considerazione delle preferenze espresse dalla clientela: si potrebbe in questo modo consentire in qualche misura al datore di lavoro di assecondare quelli che, nella sostanza, sono proprio i pregiudizi che le norme antidiscriminatorie dovrebbero invece combattere e sradicare. In altri termini, ci si muoverebbe pur sempre sulla stessa strada della «objectivation de souhaits subjectifs en matière de visibilité religieuse»⁵⁰ che era stata tracciata in *Achbita*.

Devo dire che non sono pienamente convinto che queste opinioni colgano fino in fondo nel segno, avendo invero la Corte espresso una posizione più articolata sul punto: va tenuto conto, dicono in pratica i giudici, del paletto rappresentato dalla prova, piuttosto onerosa per il datore di lavoro, della presenza di *conseguenze* per lui *sfavorevoli* derivanti dalla mancata attuazione della politica di neutralità adottata a salvaguardia dell'immagine dell'azienda, come anche di quello risultante dalla necessaria considerazione della *natura delle attività dell'impresa o del contesto* in cui esse si inscrivono⁵¹.

Quest'ultima, in particolare, è una valutazione di carattere oggettivo che mi è sempre parsa centrale non solo, come puntualmente chiarito dalla direttiva 2000/78, in sede di accertamento della ricorrenza di un requisito professionale essenziale atto a derogare al divieto di discriminazione diretta, ma anche in sede di apprezzamento della misura aziendale volto ad accertare la giustificazione della discriminazione indiretta, nonostante il silenzio sul punto della normativa europea⁵². Non può, a tale ultimo riguardo, essere irrilevante la straordinaria varietà che, come è stato rilevato, caratterizza le figure d'impresa⁵³.

Vero è piuttosto che non risulta per niente facile trovare un equilibrio soddisfacente tra i contrapposti interessi che emergono in questo tipo di fattispecie, in quanto le «ragioni del mercato» – può piacere o no, ma è indubbiamente così – sono un elemento imprescindibile alla base di ogni iniziativa imprenditoriale di carattere privatistico (almeno di quelle aventi scopo di lucro nel senso più tradizionale del termine). Siamo davvero al cuore della libertà d'impresa, con quanto ne consegue in termini di bilanciamento con le altre libertà eventualmente con essa confliggenti.

Nel secondo caso, riguardante una situazione di conflitto ideologico interno tra i lavoratori, parrebbe non rilevare nulla di tutto questo, tanto che dovrebbe essere meno complicato compiere l'accennato tipo di valutazioni e di bilanciamento tra libertà in conflitto. Anzi non manca chi ha sollevato il dubbio che la scelta dell'imprenditore in questo caso possa farsi rientrare nella stessa libertà tutelata dall'articolo 16 della Carta dei diritti fondamentali⁵⁴. Qui, in ogni caso, la logica di assecondare le preferenze del mercato e dei clienti non esercita per definizione influenza alcuna. La libertà di impresa viene chiamata in causa al massimo come potere normativo e disciplinare di cui è titolare il datore di lavoro in funzione

⁴⁹ Cfr. E. HOWARD, *Headscarves and the CJEU*, cit., 257-258: «The judgment of the CJEU in *Wabe and Müller* does, therefore, give more protection to fundamental human rights of people who are discriminated against, but it also allows employers to ban employees from wearing religious symbols at work based on their customers' wishes, although it does lay down certain conditions and prescribes a stricter justification test for such work rules. Despite the latter, it is suggested that, by allowing the wishes of customers to be taken into account in relation to the justification test, the CJEU allows employers to pander to the prejudices of these customers, even if they need to provide evidence of a genuine need» (ivi ulteriori riferimenti). Dal tipo di *test* prescelto dalla Corte uscirebbe comunque confermata la prevalente attenzione della stessa alla libertà dell'impresa anche secondo M. FERRI, *The interplay between religious discrimination in the workplace and fundamental rights: the cherry-pick approach of the EU Court of Justice*, in *Eurojus.it*, n. 1, 2022, 304.

⁵⁰ Usa questa espressione a proposito dell'indirizzo tracciato dalla Corte in *Achbita*, L. VANBELLINGEN, *Laïcité «à la belge»*, cit., 67.

⁵¹ Corte di giustizia UE, 15 luglio 2021, [parr. 64-67](#).

⁵² A. LICASTRO, *Quando è l'abito a fare il lavoratore. La questione del velo islamico, tra libertà di manifestazione della religione ed esigenze dell'impresa*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 27/2015, 33-35; ID., *Il dubbio di una "velata" discriminazione*, cit., 24; e da ultimo, ID., *Ancora in tema di porto del velo islamico*, cit.

⁵³ Cfr. L.-L. CHRISTIANS, *Préface*, cit., 11, secondo cui «[à] la différence des prétentions du droit public à unifier les caractéristiques de l'État, le droit privé entend d'emblée fonder le principe d'autonomie contractuelle et donc de diversité de l'entreprise».

⁵⁴ Cfr. SHARPSTON, *Shadow Opinion*, cit., n. 223.

dell'organizzazione dei reciproci rapporti intercorrenti tra i dipendenti, senza alcun nesso con le logiche, le preferenze, le distorsioni, le regole del mercato.

A maggior ragione, dunque, anche in tal caso, dietro la rilevanza riconosciuta dalla Corte di giustizia all'esigenza del datore di lavoro *non deve potersi camuffare un facile escamotage per l'accoglimento incondizionato della regola di assoluta ed esclusiva neutralità rimessa alla scelta praticamente insindacabile dell'imprenditore*. Il che varrebbe a bandire sistematicamente la presenza dei simboli religiosi senza alcun bilanciamento tra i diversi diritti fondamentali in reciproca tensione⁵⁵.

Va anzi ribadito che la stessa Corte di giustizia ha stabilito che, nell'ambito dell'esame del carattere appropriato della clausola aziendale, si deve tener conto dei diversi diritti e libertà in gioco⁵⁶, e questo lo ha fatto senza operare alcuna distinzione tra politiche di neutralità «esterna» o «interna», per le quali c'è quindi indifferentemente l'esigenza della «necessaria conciliazione dei diversi diritti e interessi di cui trattasi, al fine di assicurare un giusto equilibrio tra questi ultimi»⁵⁷.

Sembra, anche per questo motivo, un po' superficiale e discutibile il modo in cui alcuni tra i richiamati precedenti giurisprudenziali affrontano la questione degli *accomodamenti ragionevoli*.

Intanto, che non si debba pretendere neanche un minimo sforzo organizzativo da parte dell'impresa, in particolare di una impresa avente dimensioni come quella del trasporto pubblico locale nella Regione di Bruxelles capitale⁵⁸, sembra davvero poco persuasivo già su un piano di logica giuridica astratta. Se poi si riflette sulla necessaria conciliazione tra le libertà in conflitto, è inevitabile mettere in conto un qualche sacrificio per l'imprenditore, specie quando esso riguarderebbe appunto solo l'aspetto meramente organizzativo, senza significativi oneri economici aggiuntivi⁵⁹.

In secondo luogo, vale anche la pena considerare che, nel caso dell'esigenza di prevenire i conflitti tra lavoratori, l'accomodamento ragionevole è più facile da conseguire, in quanto potrebbe *non comportare alcun mutamento di mansioni* per la lavoratrice (inevitabile, invece, nel caso dell'esigenza dell'imprenditore di presentarsi sul mercato con una particolare immagine di neutralità). Basterà il più delle volte semplicemente allontanare la lavoratrice dal collega o dai colleghi che tengono un atteggiamento di rigetto o molesto nei suoi confronti, specie in quei contesti lavorativi in cui più limitate sono le occasioni di collaborazione diretta tra i dipendenti.

Quest'ultima considerazione spinge a ritenere che forse può avere senso, anche nel caso della neutralità interna, una valutazione che tenga conto della natura dell'attività lavorativa svolta dai dipendenti e del contesto particolare in cui essi sono chiamati a svolgerla. Apparentemente l'esigenza di prevenire o eliminare il conflitto ideologico che si manifesti sotto forma di turbamento della tranquillità e del benessere dei lavoratori risulta del tutto staccata e autonoma dal tipo di servizio reso dall'azienda come anche dalle mansioni svolte dai lavoratori. Si può tuttavia immaginare che in determinate realtà aziendali, caratterizzate proprio in maniera peculiare sotto questi ultimi aspetti, siano maggiori le occasioni su cui possano trovare innesto tensioni ideologiche che sfocino in veri e propri conflitti in grado di pregiudicare il sereno adempimento della prestazione lavorativa. Ed è a questi casi che bisogna guardare per individuare le situazioni aziendali in cui maggiormente fondato (sotto il profilo della ricorrenza della «esigenza reale») può risultare il ricorso alla regola di neutralità interna.

⁵⁵ Cfr. R. BENIGNI, *L'equilibrio tra libertà religiosa e d'impresa*, cit., 219, secondo cui il fatto che «in tal caso ci si confronti con la percezione ed il desiderio di un lavoratore piuttosto che di un cliente non può attribuire al soggetto il potere di incidere indiscriminatamente sulla libertà dell'altro di manifestare la propria convinzione senza una solida base di legittimazione».

⁵⁶ Corte di giustizia UE, 15 luglio 2021, cit., [par. 82](#). Cfr. R. BENIGNI, *L'equilibrio tra libertà religiosa e d'impresa*, cit., 227, secondo cui la Corte abbraccia «la prospettiva, iscritta nei Trattati UE e nella Carta, di un diritto antidiscriminatorio che si fa strumento di attuazione dell'uguaglianza seguendo i criteri di ponderazione e di bilanciamento tra i diritti e le libertà fondamentali coinvolti».

⁵⁷ Corte di giustizia UE, 13 ottobre 2022, cit., [par. 50](#).

⁵⁸ Si tratta del più grande datore di lavoro di Bruxelles, con quasi 10.000 dipendenti.

⁵⁹ In generale, sottolinea che «la necessità di indossare un abbigliamento consono alla religione [...] è tra quelle meno costose da attuare per enti e aziende perché non richiede interventi o modifiche strutturali del luogo di lavoro», B.G. BELLO, *Accomodamenti ragionevoli basati sulla religione tra diritto antidiscriminatorio e diversity management*, in [Stato, Chiese e pluralismo confessionale](#), n. 12 del 2020, 32.

Un accento particolare va sicuramente posto sul *carattere concreto del pericolo* dell'insorgere dei conflitti, la cui centralità non sembra sfuggire alla Corte di giustizia, laddove ritiene comprovata la esigenza reale del datore di lavoro qualora in particolare risultino tensioni di carattere ideologico già verificatesi in passato⁶⁰.

Al tempo stesso, molto bisognerebbe puntare su un efficace esercizio del *potere sanzionatorio e disciplinare*⁶¹, anche eventualmente in relazione all'applicazione di regole interne che impongano ai dipendenti di evitare ogni discussione su tematiche religiose⁶²: solo qualora risultasse dimostrata l'insufficienza di tale tipo di provvedimenti a superare le tensioni tra i lavoratori, se non a prezzo di conseguenze sproporzionate per i medesimi, si potrebbe affiancare a essi, magari in via transitoria, la particolare clausola aziendale.

A me pare che la Corte di giustizia, spinta dalle sollecitazioni dei giudici di Stati membri (in particolare dei giudici tedeschi) che rifiutano in generale i modelli di soluzione dei conflitti basati sulla *neutralizzazione delle diversità*⁶³, sia andata via via acquistando sempre più consapevolezza del rischio che determinate scelte dell'imprenditore possano vanificare del tutto il funzionamento delle garanzie antidiscriminatorie previste a favore del lavoratore, e su questa base bene ha fatto a provare a «imbrigliare», per quanto possibile, il potere auto-organizzativo naturalmente spettante al datore di lavoro. Sembra costituire un coerente svolgimento di un tale apprezzabile risultato ipotizzare pertanto che solo in presenza di ragioni serie, e oggettivamente verificabili, una politica di neutralità volta alla prevenzione dei conflitti tra i lavoratori possa costituire un rimedio irrinunciabile per il mantenimento della tranquillità e della pace sociale tra i lavoratori.

Si registrerebbe così una «crescita uniforme dei livelli di tutela delle libertà fondamentali in tutti gli Stati membri»⁶⁴, sia pure realizzata con una discutibile «incorporazione» al livello eurounitario di schemi tipicamente nazionali di gestione delle diversità, costituenti espressione del diverso grado di tutela che la stessa libertà di religione riceve al livello di ordinamenti nazionali e che la stessa Unione europea si è impegnata, per altro verso, a salvaguardare (art. 17 TFUE).

Una tecnica che non potrà essere ragionevolmente estesa al settore del pubblico impiego, in relazione al quale sarebbe destinata a confliggere con modelli nazionali alternativi di gestione delle differenze su cui appaiono destinati a prevalere alcuni tratti caratteristici – e, come si sa, gelosamente rivendicati al livello nazionale – dell'identità costituzionale degli Stati membri.

⁶⁰ Corte di giustizia UE, 15 luglio 2021, cit., [par. 75](#).

⁶¹ Così anche R. BENIGNI, *L'equilibrio tra libertà religiosa e d'impresa*, cit., 219.

⁶² Cfr. V. PINTO, *Corte di giustizia e velo islamico*, cit., 810 s., che riprende i suggerimenti in tal senso dell'avvocato generale SHARPSTON, *Shadow Opinion*, cit., n. 236: «an obvious question to ask would be whether the potential problem cannot be addressed adequately by promulgating internal rules that enjoin employees to treat each other's personal beliefs (including ideological, philosophical and religious beliefs) with respect and not to engage, within the workplace, in discussions that will inflame passions on those topics. *Prima facie*, such internal rules might appear to be a more appropriate means of achieving the employer's stated aim».

⁶³ Si deve peraltro considerare, come è stato osservato, che le stesse «istituzioni dell'Unione europea [...] incoragg[iano] la valorizzazione della diversità e la promozione di ambienti di lavoro inclusivi»: G. PAVESI, *Le frontiere europee della religious accommodation. Spunti di comparazione*, in [Stato, Chiese e pluralismo confessionale](#), n. 10 del 2021, 81, che si rifà a B.G. BELLO, *Accomodamenti ragionevoli*, cit., 2.

⁶⁴ Cfr. R. BENIGNI, *L'equilibrio tra libertà religiosa e d'impresa*, cit., 218.

Vincenzo Tigano

**La detenzione domiciliare “umanitaria” per i condannati presuntivamente pericolosi:
il percorso giurisprudenziale di riallineamento ai principi di eguaglianza e di rieducazione***

ABSTRACT: *Among the various alternative measures to detention envisaged in the penitentiary system, home detention remains the one most markedly oriented towards protecting convicts suffering from a condition of vulnerability. However, the presence of numerous foreclosures based both on convictions for crimes envisaged by art. 4-bis and on the application of the aggravating circumstance of recidivism, risks compromising the humanitarian needs underlying the measure in question. The numerous interventions of the Constitutional Court have partially remedied these critical issues for certain subjective categories (above all, those in which there is a need to ensure a pre-eminent protection to minors, where directly or indirectly affected by the effects of the prison sentence), often invoking the dutiful respect of constitutional principles of equality and re-education of convicted persons. However, numerous foreclosures still remain in force on which a reform intervention by the legislator or a review of reasonableness by the Constitutional Court would be desirable.*

SOMMARIO: 1. Detenzione domiciliare umanitaria e protezione delle persone particolarmente vulnerabili: le diseguaglianze *in bonam partem* nel regime penitenziario. – 2. La detenzione domiciliare come misura alternativa carente di contenuti rieducativi. – 3. Il regime penitenziario diversificato *in malam partem*: l’art. 4-bis ord. pen. e la condanna aggravata dalla recidiva. – 4. La presunzione di pericolosità *ex art. 4-bis*, comma 1 e i limiti alla concessione della detenzione domiciliare nei confronti delle madri o dei padri di prole di età inferiore ai dieci anni: la [sentenza costituzionale n. 239/2014](#). – 5. Il divieto assoluto di concedere la detenzione domiciliare speciale “anticipata” di cui all’art. 47-*quinquies*, comma 1-*bis*, nei confronti dei condannati per uno dei delitti di cui all’art. 4-bis: la [sentenza costituzionale n. 76/2017](#). – 6. La detenzione domiciliare nell’ordinamento penitenziario minorile e la preclusione di cui all’art. 4-bis, comma 1, ord. pen.: la [sentenza costituzionale n. 263/2019](#). – 7. La preclusione assoluta di concessione della detenzione domiciliare *ex art. 47-ter*, comma 01, nei confronti del soggetto ultrasettantenne condannato con l’aggravante della recidiva: la [sentenza costituzionale n. 56/2021](#). – 8. Conclusioni.

1. *Detenzione domiciliare umanitaria e protezione delle persone particolarmente vulnerabili: le diseguaglianze in bonam partem nel regime penitenziario.*

Il sistema dell’ordinamento penitenziario italiano è nato sotto l’egida di un ideale di rieducazione extramuraria, ispirato all’istituto anglosassone della *probation*, e fondato sul dettato dell’art. 27, comma 3, della Costituzione. Attraverso la legge n. 354 del 26 luglio 1975 è stato così apprestato un catalogo nucleare di misure alternative alla detenzione che hanno attribuito al condannato un sostanziale diritto al riesame sul protrarsi della pretesa punitiva¹; diritto il cui esercizio richiede, oltre alla sussistenza di alcuni requisiti formali (essenzialmente basati su un tetto massimo di pena residua da espiare o, in certi casi, su un minimo di pena già scontata), l’inizio di un adeguato percorso di rieducazione sul cui esito la concessione della misura dovrebbe influire ulteriormente².

Questo sistema di esecuzione extramuraria è stato inizialmente imperniato sulla concessione, a certe condizioni, dell’affidamento in prova al servizio sociale e della semilibertà – che si sono così andati ad aggiungere alla liberazione condizionale, già prevista dal Codice Rocco e anch’essa annoverabile tra le misure alternative alla detenzione –, ciascuna di esse scindibile in una serie di sottocategorie, venute alla luce attraverso una continua serie di interventi di riforma.



¹ La base fondativa di tale diritto può rinvenirsi nell’art. 27, comma 3, della Costituzione, come statuito da [Corte cost., 4 luglio 1974, n. 204](#), in relazione alla liberazione condizionale.

² In tal senso, Cass. pen., sez. I, 5 febbraio 1998, in *Rass. penitenz. e criminol.*, 1998, 1, 347 ss.

Alle misure alternative testé menzionate, se ne è poi aggiunta una in cui il finalismo rieducativo non ha costituito il principale fondamento giustificativo della sua adozione, e che quindi si distingue nettamente dalle altre: si tratta della detenzione domiciliare prevista dall'art. 47-ter ord. pen., introdotta solo con la legge n. 663 del 10 ottobre 1986 (cd. legge *Gozzini*), e concepita soprattutto (con eccezione di quella generica di cui al comma 1-bis, introdotta dalla legge n. 165 del 27 maggio 1998) come misura a valenza umanitaria, diretta a tutelare alcune categorie di reclusi segnati da condizioni personali di vulnerabilità, per i quali l'esecuzione della pena in carcere costituirebbe una sofferenza non tollerabile.

La detenzione domiciliare “umanitaria” consente l'esecuzione della pena detentiva nell'abitazione del condannato, in altro luogo di privata dimora ovvero in un luogo pubblico di cura, assistenza o accoglienza, ed è rivolta a diverse categorie soggettive.

La tipologia prevista dal comma 01, introdotta con la legge n. 251 del 5 dicembre 2005 (cd. legge *ex Cirielli*), contempla come destinatario il condannato che abbia compiuto settanta anni di età al momento dell'esecuzione della pena – con l'eccezione di certe categorie presuntivamente pericolose³ – e prescinde da limiti massimi di pena detentiva residua da espiare, purché non si tratti della pena dell'ergastolo.

La detenzione domiciliare umanitaria di cui al comma 1, è concessa quando il condannato sia: una donna incinta o madre di un figlio di età inferiore a dieci anni con lei convivente; un uomo esercente la potestà genitoriale su un figlio infradecenne, in caso di morte o di assoluta impossibilità della madre ad accudire il minore; una persona in condizioni di salute particolarmente gravi, a causa delle quali occorra un costante presidio dei servizi sanitari territoriali; un soggetto ultrasessantenne, se inabile anche parzialmente; un soggetto minore di ventuno anni per comprovate esigenze di salute, studio, lavoro o famiglia. In queste ipotesi, la condizione formale per l'accesso alla misura è che la pena da espiare, intesa anche solo come residua, sia quella dell'arresto o della reclusione non superiore a quattro anni.

Una particolare ipotesi di detenzione domiciliare umanitaria è quella disciplinata dal comma 1-ter, intesa come surrogatoria del rinvio dell'esecuzione della pena *ex artt.* 146 e 147 c.p., e quindi slegata da limiti prefissati di pena detentiva da espiare, e rivolta a categorie soggettive più circoscritte di quelle contemplate dal comma 1 dell'art. 47-ter⁴.

Altra forma di detenzione domiciliare con valenza umanitaria⁵, ma anche terapeutica, è poi quella riservata a coloro che siano affetti da AIDS o da altra grave immunodeficienza e che sono

³ Il soggetto ultrasessantenne non può avere accesso alla specifica ipotesi di detenzione domiciliare umanitaria di cui all'art. 47-ter, comma 01, se sia stato condannato per uno dei reati previsti dal libro II, titolo XII, capo III, sezione I, e dagli articoli 609-bis, 609-quater e 609-octies del codice penale, dall'articolo 51, comma 3-bis, del codice di procedura penale e dall'articolo 4-bis, nonché qualora sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza. Prima dell'intervento della Corte costituzionale con la [sentenza del 31 marzo 2021, n. 56](#), la concessione della misura era preclusa anche all'ultrasessantenne condannato con l'aggravante di cui all'articolo 99 del codice penale.

⁴ Secondo l'art. 47-ter, comma 1-ter, ord. pen., «Quando potrebbe essere disposto il rinvio obbligatorio o facoltativo della esecuzione della pena ai sensi degli articoli 146 e 147 del codice penale, il tribunale di sorveglianza, anche se la pena supera il limite di cui al comma 1, può disporre la applicazione della detenzione domiciliare, stabilendo un termine di durata di tale applicazione, termine che può essere prorogato. L'esecuzione della pena prosegue durante la esecuzione della detenzione domiciliare». L'art. 146 c.p. prevede che l'esecuzione di una pena detentiva, a prescindere dalla tipologia e dalla durata, è differita se deve aver luogo nei confronti di donna incinta, di madre di infante di età inferiore a un anno, di persona affetta da AIDS conclamata, da grave deficienza immunitaria o da altra malattia particolarmente grave per effetto della quale le sue condizioni di salute risultano incompatibili con lo stato di detenzione, quando la persona si trova in una fase della malattia così avanzata da non rispondere più ai trattamenti disponibili e alle terapie curative. Ai sensi dell'art. 147 c.p., l'esecuzione di una pena detentiva può essere differita se è presentata domanda di grazia (per un periodo massimo di sei mesi dal giorno in cui la sentenza è divenuta irrevocabile), se il condannato si trovi in condizioni di grave infermità fisica, o se si tratti di madre di prole di età inferiore a tre anni.

⁵ Si veda A. MENGHINI, *sub Art. 47-quater*, in F. Fiorentin – F. Siracusano (a cura di), *L'esecuzione penale*, Giuffrè, Milano, 2019, 629, secondo cui «Non si tratta dunque di una nuova misura alternativa distinta da quelle già conosciute dal nostro ordinamento, ma semplicemente di una disciplina di favore dettata per la tutela di soggetti considerati dal legislatore particolarmente “deboli”». Così già P. CANEVELLI, *Tutela dei soggetti affetti da AIDS o da altre malattie gravi e misure alternative al carcere, a) aspetti giuridici*, in *Dir. pen. e proc.*, 1999, 10, 1227.

sottoposti, o prevedono di sottoporsi, a un programma sanitario di cura e di assistenza: si tratta di una disciplina di favore introdotta dall'art. 47-*quater* (inserito nel *corpus* dell'ordinamento penitenziario dalla legge n. 231 del 12 luglio 1999), che, a tal fine, rinvia generalmente all'art. 47-*ter* (ma anche all'art. 47, così enucleando anche una forma di affidamento in prova *ad hoc* a favore dei medesimi soggetti), stabilendo che non si applichino i limiti di pena ivi previsti, ma al contempo appresta una specifica disciplina della misura.

Vi è poi la detenzione domiciliare speciale di cui all'art. 47-*quinquies*, comma 1, introdotta dalla legge n. 40 dell'8 marzo 2001, rivolta anch'essa alla condannata madre di prole di età non superiore a dieci anni, o alternativamente al padre, in caso di morte o impossibilità della donna, e sempre che non vi sia modo di affidare il figlio ad altri. In questo caso, la mancata previsione di massimo di pena detentiva residua da spiare è compensata dalla necessità di avere già eseguito un terzo della pena o quindici anni in caso di ergastolo. Inoltre, il comma 1-*bis* dell'art. 47-*quinquies*, introdotto dalla legge n. 62 del 21 aprile 2011, consente di spiare fuori dal carcere, in uno dei luoghi pubblici o di privata dimora ivi indicati, anche la frazione iniziale di pena propedeutica alla concessione della misura di cui al primo comma.

Le istanze di protezione delle categorie soggettive indicate come destinatarie, dirette o indirette⁶, delle diverse forme di detenzione domiciliare hanno giustificato l'assenza di ogni pretesa normativa circa l'inizio di un efficace percorso di risocializzazione del condannato, ai fini della sua concessione⁷, e la formale mancanza di prescrizioni concernenti il trattamento rieducativo a cui sottoporre lo stesso a partire dalla sua uscita dal carcere⁸. Il legislatore ha, quindi, sostanzialmente collocato questa specifica misura alternativa alla detenzione in una dimensione finalistica diversa da quella originariamente perseguita con legge istitutiva del 1975, ma pur sempre riconducibile all'art. 27, comma 3, della Costituzione che, oltre alla tensione rieducativa delle pene, stabilisce anche che le stesse «*non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità*».

Si profila evidentemente una disegualianza *in bonam partem* nella *ratio* e nella disciplina della detenzione domiciliare umanitaria rispetto alla generale prospettiva finalistica e regolamentativa delle altre misure alternative. Tale disallineamento può ritenersi razionalmente compatibile con l'art. 3 della Costituzione se si intende il principio di eguaglianza come strumento costituzionale di tutela sociale delle minoranze e dei soggetti più fragili, finalizzato a garantire che la legge tratti in modo uguale situazioni uguali ed in modo diverso situazioni ragionevolmente diverse, purché

⁶ I minori infradecenni figli di detenuti possono considerarsi destinatari indiretti della detenzione domiciliare di cui all'art. 47-*ter*, comma 1, a) e b), e all'art. 47-*quinquies*, poiché si tratta di misure che si concedono ai condannati a beneficio esclusivo della prole. Cfr. A. LORENZETTI, *La Corte costituzionale e il percorso di progressiva tutela alla madre detenuta nel suo rapporto con la prole. Note a margine della sentenza n. 18 del 2020*, in *Rivista AIC*, 2020, 3, 642, che ha esteso le considerazioni sui minori intesi come destinatari indiretti delle suddette forme di detenzione domiciliare, alla *ratio* delle sentenze costituzionali che hanno investito le preclusioni imposte dall'art. 4-*bis* ord. pen. per l'accesso alla detenzione domiciliare da parte delle madri di figli infradecenni: «Non è dunque la protezione della maternità *ex se* ad avere un peso decisivo nelle argomentazioni della Corte quanto piuttosto la continuità delle cure e dell'assistenza da parte della genitrice detenuta laddove la loro interruzione rischi di impattare negativamente sul benessere del figlio».

⁷ La differenza rispetto alla disciplina delle altre misure è chiara. La necessità dell'accertamento dell'inizio di un percorso rieducativo, ai fini della concessione dell'affidamento in prova al servizio sociale, è messa in luce da Cass. pen., sez. V, 8 settembre 2015, n. 36833, in *De Jure*; Cass. pen., sez. I, 5 febbraio 1998, n. 688, ivi, che hanno fatto opportunamente leva sul dettato del secondo comma dell'art. 47, a cui fanno richiamo anche il comma 3 e il comma 3 *bis*, in cui la concessione della misura è stata subordinata ai risultati dell'osservazione della personalità e alla prognosi che la stessa misura possa contribuire alla rieducazione del reo e alla prevenzione del pericolo di recidiva. Su questa linea si pone, ancora più espressamente, il dettato dell'art. 50 ord. pen., in ordine alla concessione della semilibertà, per la quale il quarto comma richiede generalmente la prova dei progressi compiuti nel corso del trattamento e le condizioni per un graduale reinserimento in società, mentre il sesto comma, con riferimento alla semilibertà per pene detentive brevi, prescrive la dimostrazione della volontà di reinserimento sociale del condannato. Per la liberazione condizionale, *ex art. 176 c.p.*, è invece richiesta la prova del suo sicuro ravvedimento.

⁸ Per quanto riguarda l'affidamento in prova al servizio sociale, le prescrizioni dirette a scopi rieducativi sono quelle di cui ai commi 5 e 7 dell'art. 47. Per la semilibertà, il punto di riferimento normativo per il programma trattamento a valenza rieducativa è l'art. 101, comma 2, del regolamento ord. pen. (d.p.r. n. 230 del 30 giugno 2000).

queste ultime – come avviene nel caso della misura alternativa in esame – riguardino categorie di soggetti e non singole persone⁹.

E pur vero, tuttavia, che la rigida predeterminazione delle categorie di condannati che possono avere accesso a questa misura alternativa finisce per escludere *a priori* dal suo campo applicativo certi soggetti particolarmente vulnerabili che, pur privi dei requisiti soggettivi richiesti, potrebbero comunque meritare una specifica considerazione a fini umanitari. Non a caso, proprio la necessità di tenere conto di specifiche situazioni di vulnerabilità non espressamente menzionate nell'art. 47-ter, ha portato a un progressivo ampliamento delle categorie soggettive originariamente previste, sia per mano del legislatore sia per mano della Corte costituzionale.

In primo luogo, la legge n. 296 del 12 agosto 1993 e la successiva legge n. 165/1998, hanno innalzato il limite massimo di età della prole della donna destinataria della detenzione domiciliare, facendola passare prima da tre a cinque anni e poi da cinque a dieci anni. La stessa legge n. 165/1998, tenendo conto di quanto affermato dalla [sentenza costituzionale n. 215/1990](#)¹⁰, ha poi incluso la figura del padre di prole infradecenne tra le categorie soggettive destinatarie della misura, così abbattendo la discriminazione rispetto alla già menzionata figura materna, fatto salvo il profilo differenziale connesso alla necessità che il padre possa beneficiare della detenzione domiciliare soltanto a fronte del decesso della madre o dell'accertamento che la stessa sia impossibilitata ad accudire la prole, e sempre che l'uomo non abbia perso la potestà genitoriale, per esempio a causa di una pena interdittiva applicata con la condanna.

La Corte costituzionale, con le [sentenze additive n. 350/2003](#)¹¹ e [n. 18/2020](#)¹², ha poi enucleato le ulteriori categorie soggettive della condannata madre o del condannato padre (quest'ultimo alle stesse condizioni stabilite nell'art. 47-ter, comma 1, lett. b)) di un figlio disabile portatore di handicap totalmente invalidante, a prescindere dall'età dello stesso, includendole tra le categorie destinatarie della detenzione domiciliare umanitaria di cui all'art. 47-ter, comma 1, e di quella speciale di cui all'art. 47-quinquies, comma 1¹³. E ciò perché la loro mancata menzione nel corpo di ciascuna delle due norme avrebbe determinato, da una parte, una disparità di trattamento tra «situazioni familiari analoghe ed equiparabili fra loro», ossia quella della madre di un figlio incapace in quanto infradecenne e quella della madre di un figlio non in grado di provvedere alle sue più elementari esigenze, in quanto disabile, e pertanto bisognoso dell'assistenza materna alla stregua di un bambino di età inferiore ai dieci anni (principio di eguaglianza in senso formale), e, dall'altra, una violazione dell'impegno della Repubblica a rimuovere gli ostacoli di ordine sociale che impediscono il pieno sviluppo della personalità dell'individuo totalmente handicappato (principio di eguaglianza in senso sostanziale)¹⁴.

⁹ Si veda [Corte cost., 3 novembre 2000, n. 461](#). Nella dottrina italiana, v. F. MODUGNO, *Breve discorso intorno all'uguaglianza. Studio di una casistica: io minori e i nuovi media*, in [Rivista AIC](#), marzo 2014, 2. Nella dottrina straniera, sul tema delle speciali misure di protezione di soggetti vulnerabili e della loro compatibilità con il principio di non discriminazione, si vedano N. LERNER, *The UN Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination*, Sijthoff & Noordhoff, 1980, 28; B.G. RAMCHARAN, *Equality and Nondiscrimination*, in L. Henkin (ed.), *The International Bill of Rights: the Covenant on Civil and Political Rights*, Columbia University Press, 1981, 259 ss.; A.F. BAYEFKY, *The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law*, in *Human Rights Law Journal*, vol. 11, n. 1-2, 1990, 23 ss.

¹⁰ [Corte cost., 13 aprile 1990, n. 215](#).

¹¹ [Corte cost., 5 dicembre 2003, n. 350](#), con nota di F. MUZZO, *La Corte costituzionale estende i confini della detenzione domiciliare*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, 699 ss.

¹² [Corte cost., 14 febbraio 2020, n. 18](#), con commento di G. LEO, *La madre di persona affetta da grave disabilità può accedere alla detenzione domiciliare speciale qualunque sia l'età del figlio svantaggiato*, in [Sistema Penale](#), 17 febbraio 2020, e di A. LORENZETTI, *La Corte costituzionale e il percorso di progressiva tutela alla madre detenuta nel suo rapporto con la prole*, cit., 632 ss.

¹³ Si veda L. CESARIS, *La detenzione domiciliare si conferma strumento di tutela di beni costituzionalmente protetti*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2020, 1121 ss.

¹⁴ Si veda [Corte cost., n. 350/2003](#), cit., § 3.2; [Corte cost., n. 18/2020](#), cit., § 4, ove, per riallineare la disciplina della detenzione domiciliare speciale a quella della detenzione domiciliare umanitaria a favore della madre o del padre di un

Un ulteriore ampliamento della cerchia dei destinatari della detenzione domiciliare – specificamente di quella “surrogatoria” – si è avuto con la [sentenza costituzionale n. 99/2019](#)¹⁵, che ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 47-ter, comma 1-ter, ord. pen., nella parte in cui non prevede che, nell’ipotesi di grave infermità psichica sopravvenuta, il tribunale di sorveglianza possa disporre l’applicazione al condannato della detenzione domiciliare anche in deroga ai limiti di pena espianda (quattro anni) di cui al comma 1 dello stesso art. 47-ter. Si è così giunti a un’equiparazione, in ossequio al principio di eguaglianza (art. 3 Cost.) – oltre che nel rispetto del diritto alla salute del condannato (art. 32) e di quello a non subire trattamenti contrari al senso di umanità (art. 27, comma 3, e art. 3 CEDU, parametro interposto tramite l’art. 117 Cost.) –, tra i condannati affetti da infermità fisica, espressamente contemplati dagli artt. 146 e 147 c.p., ai quali fa rinvio lo stesso comma 1-ter dell’art. 47-ter, e quelli affetti da infermità psichica, i quali, prima della pronuncia, avrebbero soltanto potuto beneficiare delle misure alternative diverse dalla detenzione domiciliare “surrogatoria”, alle stesse condizioni degli altri condannati (salva la possibilità di trovare assistenza nel circuito penitenziario presso una delle articolazioni per la tutela della salute mentale eventualmente costituite *ex art. 65 ord. pen.*)¹⁶: difatti, «la malattia psichica è fonte di sofferenze non meno della malattia fisica ed è appena il caso di ricordare che il diritto fondamentale alla salute *ex art. 32 Cost.*, di cui ogni persona è titolare, deve intendersi come comprensivo non solo della salute fisica, ma anche della salute psichica, alla quale l’ordinamento è tenuto ad apprestare un identico grado di tutela [...], anche con adeguati mezzi per garantirne l’effettività»¹⁷.

Di fronte a questo ventaglio di nuove categorie soggettive meritevoli di accedere alla detenzione domiciliare umanitaria, ci si può legittimamente chiedere se non ve ne siano altre irragionevolmente escluse ed egualmente meritevoli di attenzione da parte del legislatore o della Consulta (si pensi, per esempio, alla madre o al padre del minore ultradecenne affetto da infermità fisica o mentale parziale). A prescindere da nuovi interventi additivi, si potrebbero superare le criticità connesse a eventuali lacune normative attraverso un mutamento di sistema, che conduca alla sostituzione del sistema delle categorie soggettive predeterminate dalla legge con una valutazione del giudice di sorveglianza da effettuarsi caso per caso, in modo tale da vagliare concretamente le specifiche condizioni di fragilità – diretta o riflessa – del condannato istante e da garantire una reale operatività del principio di eguaglianza nella disciplina di accesso alla detenzione domiciliare per ragioni umanitarie. Resta comunque innegabile l’importante funzione svolta da questo specifico istituto a valenza solidaristica, dietro cui si cela la presa d’atto che, in certi casi e a certe condizioni, il carcere possa essere sostituito da misure meno afflittive ma comunque limitative della libertà personale, anche a prescindere dall’avvio di un percorso di risocializzazione che potrebbe comunque essere garantito al detenuto presso il proprio domicilio tramite un’opportuna valorizzazione del servizio assistenziale degli uffici di esecuzione penale esterna (UEPE).

2. La detenzione domiciliare come misura alternativa carente di contenuti rieducativi.

figlio infradecenne, è stata valorizzata anche la finalità comune dell’art. 47-quinquies e dell’art. 47-ter, comma 1, a) e b), «incentrata sulla tutela di un soggetto debole, peraltro estraneo alle vicende che hanno portato alla condanna».

¹⁵ [Corte cost., 19 aprile 2019, n. 99](#), con nota di G. SPINELLI, *L’inderogabilità e la tutela del diritto alla salute (anche) mentale del soggetto detenuto: la sentenza Corte cost. n. 99/2019*, in [Osservatorio costituzionale](#), 2019, 4, 115 ss.

¹⁶ Tuttavia, come nota G. SPINELLI, *ivi*, 125, l’equiparazione a cui è pervenuta la sentenza costituzionale è soltanto apparente, continuando a essere precluso, per il condannato affetto da infermità psichica sopravvenuta, l’istituto del differimento dell’esecuzione della pena *ex artt. 146 e 147 c.p.*, a differenza di quanto accade per il soggetto affetto da grave infermità fisica, che potrà, sussistendone i presupposti, beneficiare del medesimo differimento o, alternativamente, della detenzione domiciliare (scelta che ricadrà sul Tribunale di sorveglianza, che terrà conto del grado di pericolosità sussistente in capo al condannato per scegliere se differire la pena, lasciando frattanto il condannato libero, o se applicare la detenzione domiciliare, con le sue connesse restrizioni).

¹⁷ [Corte cost., n. 99/2019](#), cit., § 4.1.

Si è rilevato come la detenzione domiciliare umanitaria di cui all'art. 47-ter e all'art. 47-quinquies – che consente al condannato di abbandonare l'angusto ambiente carcerario, al contempo abbattendo i costi a carico dell'amministrazione penitenziaria e rispondendo anche a intenti deflativi – si differenzi dal resto delle misure alternative alla detenzione, poiché appare estranea alle linee direttrici della funzione rieducativa della pena, segnate dal legislatore nella costruzione del sistema dell'esecuzione penale extramuraria. Si tratta del principale punto debole dell'istituto «che appare scarno di contenuti rieducativi, carente di interventi di sostegno, spoglio di occasioni di risocializzazione»¹⁸.

La mancanza di indicazioni normative in ordine sia ai requisiti soggettivi di merito che il reo dovrebbe *ex ante* presentare per beneficiare della misura, sia agli specifici strumenti di risocializzazione da attuare *ex post* nel contesto applicativo della stessa, ha portato parte della dottrina a tentare di ovviare in via interpretativa alle lacune lasciate dal legislatore, cercando di rinvenire nelle sparse disposizioni in materia le tracce di uno scopo rieducativo tale da riallineare la disciplina della detenzione domiciliare a quella delle altre misure penali di comunità.

In tale direzione, sotto il primo profilo, si è sottolineato come la *littera legis* sia univoca nel prevedere che il Tribunale di sorveglianza *possa*, e non debba, concedere il beneficio, nelle sue diverse accezioni delineate dai primi quattro commi: la discrezionalità così attribuita all'organo giudiziario starebbe a indicare che l'accesso alla misura della detenzione domiciliare non risulti automatico sulla base della presenza delle condizioni formali, oggettive e soggettive, richieste dalle norme, ma debba comunque sottostare ai requisiti di merito espressamente fissati per le altre misure alternative¹⁹, ricomprensivi sia della prova dell'inizio di un percorso rieducativo efficace sia di un giudizio prognostico in ordine all'assenza del pericolo di recidiva (quest'ultimo espressamente previsto per la detenzione domiciliare generica di cui al comma 1-bis e per la detenzione domiciliare speciale *ex art. 47-quinquies*)²⁰. Sotto il secondo profilo, si è cercato di conferire enfasi alla previsione del quarto comma dell'art. 47-ter, in cui è stabilito che il tribunale di sorveglianza «*determina e impartisce altresì le disposizioni per gli interventi del servizio sociale*»²¹; nonché all'art. 72, comma 2, c), che prevede che gli Uffici EPE «*propongono all'autorità giudiziaria il programma di trattamento da applicare ai condannati che chiedono di essere ammessi all'affidamento in prova e alla detenzione domiciliare*»²². Si è poi evidenziato che la pena da

¹⁸ S. CARNEVALE, *Le misure alternative alla detenzione e la liberazione anticipata – La detenzione domiciliare: profili generali*, in F. DELLA CASA – G. GIOSTRA, *Manuale di diritto penitenziario*, Giappichelli, Torino, 2021, 187. In questa direzione, si veda M. PELISSERO, *La detenzione domiciliare: i vantaggi in chiave deflattiva e il problema dell'offerta trattamentale*, in A. BERNARDI – M. VENTUROLI, *La lotta al sovraffollamento carcerario in Europa. Modelli di pena nell'esperienza comparata*, Giuffrè, Milano, 2018, 251.

¹⁹ Cfr. G.M. PAVARIN, *Le ipotesi di detenzione domiciliare*, in F. Fiorentin (a cura di), *Misure alternative alla detenzione*, Giappichelli, Torino, 2012, 246-247.

²⁰ Così [Corte cost., 12 giugno 2009, n. 177](#), § 5, secondo cui deve «ricorrere, anche nelle ipotesi di cui all'art. 47-ter, il presupposto dell'assenza del pericolo di recidiva, escludendo qualsiasi automatismo nella concessione della predetta misura, sul rilievo che la *ratio* comune a tutte le misure alternative alla detenzione – anche quando sono ammissibili perché rientranti negli specifici limiti previsti per ciascuna di esse – è quella di favorire il recupero del condannato e di prevenire la commissione di nuovi reati». Conf. [Corte cost., 22 ottobre 2014, n. 239](#), § 10. In tal senso, già nella giurisprudenza di legittimità, Cass. pen., sez. I, 24 ottobre 1996, n. 5523, in [De Jure](#); Cass. pen., sez. I, 4 novembre 1992, n. 4520, *ivi*. In dottrina, così A. MENGHINI, sub *Art 47-ter*, in F. Fiorentin – F. Siracusano (a cura di), *L'esecuzione penale*, cit., 611. Si veda *infra*, nota 57.

²¹ Così G. PIERONI, *Il servizio sociale per adulti e il sistema Giustizia. Gli assistenti sociali fra mandato istituzionale e professionale*, in G. Pieroni – S. Rollino (a cura di), *L'esecuzione penale esterna e la messa alla prova degli adulti*, Pacini ed., Pisa, 2018, 92.

²² Così, in relazione anche all'eventuale previsione dell'attività lavorativa con finalità risocializzanti, In tal senso, si vedano P. COMUCCI, *Problemi applicativi della detenzione domiciliare*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2000, 1, 203 ss. Sul punto, si vedano M. CANEPA – S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Giuffrè, Milano, 2010, 329-330, che prendono una posizione intermedia, rilevando, da una parte, che il programma di trattamento da applicare al condannato beneficiario della detenzione domiciliare dovrebbe contenere prioritariamente prescrizioni di carattere negativo (*non facere*), e, dall'altra parte, che la competenza degli Uffici EPE anche in relazione a questo istituto sia in grado di

considerarsi scontata per beneficiare degli sconti di pena residua connessi all'istituto della liberazione anticipata, ricomprende anche quella espiata in regime di detenzione domiciliare, per espressa previsione dell'art. 54, primo comma, ultima parte, e che pertanto la «*prova di partecipazione all'opera di rieducazione*», condizione necessaria all'operatività dello scomputo, debba necessariamente essere riferibile anche al periodo trascorso in detenzione domiciliare²³.

Tutti i menzionati appigli normativi, per quanto suggestivi, paiono piuttosto generici e insufficienti a fondare un obbligo per il condannato di osservare prescrizioni di carattere positivo nel contesto della sua permanenza domiciliare, similari a quelle esplicitamente previste per l'affidamento in prova al servizio sociale²⁴. Inoltre, se si intendesse ricorrere all'estensione analogica dei dettami dell'art. 47 per rinfoltire i presupposti e i contenuti della misura di cui all'art. 47-ter, che sul punto si mostra lacunosa, si andrebbe incontro a una violazione del principio di legalità delle pene²⁵; principio che, sulla base di quanto statuito dalla Corte di Strasburgo nel caso *Del Rio Prada c. Spagna*²⁶ e di quanto recepito dalla nostra Corte costituzionale con la [sentenza n. 32/2020](#)²⁷, non può che valere anche in relazione alla detenzione domiciliare, in quanto misura alternativa la cui concessione incide sulla natura della pena detentiva, dovendosi quindi considerare afferente alla materia penale.

Sulla base dei predetti rilievi, pare innegabile che la detenzione domiciliare mantenga intatti i suoi tratti di strumento a valenza prevalentemente umanitaria, ma estremamente carente sul piano rieducativo. Questa sua peculiare dimensione, che lo rende un *unicum* nell'universo delle misure alternative alla detenzione, da una parte, giustifica le preclusioni soggettive che ne hanno circoscritto il campo applicativo, e, dall'altra, riafferma la necessità di considerare le istanze protezionistiche a essa sottese come preminenti sulle dinamiche securitarie che nell'ultimo trentennio hanno costellato la normativa penitenziaria. Si tratta, come è chiaro, di due tendenze nettamente opposte che hanno più volte necessitato dell'opera di bilanciamento della Corte costituzionale.

3. *Il regime penitenziario diversificato in malam partem: l'art. 4-bis ord. pen. e la condanna aggravata dalla recidiva.*

A questa prima tendenza libertaria del legislatore, ne è seguita un'altra diametralmente opposta, di ispirazione securitaria, tendente a tracciare un regime penitenziario differenziato *in malam*

supportare la presenza di prescrizioni di carattere positivo a contenuto rieducativo. Contraria all'imposizione di prescrizioni di contenuto positivo (*facere*) nell'ambito della detenzione domiciliare umanitaria, è L. CESARIS, Sub art. 47-ter, in F. Della Casa – G. Giostra (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Cedam, Padova, 2019 682.

²³ In tal senso, cfr. [Corte cost., 6 giugno 1989, n. 327](#).

²⁴ Cfr. S. CARNEVALE, *Le misure alternative alla detenzione e la liberazione anticipata – La detenzione domiciliare: profili generali*, cit., 172, che, in particolare, considera la previsione dell'art. 47-ter, comma 4, «assai generica se raffrontata a con quelle dedicate all'affidamento in prova».

²⁵ In questo senso, con riferimento ai tentativi di ampliare il contenuto delle prescrizioni espresse formulate dai commi 5, 6 e 7 dell'art. 47 ord. pen., si veda M. COPPETTA, sub art. 47, in F. Fiorentin – F. Siracusano (a cura di), *L'esecuzione penale*, cit., 591-592. Similmente, in relazione alle prescrizioni inerenti alla sospensione del processo con messa alla prova, si veda G. TABASCO, *La sospensione del procedimento con messa alla prova degli imputati adulti*, in *Archivio penale web*, 2015, 1, 23.

²⁶ Corte eur. dir. uomo, 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*, ric. n. 42750/2009, su cui si veda il commento di F. MAZZACUVA, *La Grande Camera della Corte EDU su principio di legalità della pena e mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 30 ottobre 2013.

²⁷ [Corte cost., 26 febbraio 2020, n. 32](#), su cui si veda il commento di V. MANES – F. MAZZACUVA, *Irretroattività e libertà personale: l'art. 25, secondo comma, Cost., rompe gli argini dell'esecuzione penale*, in [Sistema Penale](#), 23 marzo 2020, 22 ss.

partem a carico di condannati presuntivamente pericolosi, in quanto giudicati colpevoli di determinati reati ritenuti dal legislatore di particolare allarme sociale²⁸.

Si tratta del regime ostativo previsto dall'art. 4-*bis* ord. pen., introdotto dall'art. 1 del d.l. n. 152 del 13 maggio 1991, poi convertito, con modificazioni, nella legge n. 203 del 12 luglio 1991, e declinato attraverso una distinzione in tre fasce di delitti, per ciascuna delle quali è stata prevista una specifica condizione il cui rispetto risulta essenziale per la concessione dei benefici penitenziari extramurari, ricomprensivi sia delle misure alternative alla detenzione previste dal Capo VI del Titolo I della legge sull'ordinamento penitenziario – inclusa la detenzione domiciliare umanitaria, tranne quella di cui all'art. 47-*quater*²⁹ – sia dei permessi premio e del lavoro all'esterno. Resta ferma, inoltre, la necessità dell'accertamento giudiziale dei requisiti formali e dei requisiti di merito indicati dalle norme che regolano l'applicazione di ciascun beneficio extramurario. Questa disciplina – non a caso chiamata “doppio binario penitenziario” – segna la differenza rispetto al normale regime penitenziario stabilito per i soggetti autori di delitti diversi da quelli previsti dall'art. 4-*bis*, i quali non devono rispettare altre condizioni che quelle generalmente connesse alle prescrizioni di legge relative al beneficio extramurario richiesto, fondamentalmente imperniate sull'evoluzione della loro personalità e sui progressi effettivamente dimostrati nel percorso di rieducazione intrapreso successivamente alla condanna (ovvero, con specifico riguardo alla detenzione domiciliare umanitaria, sui presupposti indicati negli artt. 47-*ter* e 47-*quinquies* ord. pen.).

Per i condannati per uno dei delitti tassativamente indicati nel primo comma dell'art. 4-*bis* (prima fascia), l'accesso ai predetti istituti è stato subordinato alla collaborazione con la giustizia, che l'art. 58-*ter* ord. pen. definisce attraverso il riferimento a «coloro che, anche dopo la condanna, si sono adoperati per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori ovvero hanno aiutato concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli autori dei reati».

Tuttavia, la riforma introdotta dal d.l. 22 ottobre 2022, n. 162, ha previsto che, anche senza la collaborazione con la giustizia, l'accesso ai benefici possa essere concesso se: il condannato dimostri l'adempimento delle obbligazioni civili e degli obblighi di riparazione pecuniaria conseguenti alla condanna o l'assoluta impossibilità di tale adempimento; lo stesso condannato alleggi elementi probatori specifici che consentano di escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva o con il contesto nel quale il reato è stato commesso, nonché il pericolo di ripristino di tali collegamenti³⁰; il Tribunale di sorveglianza accerti la

²⁸ Si veda F. SIRACUSANO, *Cronaca di una morte annunciata: l'insopprimibile fascino degli automatismi preclusivi penitenziari e le linee portanti della “riforma tradita”*, in [Archivio penale](#), 2019, n. 3, 5.

²⁹ L'art. 47-*quater*, comma 9, stabilisce infatti che «Ai fini del presente articolo non si applica il divieto di concessione dei benefici previsto dall'articolo 4-*bis*, fermi restando gli accertamenti previsti dai commi 2, 2-*bis* e 3 dello stesso articolo».

³⁰ Riguardo alla differente modulazione di questa seconda condizione in relazione alle due diverse categorie di delitti indicati nell'art. 4-*bis*, comma 1 (delitti connessi alla criminalità organizzata e delitti non connessi a essa), si veda *infra*, nota 46.

sussistenza di iniziative dell'interessato a favore delle vittime, sia nelle forme risarcitorie che in quelle della giustizia riparativa (commi 1-*bis* e 1-*bis.1*)³¹.

Per i delitti di cui al comma 1-*ter*, (seconda fascia), il superamento dell'ostatività può aversi a condizione che non vi siano elementi che facciano ritenere sussistenti collegamenti attuali con la criminalità organizzata, terroristica ed eversiva.

Le preclusioni per i delitti di cui al comma 1-*quater* (terza fascia), invece, possono essere scardinate sulla base dell'esito dell'osservazione scientifica della personalità condotta collegialmente per almeno un anno in istituto, richiedendosi inoltre, quando i delitti siano commessi in danno di persone minorenni, la positiva valutazione della partecipazione del condannato al trattamento psicologico con finalità di recupero e sostegno di cui all'art. 13-*bis* ord. pen. (comma 1-*quinquies*)

Ulteriori effetti legati alla condanna per queste specifiche categorie di reati concernono la presenza di preclusioni assolute per l'accesso ad alcune misure alternative³²; assolute poiché non superabili nemmeno attraverso il rispetto delle condizioni ostative previste per ciascuna delle tre fasce criminose disegnate dalla norma. Per quanto specificamente concerne la detenzione domiciliare umanitaria, la condanna per uno qualunque dei delitti ricompresi nelle tre fasce di ostatività, infatti, preclude la concessione della detenzione domiciliare per condannati ultrasettantenni di cui all'art. 47-*ter*, comma 01, e costituiva altresì un ostacolo insormontabile, secondo l'originaria stesura dell'art. 47-*quinquies*, comma 1-*bis* (su cui poi è intervenuta la censura della Corte costituzionale³³), per l'accesso alla forma di detenzione domiciliare speciale "anticipata" ivi prevista.

La condanna per uno dei delitti indicati nell'art. 4-*bis*, inoltre, impedisce in via assoluta la concessione dei permessi premio, del lavoro all'esterno, delle misure alternative alla detenzione (ivi compresa la detenzione domiciliare umanitaria), comportandone l'eventuale revoca, nel caso in cui il condannato sia sottoposto a procedimento o sia stato ulteriormente condannato «*per un delitto doloso punito con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a tre anni, commesso da chi ha posto in essere una condotta punibile a titolo di evasione ovvero durante il lavoro all'esterno o la fruizione di un permesso premio o di una misura alternativa alla detenzione*» (art. 58-*quater*, comma 5).

³¹ Prima della riforma del 2022, il comma 1-*bis* stabiliva che l'accesso ai summenzionati benefici extramurari poteva essere concesso anche quando la collaborazione con la giustizia fosse impossibile, per la limitata partecipazione al fatto criminoso o per l'integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità, od oggettivamente irrilevante, nei casi in cui al condannato o all'internato fosse stata applicata una delle circostanze attenuanti previste dall'art. 62, n. 6), c.p.; in entrambe le ipotesi, si richiedeva la prova dell'assenza di collegamenti attuali del condannato con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva. Lo standard probatorio richiesto dal previgente comma 1-*bis*, meno gravoso di quello previsto dalla sentenza della [Corte cost., 4 dicembre 2019, n. 253](#), per la fruibilità dei permessi premio da parte dei condannati per delitti di prima fascia, volontariamente non collaboranti (per cui è stata richiesta anche la prova dell'assenza del pericolo di ripristinare i predetti collegamenti), era stato salvato dalla Corte costituzionale con [sentenza del 25 gennaio 2022, n. 20](#), in cui si è rimarcata la ragionevole differenza della disciplina riservata al silente "per scelta" e al silente "suo malgrado". Si veda il commento di S. BERNARDI, *La disciplina della collaborazione impossibile supera il vaglio della Consulta: legittima la previsione di uno standard probatorio diverso da quello richiesto per chi non collabori "per scelta"*, in [Sistema Penale](#), 2 febbraio 2022.

³² Oltre alle preclusioni assolute concernenti la concessione della detenzione domiciliare umanitaria, su cui ci si sofferma sopra, la condanna per uno dei delitti ricompresi nelle tre fasce di ostatività stabilite nell'art. 4-*bis*, impedisce la concessione della detenzione domiciliare generica di cui all'art. 47-*ter*, comma 1-*bis*, nonché l'esecuzione presso il proprio domicilio delle pene detentive non superiori a diciotto mesi, ex art. 1, comma 2, lett. a) della legge n. 199 del 26 novembre 2010. Preclude, inoltre, la sospensione dell'esecuzione della pena, ai sensi di quanto stabilito dall'art. 656, comma 9, a) c.p.p. (ma [Corte cost., 28 aprile 2017, n. 90](#), ha dichiarato incostituzionale la norma nella parte in cui non consentiva l'operatività dell'istituto processuale nei confronti dei minorenni condannati per i delitti ivi elencati). La condanna per uno dei delitti di prima fascia, infine, impedisce la concessione della semilibertà "surrogatoria" dell'affidamento in prova al servizio sociale, in base all'art. 50, comma 2, ultima parte.

³³ [Corte cost., 12 aprile 2017, n. 76](#), per cui si veda *infra*, § 5.

Infine, il regime penitenziario differenziato previsto per gli autori dei delitti menzionati nell'art. 4-*bis*, comporta l'imposizione di termini più lunghi per l'accesso ad alcuni benefici penitenziari extramurari e misure alternative alla detenzione³⁴.

Ferma la discutibilità delle norme che contengono un divieto assoluto di concessione di certi benefici extramurari a condannati per delitti ostativi di prima, seconda e terza fascia, in quanto fondate su una presunzione di pericolosità assoluta, ossia insuscettibile di prova contraria, pur in assenza di una base nomologica o esperienziale sufficientemente forte da accomunare ragionevolmente tutte le figure di condannato coinvolte nell'automatismo³⁵, la previsione del "doppio binario" penitenziario all'interno dell'art. 4-*bis* potrebbe ritenersi compatibile con i principi di eguaglianza e di ragionevolezza se si basi su dati criminologici in grado di giustificare il regime penitenziario differenziato e se offra al condannato il diritto di scardinare la presunzione di pericolosità con la prova del proprio percorso di ravvedimento. Quest'ultimo requisito parrebbe *prima facie* rispettato grazie alla previsione legislativa delle condizioni ostative stabilite nei commi 1, 1-*ter* e 1-*quater* dell'art. 4-*bis*, la cui realizzazione consentirebbe al condannato di superare le preclusioni ivi previste, sebbene attraverso parametri rigidamente prefissati dal legislatore.

La condizione ostativa della collaborazione con la giustizia, prevista dal primo comma dell'art. 4-*bis*, appare particolarmente problematica e foriera di possibili discriminazioni rispetto a quelle stabilite dai commi 1-*ter* e 1-*quater*. Le condizioni stabilite per i delitti di seconda e terza fascia, infatti, richiedono al condannato non una condotta attiva, *stricto sensu* intesa, ma soltanto l'avvio di un percorso di ravvedimento desumibile da una recisione, o comunque dall'insussistenza, di legami con il crimine organizzato, terroristico o eversivo (a sua volta desumibile dalla mancanza di prova contraria da parte dell'accusa³⁶), ovvero da una revisione critica del suo passato deviante³⁷, in modo

³⁴ In relazione ai condannati per uno dei delitti di cui all'art. 4-*bis*, commi 1, 1-*ter* ed 1-*quater*, va menzionata l'imposizione di più lunghi termini di espiazione di pena per accedere ai permessi premio (ai sensi dell'art. 30 *ter*, comma 4, lett. c), ord. pen., occorre l'espiazione di almeno metà della pena, e comunque non oltre dieci anni), al lavoro all'esterno (secondo l'art. 21, comma 1, ord. pen., solo dopo la previa espiazione di almeno un terzo della pena, e comunque non oltre cinque anni), alla semilibertà per pene di lunga durata (*ex art.* 50, comma 2, prima parte, solo dopo l'espiazione dei due terzi della pena) e alla liberazione condizionale (in base all'art. 2, comma 2, del d.l. n. 152 del 13 maggio 1991, solo dopo l'esecuzione di almeno due terzi della pena temporanea, oppure, se si tratti di condannato all'ergastolo per uno dei delitti ostativi di cui all'art. 4-*bis*, primo comma, di trent'anni di pena). Queste limitazioni temporali sono superabili – così riportando il *quantum* di pena da espiaire a quello ordinariamente previsto per i condannati per delitti non ostativi – soltanto attraverso la collaborazione con la giustizia, *ex art.* 58-*ter*, anche qualora si tratti di condannati per delitti di seconda o di terza fascia. Tuttavia, l'art. 16-*novies* del d.l. n. 8/1991, stabilisce che il condannato per uno dei delitti ostativi di cui all'art. 4-*bis*, primo comma, se collabori con la giustizia, potrà fruire della liberazione condizionale dopo l'espiazione di un quarto della pena temporanea, o, se si tratti di condanna all'ergastolo, dopo l'espiazione di dieci anni di pena detentiva (su questo profilo di diseguaglianza rispetto al limite di trent'anni applicabile per l'accesso alla liberazione condizionale del condannato all'ergastolo ostativo di prima fascia non collaborante, qualora si provi che abbia comunque rescisso ogni legame con la criminalità organizzata, si veda E. DOLCINI, *L'ergastolo ostativo riformato* in articolo mortis, in [Sistema Penale](#), 7 novembre 2022, 7). Secondo la medesima logica parzialmente preclusiva, tale condanna comporta, inoltre, che l'affidamento in prova in casi particolari, di cui all'art. 94 del d.p.r. n. 309/1990, possa essere concesso solo in caso di pena residua espianda non superiore a quattro anni, anziché a sei.

³⁵ Si veda [Corte cost., 31 luglio 2020, n. 191](#), §§ 2.6, 4.1; [23 luglio 2015, n. 185](#), § 9.2; [23 luglio 2013, n. 232](#), § 4; [18 luglio 2013, n. 213](#), § 4; [12 maggio 2011, 164](#), § 5.2; [16 aprile 2010, n. 139](#), § 4: «Le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*. In particolare, è stato posto in rilievo che l'irragionevolezza della presunzione assoluta si può cogliere tutte le volte in cui sia "agevole" formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa». Si veda S. LEONE, *Automatismi legislativi, presunzioni assolute e bilanciamento*, in [Rivista del Gruppo di Pisa](#), 2018, 1, 22 ss.

³⁶ Si veda F.P.C. IOVINO, *Legge penitenziaria e lotta alla criminalità organizzata*, in *Cass. pen.*, 1992, 440; ID., *Osservazioni sulla recente riforma dell'ordinamento penitenziario*, in *Cass. pen.*, 1993, 1264.

³⁷ Secondo A. MARANDOLA, *I profili processuali delle nuove norme in materia di sicurezza pubblica, di contrasto alla violenza sessuale e stalking*, in *Dir. pen. e proc.*, 2009, 959, la necessità dell'osservazione scientifica della

spontaneo o come conseguenza della precedente adesione ai programmi di trattamento intramurario. Invece, la collaborazione con la giustizia esige, a norma dell'art. 58-ter della legge, un tangibile apporto del condannato, diretto a evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, ovvero la prestazione di un concreto aiuto all'autorità di polizia o all'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli autori dei reati; contributo non sempre agevolmente concedibile, trattandosi di un «*un onere di collaborazione, che può richiedere la denuncia a carico di terzi, comportare pericoli per i propri cari, e rischiare altresì di determinare autoincriminazioni, anche per fatti non ancora giudicati*»³⁸.

Inoltre, se da una parte, la mancanza di collaborazione non è «indice univoco di mantenimento dei legami di solidarietà con l'organizzazione criminale, tanto più, quando l'esistenza di collegamenti con quest'ultima sia stata altrimenti esclusa»³⁹, d'altra parte, l'eventuale condotta collaborativa del reo non risulterebbe necessariamente espressione di un suo reale ravvedimento, fondandosi più probabilmente su motivi opportunistici⁴⁰: tali rilievi dimostrano come i benefici sottesi alla sua realizzazione siano in realtà collocabili sul solco di un intervento puramente premiale del legislatore, intento a perseguire obiettivi di efficienza delle indagini e dei processi⁴¹, impropriamente incanalandoli nella costruzione degli scopi della pena, e in particolare di quelli rieducativi⁴².

Un'ulteriore criticità collegata all'art. 4-bis, comma 1 – in questo caso connessa alla necessità di rinvenire dati criminologici in grado di fondare le presunzioni di pericolosità formulate nella norma – attiene al progressivo inserimento, all'interno di questa categoria, di reati che si allontanano da quella finalità di tutela della sicurezza pubblica che aveva inizialmente guidato la rigoristica opera legislativa e che aveva conseguentemente coinvolto fattispecie direttamente legate al crimine organizzato (non a caso, la norma era stata introdotta successivamente alle stragi di mafia dei primi anni '90 del secolo scorso)⁴³. Con il trascorrere del tempo, la norma ha difatti assunto la foggia di un grimaldello per la lotta a fenomeni criminali di più ampio respiro, solo eventualmente riconducibili a realtà associative, ma comunque percepiti come particolarmente allarmanti dalla società⁴⁴, secondo una logica populista culminata con l'inclusione dei più gravi delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, ad opera della legge n. 3 del 9 gennaio 2019⁴⁵. L'ampliamento della cerchia dei detenuti soggetti alla condizione ostativa di prima fascia ha così finito per rendere meno omogeneo, e più discriminatorio, l'elenco dei reati fondanti la presunzione di pericolosità che impedirebbe al reo di accedere ai benefici extramurari alle stesse condizioni generalmente previste per gli altri condannati.

Alla suddetta ingiustificata equiparazione ha cercato di porre rimedio il d.l. 31 ottobre 2022, n. 162, che, pur avendo stabilito condizioni alternative alla collaborazione con la giustizia diversificate in base al titolo di reato⁴⁶, ai sensi dei commi 1-bis e 1-bis.1 dell'art. 4-bis, ha sostanzialmente

personalità per i condannati per uno dei delitti indicati nell'art. 4-bis, comma 1-*quater*, darebbe «per sussistente una condizione psicologica-criminogena e degli impulsi devianti del soggetto che meritano una peculiare attenzione».

³⁸ [Corte cost., 11 maggio 2021, n. 97.](#)

³⁹ [Corte cost., 8 luglio 1993, n. 306](#), § 13.

⁴⁰ In tal senso, si veda Corte eur. dir. uomo, 13 giugno 2019, Viola c. Italia, ric. n. 77633/16, § 119.

⁴¹ Così P. COMUCCI, *Misure alternative alla detenzione: evoluzione o involuzione?* in R. Bianchetti (a cura di), *Il contributo della criminologia al sistema penale: alla ricerca del nuovo "volto" della pena – Atti dell'incontro di studio in ricordo del Prof. Ernesto Calvanese*, Maggioli, 2015, e in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 6 marzo 2015, 28.

⁴² Così già [Corte cost., n. 306/1993](#), cit., § 13.

⁴³ Si veda [Corte cost., 20 luglio 2001, n. 273](#)

⁴⁴ Si vedano, sul punto, le riflessioni di E. AMATI, *L'enigma penale*, Giappichelli, Torino, 2020, 271-272.

⁴⁵ Sul punto, si vedano le critiche di V. MANES, *L'estensione dell'art. 4 bis ord. pen. ai delitti contro la p.a.: profili di illegittimità costituzionale*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 2019, 2, 118 ss.

⁴⁶ Il d.l. n. 162/2022 ha formulato una duplice distinzione all'interno della gamma dei delitti indicati nell'art. 4-bis, comma 1, ord. pen., con riferimento all'accesso ai benefici extramurari in assenza della collaborazione con la giustizia. In tal senso, da una parte, il decreto legge ha dedicato il comma 1-bis ai delitti tipicamente connessi al crimine organizzato, e, dall'altra, ha dedicato il comma 1-bis.1 agli altri delitti previsti nell'art. 4-bis comma 1: delitti contro la pubblica amministrazione, riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù, tratta di esseri umani, acquisto e

confermato che la condotta collaborativa rappresenta la condizione richiesta in via prioritaria a tutti i condannati per i delitti di prima fascia, ai fini dell'ottenimento dei benefici extramurari. Un cambio di rotta persino più decisivo, poi, si rinviene nel Disegno di legge di conversione, con emendamenti, del d.l. n. 162/2022 (d.d.l. A.S. 274), approvato in prima lettura dal Senato il 13 dicembre 2022, che ha previsto l'espunzione delle fattispecie contro la pubblica amministrazione dal novero dei delitti indicati nell'art. 4-*bis*, comma 1, conseguentemente eliminando il riferimento agli stessi anche nel comma 1-*bis*.1.

Ancora più nettamente sul piano della lotta al criminale presuntivamente pericoloso, piuttosto che al crimine realmente in grado di minacciare la sicurezza pubblica, si è collocata la legge ex Cirielli del 2005, che ha opposto una serie di ostacoli al condannato con l'aggravante della recidiva⁴⁷ – soprattutto quando si tratti della recidiva reiterata *ex art.* 99, comma 4, c.p. – in ordine all'*an*, al *quando* e al *quotiens* potere beneficiare di certi benefici extramurari⁴⁸. Con particolare riguardo alle misure qui in esame, la speciale forma di detenzione domiciliare umanitaria per ultrasettantenni prevista dal comma 01 (introdotto dalla stessa legge n. 251/2005) era preclusa al soggetto condannato per qualunque forma di recidiva; la condanna aggravata dall'art. 99, comma 4, c.p., avrebbe comportato la possibilità di accedere alla detenzione domiciliare umanitaria di cui al primo comma dell'art. 47-*ter* soltanto in presenza di una pena detentiva residua non superiore a tre anni, anziché a ai quattro generalmente previsti (comma 1.1.); inoltre, il recidivo reiterato avrebbe potuto beneficiare per una sola volta della detenzione domiciliare, oltre che dell'affidamento in prova e della semilibertà (art. 58-*quater*, comma 7-*bis*).

La Corte costituzionale⁴⁹ e il legislatore⁵⁰ hanno successivamente rimediato alle preclusioni previste dai commi 01 e 1.1., ma è rimasto in vigore l'ulteriore limite imposto dalla legge n. 251/2005 con l'introduzione del comma 7-*bis* nel corpo dell'art. 58-*quater*.

alienazione di schiavi, induzione e favoreggiamento della prostituzione minorile, pornografia minorile, violenza sessuale di gruppo, sequestro a fini di estorsione. Per questa seconda categoria di delitti, il nuovo comma 1-*bis*.1 dell'art. 4-*bis* ord. pen. ha previsto condizioni simili (alternative alla collaborazione con la giustizia) a quelle previste per i delitti connessi alla criminalità organizzata, ma opportunamente rimodulate tenendo conto della mancanza di un'organizzazione criminosa di cui il condannato faccia parte. In particolare, il comma 1-*bis*.1 si riferisce esclusivamente ai "collegamenti" con il "contesto nel quale il reato è stato commesso" e richiede la prova della mancanza di attualità di tali collegamenti ma non anche dell'assenza del pericolo del loro ripristino. Si veda E. DOLCINI, *L'ergastolo ostativo riformato* in articolo mortis, cit., 4-5.

⁴⁷ Cfr. T. PADOVANI, *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, in *Guida dir.*, 2006, 1, 32, che sostiene che la legge n. 251/2005 stringe «con occhiuta determinazione il cappio sanzionatorio intorno al collo del recidivo».

⁴⁸ In tal senso, l'art. 30-*quater* ord. pen., introdotto dalla legge Cirielli, ha imposto al recidivo reiterato l'espiazione di termini di pena più lunghi di quelli ordinariamente previsti per gli altri condannati, al fine di ottenere la concessione dei permessi premio. La norma è stata dichiarata costituzionalmente illegittima, da [Corte cost., 4 luglio 2006, n. 257](#), nella parte in cui non prevede che il permesso premio possa essere concesso sulla base dei requisiti prescritti dalla legge previgente, nei confronti del condannato che, prima dell'entrata in vigore della norma, abbia raggiunto un grado di rieducazione adeguato al beneficio extramurario *de quo*, in base al principio di non regressione trattamentale, fondato sull'art. 27, comma 3, Cost. Il condannato con l'aggravante della recidiva reiterata non avrebbe potuto beneficiare della sospensione dell'esecuzione della pena, ai sensi di quanto stabilito dall'art. 656, comma 9, c), c.p.p., prima dell'intervento abrogativo del d.l. 1° luglio 2013, n. 78, convertito, con modificazioni, nella legge 9 agosto 2013, n. 94. Il medesimo provvedimento normativo ha fatto venire meno la preclusione relativa, prevista dall'art. 50-*bis*, che imponeva al recidivo reiterato termini più lunghi di espiazione di pena prima di potere beneficiare della semilibertà. Inoltre, la detenzione domiciliare generica di cui al comma 1-*bis* non avrebbe potuto essere concessa al recidivo reiterato, fino a quando la limitazione non è stata abrogata dal d.l. n. 78/2013, cit. Resta in vigore la preclusione formulata nell'art. 58-*quater* ord. pen., comma 7-*bis*, secondo cui «L'affidamento in prova al servizio sociale nei casi previsti dall'articolo 47, la detenzione domiciliare e la semilibertà non possono essere concessi più di una volta al condannato al quale sia stata applicata la recidiva prevista dall'articolo 99, quarto comma, del codice penale». Sulla norma è poi intervenuta Corte cost., [16 marzo 2007, n. 79](#), che l'ha dichiarata incostituzionale nella parte in cui non prevede che i benefici extramurari ivi indicati «possano essere concessi, sulla base della normativa previgente, nei confronti dei condannati che, prima della entrata in vigore della citata legge n. 251 del 2005, abbiano raggiunto un grado di rieducazione adeguato ai benefici richiesti».

⁴⁹ [Corte cost., 31 marzo 2021, n. 56](#).

In conclusione, sembra innegabile che il principio di eguaglianza subisca un *vulnus* in seguito alla sottoposizione delle misure alternative alla detenzione previste dal Capo VI del Titolo I ord. pen. ai vincoli e alle preclusioni previsti dall'art. 4-*bis* e dalla legge ex Cirielli, trascurando la diversità teleologica tra quelle che hanno come finalità il reinserimento sociale del condannato, e la specifica misura della detenzione domiciliare umanitaria, che è precipuamente diretta a tutelare particolari categorie di soggetti vulnerabili, a prescindere dall'avvio di un percorso di ravvedimento e risocializzazione da parte del condannato oltre che dall'indagine sulla perseguibilità di scopi rieducativi mediante l'esecuzione di tale misura⁵¹.

Come vedremo nel prosieguo, grazie ai ripetuti interventi della Consulta, molte delle profilate incongruenze sono venute meno in relazione a determinate categorie di condannati destinatari della detenzione domiciliare umanitaria, lasciando comunque permanere diversi dubbi circa la legittimità costituzionale delle perduranti preclusioni a carico delle restanti categorie non investite dalle pronunce.

4. *La presunzione di pericolosità ex art. 4-bis, comma 1 e i limiti alla concessione della detenzione domiciliare nei confronti delle madri o dei padri di prole di età inferiore ai dieci anni: la [sentenza costituzionale n. 239/2014](#).*

Con la [sentenza n. 239/2014](#) la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-*bis*, comma 1, legge o. p. nella parte in cui non esclude dai limiti di concessione *ivi* previsti, la misura della detenzione domiciliare speciale disciplinata dall'art. 47-*quinquies* nonché, in via consequenziale, la detenzione domiciliare di cui all'art. 47-*ter*, comma 1, lettere a) e b)⁵².

Nella sua decisione, la Consulta ha anzitutto dichiarato di non condividere, «*nella sua assolutezza*», l'assunto del giudice rimettente secondo cui la detenzione domiciliare speciale sarebbe priva di contenuti rieducativi, e ha invece affermato che tale istituto partecipa «*della finalità di reinserimento sociale del condannato, costituente l'obiettivo comune di tutte le misure alternative alla detenzione*», facendo leva sia sulla necessità di provare l'assenza del pericolo di recidiva, sia sulla disciplina delle modalità di svolgimento della misura, in relazione all'intervento del servizio sociale (art. 47-*quinquies*, commi 3, 4 e 5, ord. pen.). Aggiustando il tiro di quanto appena prima affermato, la Corte ha poi tenuto a precisare come la detenzione domiciliare speciale costituisca un istituto eterogeneo rispetto alle altre misure alternative, sia per il fatto di fondarsi sulla protezione del rapporto tra madre e figlio, e dunque di coinvolgere gli interessi di un terzo (il minore) estraneo «*tanto alle attività delittuose che hanno dato luogo alla condanna, quanto alla scelta del condannato di non collaborare*», sia per la finalità umanitaria perseguita attraverso la sua applicazione, che sovrasta l'obiettivo del ravvedimento ritenuto desumibile dalla collaborazione con la giustizia del condannato⁵³. Si tratta, dunque, di una misura che chiama in causa «*l'art. 3 Cost., in*

⁵⁰ Il citato d.l. n. 78/2013 ha abrogato totalmente il comma 1.1.

⁵¹ Sul punto, si vedano le considerazioni del giudice rimettente riprese nella [sentenza costituzionale n. 239/2014](#), cit., Ritenuto in fatto, § 1.

⁵² [Corte cost., n. 239/2014](#), cit. Per un primo commento, si veda F. FIORENTIN, *La Consulta dichiara incostituzionale l'art. 4 bis ord. penit. laddove non esclude dal divieto di concessione dei benefici la detenzione domiciliare speciale e ordinaria in favore delle detenute madri*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 27 ottobre 2014.

⁵³ [Corte cost., n. 239/2014](#), cit., rileva, in tal senso, che «è indubbio che nell'economia dell'istituto assuma un rilievo del tutto prioritario l'interesse di un soggetto debole, distinto dal condannato e particolarmente meritevole di protezione» (§ 8); e che un conto è che la strategia di contrasto alla criminalità organizzata «venga perseguita tramite l'introduzione di uno sbarramento alla fruizione di benefici penitenziari costruiti – com'è di norma – unicamente in chiave di progresso trattamentale del condannato, sbarramento rimuovibile tramite la condotta collaborativa; altro conto è che la preclusione investa una misura finalizzata in modo preminente alla tutela dell'interesse di un soggetto distinto e, al tempo stesso, di particolarissimo rilievo, quale quello del minore in tenera età a fruire delle condizioni per un migliore e più equilibrato sviluppo psico-fisico» (§ 9).

rapporto all'esigenza di un trattamento differenziato»⁵⁴ della condannata madre di prole infradecenne rispetto alle altre categorie di condannati, quand'anche destinatarie della detenzione domiciliare umanitaria di cui all'art. 47-ter.

Tenuto conto che l'interesse del minore infradecenne alle cure materne o paterne potrebbe retrocedere soltanto di fronte a esigenze di difesa sociale concretamente affioranti – ossia laddove sia accertata la sussistenza del pericolo di commissione di ulteriori delitti, *ex art. 47-quinquies*, primo comma, ord. pen. – ma mai dinnanzi a indici presuntivi di pericolosità del condannato, la Consulta ha rilevato l'incostituzionalità della preclusione opposta dall'art. 4-bis, comma 1, all'accesso alla detenzione domiciliare speciale per le madri o i padri di figli infradecenni non collaboranti con la giustizia, per contrasto con il principio di eguaglianza e con i parametri costituzionali posti a tutela della famiglia (artt. 29, 30 e 31 Cost.). La Corte ha così ammesso che con l'assoggettamento della «*detenzione domiciliare speciale al regime "di rigore" sancito dall'art. 4-bis, comma 1, della legge n. 354 del 1975, il legislatore ha, dunque, accomunato fattispecie tra loro profondamente diversificate»⁵⁵: in tal senso, il modello di differenziazione per l'accesso al regime penitenziario extramurario previsto dall'art. 4-bis, anche se possa ritenersi ragionevole nella prospettiva della funzione rieducativa della pena, non sarebbe tale di fronte alla necessità di soddisfare le istanze a sfondo umanitario, come quella di tutelare lo sviluppo e la crescita dei figli infradecenni dei reclusi⁵⁶.*

L'estensione, in via consequenziale, della declaratoria di illegittimità anche alla preclusione riferibile alla concessione della detenzione domiciliare umanitaria nei confronti dei medesimi soggetti, *ex art. 47 ter*, comma 1, lett. a) e b) – ferma la rilevata necessità di accertare, anche in tale ipotesi, l'insussistenza di un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti, pur non esplicitamente richiesto da quest'ultima norma⁵⁷ –, oltre a fondarsi formalmente sul dettato normativo dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87, è chiaramente frutto dell'applicazione del principio di eguaglianza: non sarebbe infatti ragionevole imporre un trattamento deteriore nei confronti dei condannati richiedenti una misura «*avente finalità identiche alla detenzione domiciliare speciale*», ma presuntivamente meno pericolosi di coloro che possano beneficiare di quest'ultima (rispetto a cui non sono previsti limiti di pena residua, al punto che possono accedervi anche i condannati all'ergastolo), in quanto espianti pene detentive uguali o inferiori a quattro anni di reclusione.

Quello che emerge dal tenore della pronuncia, è che la tutela della condizione di vulnerabilità che contrassegna tipicamente il fanciullo, è in grado di superare le istanze di risocializzazione del condannato, ritenute sottese alla disciplina dell'art. 4-bis, comma 1, a conferma di come la

⁵⁴ [Corte cost., n. 239/2014](#), cit., § 8.

⁵⁵ [Corte cost., n. 239/2014](#), cit., § 9.

⁵⁶ Così M. PELISSERO, *La detenzione domiciliare: i vantaggi in chiave deflattiva e il problema dell'offerta trattamentale*, cit., 247.

⁵⁷ Cfr. [Corte cost., n. 239/2014](#), § 10: «la concessione della misura rimane comunque subordinata alla verifica della insussistenza di un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti: condizione, come detto, non enunciata in modo esplicito dal citato art. 47-ter, ma che deve comunque ricorrere, secondo la giurisprudenza, stante l'evidenziata *ratio* comune delle misure alternative alla detenzione». In relazione alla detenzione domiciliare di cui all'art. 47-ter, comma 1, lett. a) e b), in dottrina è stato ritenuto che la sentenza costituzionale – valorizzando il giudizio concreto sull'assenza del pericolo di commissione di ulteriori delitti, come strumento idoneo a controbilanciare la dichiarazione di incostituzionalità parziale dell'art. 4-bis, comma 1 – abbia sostanzialmente apportato alla norma una manipolazione *in malam partem*, poiché tale giudizio è espressamente richiesto soltanto ai fini della concessione della detenzione domiciliare speciale: così A.M. CAPITTA, *Detenzione domiciliare per le madri e tutela del minore: la Corte costituzionale rimuove le preclusioni stabilite dall'art. 4-bis, co. 1, ord. penit. ma impone la regola di giudizio*, in [Archivio penale](#), 2014, n. 3, 7. In realtà già Corte cost., n. 177/2009, cit., § 5, aveva rilevato che la concessione della misura alternativa di cui all'art. 47-ter rientra nella disponibilità del Tribunale di sorveglianza, affermando che anche in questa ipotesi debba ricorrere il presupposto dell'assenza del pericolo di recidiva. In dottrina, in questa direzione, A. MENGHINI, sub *Art 47-ter*, cit., 610-611, che in tal senso valorizza anche il disposto dell'art. 47-ter, comma 1-bis, ove la legge stabilisce che debba essere la stessa concessione della detenzione domiciliare generica «*a evitare il pericolo che il condannato commetta altri reati*».

detenzione domiciliare umanitaria e quella speciale siano attraversate da una tensione rieducativa nettamente recessiva rispetto alle più marcate finalità di protezione di soggetti deboli e di difesa sociale, e dunque presentino una natura ontologicamente e teleologicamente diversa da quella delle altre misure alternative alla detenzione previste dal Capo VI ord. pen.⁵⁸.

Affiorano, tuttavia, dei profili critici fisiologicamente connessi alla circoscritta portata della sentenza costituzionale. In particolare, se è vero che il giudizio concreto di non pericolosità del condannato e la valorizzazione del migliore interesse del figlio infradecenne dello stesso sono in grado di destituire la forza cogente del requisito della collaborazione con la giustizia⁵⁹, risulta difficile comprendere la ragione per cui la concessione della detenzione domiciliare umanitaria a beneficio delle altre categorie di condannati indicate nel primo comma dell'art. 47-ter ord. pen. – rispetto a cui, da una parte, non affiora l'esigenza di tutelare un soggetto terzo e incolpevole, ma, dall'altra, emerge la necessità di sottrarre alle sofferenze legate alla reclusione intramuraria un condannato direttamente affetto da una condizione di particolare vulnerabilità – non possa pure impersiarsi esclusivamente sul giudizio di non pericolosità del soggetto destinatario della misura, anche quando condannato per uno dei delitti di prima fascia e non collaborante con la giustizia.

Volendo, poi, oltrepassare il ristretto binario della detenzione domiciliare umanitaria, ed estendendo i dubbi di ragionevolezza del doppio binario penitenziario al contesto di quelle altre misure alternative pensate per fini prettamente risocializzanti, si potrebbe affermare che il giudizio di non pericolosità, in questi casi accompagnato dalla concreta prova dell'adeguatezza del percorso rieducativo fino ad allora intrapreso dal richiedente l'accesso al beneficio extramurario, possa essere altrettanto idoneo a superare il mancato rispetto della condizione ostativa prevista dall'art. 4-bis, comma 1, come del resto poi evidenziato dalla stessa Corte nella [sentenza n. 253/2019](#)⁶⁰ e

⁵⁸ Cfr. C. JUANATEY DORADO – C. PECORELLA, *Madres con hijos en prisión: una visión comparada de los sistemas penitenciarios español e italiano*, in C. Juanatey Dorado – N. Sánchez-Moraleda Vilches, *Derechos del condenado y necesidad de pena* (a cura di), Aranzadi, 2018, 333-334.

⁵⁹ Si noti, a tal proposito, che la sentenza della Corte ha inciso soltanto sulla portata della condizione ostativa stabilita per i delitti indicati nell'art. 4-bis, comma 1, ord. pen. (la collaborazione con la giustizia), in relazione all'accesso alla detenzione domiciliare speciale e alla detenzione domiciliare umanitaria per madri o padri di un figlio infradecenne, lasciando invece immutate le preclusioni connesse alle condizioni ostative di cui ai commi 1-ter e 1-quater dell'art. 4-bis, che pertanto dovrebbero continuare a essere rispettate ai fini della concessione delle summenzionate misure alternative domiciliari ai condannati per delitti di seconda o di terza fascia. Che sia stata questa l'intenzione della Corte – nonostante il tenore della pronuncia (la dichiarazione di «illegittimità costituzionale dell'art. 4-bis, comma 1, della legge n. 354 del 1975, nella parte in cui non esclude dal divieto di concessione dei benefici penitenziari, da esso stabilito», la misura della detenzione domiciliare speciale prevista dall'art. 47-quinquies e quella della detenzione domiciliare prevista dall'art. 47-ter, comma 1, lettere a) e b)) potesse consentire di ricavarne un effetto a cascata a causa del rinvio che i commi 1-ter e 1-quater fanno al comma 1 dell'art. 4-bis – è affermato da [Corte cost., n. 76/2017](#), § 2.2.: «ai condannati per uno dei delitti di cui all'art. 4-bis della legge n. 354 del 1975 resta pur sempre applicabile il complesso ed articolato regime previsto da tale disposizione per la concessione dei benefici penitenziari, in base, però, alla ratio della [sentenza n. 239 del 2014 di questa Corte](#), secondo la quale la mancata collaborazione con la giustizia non può ostare alla concessione di un beneficio primariamente finalizzato a tutelare il rapporto tra la madre e il figlio minore». Conf., in dottrina, G. LEO, *Un nuovo passo della Consulta per la tutela dei minori con genitori condannati a pene detentive, e contro gli automatismi preclusivi nell'ordinamento penitenziario*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 2017, 5, 328, che tuttavia rileva la necessità di «un'analisi di ragionevolezza della disciplina di risulta, come delineata in esito al doppio intervento della Consulta, posto che nel comma 1 dell'art. 4-bis sono compresi reati diversi da quelli elencati nelle disposizioni successive, ed anche più gravi. Con la conseguenza che – ferma restando la non necessità della condotta collaborativa – i presupposti per l'accesso al beneficio, quanto ai reati di prima fascia, sembrerebbero meno restrittivi (o comunque meno specifici) che per le fattispecie di cui ai commi 1-ter e seguenti dell'art. 4-bis».

⁶⁰ [Corte cost., n. 253/2019](#), che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-bis, comma 1, ord. pen., nella parte in cui non prevede che ai detenuti per i delitti ivi contemplati possano essere concessi permessi premio anche in assenza di collaborazione con la giustizia ex art. 58-ter, quando siano stati acquisiti elementi tali da escludere sia l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata sia il pericolo del ripristino di tali collegamenti. Si veda il commento di M. RUOTOLO, *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sent. n. 253 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Sistema penale*, 12 dicembre 2019.

nell'ordinanza [n. 97/2021](#) ⁶¹, con esclusivo riferimento, però, ai permessi premio e alla liberazione condizionale. Proprio allo scopo di superare tali criticità, oltre che per venire incontro alle sollecitazioni della Corte costituzionale, il d.l. n. 162/2022, come già segnalato, ha consentito che il condannato per uno dei delitti di prima fascia possa beneficiare dei benefici extramurari indicati dall'art. 4-*bis* anche senza la collaborazione con la giustizia, sempre che si dimostri l'efficace inizio del suo processo rieducativo attraverso il rispetto di una serie di condizioni alternative il cui carattere elastico, tuttavia, ne assoggetta l'accertamento all'ampia discrezionalità del Tribunale di sorveglianza ⁶².

5. *Il divieto assoluto di concedere la detenzione domiciliare speciale "anticipata" di cui all'art. 47-quinquies, comma 1-bis, nei confronti dei condannati per uno dei delitti di cui all'art. 4-bis: la sentenza costituzionale n. 76/2017.*

Una consistente parte dell'impianto argomentativo della sentenza costituzionale del 2014 ha poi sorretto le motivazioni della successiva [pronuncia della Consulta n. 76/2017](#), con cui la Corte ha dichiarato incostituzionale l'art. 47-*quinquies*, comma 1-*bis*, nella parte in cui preclude in via assoluta alle condannate madri per uno dei delitti indicati nell'art. 4-*bis*, di espiare l'iniziale frazione di pena, necessaria per accedere alla detenzione domiciliare speciale di cui al comma 1, presso un istituto a custodia attenuata per detenute madri ovvero, in assenza di un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti o di fuga, nella propria abitazione, o in altro luogo di privata dimora, ovvero in luogo di cura, assistenza o accoglienza, al fine di provvedere alla cura e all'assistenza dei figli, o nelle case famiglie protette ⁶³.

Sviluppando quanto già sottolineato nella precedente pronuncia, la Corte ha rilevato che lo scopo di tutelare l'interesse del fanciullo rappresenta la pietra angolare della detenzione domiciliare speciale, anche in relazione alla previsione di cui al comma 1-*bis*; che tale interesse, seppur preminente, non può comunque sottrarsi a un bilanciamento con contrapposte esigenze di difesa sociale ⁶⁴, come testimoniato dal giudizio sull'assenza del pericolo di recidiva, richiesto al Tribunale di sorveglianza dal primo comma dell'art. 47-*quinquies*, e ribadito dal comma 1-*bis* (insieme al giudizio prognostico sull'assenza del rischio di fuga) per consentire l'espiazione della frazione iniziale di pena in un contesto domiciliare, al di fuori degli istituti a custodia attenuata; e, infine, che tale bilanciamento risulterebbe frustrato dal ricorso del legislatore a «*un automatismo basato su indici presuntivi*» – quale è da considerarsi la preclusione secca nei confronti dei condannati *ex art. 4-bis* – «*il quale comporta il totale sacrificio dell'interesse del minore*» ⁶⁵.

⁶¹ La Corte costituzionale, con l'[ordinanza n. 97/2021](#), cit. (su cui si veda il commento di E. DOLCINI, *L'ordinanza della Corte costituzionale n. 97 del 2021: euforia, dissonanze, prospettive inquietanti*, in [Sistema Penale](#), 25 maggio 2021), e con l'[ordinanza del 13 maggio 2022, n. 122](#), dopo avere constatato una violazione del principio costituzionale di rieducazione della pena (art. 27, comma 3, Cost.) da parte della legge che consente ai condannati all'ergastolo per uno dei delitti di prima fascia l'accesso alla liberazione condizionale solo in presenza della sua collaborazione con la giustizia (art. 2 del d.l. n. 152/1991, che rinvia all'art. 4-*bis*, comma 1), ha rinunciato a dichiarare immediatamente la norma costituzionalmente illegittima, sollecitando l'intervento del Parlamento e posticipando la sua decisione finale all'8 novembre 2022. La Corte costituzionale, con la successiva ordinanza del [10 novembre 2022, n. 227](#), ha preso atto dell'intervento del d.l. n. 162/2022 e ha rimesso gli atti ai giudici rimettenti affinché verifichino l'incidenza della legislazione sopravvenuta sulla rilevanza delle questioni di costituzionalità sollevate.

⁶² Così R. DE VITO, *Finisce davvero il «fine pena mai»? Riflessioni e interrogativi sul decreto-legge che riscrive il 4-bis*, in [Questione Giustizia](#), 2 novembre 2022, § 6.

⁶³ [Corte cost., n. 76/2017](#), cit., con commento di G. LEO, *Un nuovo passo della Consulta per la tutela dei minori con genitori condannati a pene detentive, e contro gli automatismi preclusivi nell'ordinamento penitenziario*, cit., 321 ss.

⁶⁴ Così F. SIRACUSANO, *Cronaca di una morte annunciata: l'insopprimibile fascino degli automatismi preclusivi penitenziari e le linee portanti della "riforma tradita"*, cit., 12.

⁶⁵ [Corte cost., n. 76/2017](#), cit., § 2.2. Si veda A. RUGGERI, *Eguaglianza, solidarietà e tecniche decisorie nelle più salienti esperienze della giustizia costituzionale*, in [Rivista AIC](#), 2017, 2, 14-15, secondo cui la contrarietà della Consulta agli automatismi legislativi si fonda sul «bisogno di rendere quanto più è possibile flessibili discipline

In tal senso, occorre sottolineare come la preclusione contenuta nel comma 1-*bis* appaia persino più irragionevole di quella oggetto del giudizio di costituzionalità del 2014, in quanto di carattere assoluto, non potendo essere superata attraverso il rispetto di alcuna delle condizioni previste per le tre fasce di delitti ostativi, e dunque nemmeno mediante la collaborazione con la giustizia. L'automatismo finisce quindi per comprimere del tutto, nell'ambito delle condanne per i delitti inclusi nelle tre fasce indicate nell'art. 4-*bis*, gli interessi preminenti del minore⁶⁶.

La sentenza della Corte ha così completato l'opera iniziata nel 2014, epurando la disciplina della detenzione domiciliare speciale per genitori di minori di dieci anni dai limiti normativi concernenti i condannati presuntivamente pericolosi.

Salta all'occhio come la pronuncia fondi la declaratoria di incostituzionalità sulla sola violazione dell'art. 31, comma 2, della Costituzione, ritenendo assorbite le censure relative agli altri parametri costituzionali invocati dal giudice rimettente. In particolare, pur ammettendo che l'art. 47-*quinquies*, co. 1-*bis*, «si inserisce nell'ambito di un istituto – la detenzione domiciliare speciale – che, pur partecipando della finalità di reinserimento sociale del condannato, è primariamente indirizzato a consentire l'instaurazione, tra madri detenute e figli in tenera età, di un rapporto quanto più possibile “normale”», la Corte non dà risalto alla circostanza che applicarvi una preclusione assoluta determinerebbe un'indebita parificazione con quelle altre misure per cui il legislatore ha pure previsto un divieto insuperabile di accesso in presenza di una condanna per uno dei delitti di cui all'art. 4-*bis* (la detenzione domiciliare generica di cui all'art. 47-*ter*, comma 1-*bis*, l'esecuzione presso il proprio domicilio delle pene detentive non superiori a diciotto mesi, *ex art.* 1, co. 2, lett. a), l. n. 199/2010, la semilibertà “surrogatoria” dell'affidamento in prova al servizio sociale, *ex art.* 50, co. 2, nonché la sospensione dell'esecuzione della pena, in base all'art. 656, comma 9, lett. a), c.p.p.)⁶⁷, ma nel cui contesto non si perseguono quegli obiettivi umanitari che invece sono sottesi alla detenzione domiciliare speciale, ove, in particolare, emerge lo scopo di protezione di un minore incolpevole rispetto alla commissione del reato.

Anche rispetto alla questione di legittimità costituzionale dell'art. 47-*quinquies*, comma 1-*bis*, ord. pen., dunque, non avrebbe dovuto essere sottaciuta l'esigenza di una differenziazione *in bonam partem* della disciplina di accesso alla detenzione domiciliare speciale per la madre di prole infradecenne rispetto alle regole generalmente applicabili per la concessione delle misure alternative alla detenzione agli altri condannati per uno dei delitti indicati nell'art. 4-*bis*⁶⁸; conclusione comunque implicitamente ricavabile dall'affermazione della preminenza della tutela dell'interesse del minore, *ex art.* 31 Cost., che può anche essere soggetto a un bilanciamento con esigenze di difesa pubblica, da attuarsi attraverso una valutazione in concreto, ma mai a un sacrificio totale, come quello legato a presunzioni insuperabili di pericolosità⁶⁹.

6. *La detenzione domiciliare nell'ordinamento penitenziario minorile e la preclusione di cui all'art. 4-bis, comma 1, ord. pen.: la [sentenza costituzionale n. 263/2019](#).*

normative connotate da eccessiva rigidità, preservando a un tempo la sfera di competenza del giudice menomata dal meccanismo legislativo e salvaguardando i diritti che possono essere appunto tutelati adeguatamente solo dando modo al giudice stesso di somministrare giustizia caso per caso», riprendendo, in tale direzione, il passaggio in cui la [Corte cost., n. 76/2017](#), cit., § 2.2., richiamando a sua volta la [sentenza costituzionale n. 239/2014](#), chiarisce che «affinché il preminente interesse del minore possa restare recessivo di fronte alle esigenze di protezione della società dal crimine, la legge deve consentire che sussistenza e consistenza di queste ultime siano verificate in concreto, e non già sulla base di automatismi che impediscono al giudice ogni margine di apprezzamento delle singole situazioni».

⁶⁶ Insiste su questo profilo critico della norma oggetto del giudizio di incostituzionalità, e in particolare sulla presenza di una preclusione assoluta e insuperabile, G. LEO, *Un nuovo passo della Consulta per la tutela dei minori con genitori condannati a pene detentive, e contro gli automatismi preclusivi nell'ordinamento penitenziario*, cit., 326-327.

⁶⁷ Si veda *supra*, nota 30.

⁶⁸ Cfr. [Corte cost., n. 239/2014](#), cit., § 8.

⁶⁹ V. [Corte cost., n. 76/2017](#), cit., § 2.2.

Con il d.lgs. n. 121 del 2 ottobre 2018, è stata dettata una specifica legge penitenziaria avente per destinatari i condannati che abbiano commesso il fatto di reato da minorenni e che, nel corso dell'esecuzione della pena, anche se divenuti maggiorenni, non abbiano ancora compiuto i venticinque anni d'età (cd. "giovani adulti").

Per ciò che concerne la detenzione domiciliare, l'art. 6 del decreto rinvia, nel suo *incipit*, agli artt. 47-*ter*, comma 1, 47-*quater* e 47-*quinquies* ord. pen., consentendo così l'applicazione delle generali tipologie di detenzione domiciliare umanitaria anche qualora i minori o i giovani adulti rientrino nelle relative categorie soggettive (escluse, chiaramente, quelle relative ai condannati ultrasessantenni e ultrasettantenni). Inoltre, è stata prevista, all'art. 5, una particolare ipotesi di affidamento in prova con detenzione domiciliare, qualora esigenze di sicurezza pubblica richiedano un parziale contenimento del condannato in un contesto domiciliare, e, all'art. 6, una speciale forma di detenzione domiciliare generica, delineata sul prototipo di quella prevista per gli adulti dall'art. 47-*ter*, comma 1-*bis*, riservata a coloro che debbano espiare una pena detentiva residua non superiore a tre anni, quando non vi sono le condizioni per l'affidamento in prova al servizio sociale e per l'affidamento in prova al servizio sociale con detenzione domiciliare.

Le diverse forme di detenzione domiciliare disciplinate dal d.lgs. n. 121/2018, direttamente o per rinvio, beneficiano di una specifica disciplina incentrata sul trattamento extramurario – a fronte delle lacune riscontrate nella regolamentazione della detenzione domiciliare per condannati adulti –, così da assicurare ai condannati minorenni, o comunque in età evolutiva, l'educazione al rispetto dei valori, non tanto smarriti quanto piuttosto mai pienamente acquisiti, dell'ordinamento. In tal senso, è stata prevista l'elaborazione di un programma di intervento educativo ad opera dell'ufficio di servizio sociale per i minorenni, contenente prescrizioni volte a «favorire lo svolgimento di attività esterne, in particolare di istruzione, di formazione professionale, di istruzione e formazione professionale, ovvero di lavoro, o culturali, o sportive, comunque utili al successo formativo e all'inclusione sociale» (art. 6, commi 2 e 3).

La principale criticità di questo speciale regime penitenziario differenziato *in bonam partem* riguarda il rinvio, formulato nell'art. 2, comma 3, ai commi 1 e 1-*bis* dell'art. 4-*bis*, ai fini della concessione dei permessi premio, del lavoro all'esterno e delle misure penali di comunità – compresa la detenzione domiciliare –, così imponendosi anche al minorenne o al giovane-adulto che sia stato condannato per uno dei delitti di prima fascia, la collaborazione con la giustizia per accedere ai suddetti benefici extramurari (tenendo conto delle eccezioni introdotte attraverso le sentenze manipolative della Corte costituzionale in materia di detenzione domiciliare umanitaria per condannate madri o, in caso di impossibilità delle prime, di condannati padri di figli minori di dieci anni, e di permessi premio, oltre che delle innovazioni apportate dal d.l. n. 162/2022). Non essendo presente, invece, alcun rinvio ai commi 1-*ter* e 1-*quater* dell'art. 4-*bis*, il d.lgs. n. 121/2018 non prevede un doppio binario penitenziario relativamente alle condanne per i delitti di seconda o di terza fascia, per le quali, quindi, non è stato concepito un regime ostativo nell'ordinamento penitenziario minorile.

La preclusione è stata sottoposta al sindacato della Corte costituzionale, che l'ha dichiarata illegittima con la [sentenza n. 263/2019](#)⁷⁰.

Di fronte a un ampio ventaglio di parametri invocati dal giudice rimettente, tra cui figurava anche l'art. 3 Cost., la Consulta ha fondato la sua pronuncia di accoglimento sulla violazione degli

⁷⁰ [Corte cost., 6 dicembre 2019, n. 263](#), su cui si vedano S. BERNARDI, *L'ostatività ai benefici penitenziari non può operare nei confronti dei condannati minorenni: costituzionalmente illegittimo l'art. 2 comma 3 d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121*, in [Sistema Penale](#), 29 gennaio 2020, § 7, e A. PUGIOTTO, *Due decisioni radicali della Corte costituzionale in tema di ostatività penitenziaria: le sentenze nn. 253 e 263 del 2019*, in [Rivista AIC](#), 2020, 1, 510, che sottolineano come la pronuncia abbia fatto cadere integralmente la presunzione di pericolosità e la relativa preclusione per il minore condannato per delitti di prima fascia, in senso più netto rispetto alla [pronuncia costituzionale n. 253/2019](#), che si era limitata, pur nel contesto dei permessi-premio e dei condannati ostativi adulti, a prevedere un surrogato flessibile alla condizione della collaborazione giustizia, lasciando permanere la presunzione di pericolosità.

artt. 76, 27, comma 3, e 31, comma 2, della Costituzione, ritenendo assorbite le altre censure ⁷¹. Tralasciando di approfondire le questioni inerenti all'inosservanza della legge delega, in cui non era stata richiesto al legislatore delegato di estendere all'ambito minorile, nemmeno parzialmente, il dettato dell'art. 4-*bis*, ma era stata indicata, anzi, la necessità della «eliminazione di ogni automatismo e preclusione per la revoca o per la concessione dei benefici penitenziari, in contrasto con la funzione rieducativa della pena e con il principio dell'individualizzazione del trattamento» (art. 85, co. 1, lett. p), n. 6), particolare attenzione va rivolta agli altri parametri costituzionali alla base della pronuncia.

Anche in questo caso, come nella [sentenza n. 76/2017](#), la Consulta ha rilevato un'ingiustificata compressione della tutela costituzionale dell'infanzia e della gioventù. Ciò che, invece, contraddistingue la pronuncia in esame è il riscontro dell'incompatibilità della disciplina ostativa con il principio della funzione rieducativa della pena, che assume peculiare rilevanza perché, in questo caso, il minore non è destinatario indiretto di un automatismo gravante sulla propria madre o sul proprio padre, bensì soggetto direttamente affetto, in quanto condannato, delle preclusioni apposte *per relationem* dall'ordinamento penitenziario minorile. Lo stretto legame tra l'art. 27, co. 3, e l'art. 31, co. 2, che già si intuisce da questa premessa, diventa poi evidente nel momento in cui la Corte afferma a chiare lettere la duplice necessità che la disciplina penitenziaria minorile si svincoli da presunzioni assolute di pericolosità e che il Tribunale di sorveglianza proceda a una valutazione individualizzata del percorso di risocializzazione del condannato, in conformità con il valore preminente da attribuire alla finalità rieducativa del minore di età che si sia reso responsabile di delitti, anche se molto gravi.

Ancora una volta nell'ombra restano le censure relative alla violazione del principio di eguaglianza, nonostante la Corte abbia fatto risaltare le distonie derivanti, da un lato, dall'assimilazione del minore all'adulto per quanto riguarda l'applicazione del regime ostativo di cui all'art. 4-*bis*, comma 1 ⁷², e, dall'altro, dall'indebita disparità di trattamento tra il minore condannato per delitti di prima fascia e il minore condannato per avere commesso altri fatti di reato, in virtù della del maggiore bisogno di flessibilità del trattamento sanzionatorio che li accomuna ⁷³, criterio cardine per riscontrare una discriminazione nei confronti del primo.

Un profilo di disegualianza formale meritevole di futura considerazione da parte della Corte costituzionale attiene alla diversità tra la disciplina penitenziaria di cui è destinatario il giovane adulto che abbia commesso il reato da minore e quella rivolta al giovane adulto che lo abbia commesso da maggiorenne: il primo, fino al compimento del venticinquesimo anno di età, potrà eseguire la pena godendo di misure alternative *ad hoc* e di benefici trattamentali da cui invece il secondo sarebbe escluso, in quanto sottoposto al regime generalmente stabilito per gli adulti, salvo per quanto riguarda la previsione di una specifica forma di detenzione domiciliare umanitaria rivolta a beneficio dell'infraventenne per comprovate esigenze di salute, di studio, di lavoro e

⁷¹ Oltre a quelli menzionati, il giudice rimettente ha sollevato la questione anche rispetto alla violazione dell'art. 2 e dell'art. 117 della Costituzione, quest'ultimo in relazione in relazione agli artt. 7, 10 e 11 della direttiva 2016/800/UE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 maggio 2016, sulle garanzie procedurali per i minori indagati o imputati nei procedimenti penali.

⁷² Cfr. [Corte cost., n. 263/2019](#), cit., § 3.1., in cui – richiamando la [sentenza della Corte cost., 28 aprile 2017, n. 90](#), che ha dichiarato incostituzionale l'art. 656, comma 9, lett. a), c.p.p., nella parte in cui vietava la sospensione dell'esecuzione della pena detentiva nei confronti dei minori condannati per i delitti di cui all'art. 4-*bis* ord. pen. – afferma che «La parificazione della disciplina della fase esecutiva nei confronti di adulti e minori può “confliggere con le esigenze di specifica individualizzazione e di flessibilità del trattamento del detenuto minore” e che questa situazione “contrast[a] con le esigenze [...] del recupero e della risocializzazione dei minori devianti, esigenze che comportano [appunto] la necessità di differenziare il trattamento dei minorenni rispetto ai detenuti adulti e di eliminare automatismi applicativi nell'esecuzione della pena”». Si veda anche il § 4.1., dove la Corte parla di «schema applicativo che non differisce in modo significativo da quello previsto per gli adulti».

⁷³ Cfr. [Corte cost., n. 263/2019](#), cit., § 4.1.: «Mentre, dunque, per la generalità dei condannati minorenni l'accesso ai singoli benefici è soggetto ai principi generali di cui agli artt. 1 e 2 dello stesso d.lgs. n. 121 del 2018, per le speciali categorie di condannati cui si riferisce l'art. 4-*bis* tale accesso è drasticamente limitato in considerazione della necessità di condotte collaborative con la giustizia, ai sensi dell'art. 58-*ter* o.p.».

di famiglia (art. 47-ter, co. 1, lett. e)), la quale comunque risente delle già rilevate carenze generali in ordine ai trattamenti rieducativi da predisporre nell'ambito della sua esecuzione.

In particolare, in ordine alla misura da ultimo menzionata, le disparità applicative emergono non dai suoi generali presupposti di accesso – che, grazie al rinvio operato dall'art. 6 del d.lgs. n. 121/2018, rimangono gli stessi per entrambe le figure soggettive di condannato messe a confronto – quanto piuttosto dal regime ostativo a tre fasce stabilito dall'art. 4-bis, che affliggerà soltanto il condannato infraventunenne che abbia commesso una delle relative fattispecie delittuose da maggiorenne, nonché dagli strumenti trattamentali previsti dall'art. 6 del d.lgs. 121/2018, riservati all'infraventunenne che sia stato condannato per un delitto commesso mentre era ancora minorenni (oltre che, al di fuori della misura di cui all'art. 47-ter, co. 1, lett. e) all'infraventicinquenne che stia scontando una delle peculiari forme di detenzione domiciliare previste dalla legislazione penitenziaria minorile).

La questione che andrà risolta è, dunque, se sia ragionevole sottoporre all'ordinaria disciplina penitenziaria di cui alla legge n. 354/1975 il giovane adulto che risulti coetaneo, o addirittura anagraficamente più giovane, del soggetto che invece beneficia delle previsioni dell'ordinamento penitenziario minorile per il solo fatto di avere commesso il delitto da minorenni, magari anche solo un giorno prima del compimento del diciottesimo anno: si tratterà cioè di valutare se l'età del reo relativa al *tempus commissi delicti* detenga un peso specifico tale da riuscire a giustificare, in ogni caso, le disparità di trattamento emergenti nel momento della considerazione dell'età relativa al *tempus executionis poenae*.

7. La preclusione assoluta di concessione della detenzione domiciliare ex art. 47-ter, comma 01, nei confronti del soggetto ultrasettantenne condannato con l'aggravante della recidiva: la [sentenza costituzionale n. 56/2021](#).

Spostando l'asse focale dell'analisi sulla linea dei limiti alla concessione della detenzione domiciliare "umanitaria" nei confronti dei soggetti condannati con l'aggravante della recidiva, è agevole notare come, anche dopo l'intervento di riforma del già citato d.l. n. 78/2013, il soggetto ultrasettantenne recidivo, in base all'art. 47-ter, comma 01, ultima parte, non avrebbe potuto beneficiare della speciale forma di detenzione domiciliare ivi disciplinata.

Da ciò emergono due criticità. La prima concerne la circostanza che l'ostacolo veniva a gravare su un soggetto la cui condizione di vulnerabilità potrebbe essere ritenuta più incisiva di quella, pure legata all'età senile, dell'ultrasessantenne inabile anche parzialmente, rispetto a cui una tale limitazione non era prevista dall'art. 47-ter, comma 1, lett. d). La seconda è legata alla specificità della preclusione, che – a differenza delle altre introdotte con la legge ex Cirielli – aveva ad oggetto la condanna aggravata da una qualunque delle forme di recidiva descritte dall'art. 99, e non da quella ipotesi più grave rappresentata dalla recidiva reiterata.

La prima rilevata disparità di trattamento potrebbe essere ritenuta ragionevole alla luce del necessario bilanciamento tra la protezione del soggetto "più anziano" e le maggiori istanze di sicurezza sociale che affiorano in relazione alla concessione del beneficio: la speciale forma di detenzione domiciliare di cui all'art. 47-ter, comma 01, infatti, si distingue da quella di cui al comma 1, lett. d), non solo per le caratteristiche anagrafiche del beneficiario, ma anche perché prescinde da limiti prefissati di pena detentiva da espiare, purché si tratti della pena della reclusione, e non dell'ergastolo.

Quanto alla seconda sottolineata incongruenza, la Corte costituzionale – chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale della previsione «nella parte in cui prevede che i condannati ultrasessantenni che abbiano riportato condanne con l'aggravante della recidiva non possono

usufruire della misura della detenzione domiciliare prevista dalla norma in esame»⁷⁴ – ha anzitutto rilevato che «la disposizione censurata è l'unica, nell'intero *corpus* dell'ordinamento penitenziario, a far discendere conseguenze radicalmente preclusive di una misura alternativa a carico di chi sia stato condannato in passato con l'aggravante della recidiva, in una qualunque delle sue forme disciplinate dall'art. 99 cod. pen.»⁷⁵. In secondo luogo, ha messo in evidenza le conseguenze dell'insolita scelta legislativa, ponendo le basi del sindacato di irragionevolezza della norma oggetto del ricorso incidentale: «mentre soltanto la recidiva reiterata osta a una seconda concessione di una misura alternativa (e dunque anche alla concessione di tutte le ipotesi di detenzione domiciliare diverse da quella in esame)» – secondo quanto disposto dall'art. 58-*quater* – «qui già la recidiva semplice di cui all'art. 99, primo comma, cod. pen. osta in radice alla detenzione domiciliare; e ciò proprio nei confronti di una categoria di detenuti – quelli ultrasessantenni – rispetto ai quali la vita carceraria risulta, in via generale, particolarmente gravosa»⁷⁶.

Essenziale, a questo punto, è l'individuazione della *ratio* della detenzione domiciliare prevista dal comma 01, peraltro chiarita dalla [sentenza n. 56/2021](#) già nei suoi primi passaggi argomentativi. L'introduzione di tale misura, finalizzata a garantire un'esecuzione penale differenziata nei confronti della particolare categoria dei condannati anziani, presuppone, anzitutto, la presunta minore pericolosità sociale del soggetto che abbia superato i settanta anni di età, rispetto a cui le esigenze di contenimento potrebbero essere soddisfatte attraverso la detenzione nel suo domicilio anziché attraverso la permanenza in carcere. Si fonda, in secondo luogo, su istanze umanitarie – affini a quelle sottese alla misura regolata dal successivo comma 1 e fondate sul divieto di applicare pene contrarie al senso di umanità – che suggeriscono di non addossare all'ultrasessantenne «*il carico di sofferenza associato alla permanenza in carcere*», che si ritiene crescere proporzionalmente con il maggiore bisogno di cure e di assistenza personalizzate legato all'avanzare dell'età.

Ad accentuare i profili di irragionevolezza di un automatismo evidentemente già in contrasto con i fini umanitari sottesi alla misura in esame, contribuisce la constatazione che l'aggravante della recidiva dispiegherebbe la sua funzione ostativa a prescindere che tale addebito sia avvenuto nella stessa sentenza di condanna attualmente in esecuzione, o in altra sentenza già pronunciata nei confronti del condannato in qualsiasi momento del passato, anche remoto rispetto al momento dell'esecuzione della pena carceraria⁷⁷. In entrambe le ipotesi, peraltro, la presunzione di pericolosità connessa alla condanna aggravata *ex art. 99 c.p.* impedirebbe al giudice di tenere conto dell'evoluzione eventualmente raggiunta dal soggetto al momento della richiesta del beneficio extramurario, in ordine sia al ridotto pericolo di commissione di ulteriori delitti sia al percorso rieducativo intrapreso; evoluzione il cui valore andrebbe saggiato tenendo ulteriormente conto della condizione di vulnerabilità del condannato ultrasessantenne e della «conseguente sofferenza addizionale connessa alla permanenza in carcere»⁷⁸.

La Corte conclude riscontrando la violazione sia del principio di ragionevolezza, *ex art. 3 Cost.*, sia dei principi di rieducazione ed umanità della pena, *ex art. 27, comma 3*. L'art. 3 è stato chiamato in causa, quindi, al fine non di rimediare a una violazione del principio di eguaglianza formale, bensì di censurare l'inadeguatezza dell'automatismo di cui all'art. 47-*ter*, comma 01, rispetto al sistema generale di norme in cui esso si colloca⁷⁹, ove affiorano istanze rieducative ed umanitarie

⁷⁴ [Corte cost., n. 56, 2021](#), cit., su cui si veda il commento di F. ROCCHI, *Capitola l'ultima preclusione assoluta a carico dei recidivi in executivis Corte costituzionale 31 marzo 2021, n. 56*, in *Cass. pen.*, 2022, 3, 344 ss.

⁷⁵ [Corte cost., n. 56/2021](#), cit., § 2.3.

⁷⁶ [Corte cost., n. 56/2021](#), *ibidem*.

⁷⁷ Tanto che la stessa sentenza sottolinea come la preclusione formulata nel comma 01 faccia riferimento alla circostanza che il soggetto non sia stato «*mai*» condannato con l'aggravante della recidiva, potendo dunque la condanna aggravata derivare da una sentenza emessa nei suoi confronti in tempi risalenti e distinta da quella attualmente in esecuzione.

⁷⁸ [Corte cost., n. 56/2021](#), cit., § 2.4.

⁷⁹ Sul principio di ragionevolezza inteso in senso autonomo da quello di eguaglianza, cfr. A. RUGGERI, *Eguaglianza, solidarietà e tecniche decisorie nelle più salienti esperienze della giustizia costituzionale*, cit., 2.

che imporrebbero un trattamento differenziato *in bonam partem* nei confronti del condannato ultrasettantenne; fermo il legame intrinseco tra ragionevolezza ed eguaglianza, testimoniato formalmente dalla medesima matrice costituzionale di entrambi, storicamente dall'originario ricorso al *tertium comparationis* come parametro di confronto vincolante nei giudizi di ragionevolezza operati in seno alla giurisprudenza costituzionale⁸⁰, e funzionalmente – anche dopo l'affrancamento del sindacato di ragionevolezza dal rigido modello di applicazione trilaterale – da una visione moderna della ragionevolezza come strumento che consente alla Corte di sindacare il «cattivo esercizio della funzione legislativa per la mancata considerazione di elementi della fattispecie che impongono una disciplina differenziata»⁸¹, conformemente al principio di eguaglianza sostanziale.

Dichiarata costituzionalmente illegittima la preclusione per chi sia stato condannato con l'aggravante della recidiva, restano in vigore le preclusioni assolute che lo stesso comma 01 prevede nei confronti del condannato per una delle fattispecie ivi tassativamente indicate, tra le quali risaltano quelle richiamate dall'art. 4-*bis*⁸². Anche tali limiti pongono alcuni interrogativi all'interprete circa la ragionevolezza di un regime penitenziario differenziato *in malam partem* – pur nel contesto di una misura alternativa delineata in senso favorevole al condannato ultrasettantenne – sulla base del delitto compiuto, soprattutto perché si tratta di preclusioni connesse a presunzioni di pericolosità per cui non è ammessa prova contraria: anche in questa ipotesi, come già riscontrato in relazione all'originario dettato dell'art. 47-*quinquies*, comma 1-*bis*, qualora la condanna sia stata pronunciata proprio per uno dei reati per cui la legge stabilisce il “doppio binario penitenziario”, l'eventuale rispetto delle condizioni ostative richieste per ciascuna delle tre fasce non basterebbe a consentire al condannato l'accesso a questa particolare forma di detenzione domiciliare umanitaria. Sul punto, non si può ignorare che la stessa [sentenza n. 56/2021](#), al netto delle motivazioni specificamente afferenti alle criticità del ruolo ostativo giocato dalla recidiva, ha affermato a chiare lettere la necessità di tenere distinto il giudizio sul fatto di reato, propedeutico alla condanna, e il giudizio sull'evoluzione della personalità del reo successivamente alla commissione del reato e nella fase dell'esecuzione della pena; giudizio, quest'ultimo, attraverso cui il Tribunale di sorveglianza dovrebbe valutare «se l'esecuzione intramuraria sia comunque necessaria anche nei confronti di un condannato di età avanzata, o se gli scopi della pena possano essere soddisfatti anche mediante un trattamento meno afflittivo». La rilevata necessità di restituire spazio al sindacato giudiziale sia sui cambiamenti intervenuti *post delictum* sulla persona del reo sia

⁸⁰ Sulla progressiva emancipazione del giudizio di ragionevolezza dal canone dell'eguaglianza, fino a divenire strumento di controllo delle scelte legislative, con riguardo al corretto bilanciamento tra interessi costituzionali opposti, si vedano L. PALADIN, *Esiste un «principio di ragionevolezza» nella giurisprudenza della costituzionale?*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1994, 164; G. ZAGREBELSKY, *Su tre aspetti della ragionevolezza*, ivi, 180 ss.; A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Giuffrè, Milano, 2001, 118; O. DI GIOVINE, *Sul cd. principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale in materia penale. «A proposito del rifiuto totale di prestare il servizio militare»*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1995, 178; ID., *Il sindacato di ragionevolezza della Corte costituzionale in un caso facile. A proposito della sentenza n. 394 del 2006, sui “falsi elettorali”*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, 115 ss.; A.M. MAUGERI, *I reati di sospetto dopo la pronuncia della Corte Costituzionale n. 370 del 1996: alcuni spunti di riflessione sul principio di ragionevolezza, di proporzione e di tassatività*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, 460 ss.; V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Giappichelli, Torino 2005, 218 ss.; N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2020, 343 ss.

⁸¹ F. SORRENTINO, *Eguaglianza formale*, in [Costituzionalismo.it](#), 2017, 3, 23. Cfr. A. RUGGERI, *Eguaglianza, solidarietà e tecniche decisorie nelle più salienti esperienze della giustizia costituzionale*, cit., 24, secondo cui il principio di eguaglianza sostanziale «dà la spinta ai processi di produzione giuridica, orientandoli con vigore verso la realizzazione – la massima consentita in ragione delle condizioni complessive di contesto – dei fini-valori costituzionali».

⁸² Si vedano, in proposito, le critiche di L. CESARIS, *Sub art. 47-ter*, cit., 679, secondo cui «se la *ratio* sottesa al comma 01 è quella di offrire tutela a soggetti che in ragione dell'età sono considerati incapaci di tollerare la detenzione, allora non si comprendono i motivi che fanno prevalere le istanze di difesa sociale su quelle umanitarie ed assistenziali».

sul percorso rieducativo da lui intrapreso, potrebbe dunque aprire le porte a future pronunce di incostituzionalità dei restanti automatismi tutt'oggi previsti nell'art. 47-ter, comma 01.

8. Conclusioni.

Dall'esame delle motivazioni delle sentenze costituzionali intervenute sui limiti alla concessione della detenzione domiciliare umanitaria nei confronti delle madri e dei padri di prole infradecenne condannati per uno dei delitti indicati dall'art. 4-bis, sembra chiaro che la protezione dei diritti fondamentali della persona umana e, in particolare, il diritto costituzionale del minore – soggetto estremamente vulnerabile ed incolpevole rispetto alle vicende penali in corso – a fruire dell'affetto e delle cure genitoriali, abbia rivestito un peso preminente sulla caducazione delle presunzioni di pericolosità apposte dal legislatore. Il che sembrerebbe confermare che le due pronunce riguardanti la detenzione domiciliare umanitaria di cui all'art. 47-ter, comma 1, lett. a) e b), e all'art. 47-quinquies, commi 1 e 1-bis, hanno generato un trattamento di favore nei confronti di condannati di per sé non vulnerabili (le figure genitoriali), a fronte di quello più rigoroso che continua a essere riservato alle altre categorie in cui convergono figure soggettive direttamente affette da una condizione di fragilità, ma rispetto alle quali permane il dovere di collaborazione con la giustizia come requisito ostativo per superare le preclusioni poste nei confronti dei condannati per delitti di prima fascia. Tale conclusione sembrerebbe creare non poche frizioni con il principio di eguaglianza e con quelli di rieducazione e di umanità della pena, nonostante le innovazioni introdotte, in via generale, dal d.l. n. 162/2022, che ha delineato delle strade alternative, in verità non prive di criticità, per superare le preclusioni di cui all'art. 4-bis, comma 1.

La tutela preminente riconosciuta ai minori dalle suddette decisioni della Consulta è confermata, poi, dal regime penitenziario minorile e dalla sentenza costituzionale che è intervenuta per sottrarre al regime ostativo i condannati per un fatto commesso prima del raggiungimento della maggiore età, e ancora non venticinquenni. La pronuncia conferma come le considerazioni delle precedenti sentenze circa la speciale protezione spettante ai soggetti infradecenni figli di condannati ostativi, ritenuti indiretti destinatari degli effetti della pena detentiva, debbano valere anche quando i minorenni si siano resi responsabili di un reato e risultino quindi direttamente coinvolti nelle scelte legislative sulle modalità esecutive della pena fuori dal carcere. Anche rispetto a questi approdi, si sono messe in luce le derivate disparità di trattamento a svantaggio dei condannati per un delitto commesso anche poco tempo dopo il compimento del diciottesimo anno di età e che si trovino a scontare la pena in carcere nel corso di un periodo in cui la personalità sia ancora in via di strutturazione. Potrebbe allora dirsi che i giovani adulti siano anch'essi soggetti vulnerabili – sebbene, ovviamente, non allo stesso livello dei soggetti attualmente minorenni – e meritevoli di beneficiare di una disciplina penitenziaria più flessibile di quella riservata ai condannati adulti. Sulla base di tale considerazione, la sola previsione di una forma di detenzione domiciliare umanitaria a favore degli infraventunenni appare insufficiente, anche per via della soggezione della stessa alle preclusioni connesse all'eventuale condanna per uno dei delitti indicati nell'art. 4-bis.

Un passo in avanti verso il superamento di alcuni automatismi anche nei confronti di categorie soggettive diverse da quelle che coinvolgono, direttamente o indirettamente, minori di età, ed egualmente destinatarie della detenzione domiciliare umanitaria, si è avuto con la pronuncia che ha investito la preclusione secca della concessione della detenzione domiciliare umanitaria nei confronti dell'ultrasettantenne condannato con l'aggravante della recidiva. In questo caso la Corte ha reputato prioritaria la tutela non di un soggetto terzo, vulnerabile, estraneo e incolpevole al reato, ma dello stesso condannato, in quanto ritenuto particolarmente fragile e meritevole di una valutazione concreta del suo percorso rieducativo da parte del Tribunale di sorveglianza, senza alcun automatismo legato a precedenti condanne.

Tuttavia, permangono ancora numerose preclusioni a carico di soggetti portatori di istanze umanitarie, in particolare quelle legate alla condanna per uno dei delitti inclusi nella triplice

elencazione dell'art. 4-*bis*; preclusioni la cui sopravvivenza è probabilmente dovuta alla circostanza che la detenzione domiciliare umanitaria rappresenta un istituto punitivo di compromesso – funzionalmente, oltre che strutturalmente, differente dalle altre misure alternative alla detenzione – rispetto al quale la scelta del legislatore di enucleare categorie escluse totalmente o parzialmente dal suo accesso sembra influenzata dall'intento populista di sedare i timori pubblici circa la troppo agevole possibilità di scontare fuori dal carcere anche pene detentive lunghe.

Così posti i termini delle questioni in gioco, è auspicabile che in futuro vengano meno – per mano del legislatore o della stessa Consulta – alcuni dei residui impedimenti normativi, assoluti e relativi, alla fruizione dei benefici extramurari, attualmente gravanti sulle categorie soggettive vulnerabili potenzialmente beneficiarie delle diverse forme di detenzione domiciliare umanitaria. Si tratta di un esito necessario in funzione della tutela rafforzata di particolari figure soggettive che vantano l'interesse a non rimanere imbrigliate in presunzioni di pericolosità superabili unicamente attraverso la vincolante condotta collaborativa con la giustizia – o, addirittura, rispetto a certi automatismi, non superabili in alcun modo – bensì a beneficiare del riconoscimento della diminuita, o cessata, pericolosità sociale, e dei progressi rieducativi raggiunti *post delictum* e nella fase esecutiva della pena. A questo risultato dovrebbe pervenirsi attraverso l'applicazione di schemi di giudizio flessibili – più di quelli, invero complessi, imprecisi e tentacolari, delineati nei commi 1-*bis* e 1-*bis*.1 del d.l. 162/2022 – da parte del Tribunale di sorveglianza chiamato a decidere sulla concessione delle misure.

Maria Vittori

I decreti-legge e i d.p.c.m. dell'emergenza sanitaria tra riserva di legge, tipizzazione del contenuto dei provvedimenti e bilanciamento dei diritti (riflessioni non ancora desuete a margine di Corte costituzionale [sent. n. 198/2021](#))*

ABSTRACT: *The contribution analyses the Constitutional Court's judgement no. 198/2021. The ruling affirmed the constitutional legitimacy of the health emergency decree laws and the following d.p.c.m. (decrees of the President of the Council of Ministers) implementing them. The essay also examines the doubts of the ordinary judge who raised the question of constitutionality and then highlights some still uncertain issues concerning the respect of the rule of law, the statutory reserve clause and the balancing of rights.*

SOMMARIO: 1. I prodromi della vicenda. – 2. L'ordinanza di rimessione e il *thema decidendum*. – 3. Il rapporto tra decreto-legge e d.p.c.m. nel giudizio della Corte. – 4. La questione delle riserve di legge. – 5. Critiche alla motivazione della decisione: a) la tipizzazione del contenuto dei d.p.c.m. – 5. *Segue:* b) I principi di adeguatezza e proporzionalità. – 6. Il divieto di allontanamento dalla propria abitazione senza giustificato motivo. – 7. Conclusioni.

1. *I prodromi della vicenda.*

Con la [sentenza 22 ottobre 2021, n. 198](#) la Corte costituzionale si è pronunciata sull'utilizzo combinato di decreti-legge e decreti del Presidente del Consiglio dei ministri per la gestione dell'emergenza epidemiologica legata alla diffusione del virus Sars-Cov-2. La pronuncia assume un'importanza cruciale, in quanto si pone come primo autorevole avallo della strategia adottata dal Governo.

Con la precedente [sentenza 12 marzo 2021, n. 37](#)¹, riguardante il riparto delle competenze fra Stato e Regioni nel contrasto alla pandemia, la Corte costituzionale aveva espresso una valutazione positiva della catena normativa impiegata per la gestione dell'emergenza sanitaria. Il Giudice delle leggi aveva affermato che al Legislatore statale non è precluso, per meglio adattarsi alle caratteristiche di rapidità e imprevedibilità della diffusione del contagio, l'utilizzo di strumenti normativi e attuativi diversi rispetto al modello di regolazione descritto dal Codice della protezione civile, incentrato sulle ordinanze contingibili e urgenti. A tale enunciazione faceva seguito una sintetica ricognizione della sequenza normativa predisposta dal Governo e costituita da decreti-legge, recanti la disciplina generale delle misure restrittive, e da d.p.c.m., impiegati per l'applicazione di tali misure, ossia per il «dosaggio di queste ultime, nel tempo e nello spazio, e a seconda dell'andamento della pandemia»². Nondimeno, nella [sent. n. 37/2021](#) non era stata oggetto d'esame la questione della legittimità costituzionale di tale sequenza normativa, poiché difettava rispetto a questa il requisito della rilevanza³.



¹ Su tale decisione, v. M. MEZZANOTTE, [Pandemia e riparto delle competenze Stato-Regioni in periodi emergenziali](#), in questa [Rivista](#), [Studi 2021/I](#), 329 ss.; A. CARDONE, *Contrasto alla pandemia, "annichilimento" della potestà legislativa regionale e torsioni della decretazione d'urgenza: è davvero così liberamente derogabile il sistema di protezione civile?*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), n. 2, 2021, 311 ss.; G. MENEGUS, *Osservazioni sulla prima sospensione cautelare (ordinanza n. 4/2021) di una legge regionale da parte della Corte costituzionale (e sulla sent. n. 37/2021)*, [ibid.](#), n. 2, 2021, 87 ss.; D. MORANA, *Ma è davvero tutta profilassi internazionale? Brevi note sul contrasto all'emergenza pandemica tra Stato e regioni, a margine della sent. n. 37/2021*, [ibid.](#), n. 2, 2021, 10 ss.

² [C. cost., n. 37/2021, §. 9 del Cons. dir.](#)

³ [C. cost., n. 37/2021, §. 13 del Cons. dir.](#)

2. L'ordinanza di rimessione e il thema decidendum.

La questione di legittimità costituzionale che ha dato origine alla [sent. n. 198/2021](#) riguarda le disposizioni di due decreti-legge, adottati nella primavera del 2020 per il contenimento e la gestione dell'emergenza epidemiologica da covid-19: il d.l. 23 febbraio 2020, n. 6 e il successivo d.l. 25 marzo 2020, n. 19.

Con l'ordinanza 23 dicembre 2020, n. 27⁴ il giudice di pace di Frosinone ha sollevato la questione di legittimità costituzionale degli artt. 1, 2 e 3 del d.l. n. 6/2020 e degli artt. 1, 2 e 4 del d.l. n. 19/2020.

In particolare, il giudice *a quo* era stato chiamato a pronunciarsi sull'opposizione proposta da un cittadino avverso una sanzione amministrativa pecuniaria di 400 euro, a lui comminata per essere uscito dalla propria abitazione ed essersi spostato a piedi all'interno del Comune in assenza di comprovate esigenze lavorative, di assoluta urgenza o di motivi di salute. Tale comportamento veniva sanzionato in quanto costituiva una violazione di un divieto introdotto mediante un d.p.c.m.⁵ adottato in attuazione del d.l. n. 6/2020 e del d.l. n. 19/2020.

Sotto il profilo della non manifesta infondatezza della questione, l'ordinanza di rimessione ha specificato due diversi motivi di contrasto tra la disciplina censurata e la Costituzione.

Il primo consisteva nella violazione da parte del d.l. n. 6/2020 e del d.l. n. 19/2020 degli artt. 76 e 77 Cost., in quanto i decreti-legge avrebbero delegato «ad atti amministrativi, i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, la disciplina di nuovi illeciti, prima penali e, poi amministrativi»⁶. In tal modo, da un lato si sarebbero violati il principio di legalità e la riserva di legge in materia di sanzioni amministrative, dall'altro vi sarebbe stato un utilizzo improprio del decreto-legge per la delega di potere legislativo nei confronti del Presidente del Consiglio, secondo una modalità «non prevista dalla Costituzione, ma in aperto contrasto con la stessa ed, in particolare, con il principio indiscusso di tipicità delle fonti-atto di produzione normativa»⁷. Benché fossero due i vizi individuati, nell'indicare i parametri costituzionali violati, il giudice rimettente non ha evocato il principio di legalità delle sanzioni amministrative di cui all'art. 23 Cost.⁸ Sotto questo profilo, egli si è limitato a rilevare il

⁴ Ord. 23 dicembre 2020, n. 27, in [G.U. 1ª Serie Speciale - Corte Costituzionale n. 10 del 10 marzo 2021](#).

⁵ Il giudice di pace di Frosinone ha ricondotto il divieto al d.p.c.m. 22 marzo 2020, attuativo del d.l. n. 6/2020; in realtà al tempo in cui si era verificato il fatto era in vigore il d.p.c.m. 10 aprile 2020, attuativo del successivo d.l. n. 19/2020.

⁶ Ord. n. 27/2020, cit., 83.

⁷ Ord. n. 27/2020, cit., 84. Sul punto, v. R. ROMBOLI, [L'incidenza della pandemia da Coronavirus nel sistema costituzionale italiano](#), in questa [Rivista](#), [Studi 2020/III](#), 522, secondo il quale si possono rilevare «alcune anomalie» nei decreti-legge adottati per far fronte all'emergenza, p. es. il fatto che il «decreto-legge [...] contiene una sorta di delega ad altro strumento normativo (il d.p.c.m.) allo scopo di dar esecuzione a quanto stabilito dal decreto, ciò in apparente contrasto con il carattere di immediatezza che dovrebbe caratterizzare la decretazione d'urgenza».

⁸ È discusso se il principio di legalità in materia di sanzioni amministrative afflittive debba ascrivarsi all'art. 23 Cost. o sia invece riconducibile sia all'art. 23 sia all'art. 25, comma 2, Cost. Recentemente la Corte costituzionale ha accolto per certi versi tale seconda prospettiva, adottando un orientamento conforme alle indicazioni fornite dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di sanzioni sostanzialmente penali agli effetti dell'art. 7 della CEDU. Nelle sue pronunce la Corte ha, infatti, esteso alle sanzioni amministrative a carattere afflittivo alcune delle garanzie costituzionali proprie delle sanzioni penali ricavabili dall'art. 25, comma 2, Cost., come il principio di irretroattività *in malam partem* (v., ad es., [sent. 4 giugno 2010, n. 196](#)); il principio di determinatezza dell'illecito e della sanzione (v. [sent. 13 giugno 2018, n. 121](#)); il principio di retroattività della *lex mitior* (v. [sent. 21 marzo 2019, n. 63](#)). Con la [sent. 29 maggio 2019, n. 134](#), la Corte costituzionale ha, peraltro, escluso che le sanzioni amministrative afflittive siano coperte dalla riserva di legge assoluta di cui all'art. 25, comma 2, Cost., riferibile alla sola legge penale in senso stretto. Sull'equiparazione tra sanzioni penali e sanzioni amministrative afflittive v., nella vasta dottrina, P. CHIRULLI, *L'irretroattività delle sanzioni amministrative: profili costituzionali alla luce della giurisprudenza*, in [Osservatorio AIC](#), n. 2, 2014; M. BRANCA, *Anche per le sanzioni amministrative punitive vale il beneficio della 'lex mitior'.* Nulla di nuovo per la "doppia pregiudizialità", in *Giur. cost.*, n. 2, 2019, 841 ss.; V. NARDI, *Retroattività favorevole e sanzioni amministrative "sostanzialmente" penali: un primo passo verso il generale riconoscimento?*, in [Arch. pen. web](#), n. 3, 2019, 17 ss.; A. CONTIERI, *Principio di legalità e sanzioni amministrative: la Corte conferma la propria giurisprudenza a proposito di una legge della regione Abruzzo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 3, 2019, 1661 ss.; F. VIGANÒ, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, in *Riv. it. dir.*

contrasto tra l'introduzione di illeciti amministrativi da parte dei d.p.c.m. e l'art. 1 della legge n. 689/1981, ove stabilisce che «nessuno può essere assoggettato a sanzioni amministrative se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima della commissione della violazione». Parimenti, il giudice *a quo* non ha richiamato le disposizioni costituzionali recanti riserve di legge asseritamente violate dalle limitazioni imposte con i d.p.c.m., come, ad esempio, l'art. 16 Cost., in materia di libertà di circolazione, su cui incideva il divieto di spostamento contestato nel giudizio *a quo*. Pertanto, la questione della violazione delle riserve di legge, pur essendo descritta nell'ordinanza di rimessione, non è stata inquadrata quale questione autonoma alla cui stregua valutare la legittimità costituzionale della sequenza normativa basata su decreti-legge e d.p.c.m. L'ordinanza ha sottoposto alla Corte unicamente il tema della violazione del sistema delle fonti, così come delineato dalla Costituzione.

Il nucleo della prima censura può essere così riassunto: i decreti-legge dell'emergenza avrebbero delegato al Presidente del Consiglio il potere di definire nuovi illeciti amministrativi, mediante d.p.c.m., conferendo in tal modo a questi atti una inedita e indebita «forza di legge»⁹, in contrasto con la disciplina della delegazione legislativa di cui agli artt. 76 e 77, co. 1, Cost.¹⁰ Com'è noto, invece, la funzione legislativa può essere delegata solo da parte del Parlamento e solo con una apposita legge-delega, da esercitarsi per il tramite di un decreto legislativo¹¹.

Il secondo motivo di contrasto con la Costituzione illustrato nell'ordinanza di rimessione atteneva alla violazione degli artt. 77 e 78 Cost. da parte dei decreti-legge. Secondo il giudice *a quo*, l'impiego di decreti-legge cornice e di d.p.c.m. attuativi non solo avrebbe aggirato la disciplina costituzionale sulla delega legislativa, ma avrebbe anche introdotto un nuovo «statuto normativo della emergenza», in contrasto con la Costituzione. Infatti, il nostro ordinamento costituzionale contemplerebbe un'unica ipotesi emergenziale, quale «fonte di poteri speciali o legittimanti fonti di produzione normativa diverse da quelle previste, cioè il mero decreto-legge», vale a dire lo stato di guerra di cui all'art. 78 Cost.¹²

Nessun'altra disposizione costituzionale prevede una disciplina dell'emergenza, che autorizzi il Governo a sospendere, anche temporaneamente, i diritti fondamentali¹³. La sospensione dei diritti costituzionalmente garantiti sarebbe legittima unicamente se disposta nell'esercizio di «poteri speciali»¹⁴ connessi allo stato di guerra. Pertanto, la compressione dei diritti fondamentali disposta per fronteggiare l'emergenza sanitaria per il tramite di decreti-legge e successivi d.p.c.m.

proc. pen., n. 4, 2020, 1775 ss.; A. PISANESCHI, *La sentenza 68 del 2021. Le sanzioni amministrative sostanzialmente penali ed il giudicato*, in *Osservatorio AIC*, n. 4, 2021. Come si vedrà in prosieguo, l'Avvocatura dello Stato, nell'eccepire l'inammissibilità delle questioni sollevate a causa dell'inconferenza dei parametri evocati, ha ricondotto il principio di legalità delle sanzioni amministrative sia all'art. 23, sia all'art. 25 Cost.

⁹ Ord. n. 27/2020, cit., 83.

¹⁰ La dottrina non ha mancato di rilevare, più o meno criticamente, la straordinarietà del potere conferito dal Governo al Presidente del Consiglio: sul tema v. F. SORRENTINO, *Riflessioni minime sull'emergenza coronavirus*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1, 2020, 139; F. ZAMMARTINO, B. N. ROMANO, *Il complesso e frammentario sistema dei poteri normativi statali e locali nella gestione dell'emergenza da Covid-19*, in *Amministrativ@mente*, n. 2, 2020, 122.

¹¹ Sull'impossibilità di adottare un decreto-legge delega v. F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, III ed., Padova, 2019, 114 ss.; F. VARI, *La conversione del decreto-legge*, Roma, 2004, 75 ss.

¹² Ord. n. 27/2020, cit., 84.

¹³ Sul punto, nella vasta dottrina, v. V. BALDINI, *Emergenza costituzionale e Costituzione dell'emergenza. Brevi riflessioni (e parziali) di teoria del diritto*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1, 2020; F. VARI, *"Necessitas non habet legem?" Alcune riflessioni sulle situazioni di emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, in *Riv. dir. cost.*, 2003, 189 ss.

¹⁴ Secondo P. PINNA, *Guerra (stato di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, VIII, 1993, 50 ss., i «poteri necessari» presentano una straordinarietà rispetto al modello costituzionale sotto il profilo sia delle fonti utilizzabili sia dei contenuti degli atti, dal momento che «la condizione di belligeranza costituisce il presupposto per l'instaurazione non solo di una struttura costituzionale straordinaria, ma pure di un regime eccezionale relativo alle libertà e alle posizioni soggettive costituzionalmente tutelate, che disponga restrizioni, con effetti meramente sospensivi, maggiori di quelle consentite nelle situazioni di emergenza interna». Sul punto v. già G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto costituzionale*, Milano, 1965, 274 s.

Sul tema della sospensione delle norme costituzionali relative ai diritti fondamentali come caratteristica dei poteri nello stato di guerra v. anche M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, II ed., Torino, 2020, 131; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1962, 600.

costituirebbe una violazione dell'art. 78 Cost.¹⁵ Infine, il giudice di Frosinone ha osservato come «secondo autorevole dottrina, addirittura, sarebbero di dubbia legittimità costituzionale, il decreto-legge o la legge-delega, che a causa della emergenza sospendessero alcuni diritti costituzionali, ritenendo necessaria una legge costituzionale»¹⁶, sicché, *a fortiori*, dovrebbe ritenersi illegittimo l'impiego di una combinazione tra decreto-legge e d.p.c.m.¹⁷

Nel giudizio davanti alla Corte costituzionale, l'Avvocatura dello Stato ha presentato diverse eccezioni, sia a sostegno dell'inammissibilità sia per la non fondatezza delle questioni di costituzionalità. Una prima eccezione di inammissibilità ha investito la questione relativa al d.l. n. 6/2020: questo sarebbe stato irrilevante *ratione temporis* nel giudizio *a quo* in quanto, all'epoca dei fatti oggetto del processo, era in vigore il d.p.c.m. 10 aprile 2020, attuativo del successivo d.l. n. 19/2020. Un'altra ragione di inammissibilità era rinvenuta nell'inconferenza dei parametri evocati: per sottoporre alla Corte la violazione del principio di legalità delle sanzioni amministrative, il giudice *a quo* avrebbe dovuto richiamare gli artt. 23 e 25 Cost., non gli artt. 76 e 77 Cost. Inoltre, quanto al merito, le questioni relative al d.l. n. 19/2020 sarebbero state comunque infondate, sotto entrambi i profili della censura: da una parte, il decreto-legge non avrebbe delegato illegittimamente il potere legislativo al Presidente del Consiglio, giacché i d.p.c.m. si sarebbero limitati ad attuare quanto stabilito «con precisione e in via preventiva» dal decreto-legge; dall'altra, non vi sarebbe stata alcuna assunzione di poteri emergenziali in contrasto con l'art. 78 Cost., perché il Presidente del Consiglio avrebbe «esercitato il potere di ordinanza conferitogli dall'art. 5 del decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1 (Codice della protezione civile), previa deliberazione dello stato di emergenza di rilievo nazionale»¹⁸.

Nella sentenza qui in esame la Corte ha precisato il *thema decidendum*, accogliendo l'eccezione relativa all'inammissibilità per difetto di rilevanza della questione di legittimità costituzionale del d.l. n. 6/2020. L'esame di merito della Corte ha investito, quindi, unicamente gli artt. 1, 2 e 4 del d.l. n. 19/2020. In relazione a esso il Giudice delle leggi non ha, invece, accolto né l'eccezione di

¹⁵ Alcuni autori hanno sostenuto, invece, la possibilità di ricondurre l'emergenza pandemica all'art. 78 Cost. mediante un'interpretazione estensiva della nozione di "guerra"; v., in proposito, F. TORRE, *La Costituzione sotto stress ai tempi del coronavirus*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, n. spec. 1, 2020, 66 s.; A. CELOTTO, *Necessitas non habet legem? Prime riflessioni sulla gestione costituzionale dell'emergenza coronavirus*, Modena, 2020, 60 s.; V. BALDINI, *Prendere sul serio il diritto costituzionale... anche in periodo di emergenza sanitaria*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1, 2020, 1284 s. Altri studiosi hanno parlato di abuso dei poteri di emergenza e di surrettizia introduzione dello stato di guerra: v. A. MANGIA, *Emergenza, fonti-fatto, e fenomeni di delegificazione temporanea*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2021, 163 ss.

¹⁶ Ord. n. 27/2020, cit., 84. Con questa affermazione il giudice *a quo* ha aderito a una tesi dottrinale in materia di limitazione di diritti fondamentali, secondo la quale nemmeno il decreto-legge, fonte che disciplina le emergenze, potrebbe derogare alla Costituzione e sospendere le garanzie poste a presidio delle libertà fondamentali. Il giudice ha citato espressamente nell'ordinanza di rimessione P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI, *Istituzioni di diritto pubblico*, VII ed., Padova, 1985, 461 s., secondo i quali «per il caso di guerra si ritiene comunemente che l'art. 78 C. autorizzi il Parlamento a conferire al Governo una funzione legislativa delegata svincolata sia dai limiti di cui all'art. 76, sia, nell'ambito delle necessità belliche, da alcuni principi costituzionali di libertà individuale. Per il caso di emergenza non causata dalla guerra, parte della dottrina indica il ricorso al decreto-legge [...]. Il problema è quello della legittimità costituzionale dei decreti-legge o delle leggi delegate che sospendano perfino, contro la gerarchia delle fonti, norme costituzionali. Di certo, l'unica soluzione sicuramente conforme a Costituzione è quella dell'approvazione parlamentare di una *legge costituzionale temporanea*, di sospensione di talune norme della Costituzione per la durata dell'emergenza». In senso contrario v. C. ESPOSITO, *Decreto- legge*, in *Enc. dir.*, XI, 1962, 831 ss. Una ricostruzione del confronto tra la dottrina favorevole e quella contraria all'utilizzo del decreto-legge per sospendere norme costituzionali in caso di emergenza in F. VARI, *La conversione del decreto-legge*, cit., 61 ss.

¹⁷ Il d.p.c.m., infatti, è un atto monocratico, che non solo sfugge al controllo successivo da parte del Parlamento e della Corte costituzionale, a cui sono soggetti i decreti-legge, ma, a differenza dei regolamenti governativi, non è soggetto neanche al controllo in fase di emanazione da parte del Presidente della Repubblica. Proprio per tale ragione nel d.l. n. 19/2020, come modificato in sede di conversione dalla l. 22 maggio 2020, n. 35, all'art. 2, comma 1, si è previsto che «[i]l Presidente del Consiglio dei ministri o un Ministro da lui delegato illustra preventivamente alle Camere il contenuto dei provvedimenti da adottare ai sensi del presente comma, al fine di tenere conto degli eventuali indirizzi dalle stesse formulati [...]».

¹⁸ [§. 2 del Ritenuto in fatto.](#)

inammissibilità per la non pertinenza dei parametri evocati nell'ordinanza di rimessione, né la ricostruzione dell'Avvocatura dello Stato circa l'equiparazione tra i d.p.c.m. e le ordinanze contingibili e urgenti disciplinate nel Codice della protezione civile. Quanto al primo aspetto menzionato, la Corte ha richiamato un proprio orientamento¹⁹, secondo cui «quando è ben individuato il nucleo essenziale della censura, l'eventuale inconferenza dei parametri costituzionali evocati non integra un motivo di inammissibilità della questione, semmai una ragione di non fondatezza»²⁰. Il mancato richiamo delle norme costituzionali recanti riserve di legge ha, peraltro, portato la Corte a circoscrivere il *thema decidendum* alla violazione del sistema delle fonti, come delineato dalla Costituzione agli artt. 76, 77 e 78. È rimasto, invece, escluso dall'esame di merito uno dei problemi più discussi dalla dottrina fin dall'inizio dell'emergenza: la possibile violazione, da parte del sistema di decreti-legge e d.p.c.m., della riserva di legge in materia di sanzioni amministrative e delle altre riserve di legge stabilite dalla Costituzione a garanzia di diritti costituzionali incisi dalle misure di contenimento²¹.

La Corte costituzionale ha così sintetizzato i due profili d'incostituzionalità su cui si è pronunciata: da un lato, l'illegittimità della presunta delega di potere legislativo che il d.l. n. 19/2020 avrebbe conferito al Presidente del Consiglio al fine di fronteggiare per il tramite di d.p.c.m. la pandemia; dall'altro, la conseguente violazione del principio di tipicità delle fonti di produzione normativa e della disposizione in materia di stato di guerra²².

3. Il rapporto tra decreto-legge e d.p.c.m. nel giudizio della Corte.

Nella decisione qui commentata, il Giudice delle leggi ha rigettato le questioni relative al d.l. n. 19/2020, giacché «le disposizioni oggetto di censura non hanno conferito al Presidente del Consiglio dei ministri una funzione legislativa in violazione degli artt. 76 e 77 Cost., né tantomeno poteri straordinari da stato di guerra in violazione dell'art. 78 Cost., ma hanno ad esso attribuito unicamente il compito di dare esecuzione alla norma primaria mediante atti amministrativi sufficientemente tipizzati»²³. La pronuncia ha inteso, dunque, risolvere sia il problema del rapporto tra decreto-legge e d.p.c.m., sia quello della natura giuridica dei d.p.c.m.

¹⁹ C. cost., [sent. 23 dicembre 2019, n. 286](#) e [sent. 6 ottobre 2009, n. 290](#).

²⁰ [§. 4.2 del Cons. dir.](#)

²¹ V., p. es., A. MANGIA, *Emergenza, fonti-fatto*, cit., 147 ss.; F. SORRENTINO, *Riflessioni minime*, cit., 136; R. ROMBOLI, [L'incidenza della pandemia](#), cit., 522; L. A. MAZZAROLLI, «Riserva di legge» e «principio di legalità» in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo extra ordinem, con ovvio, conseguente strapotere delle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss., 77 Cost., per tacer d'altri, in [federalismi.it](#), Osservatorio Emergenza Covid-19, 23 marzo 2020, 15 ss.; G. MOBILIO, *La decretazione d'urgenza alla prova delle vere emergenze. L'epidemia da Covid-19 e i rapporti tra decreto-legge e altre fonti*, in [Osservatorio sulle fonti](#), fasc. spec., 2020, 365 ss.; M. CALAMO SPECCHIA, A. LUCARELLI, F. SALMONI, *Sistema normativo delle fonti nel governo giuridico della pandemia. Illegittimità diffuse e strumenti di tutela*, in [Rivista AIC](#), n. 1, 2021, 413 ss.; R. DI MARIA, *Il binomio "riserva di legge-tutela delle libertà fondamentali" in tempo di Covid-19: una questione non soltanto di "principio"*, in [Diritti regionali](#), n. 1, 2020, 507; A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in [Rivista AIC](#), n. 2, 2020, 566 ss.; F. PALLANTE, *Il diritto costituzionale e l'emergenza Covid-19*, in O. Bonardi, U. Carabelli, M. D'Onghia, L. Zoppoli (curr.), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Roma, 2020, 19 ss.; A. BELLAVISTA, *Normativa emergenziale e diritti fondamentali*, *ibid.*, 37 ss.; M. FRANCAVIGLIA, *Decretazione d'urgenza, poteri di ordinanza e riserve di legge. La produzione normativa nell'emergenza Covid-19 alla luce del principio di legalità sostanziale*, in *Dir. pubbl.*, 2020, 361 ss.; A. ALGOSTINO, *Costituzionalismo e distopia nella pandemia di Covid-19*, in [Costituzionalismo.it](#), n. 1, 2021, 18 ss.; D. TRABUCCO, *Il principio di legalità formale e sostanziale ai tempi del COVID-19, le «fibrillazioni» dello stato di diritto*, in M. Borgato, D. Trabucco (curr.), *Covid-19 vs. Democrazia. Aspetti giuridici ed economici nella prima fase dell'emergenza sanitaria*, Napoli, 2020, 21 ss.; C. DELLA GIUSTINA, *Il rispetto (mancato) della riserva di legge nella limitazione dei diritti costituzionali durante l'emergenza sanitaria da Covid-19*, *ibid.*, 41 ss. Sul punto v., *infra*, nota 63.

²² [§. 1 del Cons. dir.](#)

²³ [§. 9 del Cons. dir.](#)

Quanto al primo problema, l'elemento chiave per la definizione del rapporto tra decreto-legge e d.p.c.m. è, nel giudizio della Corte, la tipizzazione delle misure restrittive ad opera del d.l. n. 19/2020. Il Giudice delle leggi ha evidenziato come in tale decreto-legge sia venuta meno la clausola di apertura che era contenuta, invece, nell'art. 2, comma 1, del precedente d.l. n. 6/2020. Questa clausola conferiva al Presidente del Consiglio il potere di adottare «ulteriori misure» di contrasto alla pandemia, diverse da quelle precedentemente enumerate all'art. 1, comma 1, del d.l. n. 6/2020, e di disporre l'applicazione anche al di fuori dai presupposti di intervento definiti nello stesso decreto-legge²⁴. La successiva assenza di un'analogia clausola e la sola presenza di un elenco tassativo e dettagliato di misure nel d.l. n. 19/2020 dimostrano, secondo la Corte, che quest'ultimo non ha delegato al Presidente del Consiglio l'esercizio della funzione legislativa, da esercitarsi per il tramite dei d.p.c.m., ma si è limitato ad autorizzarlo a dare esecuzione a misure tipiche e predeterminate da un atto normativo primario²⁵. L'autorità di Governo, chiamata a scegliere quali e quante misure applicare e in quali aree del Paese in base all'andamento della pandemia, non ha esercitato un potere normativo, ma una discrezionalità puramente amministrativa. A conferma del suo ragionamento, la Corte ha richiamato la misura del divieto di uscire dalla propria abitazione, la cui violazione è stata contestata nel giudizio *a quo*. Questa dimostrerebbe come la fonte secondaria si sia limitata ad attuare la norma primaria tenendo conto dell'andamento della pandemia e per un periodo di tempo limitato. Infatti, il d.l. n. 19/2020 ha previsto, tra le misure di contenimento, le «limitazioni alla possibilità di allontanarsi dalla propria residenza, domicilio o dimora se non per spostamenti individuali limitati nel tempo e nello spazio o motivati da esigenze lavorative, da situazioni di necessità o urgenza, da motivi di salute o da altre specifiche ragioni»²⁶, e, specularmente, il d.p.c.m. 10 aprile 2020, efficace dal 14 aprile 2020 al 3 maggio 2020²⁷, ha disposto che «sono consentiti solo gli spostamenti motivati da comprovate esigenze lavorative o situazioni di necessità ovvero per motivi di salute»²⁸.

La ricostruzione appena illustrata a proposito del rapporto tra decreto-legge e d.p.c.m. sarebbe confermata, nell'opinione della Corte, da altre tre previsioni contenute nel d.l. n. 19/2020: quella che ha imposto, nell'adozione dei d.p.c.m., il rispetto dei principi di adeguatezza e proporzionalità nella scelta delle misure da attuare e ha rimandato, per i profili tecnici della decisione, alle valutazioni del Comitato tecnico-scientifico²⁹; quella che ha fissato una durata massima di efficacia delle misure limitative³⁰; quella, infine, che ha coinvolto il Parlamento, prevedendo l'illustrazione preventiva alle

²⁴ Sebbene le questioni di costituzionalità relative al d.l. n. 6/2020 siano state escluse, come detto sopra, dal giudizio, giacché non rilevanti, da quest'ultimo confronto e dall'argomento della tipizzazione impiegato dalla Corte si ricava indirettamente un giudizio di illegittimità costituzionale delle previsioni di cui al d.l. n. 6/2020. L'art. 2, comma 1, conferiva al Presidente del Consiglio un potere normativo "in bianco" da esercitare per il tramite di d.p.c.m. in violazione del principio di tipicità delle fonti normative. Tale conclusione era stata ampiamente prospettata in dottrina: v., p. es., A. MANGIA, *Emergenza, fonti-fatto*, cit., 155; F. SORRENTINO, *Riflessioni minime*, cit., 136; R. ROMBOLI, *L'incidenza della pandemia*, cit., 523; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2020, 112; U. DE SIERVO, *Emergenza Covid e sistema delle fonti: prime impressioni*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. spec., 2020, 305; P. BONETTI, *La Costituzione regge l'emergenza sanitaria: dalla pandemia del coronavirus spunti per attuarla diversamente*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2, 2020, 702; F. RATTO TRABUCCO, *Le limitazioni ai diritti costituzionali a mezzo atto amministrativo nell'avvio dell'emergenza pandemica da COVID-19*, in *Amministrazione in Cammino*, 7 maggio 2020, 10 ss.; G. BRUNELLI, *Sistema delle fonti e ruolo del Parlamento dopo (i primi) dieci mesi di emergenza sanitaria*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2021, 384 ss.; C. TRIPODINA, *La Costituzione al tempo del Coronavirus*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1, 2020, 84; R. CHERCHI, A. DEFFENU, *Fonti e provvedimenti dell'emergenza sanitaria Covid-19: prime riflessioni*, in *Diritti regionali*, n. 1, 2020, 652 s.; L. CUOCOLO, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: la reazione italiana*, in *DPCE Online*, n. 2, 2020, 1497 s.; F. PALLANTE, *Il diritto costituzionale*, cit., 32.

²⁵ §. 6.3 del *Cons. dir.*

²⁶ Art. 1, comma 2, lett. a), del d.l. n. 19/2020.

²⁷ V. Art. 8, comma 1, del d.l. n. 19/2020.

²⁸ Art. 1, comma 1, lett. a), del d.p.c.m. 10 aprile 2020.

²⁹ V. Artt. 1, comma 2, e 2, comma 1, del d.l. n. 19/2020.

³⁰ V. Art. 1, comma 1, del d.l. n. 19/2020.

Camere del contenuto dei d.p.c.m. da adottare al fine di tener conto degli indirizzi eventualmente formulati dalle stesse, fatto salvo il caso d'urgenza³¹.

Quanto al rispetto dei principi di adeguatezza e proporzionalità nella scelta delle misure, il Giudice delle leggi ha affermato che la relativa previsione, contenuta nel d.l. n. 19/2020, è stata decisiva nel circoscrivere ulteriormente la discrezionalità del Presidente del Consiglio. L'autorità di Governo, essendo chiamata a scegliere da un elenco tassativo e dettagliato quali misure applicare e su quali aree del territorio nazionale e a rispettare i principi di adeguatezza e proporzionalità rispetto al rischio presente in concreto, non ha esercitato un potere politico, ma una discrezionalità puramente amministrativa³². In aggiunta a ciò, la Corte ha evidenziato come il d.l. n. 19/2020 abbia coinvolto nella procedura di adozione dei provvedimenti recanti le misure limitative il Comitato tecnico-scientifico, la cui attività di valutazione mirava a «supporta[re] sul piano istruttorio la messa in atto della disciplina primaria»³³ e orientare le scelte del Presidente del Consiglio «per i profili tecnico-scientifici e le valutazioni di adeguatezza e proporzionalità»³⁴. Per quanto riguarda la temporaneità delle misure e la c.d. parlamentarizzazione degli atti di gestione dell'emergenza, queste hanno rappresentato, nell'opinione della Corte, «ulteriori garanzie»³⁵ di un corretto rapporto tra fonti primarie e d.p.c.m., in aggiunta alla tipizzazione delle misure di contenimento. In particolare, la temporaneità è stata garanzia «sul versante della certezza dei diritti dei cittadini», la partecipazione dell'assemblea legislativa lo è stata «per quanto attiene alla responsabilità del Governo nei confronti del Parlamento»³⁶.

Una volta ricostruito il rapporto tra decreto-legge e d.p.c.m. attraverso l'argomento decisivo della tipizzazione del contenuto dei d.p.c.m. da parte della fonte primaria, la Corte costituzionale ha definito la natura giuridica di questi atti monocratici.

Vale la pena ricordare che in merito alla qualificazione giuridica dei d.p.c.m. la dottrina ha elaborato una pluralità di soluzioni. Tra queste, se ne possono indicare quantomeno due, tralasciando, per brevità, le sfumature e i numerosi distinguo che pure sono emersi nel dibattito su questa tematica³⁷. Una prima posizione equiparava questi atti alle ordinanze di necessità e urgenza abilitate

³¹ V. Art. 2, comma 1, del d.l. n. 19/2020 come modificato in sede di conversione dalla l. 22 maggio 2020, n. 35.

³² [§. 6.2 del Cons. dir.](#)

³³ [Ibid.](#)

³⁴ Art. 2, comma 1, del d.l. n. 19/2020.

³⁵ [§. 6.1 del Cons. dir.](#)

³⁶ A proposito dei limiti temporali delle misure di contenimento, riguardanti sia la durata delle misure sia la impossibilità di reiterarle oltre il termine dello stato di emergenza, parte della dottrina ha evidenziato come questi limiti siano stati sostanzialmente aggirati dalla ripetuta proroga dello stato di emergenza oltre il termine massimo di due anni previsto dal Codice della protezione civile: v. V. BALDINI, *Prendere sul serio*, cit., 1283; M. G. CIVININI, G. SCARSELLI, *Emergenza sanitaria. Dubbi di costituzionalità di un giudice e di un avvocato*, in [Questione Giustizia](#), 14 aprile 2020; A. CAMAIANI, S. FOÀ, *Postfazione. La Corte costituzionale e la natura giuridica del d.P.C.M. emergenziale*, in S. Foà, A. Camaiani (curr.), *Gestione nazionale della pandemia, misure giuridiche tra Costituzione e Cedu. Profili critici*, Torino, 2020, 136; M. CALAMO SPECCHIA, *Le fonti dell'emergenza nella crisi pandemica. Riflessioni di sintesi. Le fonti del "diritto della pandemia" tra forma e sostanza*, in [DPCE Online](#), n. spec., 2022, 1871; A. LAMBERTI, *La Corte costituzionale e il salvataggio forzato dei DPCM: osservazioni a margine di Corte cost., sent. n. 198/2021*, in [Corti Supreme e Salute](#), n. 1, 2022, 6; D. TRABUCCO, C. DELLA GIUSTINA, *Sulla possibile proroga dello stato di emergenza*, in [Dirittifondamentali.it](#), 14 luglio 2020, 4.

Anche l'argomento della c.d. parlamentarizzazione dei d.p.c.m. è stato oggetto di critiche da parte della dottrina, in ragione dell'inadeguatezza di un siffatto coinvolgimento delle Camere a ripristinare la centralità del Parlamento e a fornire ai d.p.c.m. una legittimazione democratica: sul punto v. D. TRABUCCO, C. DELLA GIUSTINA, *Sulla possibile proroga*, cit., 3 s.; A. LAMBERTI, *La Corte costituzionale*, cit., 12; M. CAVINO, *La natura dei DPCM adottati nella prima fase di emergenza COVID. Lettura di Corte cost. n. 198/2021*, in [federalismi.it](#), n. 25, 2021, 84 s.; M. CALAMO SPECCHIA, *Le fonti dell'emergenza*, cit., 1865; A. CAMAIANI, S. FOÀ, *Postfazione. La Corte costituzionale*, cit., 137; G. BRUNELLI, *Sistema delle fonti*, cit., 390.

³⁷ Per una ricognizione delle diverse posizioni assunte sia dalla dottrina sia dalla giurisprudenza amministrativa circa la natura giuridica dei d.p.c.m. dell'emergenza, v. L. CASTELLI, *Tra «disporre» e «provvedere». I DPCM pandemici al test di normatività*, in [Osservatorio sulle fonti](#), n. 2, 2022, 39 ss.

a derogare le fonti primarie e ne faceva derivare la legittimazione sia dal Codice di protezione civile (che, come noto, conferisce il potere di ordinanza al Presidente del Consiglio), sia dai decreti-legge dell'emergenza³⁸. Una seconda soluzione riconosceva nei d.p.c.m. degli atti normativi o atti amministrativi generali a contenuto normativo³⁹. L'Avvocatura dello Stato aveva adottato la prima prospettiva, descrivendo i d.p.c.m. sia come atti attuativi delle previsioni contenute nei decreti-legge, sia come espressione del potere di ordinanza conferito al Presidente del Consiglio dal Codice della protezione civile, previa deliberazione dello stato di emergenza di rilievo nazionale⁴⁰. La Corte costituzionale, richiamando un proprio precedente a proposito di ordinanze prefettizie contingibili e urgenti⁴¹, ha smentito questa ricostruzione e ha adottato una diversa tesi. Nella [sent. n. 4/1977](#) il Giudice delle leggi aveva distinto due tipologie di atti adottabili nel caso di urgente necessità di provvedere: gli "atti" necessitati, che attuano norme legislative e il cui contenuto è prefissato da queste norme, e le "ordinanze" necessitate, che sono autorizzate da una fonte primaria, ma hanno contenuto libero⁴². Nella [sent. n. 198/2021](#), la Corte, mentre ha ricondotto le ordinanze di protezione civile al modello delle «"ordinanze" necessitate», ha affermato che i d.p.c.m., quali atti a contenuto tipizzato, sarebbero accostabili «per certi versi» agli «"atti" necessitati»⁴³. Il d.l. n. 19/2020 non avrebbe delegato impropriamente la funzione legislativa al Presidente del Consiglio, ma gli avrebbe conferito unicamente il potere di dare esecuzione alle proprie previsioni.

Infine, la Corte costituzionale ha ribadito quanto aveva sostenuto nella precedente [sent. n. 37/2021](#) a proposito dell'esistenza di più di uno schema per gestire l'emergenza nel rispetto della Costituzione⁴⁴ e ha confermato la legittimità di modelli di regolazione diversi da quello delineato dal Codice della protezione civile, come l'utilizzo della catena di decreti-legge e d.p.c.m.⁴⁵

4. La questione delle riserve di legge.

Come si è già avuto modo di illustrare, la Corte costituzionale, sulla base dei parametri del giudizio di costituzionalità evocati nell'ordinanza di rimessione, ha limitato il proprio esame nel merito alla questione della violazione del sistema delle fonti previsto dalla Carta repubblicana, mentre ha espressamente ritenuto non compresa nel *thema decidendum* la questione della violazione delle riserve di legge previste in Costituzione per la restrizione dei diritti fondamentali. Tuttavia, alla luce dell'argomento della tipizzazione del contenuto dei d.p.c.m. utilizzato dalla Corte nella sentenza *de qua*, sembra che la questione delle riserve di legge non sia rimasta realmente esclusa dal giudizio: infatti, se il d.l. n. 19/2020 non ha delegato potere normativo al Presidente del Consiglio, essenzialmente perché il contenuto dei d.p.c.m. era tipizzato nella normativa primaria, e se, di conseguenza, questi atti sono qualificabili come «atti amministrativi sufficientemente tipizzati»⁴⁶, ne

³⁸ V. M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti*, cit., 122 s.

³⁹ V., p. es., M. CALAMO SPECCHIA, A. LUCARELLI, F. SALMONI, *Sistema normativo*, cit., 403; P. BONETTI, *La Costituzione regge l'emergenza*, cit., 716 s.

⁴⁰ [§. 2 del Ritenuto in fatto.](#)

⁴¹ [C. cost., sent. 5 gennaio 1977, n. 4.](#)

⁴² [C. cost., n. 4/1977, §. 2 del Cons. dir.](#) Per una ricostruzione della riflessione dottrinale a proposito della distinzione tra "atti" necessitati e "ordinanze" necessitate, v. L. CASTELLI, *Tra «disporre» e «provvedere»*, cit., 87 ss.

⁴³ [§. 8 del Cons. dir.](#); A. CAMAIANI, S. FOÀ, *Postfazione. La Corte costituzionale*, cit., 145 s., e A. LAMBERTI, *La Corte costituzionale*, cit., 12, dubitano dell'argomentare della Corte costituzionale, giacché la Corte equipara genericamente i d.p.c.m. «per certi versi» agli "atti" necessitati, senza specificare ulteriormente quali siano i caratteri comuni.

⁴⁴ [C. cost., n. 37/2021, §. 9 del Cons. dir.](#)

⁴⁵ [C. cost., n. 37/2021, §. 8.1.1 e §. 8.1.2 del Cons. dir.](#)

⁴⁶ [§. 9 del Cons. dir.](#)

conseguenze che non vi è stata alcuna violazione delle riserve di legge, siano esse relative o assolute, da parte dei d.p.c.m.⁴⁷

Infatti, se, come ritiene la Consulta, tutte le restrizioni ai diritti fondamentali sono state stabilite dalla normativa primaria e i d.p.c.m. non hanno fatto altro che dare a esse esecuzione in un certo tempo e in un certo luogo, una futura questione di legittimità costituzionale avente oggetto la supposta violazione delle riserve di legge, che la Costituzione pone a garanzia dei diritti fondamentali oggetto delle misure di contenimento, sarebbe risolta nel senso della non fondatezza, a meno che la Corte non voglia rimettere in discussione le motivazioni della [sent. n. 198/2021](#)⁴⁸. Dunque, come evidenziato da Cavino, nonostante l'affermazione della Corte in senso contrario, sembra che i «parametri sottintesi al giudizio siano state, in realtà, proprio le disposizioni costituzionali che garantiscono i diritti di libertà con lo strumento della riserva di legge»⁴⁹. Siccome, dunque, la motivazione della [sent. n. 198/2021](#) finisce per investire di fatto anche il problema delle riserve di legge, la Corte costituzionale avrebbe potuto integrare il parametro costituzionale, estendendo la portata della decisione al tema della loro violazione, mediante un'interpretazione estensiva del principio di corrispondenza tra chiesto e giudicato⁵⁰.

5. Critiche alla motivazione della decisione: a) la tipizzazione del contenuto dei d.p.c.m.

Come detto, l'argomento decisivo con cui la Corte costituzionale ha ricondotto i d.p.c.m. dell'emergenza alla categoria degli "atti" necessitati è quello della tipizzazione delle restrizioni da parte del d.l. n. 19/2020, a cui si aggiungono le considerazioni circa la limitazione della discrezionalità del Presidente del Consiglio, sia per effetto del rispetto dei principi di adeguatezza e proporzionalità, sia per il richiamo alle valutazioni del Comitato tecnico-scientifico.

Ognuno di questi argomenti presenta, tuttavia, profili di criticità, che saranno analizzati partendo proprio dall'argomento principale, quello della tipizzazione del contenuto dei d.p.c.m.

Al riguardo, occorre considerare la lunghezza dell'elenco delle misure adottabili per contenere la diffusione del virus, di cui all'art. 1, comma 2, del d.l. n. 19/2020⁵¹: la disposizione enumera ventinove tipologie di misure. Il d.l. n. 6/2020 ne prevedeva solo quindici. Le misure di cui al d.l. n. 19/2020 riguardano attività sociali e culturali, economiche e professionali, ricomprendendo, essenzialmente, tutti gli ambiti della vita sociale, in luoghi sia pubblici sia privati⁵². In alcuni casi la formulazione delle misure è tanto generica che vi si possono ricondurre una pluralità di oggetti. Si

⁴⁷ La Costituzione stabilisce una riserva di legge ogniqualvolta afferma che una certa materia deve essere disciplinata dalla legge. La riserva di legge ha un profilo positivo, che consiste nella necessità che sia la legge a intervenire su determinate materie od oggetti, e un profilo negativo, ossia l'esclusione dell'intervento di fonti diverse dalla legge nelle materie riservate. E' pacifico che la riserva di legge possa assumere diversa intensità a seconda che si tratti di una riserva di legge assoluta, che esclude qualsiasi intervento di fonti secondarie dalla disciplina di una materia, o relativa, che lascia alle fonti secondarie una limitata possibilità di regolare la materia riservata previo intervento di una legge che ne determina la disciplina essenziale. Sulla riserva di legge assoluta e relativa v., nell'ampia dottrina, R. BALDUZZI, F. SORRENTINO, *Riserva di legge*, in *Enc. dir.*, XL, 1989, 1215 ss.; A. DI GIOVINE, *Introduzione allo studio della riserva di legge nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 1969, 48 ss.; per una ricognizione della giurisprudenza costituzionale sull'istituto v. G. PICCIRILLI, *La "riserva di legge". Evoluzioni costituzionali, influenze sovranazionali*, Torino, 2019, 41 ss.

⁴⁸ V. A. CAMAIANI, S. FOÀ, *Postfazione. La Corte costituzionale*, cit., 128; M. CALAMO SPECCHIA, *Le fonti dell'emergenza*, cit., 1865.

⁴⁹ M. CAVINO, *La natura dei DPCM*, cit., 82.

⁵⁰ Considerato oltretutto che il principio di corrispondenza tra chiesto e giudicato *ex art.* 112 c.p.c. secondo certa dottrina non rappresenterebbe un limite assoluto per il giudice costituzionale: al riguardo v. A. CAMAIANI, S. FOÀ, *Postfazione. La Corte costituzionale*, cit., 126 ss.; M. CALAMO SPECCHIA, *Le fonti dell'emergenza*, cit., 1865.

⁵¹ V. G. MOBILIO, *La decretazione d'emergenza*, cit., 369.

⁵² V. U. DE SIERVO, *Emergenza Covid*, cit., 301 s.; P. CARNEVALE, *Pandemia e sistema delle fonti a livello statale. Qualche riflessione di ordine sistematico*, in [Corti Supreme e Salute](#), n. 1, 2021, 43.

veda, ad esempio, la misura di cui all'art. 1, comma 2, lett. l), che prevede la «sospensione [] di ogni tipo di riunione o evento sociale» [corsivo nostro]. Al profilo quantitativo, relativo al numero delle misure, deve aggiungersi il profilo qualitativo, relativo alle modalità di compressione dei diritti consentite dalla norma primaria: le restrizioni possono avere un grado di intensità che va dalla «limitazione» del godimento di diritti alla loro «sospensione» o al «divieto» del loro esercizio. Infatti, il decreto-legge attribuisce espressamente al Presidente del Consiglio non solo il potere di attuare le misure, ma anche la «possibilità di modularne l'applicazione in aumento ovvero in diminuzione secondo l'andamento epidemiologico del virus»⁵³.

In sintesi, l'ampiezza dell'elenco delle misure adottabili e l'intensità raggiungibile nella compressione dei diritti che ne sono oggetto comportano «la pressoché illimitata potenziale negazione temporanea di moltissime libertà sociali e politiche»⁵⁴ e svuotano di senso la tassatività delle restrizioni⁵⁵. Se rispetto al precedente d.l. n. 6/2020, nel nuovo decreto-legge è venuta meno la clausola di apertura, con la possibilità di prevedere «ulteriori misure» atipiche di contenimento, è pur vero che il potere attribuito al Presidente del Consiglio di scegliere quante e quali restrizioni attuare, in che tempo e in che luogo, non è stato sostanzialmente limitato dalla tassatività dell'elenco e dalla tipicità delle misure che vi sono indicate, perché il numero di misure adottabili è tanto ampio da ricomprendere ogni ambito della vita sociale e, nella quasi totalità dei casi, l'intensità delle restrizioni è modulabile fino all'estremo della sospensione dei diritti coinvolti⁵⁶.

Un'ulteriore circostanza che intacca la tipizzazione del contenuto dei d.p.c.m. è la mancata previsione, da parte del d.l. n. 19/2020, dei presupposti in base ai quali l'autorità di Governo ha dovuto scegliere le misure di contenimento da attuare⁵⁷.

⁵³ Art. 1, comma 1, del d.l. n. 19/2020.

⁵⁴ U. DE SIERVO, *Emergenza Covid*, cit., 302.

⁵⁵ Come osservano A. CAMAIANI, S. FOÀ, *Postfazione. La Corte costituzionale*, cit., 134, «[n]on basta, invero, eliminare termini sintomatici dell'indeterminatezza per garantire la tassatività»; sull'ampiezza dell'elenco delle misure di contenimento v. anche le riflessioni critiche di A. LALLI, *Organi e procedure amministrative dell'emergenza Covid-19*, in F. S. Marini, G. Scaccia (curr.), *Emergenza covid-19 e ordinamento costituzionale*, Torino, 2020, 220.

⁵⁶ Sulla sospensione dei diritti fondamentali operata dalle misure di contenimento dell'emergenza v. F. RESCIGNO, *La gestione del coronavirus e l'impianto costituzionale. Il fine non giustifica ogni mezzo*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2020, 262; M. BALDARI, *Potere e incertezza scientifica ai tempi del Covid-19*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 2, 2020, 370, che parla in proposito di «limitazioni e, in alcuni casi, [...] azzeramento di diritti fondamentali dell'individuo parimenti dotati di copertura costituzionale»; E. DE MARCO, *Situazioni di emergenza sanitaria e sospensioni di diritti costituzionali*, in questa *Rivista, Studi 2020/II*, 375, che descrive le misure come «[r]estrizioni [...] suscettibili di limitare a tal punto – in particolare nella fase più virulenta della pandemia – sfere anche inviolabili di libertà personale, da pervenire a conseguenti temporanee “sospensioni” – se non “rotture” – di norme della Costituzione»; similmente, ma senza intenzione critica, P. CARNEVALE, *Pandemia e sistema*, cit., 45, il quale individua una «operazione di macrobilanciamento fra diritti costituzionalmente garantiti» e attribuisce il carattere fortemente asimmetrico del bilanciamento al fatto che la tutela del diritto alla salute nel contesto dell'emergenza richiedeva il sacrificio di tutti gli altri diritti.

⁵⁷ V. A. CAMAIANI, S. FOÀ, *Postfazione. La Corte costituzionale*, cit., 132 s., che, in proposito, parlano di un potere del Presidente del Consiglio caratterizzato da una “doppia pregiudizialità rafforzata”, perché definito solo in quanto al suo oggetto, ovvero sia le misure limitative dei diritti, ma libero sia nell'*an* che nel *quomodo* dell'intervento.

Sul punto, v. [C. cost., sent. 7 aprile 2011, n. 115](#), avente oggetto la questione della legittimità costituzionale di una norma che autorizzava i sindaci ad emanare ordinanze, anche contingibili e urgenti, al fine di tutelare l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana (art. 54, comma 4, del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, come sostituito dall'art. 6 del d.l. 23 maggio 2008, n. 92, convertito, con modificazioni, in l. 24 luglio 2008, n. 125). Nella sentenza appena citata, al [§. 6 del Cons. dir.](#), la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità di tale norma. Essa, nel conferire ai sindaci un potere di ordinanza non limitato ai casi contingibili e urgenti, pur non attribuendo agli stessi il potere di derogare a norme legislative o regolamentari vigenti, «viola la riserva di legge relativa, di cui all'art. 23 Cost., in quanto non prevede una qualunque delimitazione della discrezionalità amministrativa in un ambito, quello della imposizione di comportamenti, che rientra nella generale sfera di libertà dei consociati». Il Giudice delle leggi ha, infatti, osservato, al [§. 4 del Cons. dir.](#), che tali ordinanze di ordinaria amministrazione, «si presentano come esercizio di una discrezionalità praticamente senza alcun limite, se non quello finalistico, genericamente identificato dal legislatore nell'esigenza “di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana”» e ha ribadito «l'imprescindibile necessità che in ogni conferimento di poteri amministrativi venga osservato il principio di legalità sostanziale», precisando che «[n]on è

La normativa primaria non ha delineato, neanche sommariamente, gli scenari prevedibili a seguito della diffusione del virus⁵⁸ e non ha fornito alcun indicatore di rischio, che il Presidente del Consiglio avrebbe potuto prendere in considerazione al fine di valutare l'opportunità dell'introduzione, reiterazione o rimozione delle misure di contenimento⁵⁹. Sotto questo profilo, il d.l. n. 19/2020 si è discostato dal precedente d.l. n. 6/2020. Quest'ultimo, infatti, da una parte, all'art. 1, comma 1, condizionava alla presenza di contagi l'imposizione, su un certo territorio, di una o più tra le misure limitative elencate e, dall'altra, mediante la già citata clausola dell'art. 2, comma 1, consentiva l'adozione di misure di contenimento anche al di fuori di quelle circostanze. Il d.l. n. 19/2020 ha superato tale impostazione: tolto ogni riferimento ai casi di contagio sulle aree del territorio nazionale, la norma attribuisce al Presidente del Consiglio il potere di imporre le misure di contenimento se e quando egli le ritenga necessarie⁶⁰. Quindi, non solo la modalità della limitazione dei diritti, ma anche la scelta del se e quando introdurre le misure rientrava nel potere attribuito dal decreto-legge al Presidente del Consiglio⁶¹. È possibile, perciò, affermare che la discrezionalità attribuita all'autorità di Governo, a ben vedere, era più ampia di quella che la Corte descrive come «esecuzione della norma primaria mediante atti amministrativi sufficientemente tipizzati».

In sostanza, come sottolineato da Mobilio, «l'impressione è che i decreti-legge si siano limitati ad autorizzare formalmente i d.P.C.M. a scegliere se, come e quanto comprimere le libertà costituzionali dei cittadini»⁶². Ciò fa dubitare dell'accostamento dei d.p.c.m. agli «atti» necessitati e riporta in primo piano la necessità di verificare se le restrizioni operate con la filiera normativa dell'emergenza siano compatibili con le riserve di legge che la Costituzione pone a garanzia dei diritti fondamentali oggetto

sufficiente che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore, ma è indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità». Su quest'ultima decisione v. G. TROPEA, *Una rivoluzionaria sentenza restauratrice (in margine a Corte cost., n. 115/2011)*, in *Diritto amministrativo*, 2011, 623 ss.

⁵⁸ Scenari che erano ipotizzabili già secondo il «Piano nazionale di preparazione e risposta ad una pandemia influenzale» del 10 febbraio 2006, disponibile sul sito del Ministero della Salute, all'indirizzo <https://www.salute.gov.it/portale/influenza/dettaglioPubblicazioniInfluenza.jsp?lingua=italiano&id=501>. Il Piano indicava espressamente la necessità di «fare previsioni sui possibili scenari di impatto della diffusione dell'infezione» (p. 54); suddivideva la pandemia in «fasi pandemiche» di rischio, collegando a ciascuna fase specifiche misure di sanità pubblica; individuava, a titolo esemplificativo, alcuni fattori del rischio di pandemia che occorreva considerare per collocarsi in una fase piuttosto che in un'altra, tra i quali: il tasso di trasmissione; la localizzazione geografica e la diffusione; la severità della malattia; la presenza di geni provenienti da ceppi umani (se [il virus è] derivato da un ceppo animale); altre informazioni dal genoma virale; e/o altre informazioni scientifiche (p. 9). Nel regolare l'ultima e più intensa fase di rischio, la «fase pandemica», caratterizzata da «aumentata e prolungata trasmissione [del virus] nella popolazione generale», il Piano, prima di elencare le misure di contenimento dell'infezione, imponeva obiettivi di sorveglianza epidemiologica e virologica funzionali a «valutare l'impatto della pandemia e descriverne le caratteristiche per orientare le misure di controllo e valutarne l'efficienza»; prevedeva, quindi, espressamente che «per stimare l'impatto della pandemia è necessario inoltre rilevare i seguenti indicatori: numero settimanale di ricoveri ospedalieri per quadri clinici; numero settimanale di ricoveri ospedalieri per sindrome influenzale esitati in decesso; numero settimanale di decessi totali su un campione di comuni; monitoraggio sentinella dell'assenteismo lavorativo e scolastico» (p. 13).

⁵⁹ V. D. TRABUCCO, *Il principio di legalità*, cit., 35 s.

⁶⁰ L'art. 1, comma 1, del d.l. n. 19/2020 stabilisce che «per contenere e contrastare i rischi sanitari derivanti dalla diffusione del virus COVID-19, su specifiche parti del territorio nazionale ovvero, *occorrendo*, sulla totalità di esso, possono essere adottate, secondo quanto previsto dal presente decreto, una o più misure tra quelle di cui al comma 2» [corsivo nostro].

⁶¹ Secondo M. BALDARI, *Potere e incertezza*, cit., 365, «il d.l. si limita infatti ad autorizzare l'adozione delle misure necessarie a «contenere e contrastare i rischi sanitari derivanti dalla diffusione del virus COVID-19» (art. 1, co. 1); e, pur elencandole in maniera tassativa, ne rimette la scelta concreta alle autorità politiche indicate dagli artt. 2 e 3»; secondo A. LUCARELLI, *L'erosione del principio di legalità e gli atti amministrativi sufficientemente tipizzati*, in *Giur. cost.*, 2021, 2068 s., le disposizioni di cui all'art. 1, commi 1 e 2, del d.l. n. 19/2020 «appaiono generiche», mentre «la necessaria tipizzazione degli atti amministrativi, al fine di ricondurli nell'alveo del principio di legalità sostanziale e degli atti esecutivi della volontà legislativa [...], richied[e] un fondamento giuridico legislativo dettagliato e circostanziato per gli aspetti formali, sostanziali e procedurali».

⁶² G. MOBILIO, *La decretazione d'urgenza*, cit., 369.

delle limitazioni⁶³. Viene in considerazione, in particolare, nella vicenda sottoposta al giudice *a quo*, la libertà di circolazione di cui all'art. 16 Cost., fortemente compressa dalla misura del *lockdown*. Infatti, mentre è indiscutibile la legittimità dei limiti alla circolazione finalizzati alla tutela della salute pubblica, dal momento che lo stesso art. 16 Cost. prevede questa ipotesi⁶⁴, non è altrettanto sicuro che una fonte primaria possa demandare l'attuazione di tali restrizioni a fonti secondarie o ad atti amministrativi, se si ritiene, in linea con un'autorevole dottrina, che la riserva di legge in materia di libertà di circolazione sia una riserva assoluta⁶⁵.

⁶³ Le misure di contenimento introdotte mediante il d.p.c.m. 10 aprile 2020, attuativo del d.l. n. 19/2020, hanno fortemente limitato una pluralità di diritti costituzionali garantiti da riserve di legge. L'art. 1, comma 1, lett. a), che ha consentito i soli spostamenti motivati da esigenze lavorative, situazioni di necessità o motivi di salute, e le successive lett. b) e lett. c), recanti il divieto assoluto di mobilità per i soggetti sottoposti a quarantena o positivi al test, hanno quasi del tutto sospeso la libertà di circolazione di cui all'art. 16 Cost. La misura di cui all'art. 1, comma 1, lett. d), sul divieto di qualsiasi forma di assembramento, ha limitato il diritto di riunione, garantito dall'art. 17 Cost. Alcune misure, come quelle contenute all'art. 1, comma 1, lett. u), lett. z), lett. aa), lett. bb), lett. cc), prevedendo la sospensione di una serie di attività economiche, hanno inciso sul diritto al lavoro (art. 4 Cost.) e sulla libertà d'impresa (art. 41 Cost.). La sospensione delle cerimonie civili e religiose, introdotta con l'art. 1, comma 1, lett. i), ha limitato la libertà di culto di cui all'art. 19 Cost., mentre l'art. 1, comma 1, lett. k), sospendendo le attività didattiche in presenza nelle scuole e nelle Università, ha compresso il diritto all'istruzione di cui agli artt. 33 e 34 Cost. Sul tema dell'incidenza delle misure per la gestione della pandemia sui diritti costituzionali, v., con riferimento alla libertà di circolazione, G. P. DOLSO, *Emergenza sanitaria e libertà di circolazione*, in G. P. Dolso, M. D. Ferrara, D. Rossi (curr.), *Virus in fabula. Diritti e Istituzioni ai tempi del covid-19*, Trieste, 2020, 263 ss.; D. MORANA, *Le libertà costituzionali in emergenza: spigolature tra libertà personale, circolazione del territorio e prestazioni personali imposte*, in F. S. Marini, G. Scaccia (curr.), *Emergenza covid-19*, cit., 135 ss. Sulla libertà di riunione v. G. RAGONE, *La libertà di riunione in tempi di emergenza sanitaria e distanziamento sociale*, in A. Iannuzzi, G. Pistorio (curr.), *La gestione dell'emergenza sanitaria tra diritto e tecnica*, Napoli, 2022, 219 ss. Sul diritto al lavoro v. M. VITALETTI, *Diritto al lavoro ed emergenza sanitaria. Verso un nuovo orizzonte teleologico?*, in F. S. Marini, G. Scaccia (curr.), *Emergenza covid-19*, cit., 147 ss. Sulla libertà di culto v. F. ADERNÒ, *Le restrizioni alla libertà religiosa disposte dalla decretazione d'urgenza*, in M. Borgato, D. Trabucco (curr.), *Covid-19*, cit., 77 ss.; N. COLAIANNI, *La libertà di culto al tempo del coronavirus*, in [Stato, Chiese e pluralismo confessionale](#), n. 7, 2020; T. DI IORIO, *La quarantena dell'anima del civis-fidelis. L'esercizio del culto nell'emergenza sanitaria da Covid-19 in Italia*, [ibid.](#), n. 11, 2020. Sulla libertà di iniziativa economica privata v. M. CECCHETTI, *Le limitazioni alla libertà di iniziativa economica privata durante l'emergenza*, in [Rivista AIC](#), n. 4, 2020, 59 ss. Sul diritto all'istruzione v. A. GIUBILEI, *La scuola nell'emergenza: l'influenza delle valutazioni tecnico-scientifiche sul bilanciamento tra diritto all'istruzione e diritto alla salute nel periodo pandemico*, in A. Iannuzzi, G. Pistorio (curr.), *La gestione dell'emergenza*, cit., 179 ss.; M. TROISI, *Il Sistema Nazionale d'Istruzione di fronte alle restrizioni per la pandemia da COVID-19. Molte ombre e qualche luce (da cui ripartire)*, in *Le Regioni*, n. 4, 2020, 781 ss.

⁶⁴ Com'è noto, la riserva di legge rinforzata di cui all'art. 16 Cost. circoscrive le ragioni per cui la legge può intervenire in materia di libertà di circolazione ai soli «motivi di sanità e sicurezza».

⁶⁵ Ritengono che l'art. 16 Cost. preveda una riserva di legge assoluta L. A. MAZZAROLLI, «Riserva di legge», cit., 18; A. LUCARELLI, *Costituzione*, cit., 572; G. FILIPPETTA, *La libertà personale e la libertà di domicilio, di circolazione e individuale*, in R. Nania, P. Ridola (curr.), *I diritti costituzionali*, Vol. I, Torino, 2001, 390 ss.; G. P. DOLSO, *Emergenza sanitaria*, cit., 269 ss.; D. MORANA, *Le libertà costituzionali in emergenza*, cit., 141; ID., *Libertà costituzionali e prestazioni imposte. L'art. 23 Cost. come norma di chiusura*, Milano, 2007, 213; A. MAZZOLA, *Il bilanciamento tra diritto alla salute e libertà di circolazione ai tempi del nuovo-coronavirus*, in [Astrid rassegna](#), n. 6, 2020, 7; G. DEMURO, *Art. 16*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (curr.), *Commentario alla Costituzione*, Vol. I, Torino, 2006, 377 ss.; A. TESSIER, *Decretazione anti Covid-19 e riserve di legge in materia di libertà individuale: un equilibrio precario sul filo della legittimità costituzionale*, in M. Borgato, D. Trabucco (curr.), *Covid-19*, cit., 69; S. MABELLINI, *La problematica tenuta delle riserve di legge nella gestione policentrica dell'emergenza sanitaria*, in F. S. Marini, G. Scaccia (curr.), *Emergenza covid-19*, cit., 58; D. NOCILLA, *Riserva di legge*, in ["Diritto on line" - Treccani](#), 2019. Secondo F. Modugno, *Le fonti del diritto*, in Id. (cur.), *Diritto pubblico*, II ed., Torino, 2015, 108, la materia su cui la riserva di legge incide è un indizio della natura della riserva stessa. Dal momento che «la materia delle libertà fondamentali è quella su cui, storicamente, è ritagliata l'esigenza da cui nasce la riserva di legge», se ne ricava che «sono considerate assolute dunque tutte le riserve in materia di libertà fondamentali». Vale la pena rilevare che la limitazione della libertà di uscire dalla propria abitazione non incide meramente sulla possibilità di circolare su una porzione del territorio nazionale, ma comprime in via generale la stessa libertà di movimento della persona. Il divieto in parola costituisce un sacrificio pressoché totale della libertà di circolazione, al punto che alcuni autori hanno ritenuto che non solo la misura della quarantena, ma perfino quella del *lockdown* fossero limitative più che della libertà di circolazione, della stessa libertà personale di cui all'art. 13 Cost.: v., ad esempio, F. S. MARINI, *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti-legge*, in F.

In concreto, oltretutto, la mancata previsione dei casi in cui si rendono necessarie misure di contenimento ha portato a decisioni del Presidente del Consiglio dubbie sotto il profilo della ragionevolezza: si pensi, ad esempio, alla scelta, a partire dal d.p.c.m. 4 marzo 2020, di imporre sull'intero territorio nazionale le misure adottate per le zone rosse, pur in presenza di differenti livelli di contagio nelle diverse zone del Paese⁶⁶.

In sintesi, considerato che il d.l. n. 19/2020 ha attribuito al Presidente del Consiglio il potere di scegliere se e quando attuare le restrizioni, il luogo e la durata della loro efficacia, il grado di limitazione dei diritti coinvolti, si comprende l'opinione di chi sostiene che i d.p.c.m. «riescono di fatto innovativi nell'adattare la portata della fonte primaria che li legittima all'effettiva dinamica della situazione in divenire»⁶⁷.

5. Segue: b) I principi di adeguatezza e proporzionalità.

Come detto, il d.l. n. 19/2020 ha imposto al Presidente del Consiglio, nell'esercizio del potere di attuare le misure di contenimento, il rispetto dei principi di adeguatezza e proporzionalità al rischio effettivamente presente sul territorio nazionale e ha previsto che, prima dell'adozione dei provvedimenti attuativi, fosse sentito «di norma» il Comitato tecnico-scientifico⁶⁸. La Corte costituzionale ha ritenuto che l'imposizione di un «criterio di esercizio della discrezionalità» e la previsione di un supporto «sul piano istruttorio» siano incompatibili con la configurazione delle attribuzioni di un potere legislativo e qualificchino senz'altro, in capo all'autorità di Governo, «una potestà amministrativa, ancorché ad efficacia generale»⁶⁹.

Le affermazioni della Corte non appaiono pienamente convincenti.

La discrezionalità amministrativa, secondo la definizione datane dalla giurisprudenza costituzionale, è «una potestà di scelta fra varie soluzioni in vista degli scopi di pubblico interesse da raggiungere»⁷⁰. Ma la possibilità e l'ampiezza di un intervento discrezionale dell'Amministrazione sono condizionate dall'esistenza di riserve di legge nelle relative materie⁷¹ e dalla natura di tali

S. Marini, G. Scaccia (curr.), *Emergenza covid-19*, cit., 63 ss.; A. LALLI, *Organi e procedure*, cit., 222; A. TESSIER, *Decretazione anti Covid-19*, cit., 69 s.; A. RUGGERI, [Il coronavirus, la sofferita tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti](#), in questa *Rivista, Studi 2020/I*, 214. A prescindere dalla validità di tale prospettazione, non accolta dalla Corte costituzionale nella [sent. 25 maggio 2022, n. 127](#) a proposito della misura della quarantena, si può osservare come essa si fondi sull'esistenza di un legame tra libertà personale e libertà di circolazione, una prossimità ontologica che induce a ritenere affini anche le forme di garanzia. In senso contrario, per una ricostruzione della riserva di legge in materia di libertà di circolazione come riserva relativa, v. M. MAZZIOTTI di CELSO, *Circolazione e soggiorno (libertà di)*, in *Enc. dir.*, VII, 1960, 17 ss.; L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova, 1998, 616.

⁶⁶ Sul punto v. M. BETZU, P. CIARLO, *Epidemia e differenziazione territoriale*, in *Bio Law Journal - Rivista di BioDiritto*, n. spec. 1, 2020, 201 ss.; A. CARDONE, *Il baratro della necessità e la chimera della costituzionalizzazione: una lettura della crisi delle fonti del sistema di Protezione civile contro le battaglie di retroguardia*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. spec., 2020, 328; V. BALDINI, *Prendere sul serio*, cit., 1283; R. CHERCHI, A. DEFFENU, *Fonti e provvedimenti dell'emergenza sanitaria Covid-19: prime riflessioni*, cit., 665 s.

⁶⁷ S. PRISCO, F. ABBONDANTE, *I diritti al tempo del coronavirus. Un dialogo*, in [federalismi.it](#), Osservatorio Emergenza Covid-19, 24 marzo 2020, 3; v. anche A. SAITTA, [Il codice della protezione civile e l'emergenza pandemica anche alla luce di C. cost. n. 198 del 2021](#), in questa *Rivista, Studi 2021/III*, 844, che osserva incidentalmente come lo schema normativo impiegato dal Governo sia «criticabilissimo e ricco di non poche incongruenze – quali l'ampio margine residuo in capo al Presidente del Consiglio nel dare concreta attuazione alle varie misure limitative delle libertà dei cittadini».

⁶⁸ V. Art. 2, comma 1, del d.l. n. 19/2020.

⁶⁹ [§. 6.2 del Cons. dir.](#)

⁷⁰ [C. cost., sent. 8 luglio 1957, n. 122](#). In tema di discrezionalità amministrativa v., tra i tanti, A. PUBUSA, *Merito e discrezionalità amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, IX, 1994, 401 ss.; L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986; F. SGRÒ, *Brevi notazioni sul rapporto tra il principio di legalità e la discrezionalità amministrativa nelle materie riservate alla legge*, in *Riv. amm.*, 2011, 621 ss.

⁷¹ F. SGRÒ, *Brevi notazioni*, cit., 629.

riserve, se assolute o relative⁷². Autorevole dottrina ha, infatti, evidenziato che «il *proprium* della riserva di legge sta nella delimitazione degli ambiti di discrezionalità degli organi dell'applicazione»⁷³. Quando la Costituzione stabilisce una riserva di legge assoluta, ne deriva che la materia coperta da quella riserva dovrebbe essere regolata compiutamente dalla legge e che, in tale ambito, il potere discrezionale dell'Amministrazione dovrebbe essere ridotto al minimo⁷⁴.

Come osservato in precedenza⁷⁵, l'art. 16 Cost. stabilisce una riserva di legge assoluta in materia di libertà di circolazione. È dubbio che sia compatibile con una riserva di legge assoluta l'art. 1, comma 2, lett. a), del d.l. n. 19/2020, che conferiva al d.p.c.m. la possibilità di adottare la misura (o meglio, le misure) della «limitazione della circolazione delle persone, anche prevedendo limitazioni alla possibilità di allontanarsi dalla propria residenza, domicilio o dimora se non per spostamenti individuali limitati nel tempo e nello spazio o motivati da esigenze lavorative, da situazioni di necessità o urgenza, da motivi di salute o da altre specifiche ragioni». Infatti, tale previsione contenuta nella fonte primaria ha un carattere indeterminato e lascia uno spazio molto, *rectius* troppo ampio alla discrezionalità del Presidente del Consiglio.

A ben vedere, la norma primaria determinava quale tipo di libertà poteva essere incisa dalle restrizioni, vale a dire la libertà di circolazione, ma non prevedeva quali misure, compatibili con la nozione di «limitazione della circolazione delle persone» potessero essere adottate. Di conseguenza, il d.p.c.m. non ha solo applicato una misura in materia di libertà di circolazione ad un determinato ambito territoriale e per un certo tempo, ma ne ha determinato in concreto il contenuto.

Il decreto-legge, infatti, prevedeva espressamente solo una delle misure adottabili, quella del divieto di allontanamento dall'abitazione senza giustificato motivo. La congiunzione «anche», che precede la formulazione del divieto, conferma che questo rappresentava, a titolo esemplificativo, solo una, seppur la più severa, delle limitazioni alla libertà di circolazione potenzialmente adottabili, mentre le altre restavano innominate⁷⁶.

In sostanza, la discrezionalità garantita al Presidente del Consiglio nell'adottare misure restrittive della libertà di circolazione finiva per avere gli stessi confini dell'esercizio della funzione legislativa al riguardo: il Presidente, dunque, poteva limitarne l'esercizio per salvaguardare la salute pubblica fino all'estremo del divieto di uscita dall'abitazione, dovendo in quest'ultimo caso prevedere le eccezioni legate all'esercizio del diritto al lavoro, alla necessità (es. acquisto di generi alimentari) e alla tutela della salute, interessi costituzionalmente rilevanti che non possono essere sacrificati nel bilanciamento⁷⁷.

L'ampio margine di discrezionalità conferito al Capo del Governo quanto alle limitazioni della libertà di circolazione non sembra essere ridotto dal richiamo dei principi di adeguatezza e proporzionalità. La prima parte dell'affermazione della Corte costituzionale, per cui tali principi configurano «un criterio tipico di esercizio della discrezionalità amministrativa»⁷⁸ è condivisibile, dal momento che essi costituiscono canoni tipici dell'azione amministrativa⁷⁹. Non sembra altrettanto

⁷² Al tema della riserva di legge si è già accennato *supra*, nota 47, a cui si rinvia anche per i riferimenti bibliografici sul tema.

⁷³ R. BALDUZZI, F. SORRENTINO, *Riserva di legge*, cit., 1217.

⁷⁴ V. F. SGRÒ, *Brevi notazioni*, cit., 630.

⁷⁵ Si rinvia, *supra*, alla nota 65 e alla bibliografia ivi citata.

⁷⁶ Si pensi, ad esempio, alla misura del c.d. coprifuoco, ossia il divieto di uscita dalla propria abitazione senza giustificato motivo dalle ore 22.00 alle ore 5.00 del giorno successivo, introdotta a partire dal d.p.c.m. 3 novembre 2020.

⁷⁷ V. S. MABELLINI, *La problematica tenuta delle riserve*, cit., 58, per cui «la vacuità dei decreti-legge determina, di riflesso, l'assunzione, in capo all'organo amministrativo, di un potere – ancorché nominalmente “attuativo” – pressoché libero, di fatto, nel contenuto, nelle modalità e nella definizione dei presupposti».

⁷⁸ [§. 6.2 del Cons. dir.](#)

⁷⁹ Sul principio di proporzionalità come canone nell'esercizio delle scelte amministrative si rinvia, senza pretesa di esaustività, ad A. SANDULLI, *La proporzionalità nell'azione amministrativa*, Padova, 1998; F. NICOTRA, *I principi di proporzionalità e ragionevolezza dell'azione amministrativa*, in [federalismi.it](#), n. 12, 2017, 2 ss.; S. DEL GATTO, A. AVERARDI, *Il principio di proporzionalità dell'azione amministrativa*, in L. Torchia (cur.), *La dinamica del diritto*

convincente la conseguenza che la Corte ne fa derivare, per cui la loro presenza «è di per sé del tutto incompatibile con l'attribuzione di potestà legislativa»⁸⁰. Il vincolo del rispetto dei principi di adeguatezza e proporzionalità non connota automaticamente un potere come esercizio di discrezionalità amministrativa, siccome questi principi orientano anche la discrezionalità del legislatore nelle decisioni politiche relative alla restrizione di diritti, beni e interessi costituzionalmente rilevanti e, parallelamente, costituiscono gli strumenti del controllo di legittimità di tali decisioni da parte della Corte costituzionale⁸¹.

Anche la norma che ha previsto l'acquisizione del parere del Comitato tecnico-scientifico non sembra essere utile a inquadrare i poteri attribuiti dal decreto-legge al Presidente del Consiglio nell'esercizio di una potestà amministrativa. In primo luogo, è stato rilevato che il parere del Comitato tecnico-scientifico non era vincolante e neppure obbligatorio, giacché la disposizione ha stabilito che questo organismo fosse sentito «di norma»: il Presidente del Consiglio ha potuto decidere se acquisire le valutazioni del CTS o se prescindere da esse⁸². Siccome l'opinione del CTS era facoltativa, il rischio a cui i provvedimenti dovevano essere commisurati è stato calcolato e definito, in ultima analisi, dallo stesso Presidente del Consiglio⁸³. Si consideri, in secondo luogo, che un fenomeno come quello dell'epidemia è caratterizzato per sua natura da profili tecnici e scientifici, sicché la scienza è in grado di fornire dati utilizzabili per definire le regole giuridiche da applicare e per effettuare le valutazioni di adeguatezza e proporzionalità. A partire dalla [sentenza 26 giugno 2002, n. 282](#)⁸⁴ la Corte costituzionale ha riconosciuto come «almeno nel settore del diritto alla salute, la discrezionalità legislativa dovrebbe ritenersi limitata da risultanze di natura tecnico-scientifica»⁸⁵. La sentenza citata affermava espressamente che le decisioni riguardanti i diritti fondamentali che implicano valutazioni tecnico-scientifiche non possono essere frutto esclusivo della mera discrezionalità politica, ma devono fondarsi anche su evidenze scientifiche acquisite con l'ausilio di organismi competenti⁸⁶.

amministrativo. Dieci lezioni, Bologna, 2017, 61 ss.; A. ALBANESE, *Il ruolo del principio di proporzionalità nel rapporto tra amministrazione e amministrati*, in [Istituzioni del Federalismo](#), n. 3, 2016, 697 ss.

⁸⁰ [§. 6.2 del Cons. dir.](#)

⁸¹ V., ad esempio, L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. dir.*, agg. I, 1997, 899 ss.; J. LUTHER, *Ragionevolezza (delle leggi)*, in *Dig. disc. pubbl.*, XII, 1997, 341 ss.; M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in [cortecostituzionale.it](#), 2013; M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, cit., 127 ss.

⁸² V. M. CAVINO, *La natura dei DPCM*, cit., 85, secondo il quale la scelta di basare le proprie valutazioni sul parere del Comitato tecnico-scientifico o di prescindere del tutto attribuita al Presidente del Consiglio è già sufficiente a ritenere le sue prerogative maggiori di una mera discrezionalità amministrativa; C. LOTTA, [La legislazione emergenziale per contrastare la pandemia da Covid-19 tra scienza e diritto: il ruolo del Comitato tecnico-scientifico](#), in questa [Rivista, Studi 2022/1](#), 347, rileva che «[p]roprio per la natura non vincolante dei pareri del Comitato tecnico-scientifico [...] si ritiene che la loro funzione sia quella di delineare la cornice nell'ambito della quale il legislatore emergenziale effettua le sue valutazioni di politica sanitaria, potendosi o meno attenere alle indicazioni fornite dal CTS»; A. LAMBERTI, *La Corte costituzionale*, cit., 13.

⁸³ V. A. CAMAIANI, S. FOÀ, *Postfazione. La Corte costituzionale*, cit., 133.

⁸⁴ Su tale pronuncia v. D. MORANA, *La tutela della salute, fra libertà e prestazioni, dopo la riforma del Titolo V. A proposito della sentenza 282/2002 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2002, 2034 ss.; S. PENASA, *La "ragionevolezza scientifica" delle leggi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2009, 817 ss.

⁸⁵ A. MANGIA, *Tutela della salute e valutazioni tecniche: un limite al regionalismo? Discrezionalità legislativa e valutazioni tecniche*, in L. Violini (cur.), *Verso il decentramento delle politiche di welfare*, Milano, 2011, 52; sul tema del peso delle valutazioni tecnico-scientifiche sulle decisioni legislative v. anche C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in [Rivista AIC](#), n. 2, 2016, 6 ss.; S. PENASA, *La "ragionevolezza scientifica"*, cit., 822 ss.; A. RUGGERI, [Il coronavirus](#), cit., 211.

⁸⁶ V. [C. cost., n. 282/2000, §. 5 del Cons. dir.](#): «[Ma] un intervento sul merito delle scelte terapeutiche in relazione alla loro appropriatezza non potrebbe nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica dello stesso legislatore, bensì dovrebbe prevedere l'elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi - di norma nazionali o sovranazionali - a ciò deputati, dato l'«essenziale rilievo» che, a questi fini, rivestono «gli organi tecnico-scientifici» (cfr. [sent. n. 185 del 1998](#)); o comunque dovrebbe costituire il risultato di una siffatta verifica».

Altre pronunce hanno confermato questo orientamento⁸⁷. Iannuzzi osserva, al riguardo, che «[i]nteri settori dell'ordinamento giuridico sono ormai fortemente condizionati dagli apporti della scienza, come, in primo luogo, l'ambiente, la salute, la sicurezza, o ancora la sicurezza [alimentare]», sicché «[l]e cognizioni tecnico-scientifiche influenzano sempre di più il contenuto delle leggi e, perciò, limitano la discrezionalità legislativa»⁸⁸. È pacifico, in sostanza, che le valutazioni tecniche debbano incidere non «solo in sede di applicazione (giudiziaria) e di attuazione (amministrativa) del diritto»⁸⁹, ma anche sull'attività del legislatore.

Infine, la dottrina ha giustamente criticato la prassi seguita del Presidente del Consiglio di non motivare le scelte compiute mediante i d.p.c.m. con riguardo, in particolare, al rispetto dei principi di adeguatezza e proporzionalità al rischio presente nelle aree interessate dagli stessi provvedimenti⁹⁰. I d.p.c.m. si sono limitati a richiamare, nella premessa, i verbali delle riunioni del Comitato tecnico-scientifico, trasformando questi ultimi nella «motivazione giuridica che giustifica le numerose limitazioni alle libertà fondamentali dei cittadini»⁹¹, benché le valutazioni tecnico-scientifiche potessero costituire unicamente la «premessa logica alle valutazioni “politiche” di bilanciamento delle esigenze e dei diritti costituzionalmente garantiti»⁹² e non esaurire tali valutazioni. Ciò è anche più grave ove si consideri che i verbali del CTS sono stati a lungo secretati⁹³. In sintesi, per concludere sul punto, il riferimento alle valutazioni del Comitato tecnico-scientifico non sembra essere un elemento sufficiente a dimostrare che il Presidente del Consiglio ha esercitato un potere di natura amministrativa.

6. Il divieto di allontanamento dalla propria abitazione senza giustificato motivo.

Da ultimo, non appare del tutto convincente neppure l'argomento della Corte per cui proprio la misura del divieto di allontanamento dalla propria abitazione senza giustificato motivo, contenuta nel d.p.c.m. 10 aprile 2020 e la cui violazione è stata oggetto del giudizio *a quo*, dimostrerebbe che il d.p.c.m. si è limitato «ad adattare all'andamento della pandemia quanto stabilito in via generale dalla fonte primaria»⁹⁴. Come già ricordato, la norma primaria ha previsto, tra le misure di contenimento, la possibile «limitazione della circolazione delle persone, anche prevedendo limitazioni alla possibilità di allontanarsi dalla propria residenza, domicilio o dimora se non per spostamenti individuali limitati nel tempo e nello spazio o motivati da esigenze lavorative, da situazioni di

⁸⁷ V. C. cost., [sent. 8 maggio 2009, n. 151](#) e [sent. 18 gennaio 2018, n. 5](#). Sulla prima decisione, v. C. TRIPODINA, *La Corte costituzionale, la legge sulla procreazione medicalmente assistita e la 'Costituzione che non vale più la pena di difendere'?* ([Osservazione a] Corte cost., 8 maggio 2009 n. 151), in *Giur. cost.*, 2009, 1696 ss.; F. VARI, *A proposito della sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale in materia di procreazione eterologa*, in *Quaderni dir. pol. eccles.*, 2014, 617 ss. Sulla seconda, v. A. IANNUZZI, *L'obbligatorietà delle vaccinazioni a giudizio della Corte costituzionale fra rispetto della discrezionalità del legislatore statale e valutazioni medico-statistiche*, in questa *Rivista, Studi 2018/I*, 87 ss.; V. CIACCIO, *I vaccini obbligatori al vaglio di costituzionalità. Riflessioni a margine di Corte cost., sent. n. 5 del 2018*, in *Giur. cost.*, 2018, 451 ss.

⁸⁸ A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Napoli, 2018, 144 s.

⁸⁹ A. MANGIA, *Tutela della salute*, cit., 54.

⁹⁰ V. P. BONETTI, *La Costituzione regge l'emergenza*, cit., 714 ss.

⁹¹ M. BALDARI, *Potere e incertezza*, cit., 368.

⁹² P. BONETTI, *La Costituzione regge l'emergenza*, cit., 715.

⁹³ V. M. GUERZONI, F. SARZANINI, *I verbali del Cts: «Covid, il governo decise di tenere segreto il piano»*, in *Corriere della Sera*, 4 settembre 2020. I verbali delle riunioni del CTS sono stati successivamente desecretati, grazie a un intervento della Fondazione Luigi Einaudi, che si è rivolta al TAR Lazio. V. in proposito il commento di C. NORDIO, *Le chiusure che il governo deve spiegare in Parlamento*, in *Il Messaggero*, 7 agosto 2020, disponibile sul sito della Fondazione Luigi Einaudi all'indirizzo <https://www.fondazioneLuigiEinaudi.it/carlo-nordio-le-chiusure-che-il-governo-deve-spiegare-in-parlamento/>.

⁹⁴ §. 7.1 del *Cons. dir.*

necessità o urgenza, da motivi di salute o da altre specifiche ragioni»⁹⁵. La disposizione del d.p.c.m. attuativo, invece, ha consentito «solo gli spostamenti motivati da comprovate esigenze lavorative o situazioni di necessità ovvero per motivi di salute»⁹⁶. Benché la disposizione abbia ricalcato apparentemente la misura prevista nel decreto-legge, il divieto di allontanamento ingiustificato dalla propria abitazione contenuto nel provvedimento del 10 aprile 2020 è stato ancora più restrittivo, perché ha disposto una compressione più accentuata della libertà di circolazione. Nel d.p.c.m., infatti, sono stati vietati tutti gli spostamenti non giustificati da comprovate esigenze lavorative, situazioni di necessità o motivi di salute, mentre è scomparso il diritto a «spostamenti individuali limitati nel tempo e nello spazio», contemplato, accanto ai motivi giustificativi, tra le eccezioni al generale limite alla libertà circolazione previste dal d.l. n. 19/2020. Eppure è diversa e parimenti rilevante la ragione d'essere delle due tipologie di eccezioni al divieto generale di uscire dalla propria abitazione indicate nella fonte primaria: infatti, mentre con i c.d. motivi giustificativi si è tentato di far fronte ad altrettante esigenze impellenti, la possibilità di compiere spostamenti individuali e limitati nel tempo e nello spazio ha assicurato un residuo di libertà di circolazione, temperando questo diritto con la necessità di evitare assembramenti. L'ulteriore limitazione disposta dal d.p.c.m. a scapito degli spostamenti individuali appare, oltre che priva di fondamento legislativo, del tutto sproporzionata rispetto allo scopo di contrastare l'epidemia, non essendo indispensabile a preservare il distanziamento interpersonale⁹⁷.

7. Conclusioni.

In conclusione, si è visto come l'impianto argomentativo adoperato dalla Corte costituzionale nella [sent. n. 198/2021](#) lascia aperti alcuni dubbi.

Innanzitutto, resta incerta la qualificazione giuridica dei d.p.c.m., anche a motivo della vaghezza del linguaggio adottato dalla Consulta, che, come visto, definisce tali atti come accostabili «per certi versi» agli atti necessitati⁹⁸.

Il Giudice delle leggi ha valorizzato elementi quali la temporaneità delle misure, la tipizzazione del contenuto da parte del decreto-legge e l'imposizione di criteri idonei a limitare la discrezionalità per definire i d.p.c.m. come atti meramente esecutivi della fonte primaria⁹⁹. La loro natura sarebbe quella di atti amministrativi generali¹⁰⁰, come tali non aventi contenuto normativo¹⁰¹, assimilabili alle ordinanze contingibili e urgenti solo con riferimento al presupposto dell'urgente necessità¹⁰².

Si è cercato di evidenziare, però, che le succitate caratteristiche prese in considerazione dalla Corte presentano profili di problematicità. La tipizzazione è intaccata dalla lunghezza dell'elenco delle misure applicabili, dalla genericità di alcune delle stesse, dall'assenza di presupposti per la loro imposizione. La temporaneità è attenuata dalla prorogabilità delle misure e dal fatto che esse sono state effettivamente rinnovate¹⁰³. I limiti alla discrezionalità possono essere posti in dubbio nella loro effettiva consistenza se si considera che il Presidente del Consiglio ha ricevuto il potere di definire il contenuto di alcune prescrizioni e di valutare autonomamente il rischio per la salute pubblica, che era

⁹⁵ Art. 1, comma 2, lett. a), del d.l. n. 19/2020.

⁹⁶ Art. 1, comma 1, lett. c), del d.p.c.m. 10 aprile 2020.

⁹⁷ Al riguardo v. V. BALDINI, *Prendere sul serio*, cit., 1283.

⁹⁸ [§. 8 del Cons. dir.](#); v., *supra*, la nota 43.

⁹⁹ [§. 9 del Cons. dir.](#)

¹⁰⁰ [§. 6.2 del Cons. dir.](#)

¹⁰¹ V. A. M. SANDULLI, *L'attività normativa della Pubblica Amministrazione*, Napoli, 1970, 97, il quale sostiene vada «negato carattere normativo a tutte quelle statuizioni [] le quali siano “applicative” di precetti contenuti in precedenti atti normativi, senza innovare in alcun modo nella “sostanza” del sistema normativo vigente».

¹⁰² [§. 8 del Cons. dir.](#)

¹⁰³ Per questo profilo, si rinvia alla nota 36 e ai riferimenti bibliografici ivi citati.

il solo presupposto per l'*an* e il *quomodo* del suo intervento, dal momento che i pareri del Comitato tecnico-scientifico non erano né vincolanti né obbligatori.

Queste considerazioni portano a ritenere che ai d.p.c.m. non sia stata demandata la mera esecuzione della norma primaria, ma anche la sua integrazione, il che presuppone un conferimento di potestà normativa, diversamente da quanto ritenuto dal Giudice delle leggi¹⁰⁴. Ciò di per sé non comporta automaticamente una violazione del principio di tipicità delle fonti primarie¹⁰⁵, dovendosi a tal fine determinare se la potestà conferita è legislativa o regolamentare, ma pone un problema di violazione delle riserve di legge poste a garanzia dei diritti costituzionali incisi dalle misure di contenimento, come nel caso sottoposto al giudice *a quo* la riserva di legge di cui all'art. 16 Cost. Infatti, atti diversi dalle fonti primarie, siano essi atti amministrativi generali a carattere non normativo o fonti secondarie, possono intervenire in materie coperte da riserva di legge assoluta soltanto se strettamente esecutivi di norme primarie. Come si è visto, c'è ragione di dubitare che i d.p.c.m. si limitassero alla stretta esecuzione delle disposizioni contenute nel decreto-legge e in certi casi pare che questi abbiano avuto carattere attuativo e integrativo delle stesse.

Vale la pena ricordare che la strategia improntata all'utilizzo dei d.p.c.m. per la gestione della pandemia è stata abbandonata dal nuovo esecutivo, guidato dal Presidente del Consiglio Mario Draghi, in carica dall'inizio del 2021, che ha preferito ricorrere al solo strumento del decreto-legge. Quest'ultimo, atto con forza di legge sottoposto al controllo del Presidente della Repubblica, in sede di emanazione, e del Parlamento, in sede di conversione, assoggettabile all'esame della Corte costituzionale, appare maggiormente adatto a garantire i diritti di rango costituzionale incisi dalle misure di contenimento.

È, dunque, opportuno continuare a riflettere sulla questione della legittimità delle modalità di gestione dell'emergenza, che la [sent. n. 198/2021](#) non pare aver risolto definitivamente.

I problemi principali connessi all'utilizzo dei d.p.c.m. riguardano l'accentramento dei poteri in capo all'Esecutivo, con la conseguente marginalizzazione dell'organo parlamentare¹⁰⁶; l'incerta natura del potere esercitato dal Presidente del Consiglio con l'adozione dei d.p.c.m. e, di riflesso, la natura di questi atti¹⁰⁷; la possibile violazione della riserva di legge di cui all'art. 16 Cost. da parte della filiera normativa basata su decreti-legge e d.p.c.m.¹⁰⁸; la sproporzione di un bilanciamento che

¹⁰⁴ [§. 6.2 del Cons. dir.](#)

¹⁰⁵ V. CRISAFULLI, *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, XVII, 1968, 940.

¹⁰⁶ V. R. ROMBOLI, [L'incidenza della pandemia](#), cit., 525; M. CALAMO SPECCHIA, *Le fonti dell'emergenza*, cit., 1862; F. SORRENTINO, [A proposito dell'emergenza coronavirus](#), in *Il diritto pubblico della pandemia in Liber Amicorum* per Pasquale Costanzo, Consulta OnLine, Genova, 2020, II, 7.

¹⁰⁷ Così A. CAMAIANI, S. FOÀ, *Postfazione. La Corte costituzionale*, cit., 134 s., secondo i quali il d.p.c.m. è accostabile per certi versi alla categoria degli atti necessitati, per altri a quella delle ordinanze a contenuto libero, non essendo riconducibile in pieno a nessuna delle due; osserva A. LUCARELLI, *L'erosione del principio di legalità*, cit., 2070, come «nella costruzione argomentativa della sentenza [sia lacunoso proprio il tema] dell'identificazione e qualificazione giuridica dei d.P.C.m., in particolare in relazione al rapporto con il decreto-legge. [...] La Corte definisce [i d.p.c.m.] atti amministrativi esecutivi sufficientemente tipizzati [...]. Si tratterebbe di una nuova categoria che implicherebbe atti a contenuto discrezionale, ma sufficientemente riconducibili al proprio fondamento giuridico».

¹⁰⁸ La questione non è stata risolta neppure dalla successiva [sent. n. 127/2022](#) della Corte costituzionale, che ha escluso la riconducibilità della misura della quarantena ad una limitazione della libertà personale *ex art. 13 Cost.* e, di conseguenza, smentito l'asserita violazione della riserva di giurisdizione ivi prevista, riferendo la misura alla libertà di circolazione. Infatti, la Corte afferma che «una volta che si sia giunti alla conclusione che la limitazione introdotta dal legislatore appartenga, a buon titolo, al campo governato dall'art. 16 Cost., e si sia quindi potuto escludere ogni rilievo all'art. 13 Cost., ugualmente occorrerebbe valutare la conformità della misura adottata ai limiti costituzionali che il legislatore incontra in tema di compressione della libertà di circolazione. *Quest'ultima, pur priva della riserva di giurisdizione, resta assistita da garanzie consone al fondamentale rilievo costituzionale che connota la facoltà di locomozione, anche quale base fattuale per l'esercizio di numerosi altri diritti di primaria importanza. Tuttavia, tale secondo aspetto del problema non è stato sottoposto all'attenzione di questa Corte dal giudice rimettente*, che ha invece circoscritto il dubbio di costituzionalità alla violazione dell'art. 13 Cost., sicché è solo a quest'ultima che deve riservarsi ora l'attenzione, *restando invece impregiudicato ogni profilo afferente all'osservanza dell'art. 16 Cost.*» [corsivo nostro].

ha sacrificato al diritto alla salute, inteso come interesse della collettività, molti altri diritti costituzionalmente garantiti¹⁰⁹.

¹⁰⁹ Sul punto, sottolineata A. RUGGERI, *Il coronavirus*, cit., 212, «se guardiamo in faccia la realtà in tutta la sua crudezza, non possiamo non rilevare che diritti fondamentali di cittadini (e non) hanno subito (e subiscono), a causa della accelerata ed incontenibile diffusione del virus, gravi compressioni aventi, sì, la loro radice in atti di forza primaria ma in buona sostanza definite nei loro concreti contorni da atti [...] la cui natura di fonti del diritto, perlomeno per una loro ristretta e severa accezione, quando pure la si ammetta, con molta buona volontà ed una oggettiva forzatura, porta gli atti stessi che ne sono dotati ai gradi più bassi del sistema, con buona pace delle riserve di legge al riguardo stabilite nella Carta». Per uno sguardo sulle decisioni della Corte costituzionale in tema di fonti del diritto impiegate per far fronte all'emergenza v. P. COSTANZO, L. TRUCCO, *La giustizia costituzionale italiana si vaccina contro l'infezione da Covid-19*, in federalismi.it, n. 4, 2022, 302 ss. Sul tema, pur in senso contrario a quanto sostenuto nel testo, v. F. VARI, *La pandemia di COVID 19 come stress test per i diritti fondamentali: prime note*, in *Nuove Autonomie*, n. spec. 1, 2022, 175 ss.

Alessandra Amore

**La responsabilità della P.A. per danno da vaccinazione:
il bilanciato legame tra dovere di solidarietà e dignità umana***

ABSTRACT: *The history of yesterday and today – think of the emergency caused by the spread of the infection from Covid- 19 – tells us about the suspension of constitutional guarantees, reason of State and emergencies that justify the limitation or cancellation of fundamental rights; as well as “full powers” granted to governments and continuous attempts to consider the freedoms recognized as excessive in relation to the needs of social control or economic development. In this context, a relationship that tends to be equal between the State and the individual has been accompanied by an unequal relationship in which the inequality is the fundamental constitutional rule, since everyone knows that subjective rights, even those that represent the most immediate incarnations of individual freedom are by definition yielding to public power, which in turn refers to the necessary or reason of the state as the exclusive organization of the social order. This can be clearly understood in terms of compulsory health treatment, in which public opinion is strongly divided on the issue of vaccination between those who support the discriminatory nature of this legislative choice, unjustifiably limiting other fundamental freedoms, and those who see the need of such limitations in the name of public health protection. The paper consist of two parts: the first will investigate how constitutional jurisprudence has, over the years, attempted to preserve the value of the human person in terms of vaccination, pursuant to art. 2 of the Constitution; in the second, instead, an attempt will be made to highlight how the duty of solidarity – places to safeguard a balances social bond – has affirmed the general character of the responsibility of the Public Administration from lawful activity. It will be particularly highlighted how the “person-state” holder of eminent dominion over all goods and interest, which reserved to the Legislator to choose of recognizing a compensation for the sacrifice made to the interest of the individual – has affirmed the general principle of state compensatory intervention in favor of the person injured by the vaccine.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il valore della dignità umana in ipotesi di vaccinazione: il difficile equilibrio tra dovere di solidarietà e libertà di autodeterminazione. – 3. Dovere di solidarietà, bilanciato legame sociale, e l’(in)certa configurazione della responsabilità amministrativa da attività lecita. – 3.1. *Segue:* la responsabilità della P.A. da attività lecita per danno da vaccinazione raccomandata – 4. Conclusioni.

1. *Premessa.*

“Libertà e diritti accompagnano la nascita del cittadino moderno, definiscono un ordine politico e simbolico interamente nuovo”¹. Con tale espressione, Stefano Rodotà apre il suo libro su “Libertà e diritti in Italia”, in cui si tratteggia un’idea di Stato – qual è la forma repubblicana – preposta al riconoscimento dei diritti e al benessere dei cittadini, attraverso la creazione di un ordinamento giuridico organico e completo, indirizzato a disciplinare i poteri dello Stato e a circoscrivere i confini dell’*agere* amministrativo.

Così, con l’entrata in vigore della Carta costituzionale, si supera l’autocrazia sabauda e il ventennio mussoliniano e, attraverso la proclamazione dell’idea democratica-pluralista, si riconosce la centralità della persona umana. È questo il vero progresso dello Stato democratico: la Repubblica



¹ S. RODOTÀ, *Libertà e diritti in Italia*, Donzelli, Roma, 1997, 1.

è l'emblema di una nuova comunità politica in cui il vero apporto innovativo si sostanzia nella massima valorizzazione del rapporto di parità tra governanti e governati.

Basti richiamare l'art. 2 Cost. che, da un lato, afferma il primato e l'indipendenza originaria della persona umana, cioè la sua priorità di valore rispetto sia allo Stato, sia ad ogni altra autorità o struttura sociale dell'uomo, nonché la sua inviolabile dignità che si esprime nei suoi diritti, assunti perciò come inviolabili, nella loro essenza, da ogni potere statale, dall'altro, impone ai cittadini l'adempimento di doveri che, in forza dell'espressa connotazione solidaristica, sono volti al soddisfacimento di esigenze della collettività.

Purtuttavia, la storia di ieri e di oggi – si pensi alla situazione d'emergenza determinata dalla diffusione del contagio da Covid-19 – ci parla di sospensione delle garanzie costituzionali, di ragioni di Stato e di emergenze che giustificano la limitazione o la cancellazione di diritti fondamentali; nonché di “pieni poteri” concessi ai governi e di tentativi continui di considerare le libertà riconosciute eccessive rispetto alle esigenze di controllo sociale o di sviluppo economico².

In tale contesto, secondo Giorgio Berti, a un rapporto tendenzialmente paritario tra Stato e individuo si è accompagnata una relazione diseguale nella quale “anzi la diseguaglianza dei soggetti è la regola costituzionale fondamentale”, poiché “è noto a tutti che i diritti soggettivi, anche quelli che rappresentano le più immediate incarnazioni della libertà individuale, sono per definizione cedevoli di fronte al potere pubblico, che si richiama a sua volta alla necessità o alla ragione dello Stato come organizzazione esclusiva dell'ordine sociale”³.

Nel corso degli anni, difatti, il proliferare nella società di interessi collettivi differenziati (alla salute, alla sicurezza, etc.) ha influito sul rapporto fra il potere e la libertà degli individui, creando spesso occasioni di soggezione o di non libertà⁴. Non rimane dunque che domandarci se non ci si sia lasciati andare “alla meccanica di un movimento che, partendo sempre dal potere come punto superiore di attacco, giunge all'individuo per via discendente, come se la libertà che a lui si riconosce fosse sempre ciò che residua dopo che sono stati soddisfatti gli interessi di cui il potere si fa portatore”⁵.

E ciò si coglie nitidamente, ad esempio, in tema di trattamento sanitario obbligatorio, in cui l'opinione pubblica è fortemente divisa sul tema della vaccinazione: tra chi sostiene il carattere discriminatorio di tale scelta normativa, limitativa ingiustificatamente di altre libertà fondamentali, e chi invece ravvisa la necessità di tali limitazioni in nome della tutela della salute pubblica.

In tale scenario, il compito dello studioso si sostanzia nel ricercare la dimensione dell'individuo quale centro di imputazione di diritti e di doveri: quell'individuo che – collocato all'interno dell'organizzazione sociale – agisce mosso dal sentimento di cooperazione tipico di ogni consociato e, se danneggiato, ha diritto a un ristoro, proprio per il valore centrale assunto nell'ordinamento.

Ebbene, la chiave di volta indispensabile per sviluppare l'obiettivo di ricerca si individua nell'art. 2 Cost., ossia nel principio [dovere] di solidarietà, qualificato come collante di tutte le antinomie tipiche della dimensione politica, amministrativa, e sociale dell'uomo.

Alla luce di tali premesse, il presente lavoro si compone idealmente di due parti: nella prima si indagherà come la giurisprudenza costituzionale abbia, negli anni, tentato di preservare il valore della persona umana in tema di vaccinazione, *ex art. 2 Cost.*; nella seconda, invece, si tenterà di mettere in luce come il dovere di solidarietà – posto a presidio di un bilanciato legame sociale – abbia affermato il carattere generale della responsabilità della P.A. da attività lecita. In particolare, si evidenzierà come dallo “Stato-persona” – titolare di un dominio eminente, su ogni bene e

² S. RODOTÀ, *Libertà*, cit., 3 e 10, dove si afferma che: “intanto, però, non si arresta la marcia dei diritti, e da tempo si parla di una loro quarta generazione, dove confluiscono la sensibilità planetaria per i temi ambientali, i dilemmi della vita e della morte che accompagnano la bioetica, la cittadinanza elettronica associata alle tecnologie dell'informazione e della comunicazione”.

³ G. BERTI, *Diritto e Stato*, Padova, 1986, 167.

⁴ G. BERTI, *Diritto*, cit., 168.

⁵ G. BERTI, *Diritto*, cit., 169.

interesse, che riservava al Legislatore la scelta di riconoscere un compenso per il sacrificio recato all'interesse dell'individuo – si sia affermato il principio generale di un intervento compensativo statale in favore della persona danneggiata dal vaccino⁶.

Proprio muovendo da tale presupposto, quindi, la rilettura delle norme ordinarie civilistiche consentirà di disegnare la responsabilità da attività lecita come sistema di sicurezza sociale, nel rispetto delle regole di solidarietà sociale e dell'equa ripartizione degli oneri pubblici cristallizzate nella Carta costituzionale.

2. Il valore della dignità umana in ipotesi di vaccinazione: il difficile equilibrio tra dovere di solidarietà e libertà di autodeterminazione.

La dignità, così come disegnata nella Carta costituzionale, appare un attributo inscindibile e indissolubile della persona: si atteggia come “nucleo duro dell'umano” e vieta di “degradare l'uomo concreto a oggetto, semplice strumento, entità fungibile”, una mera *res*⁷. Intanto, nel corso degli anni, “la salute (...) non [è stata] più intesa esclusivamente in termini oggettivi, come assenza di malattia, ma [è stata] considerata in relazione alla percezione che il soggetto ha di sé, del proprio stato fisico e mentale, perché lo star bene coinvolge gli aspetti interiori della vita come avvertiti e vissuti dal soggetto stesso. Si assiste a un passaggio dell'idea di salute come standard (l'uomo sano) al vissuto. Non c'è più (soltanto) un metro oggettivo su cui misurare, con gli strumenti della scienza, la salute, ma occorre tenere conto dell'esperienza individuale, dell'universo di valori, culturali”⁸.

Ciò, in conformità al dettato costituzionale, *ex art. 32*, che – tutelando il diritto alla salute del singolo, in tutte le sue dimensioni – supera l'insegnamento proveniente dallo Stato di diritto, in cui la salute era considerata unicamente nella dimensione collettiva dell'ordine pubblico.

In altri termini, l'art. 32 costituisce un “esempio mirabile” di quell'equilibrio che, nella Carta, si è realizzato tra il principio di libertà e quello di solidarietà; equilibrio che consente di declinare il diritto alla salute su un duplice piano: individuale e soggettivo, (i.e. la salute come diritto fondamentale del singolo cittadino), sociale e c.d. oggettivo (i.e. la salute intesa come interesse della collettività).

Nella visione personalistica tratteggiata dalla Carta costituzionale, dunque, la dignità umana implica la coesistenza di diritti e doveri, di libertà e di responsabilità, verso gli altri ma anche verso se stessi, dando vita così a un dovere di essere liberi a garanzia della propria integrità psico-fisica⁹.

Sulla base di tali premesse si spiega perché le misure, normative o amministrative, con cui si dispone il trattamento vaccinale implicano, a monte, una triplice valutazione: quella scientifica, dei rischi potenziali derivanti dal trattamento; quella relativa al rapporto “costi/benefici”, provenienti dalla sottoposizione o meno a trattamento sanitario; e infine, la definizione di una misura precauzionale che risulti non discriminatoria e coerente con altri interventi del medesimo tipo,

⁶ Sul tema si rinvia a: V. ONIDA, *Principi fondamentali della Costituzione italiana*, in G. Amato, A. Barbera, *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1997, I, 86; F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 2002, 253.

⁷ M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, Torino, 2018, 178; G. DÜRIG, *Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde : Entwurf eines praktischen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. I. in Verbindung mit Art. 19 Abs. II des Grundgesetzes*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1956, 2, 117-157.

⁸ G. FERRANDO, *Stato vegetativo permanente e sospensione dei trattamenti medici*, in U. Veronesi (a cura di), *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, *Il Sole 24 Ore*, Milano, 2006, 143-144.

⁹ G. AMATO, *Libertà: involucro del tornaconto o della responsabilità individuale?* in *Nuove dimensioni nei diritti di libertà (Scritti in onore di Paolo Barile)*, Padova, 1990, 51; A. RUGGERI – A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)* in *Pol. dir.*, 1991, 365 ss.; A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, 280 ss.

proporzionata al livello di protezione ricercato, modificabile e rivedibile in base all'evoluzione delle conoscenze scientifiche e delle circostanze di fatto (c.d. "gestione del rischio")¹⁰.

Chiarito, quindi, che le ragioni di tutela della salute della collettività non possono finire col pregiudicare la dignità individuale, la legge impositiva di un trattamento sanitario¹¹ sarà costituzionalmente legittima se prevederà un trattamento diretto a migliorare lo stato di salute del soggetto obbligato e a preservare quello degli altri individui (c.d. "interesse alla tutela della salute collettiva"), giacché è proprio tale ultimo "scopo che giustifica la compressione di quella autodeterminazione dell'uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale"¹².

Tuttavia, se, nonostante le adeguate precauzioni, derivi dal vaccino il rischio c.d. "minimo", lo Stato deve garantire la corresponsione di una equa indennità al vaccinato danneggiato. In tal senso, la *ratio* è nitida: così come il singolo cittadino deve sottoporsi a vaccinazione per la tutela della collettività, allo stesso tempo la collettività è chiamata a corrispondere un equo ristoro per il danno patito dall'individuo, nel rispetto del c.d. "patto di solidarietà" (è il c.d. "principio di corrispondenza").

La giurisprudenza costituzionale elabora dunque una logica solidaristica, nella materia in esame, legata "ad evenienze in cui, in nome della solidarietà pura, la collettività assuma su di sé, totalmente o parzialmente, le conseguenze di eventi dannosi fortuiti e comunque indipendenti da decisioni che la società stessa abbia preso nel proprio interesse"¹³. Orientamento che trae ispirazione – probabilmente – dall'idea che le persone, nel momento in cui costituiscono l'ordinamento e fondano lo Stato, "trattengono nell'ambito della (loro) sovranità i diritti inviolabili (...) un fondamento unitario dei diritti nella sovranità (...)" in cui – dal combinarsi degli artt. 1, 2 e 3 Cost. – il suo nucleo essenziale e incompressibile sarà protetto e bilanciato¹⁴.

Da ciò, due riflessioni: in primo luogo, la salute non può atteggiarsi come valore supremo ma richiede piuttosto – in una prospettiva costituzionalmente orientata – un continuo bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, "senza pretese di assolutezza per nessuno di essi, nel rispetto dei

¹⁰ In dottrina v. F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione del rischio*, Milano, 2005, 154; S. SPUNTARELLI, *Normatività del principio di precauzione e legittimazione procedurale*, in *Costituzionalismo. it.*, 3/2014, 14-15.

¹¹ In tema di trattamento sanitario obbligatorio, in dottrina si veda, a titolo meramente esemplificativo, D. VINCENZI AMATO, *Il 2° comma dell'art. 32*, in *Commentario alla Costituzione* (a cura di) Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1978, 167 ss.; S.P. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione (a proposito della disciplina delle vaccinazioni)*, in *Dir. soc.*, 1979, 876; F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari «non obbligatori» e Costituzione*, in *Dir. soc.*, 1982, 303 ss.; B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Dir. soc.*, 1/1983, 28-30; M. LUCIANI, *Salute (diritto alla salute – dir. cost.)*, in *Enc. giur.*, vol. XVI, Roma, 10-11; A. SIMONCINI, E. LONGO, *Art. 32*, in *Commentario alla Costituzione* diretto da R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Torino, 2006, 666-669; R. FERRARA, *Il diritto alla salute: principi costituzionali*, in Id. (a cura di), *Salute e sanità*, Milano, 2010, 3 ss.; R. BALDUZZI – D. SERVETTI, *La garanzia costituzionale del diritto alla salute e la sua attuazione nel Servizio Sanitario Nazionale*, in R. Balduzzi – G. Carpani (a cura di), *Manuale di diritto sanitario*, Bologna, 2013, 3 ss.; M. CARTABIA, *L'art. 32, secondo comma, della Costituzione italiana*, in R. Balduzzi (a cura di), *Diritto alla salute e servizi sanitari tra consolidamento e indebolimento*, Bologna, 2017, 17 ss.; D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale. Lezioni*, Torino, 2018.

¹² Pur rimanendo tale essenziale profilo sullo sfondo del presente contributo, non si può omettere di dar conto del [comunicato della Corte costituzionale del 1° dicembre 2022](#) relativo alle decisioni in corso di pubblicazione con cui, tra l'altro, sono stati rigettati i dubbi di costituzionalità sollevati sull'obbligo vaccinale del personale scolastico e circa la previsione che esclude, in caso di inadempimento dell'obbligo vaccinale e per il tempo della sospensione, la corresponsione di un assegno a carico del datore di lavoro per chi sia stato sospeso; e ciò, sia per il personale sanitario, sia per il personale scolastico.

¹³ [Corte cost. sent. n. 342 del 2006](#).

¹⁴ M. MONTEDURO, *Doveri inderogabili dell'Amministrazione e diritti inviolabili della persona: una proposta ricostruttiva*, in *Persona e amministrazione*, 2/2020, 579, il quale richiama: L. R. PERFETTI, *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 101 ss.

canoni di proporzionali e di ragionevolezza”¹⁵; in secondo luogo, le esigenze di solidarietà “non possono essere estese fino a limitare le scelte sulle cure in quanto la persona non è in alcun modo strumentalizzabile neanche per fini solidaristici”¹⁶.

La dialettica “libertà-solidarietà” si esprime dunque, secondo una prospettiva garantistica, richiamando il concetto complesso elaborato nel tempo dalla giurisprudenza costituzionale di diritto alla tutela della salute come “nucleo irriducibile del diritto (...) protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana, il quale impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela, che possano appunto pregiudicare l’attuazione di quel diritto”¹⁷.

Da tali considerazioni si coglie il principio fondamentale secondo cui il diritto alla salute è un diritto “bipolare”, qualificandosi costituzionalmente illegittimo ogni intervento legislativo, che consenta prevalere del diritto fondamentale del singolo a scapito dell’interesse generale e viceversa. Principio che si desume chiaramente dalla celebre [sentenza n. 307 del 1990](#) della Corte costituzionale, in cui il dovere di solidarietà è inteso quale momento di equilibrio tra l’autonomia individuale nell’esercizio del diritto fondamentale alla salute e “la misura di un legittimo intervento autoritario in vista del perseguimento dell’interesse generale ad un efficace profilassi”¹⁸.

In conformità a tale orientamento giurisprudenziale – com’è noto – è stata approvata la legge 25 febbraio 1992, n. 210, recante “Indennizzo a favore dei soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazioni di emoderivati”, che, all’art. 1, riconosce un diritto all’indennizzo a “chiunque abbia riportato, a causa di vaccinazioni obbligatorie per legge o per ordinanza di una autorità sanitaria italiana, lesioni o infermità, dalle quali sia derivata una menomazione permanente della integrità psico-fisica”¹⁹. Si tratta di un ristoro – come affermato dalla Corte costituzionale – “dovuto per il semplice fatto obiettivo e incolpevole dell’aver subito un pregiudizio non evitabile, in un’occasione dalla quale la collettività nel suo complesso trae un beneficio: dovuto dunque indipendentemente dal risarcimento in senso proprio che potrà eventualmente essere richiesto dall’interessato, ove ricorrano le condizioni previste dall’art. 2043 del Codice civile”²⁰. Senonché, nel corso degli anni, la Corte

¹⁵ In caso contrario, si verificherebbe l’illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, quali espressione della dignità della persona (cfr. [Corte cost., sent. n. 20 del 2017](#)).

¹⁶ Si veda V. De SANTIS, *Dalla necessità dell’obbligo vaccinale alla realtà del Green Pass*, in *Nomos*, 3/2021, 6.

¹⁷ [Corte cost., sent. n. 509 del 2000](#): “Salvo il nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Cost. come ambito inviolabile della dignità umana, i trattamenti sanitari necessari per la tutela della salute sono garantiti ad ogni persona come diritto costituzionalmente condizionato all’attuazione che il legislatore ne dà attraverso il bilanciamento fra l’interesse sotteso a quel diritto e gli altri interessi costituzionalmente protetti, tra i quali quello oggettivo posto dai limiti organizzativi e di bilancio” ([Corte cost., sentt. nn. 267 del 1998](#) e [309 del 1999](#)).

¹⁸ Con la [sentenza n. 307 del 1990](#) la Corte costituzionale ha dichiarato l’illegittimità costituzionale della legge n. 51 del 1996, per violazione degli artt. 2 e 32 Cost., nella parte in cui non prevedeva l’obbligo a carico dello Stato di indennizzare il danno patito dal cittadino riconducibile causalmente alla vaccinazione contro la poliomielite.

¹⁹ Tale indennizzo, ex art. 2, consiste in un assegno non reversibile determinato secondo i parametri tabellari delle pensioni privilegiate per il settore pubblico, di cui alla tab. B, della l. n. 177 del 1976 - “Collegamento delle pensioni del settore pubblico alla dinamica delle retribuzioni. Miglioramento del trattamento di quiescenza del personale statale e degli iscritti alle cause pensioni degli istituti di previdenza” – integrati dall’indennità integrativa speciale di cui alla l. n. 324 del 1959, “Miglioramenti economici al personale statale in attività ed in quiescenza”. Nel corso degli anni questa disciplina è stata più volte oggetto di sindacato della Corte costituzionale, si rinvia a: [Corte cost., sentt. nn. 307 del 1990](#); [118 del 1996](#); [27 del 1998](#); [226 del 2000](#); [423 del 2000](#). In giurisprudenza in tema di indennizzo si rinvia a: Corte appello Milano, 20 luglio 2016: “Per i soggetti danneggiati da vaccinazioni obbligatorie (...) è previsto, oltre all’indennizzo di cui all’art. 1, l. n. 201 del 1992, un assegno una tantum, pari al 30% dell’indennizzo, dovuto per il periodo ricompreso tra il manifestarsi dell’evento dannoso e l’ottenimento dell’indennizzo stesso.

²⁰ Corte costituzionale, [sent. n. 118 del 1996](#), che se da un lato conferma quanto già racchiuso nella [sentenza n. 307 del 1990](#), dall’altro, fornisce un ulteriore tassello in tema di bilanciamento tra il diritto alla salute individuale e quello collettivo. Ed ancora per [Corte cost. sent. n. 307 del 1990](#) “Un corretto bilanciamento fra le due suindicate dimensioni del valore della salute – e lo stesso spirito di solidarietà (da ritenere ovviamente reciproca) fra individuo e collettività che sta a base dell’imposizione del trattamento sanitario – implica il riconoscimento, per il caso che il rischio si avveri,

costituzionale ha riconosciuto l'indennizzo anche in ipotesi di vaccinazione "consigliata" o "raccomandata", in virtù del diritto-dovere di solidarietà in cui le autorità sanitarie tendono di coinvolgere i cittadini ad aderire ad un programma di politica sanitaria, rimettendo tale scelta alla libertà di autodeterminazione di ogni individuo, nel rispetto di quella "costruzione personalista dell'ordito costituzionale (...), che pone l'uomo e il suo benessere al centro del proprio catalogo assiologico"²¹.

La dignità della persona implica difatti la coesistenza di diritti e doveri, di libertà e di responsabilità verso il prossimo, ma anche verso se stessi, raffigurandosi così, come già accennato, un dovere di essere liberi, in forza del quale ciascuno deve assumere un contegno coerente con l'indisponibile esigenza di mantenimento e promozione della propria libertà-dignità, anche sotto l'aspetto dell'integrità psico-fisica. A ciò si aggiunga che il principio di autodeterminazione è tutelato a livello sovranazionale dagli artt. 1 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'U.E. nonché, sul piano internazionale, dall'art. 8, comma 1, CEDU, il quale nel sancire il diritto di ogni persona al rispetto della propria vita privata e familiare, preclude all'autorità pubblica la possibilità di ingerirsi nell'esercizio della libertà di autodeterminazione, salvo sia consentito dalla legge ovvero rappresenti una misura, che in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui.

Con specifico riferimento ai trattamenti sanitari, poi, si richiamano gli artt. 5, 6 e 9 della Convenzione sui Diritti dell'uomo e la medicina – sottoscritta a Oviedo – in cui si legge che un trattamento sanitario può essere praticato soltanto se la persona interessata abbia prestato il proprio consenso libero e informato. Sicché – mentre in ipotesi di trattamento obbligatorio, i diversi attori (autorità pubbliche e individui) finiscono per realizzare l'obiettivo della più ampia immunizzazione dal rischio di contrarre la malattia indipendentemente²² – “per quanto concerne le vaccinazioni raccomandate, in presenza di diffuse e reiterate campagne di comunicazione a favore dei trattamenti vaccinali” è invece naturale che si sviluppi un affidamento nei confronti di quanto consigliato dalle autorità sanitarie; il che rende la scelta individuale di aderire alla raccomandazione di per sé

di una protezione ulteriore a favore del soggetto passivo del trattamento. In particolare, finirebbe con l'essere sacrificato il contenuto minimale proprio del diritto alla salute a lui garantito, se non gli fosse comunque assicurato, a carico della collettività, e per essa dello Stato che dispone il trattamento obbligatorio, il rimedio di un equo ristoro del danno patito. E parimenti deve ritenersi per il danno – da malattia trasmessa per contagio dalla persona sottoposta al trattamento sanitario obbligatorio o comunque a questo ricollegabile – riportato dalle persone che abbiano prestato assistenza personale diretta alla prima in ragione della sua non autosufficienza fisica (persone anche esse coinvolte nel trattamento obbligatorio che, sotto il profilo obiettivo, va considerato unitariamente in tutte le sue fasi e in tutte le sue conseguenze immediate)”.

²¹ Cass. civ., sez. lav., n. 7354 del 2021; Cass. civ. n. 268 del 2017: “la traslazione sulla collettività delle conseguenze negative del vaccino antinfluenzale, alle condizioni e nei limiti previsti dalla l. n. 210 del 1992, consegue all'applicazione dei principi costituzionali di solidarietà, ex art. 2 Cost., di tutela della salute anche collettiva, ex art. 32 Cost., e di ragionevolezza, ex art. 3 Cost., completando – in termini che rendono più serio e affidabile ogni programma sanitario rivolto alla diffusione dei trattamenti vaccinali – il patto di solidarietà tra individuo e collettività, al fine di una più ampia copertura, con benefici non solo economici sul SSN e sulle attività lavorative”. [Corte cost., n.118 del 2020](#) ha osservato che: “nell'orizzonte epistemico della pratica medico-sanitaria la distanza tra raccomandazione e obbligo è assai minore di quella che separa i due concetti nei rapporti giuridici”, nello stesso senso si rinvia a: [Corte cost. sentt. nn. 268 del 2017, 207 del 2012, n. 293 del 2011 e n. 27 del 1998](#). Per ulteriori approfondimenti in dottrina si veda: M. D'ARIENZO, *Al di là del nesso autorità/libertà: i recenti sviluppi della politica vaccinale italiana alla prova dei fatti e nell'interpretazione della giurisprudenza costituzionale ed amministrativa tra diritto alla salute pubblica, rischi per la salute individuale, garanzia ed effettività dei diritti fondamentali ed equilibrio economico-finanziario*, in *Dir. proc. amm.*, 2/2019, 341 ss.; L. PRINCIPATO, *La parabola dell'indennizzo, dalla vaccinazione obbligatoria al trattamento sanitario raccomandato*, in *Giur. cost.*, 2018, 1, 375 ss., secondo l'A. “(...) nell'ipotesi del trattamento sanitario suggerito, lo Stato assume un obbligo di protezione della sfera giuridica dell'individuo, proprio in ragione dell'affidamento indotto sulla opportunità di una condotta che, oggetto di pubblica sollecitazione, deve presumersi atta a tutelare e non a ledere l'integrità psico-fisica” (virgolettato tratto da F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, cit.).

²² [Corte cost., sentt. n. 107 del 2012](#).

obiettivamente votata alla salvaguardia anche dell'interesse collettivo, al di là delle particolari motivazioni che muovono i singoli²³.

Tirando le fila sulla base delle argomentazioni fin qui condotte in ordine alla scelta di ribadire l'estensione della tutela indennitaria anche nelle ipotesi di effetti collaterali conseguenti alle vaccinazioni raccomandate, è chiaro che il fondamento del diritto all'indennizzo riposi sui vincoli propriamente solidali tra collettività e individui – preposti alla cura di un interesse obiettivamente comune – sicché al “verificarsi di eventi avversi e di complicità di tipo permanente a causa di vaccinazioni effettuate nei limiti e secondo le forme di cui alle previste procedure deve essere, per l'appunto, la collettività ad accollarsi l'onere del pregiudizio individuale piuttosto che non i singoli danneggiati a sopportare il costo del beneficio collettivo”²⁴.

La frizione testé ricordata tra la dimensione individuale e collettiva di cui si compone la tutela della salute (art. 32 Cost.) ha imposto – in conclusione - di apprestare una riparazione adeguata in favore delle varie classi dei destinatari del trattamento; ciò consente di affermare che il principio di solidarietà rappresenta il “faro” che illumina la scelte legislative in sede di riconoscimento dell'indennizzo nonché il principio generale su cui si fonda la responsabilità da attività lecita della P.A.

3. Dovere di solidarietà, bilanciato legame sociale, e l'(in)certa configurazione della responsabilità amministrativa da attività lecita.

La pregressa ricostruzione circa la distinzione tra vaccinazione obbligatoria e raccomandata consente di argomentare ulteriormente in tema di responsabilità della P.A.

Sembra opportuno, però, dapprima precisare che, in ipotesi di danno da vaccinazione, l'individuo può avere: a) diritto al risarcimento del danno cagionato da comportamenti colposi, *ex art. 2043 c.c.*; b) diritto a un equo indennizzo, in virtù del combinato disposto tra l'art. 2 e l'art. 32 Cost., qualora il danno sia stato subito in conseguenza dell'adempimento di un obbligo legale, e non di un fatto illecito; c) il diritto a misure di sostegno assistenziale disposte dal legislatore, nell'ambito dell'esercizio costituzionalmente legittimo dei suoi poteri discrezionali, in tutti gli altri casi.

Non essendo possibile, per ragioni di sintesi, analizzare la responsabilità extracontrattuale né le misure di sostegno assistenziale, l'attenzione si pone allora sul riferimento alla indennità *sub b)*, che richiamerebbe un'ipotesi di responsabilità da attività lecita della P.A., ricorrente allorché essa abbia sacrificato interessi o diritti dei privati *secundum ius* nell'esercizio della sua potestà, ossia al di fuori delle ipotesi di responsabilità aquiliana, *ex art. 2043 c.c.*²⁵ Tale tipologia di responsabilità

²³ [Corte cost., sent. n. 107 del 2012.](#)

²⁴ Cass. civ., sez. VI, 18 marzo 2014, n. 6266: “La *ratio* del diritto all'indennizzo previsto dalla disposizione censurata è l'interesse collettivo alla salute e non l'obbligatorietà in quanto tale del trattamento, la quale è semplicemente strumento per il perseguimento di tale interesse, il quale, a propria volta, è fondamento dell'obbligo generale di solidarietà nei confronti di quanti, sottoponendosi al trattamento, vengano a soffrire di un pregiudizio. Di conseguenza, in presenza di diffuse e reiterate campagne di comunicazione a favore della pratica di vaccinazioni (...) è naturale che si sviluppi un generale clima di affidamento nei confronti di quanto raccomandato: ciò rende la scelta adesiva dei singoli, al di là delle loro particolari e specifiche motivazioni, di per sé obiettivamente votata alla salvaguardia anche dell'interesse collettivo”.

²⁵ Tribunale Roma sez. II, 1 ottobre 2008: “Il pregiudizio eventualmente derivato al singolo individuo dalla somministrazione dei vaccini obbligatori, deve ricondursi, pertanto, nella categoria del danno derivante da attività lecita della PA che, proprio in considerazione della mancanza di anti-giuridicità della condotta, non può essere sussunto nello schema normativo della fattispecie dell'illecito civile *ex art. 2043 c.c.* (...) dando piuttosto luogo ad una prestazione indennitaria (...) gravante sulla collettività in virtù tanto del principio di solidarietà sociale che informa l'ordinamento giuridico, quanto del criterio di assunzione dei “costi del rischio” che, nel caso di specie, non possono non gravare sul soggetto che beneficia dei risultati positivi dell'attività di vaccinazione preventiva per sua natura pericolosa. In ordine alla natura della responsabilità amministrativa da atto lecito si richiamano le differenti tesi enunciate dalla dottrina. Per

radicherebbe il proprio fondamento nel dovere di solidarietà, quale presidio di un bilanciato legame sociale²⁶.

Prima di addentrarci nella disamina di tale istituto pare tuttavia utile ripercorrere, seppur sommariamente, le tesi dottrinali enucleate in tale ambito.

Un primo tentativo lo si deve a Vittorio Emanuele Orlando il quale – muovendosi nell’ottica dei modelli civilistici e, dunque, nella sfera del “diritto privato comune, cui è sottoposta in genere l’amministrazione dello Stato, per gli effetti patrimoniali della sua attività anche attinenti a fini pubblici” – descriveva la parabola generale della responsabilità civile osservando, già allora, come “si tende, anche nel diritto privato, all’attenuazione e all’eliminazione dell’elemento della colpa come fondamento della responsabilità”²⁷. E ancora, per Santi Romano, “l’ente pubblico che impone a un diritto individuale un particolare sacrificio che non è compreso nei limiti normali di esso, (...) ha l’obbligo di risarcirlo o, con altre parole, convertirlo (...) in un’indennità”²⁸.

Se tale tesi riconosce il diritto all’indennizzo ogniqualvolta la P.A. abbia agito lecitamente e sacrificato un diritto del privato, per Cammeo invece “la responsabilità per fatti leciti sussiste e sussiste in base a un principio *generale, analogo* a quello per cui in diritto privato è stabilita la responsabilità senza colpa. Il principio è il seguente. L’amministrazione spesso per raggiungere i suoi scopi deve sacrificare nell’interesse collettivo interessi individuali. Quando questi sono lievi si può lasciarne l’onere sull’individuo sacrificato. Quando sono gravi è opportuno indennizzarne il sacrificio col pubblico denaro: ossia ripartire l’onere su tutta la collettività dando il pubblico denaro che proviene a mezzo dei tributi”²⁹. Senonché l’argomentazione di Cammeo, in assenza di un’espressa previsione normativa che indichi i parametri per valutare l’entità del sacrificio apportato all’interesse del paziente, è ormai superata dall’odierno quadro costituzionale: giacché la lacuna normativa riserverebbe un’ampia discrezionalità alla P.A., con contestuale sindacato giurisdizionale c.d. “debole” e compromissione del diritto di difesa dei cittadini, in violazione degli artt. 24 e 113 Cost.³⁰; vieppiù, la tesi in esame comprometterebbe il principio di imparzialità della

G. CORSO, *La responsabilità della Pubblica amministrazione da attività lecita*, in *Dir. amm.*, 2/2009, 203 ss.: “Lo Stato e gli enti pubblici cumulano i ruoli di tutore, di precettore, di padrone, di committente, di proprietario di cose, di autoveicoli di animali, di ciascuna delle figure contemplate dagli artt. 2047-2053 c.c., molte delle quali rispondono a titolo della responsabilità oggettiva mentre in altre il regime della colpevolezza e della sua prova è regolato in modo diverso da quello stabilito in via generale, dall’art. 2043 c.c.. Diritto costituzionale e diritto civile convergono così nel produrre un effetto di allargamento della responsabilità della p.a. da attività lecita”. Nella dottrina civilistica, invece, P. PERLINGIERI, *La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento*, in *Rass. dir. civ.*, 1068, ritiene che: “a prescindere dalla ingiustizia del danno, un atto lecito dannoso, in quanto tale esige pur sempre un risarcimento, sì che non può non rientrare nel sistema della responsabilità civile”.

²⁶ Sul punto la dottrina civilistica ha affermato l’incompatibilità terminologica della responsabilità da attività lecita con lo schema della responsabilità civile, in quanto in “un contrasto fra il comportamento di chi cagiona il danno ed il diritto soggettivo del danneggiato (...) è necessario concludere per la illiceità del comportamento stesso”, si v. G. TORREGROSSA, *Il problema della responsabilità da atto lecito*, Milano, 1964, 201. L’A., inoltre, ritiene di dover escludere la configurazione di tale tipologia di responsabilità, per una duplice ragione: prima di tutto per l’incompatibilità logica e giuridica tra responsabilità per danni ed esercizio del diritto, dogmaticamente concepito come *agere licere*; in secondo luogo, per la centralità della relazione responsabilità-colpa-antigiuridicità e ingiustizia stessa. Sul punto, si vedano anche G. ALPA, *La responsabilità civile. Parte generale*, Torino, 2010, 353; C. M. BIANCA, *Diritto civile. La responsabilità*, Milano, 1994, 555 ss., il quale afferma: “La responsabilità da atto lecito designa gli obblighi legali di indennizzo derivanti da fatti dannosi non vietati dall’ordinamento giuridico”, i quali trovano “fondamento nell’esigenza che in determinati casi chi esercita un diritto ne paghi le conseguenze economiche subite da altri”, ma ritiene “l’idea di una responsabilità nascente da fatto lecito (...) intimamente contraddittoria, in quanto il compimento di un atto autorizzato dalla legge non giustifica alcuna conseguenza in termini di responsabilità, che è nozione essenzialmente attinente all’illecito”, 557- 556.

²⁷ V. E. ORLANDO, *Saggio di una nuova teoria sul fondamento della responsabilità civile a proposito della responsabilità diretta dello Stato*, in *Arch. Dir. pubbl.*, vol. III, 1893, 356 ss.

²⁸ S. ROMANO, *Il diritto pubblico italiano*, Milano, 1988.

²⁹ F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, (rist. ed. del 1914), Padova, 1992, III, 1358-1359.

³⁰ Quando la Costituzione riconosce a tutti i cittadini il diritto di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti o interessi legittimi contro gli atti della P.A.; quando afferma che “tale tutela giurisdizionale non può essere esclusa o

P.A., ex art. 97 Cost., sotto il profilo oggettivo e soggettivo, poiché essa è tenuta ad agire nel rispetto del principio di legalità e di eguaglianza: se si esclude che i diritti possano venire intesi come domini assoluti e illimitati, il contenuto degli stessi è allora sottoposto a un regime che la Costituzione lascia determinare alla legge³¹.

La previa determinazione dei criteri di massima per l'espressione dei giudizi è, dunque, il meccanismo che consente di limitare le valutazioni *ex post* e gli apprezzamenti arbitrari, vincolando l'Amministrazione a un percorso imparziale, omogeneo e graduale di valutazioni prestabilite. Si tratta di un metodo generale che assicura gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale, nonché imparzialità nell'offerta di eguali opportunità a tutti i cittadini, nel rispetto del principio di eguaglianza, ex art. 3 Cost., che impone alla P.A. il dovere di trattare in modo eguale situazioni analoghe e situazioni differenti in modo ragionevolmente diversificato: una volta che sono determinati in anticipo i criteri di valutazione, la verifica di imparzialità passa attraverso il controllo del rispetto fedele e conseguente dei criteri prefissati, riservando al giudice un controllo giurisdizionale penetrante.

Nel contesto attuale, inoltre, l'imparzialità rappresenta il corollario su cui si regge il procedimento amministrativo, sede di confronto dialettico dei molteplici interessi pubblici e privati coinvolti. In tale *iter* il rispetto del principio di imparzialità non risiede nella predeterminazione legislativa del canone degli interessi da tutelare, ma nelle disposizioni normative che disciplinano le modalità attraverso cui la scelta tutelabile viene compiuta³².

In tale ottica, la migliore e più efficace manifestazione del principio di imparzialità è la stessa procedimentalizzazione dell'attività amministrativa, poiché il procedimento è la sede della c.d. "co-decisione amministrativa", luogo di confronto dialettico e trasparente di tutti gli interessi attinti dall'agire amministrativo. Pertanto, la connessione tra il procedimento amministrativo e la tutela delle posizioni soggettive comporta che l'Amministrazione assolva a una funzione di tipo strettamente giustiziale, a tutela degli interessi protetti dall'ordinamento che potrebbero essere lesi dal procedimento amministrativo³³.

Appare evidente, a questo punto, che – affinché la situazione dei cittadini riceva piena tutela – occorre disciplinare in particolare due momenti: quello concernente gli interessi da comparare e

limitata da particolari mezzi di impugnazione", asserisce che ai cittadini spetta una tutela giurisdizionale piena ed effettiva a prescindere dalla entità della lesione della situazione giuridica ovvero dalla qualificazione della medesima in termini di diritto soggettivo o interesse legittimo, a presidio del rapporto paritario tra Stato e cittadini.

³¹ "Spetta al legislatore (...) la possibilità di prevedere delle imposizioni a titolo particolare, con diversa gradazione e più o meno accentuata restrizione delle facoltà di godimento e di disposizione. Ma tali imposizioni a titolo particolare non possono mai eccedere, senza indennizzo, quella portata, al di là della quale il sacrificio imposto venga ad incidere sul bene, oltre ciò che è connaturale al diritto dominicale quale viene riconosciuto nell'attuale momento storico" (cfr. [Corte cost. 29 maggio 1968, n. 55](#)).

³² A. ANDREANI, *Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione*, Padova, 1979, 117 e 41: "il buon andamento strutturale si manifesta nel complesso degli istituti procedurali e dei rapporti di organizzazione finalizzati alla composizione degli interessi pubblici", la finalità sintetica cui tende il buon andamento funzionale della P.a. non riesce ad emergere senza una specificazione dei mezzi, onde "la nozione funzionale di b.a., tende a esplicitarsi attraverso una serie di specificazioni di ordine strutturale".

³³ Per ulteriori approfondimenti sulla l. n. 241 del 1990, V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e "giusto procedimento"*, in *Giur. cost.*, 1962, 132; M. CARTABIA, *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo. La legge n. 241 del 1990 alla luce dei principi comunitari*, Milano, 1991; M. NIGRO, *Il nodo della partecipazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, ora in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1996; M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir. amm.*, 1/2004, 59 e ss.; M. C. CAVALLARO, *Il giusto procedimento come principio costituzionale*, in *Foro amm.*, 2001, 1836; A. MASSERA, *I principi generali dell'azione amministrativa, tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, in *Dir. amm.*, 4/2005, 707 e ss.; B. G. MATTARELLA, *La nuova legge sul procedimento amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 5/2005, 469ss.; V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 2008; P. LAZZARA, *I procedimenti amministrativi ad istanza di parte*, Napoli, 2008; F. GAFFURI, *I nuovi orientamenti giurisprudenziali in materia di procedimento amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2/2008, 179 ss.; ID., *Il rapporto procedimentale*, Milano, 2013; S. FIENGA, *Il procedimento amministrativo nelle decisioni del Tar e del Consiglio di Stato*, in *Giorn. dir. amm.*, 3/2009, 278 e ss.

quello relativo alla determinazione dei criteri secondo cui le valutazioni, e le conseguenti scelte, debbono essere effettuate. L'effettività di questa funzione impone una condizione di parità giuridica formale tra colui che agisce e colui che resiste, nel senso che tutte le parti devono avere i medesimi strumenti per influire, almeno in via astratta sulla decisione finale³⁴. Da qui, l'esigenza di considerare il soddisfacimento delle finalità indicate nella Costituzione o nelle leggi in un quadro complessivo relativo allo sviluppo della comunità, *ex art. 2 Cost.* Il riconoscimento legislativo della rilevanza di un determinato compito che la norma propone al potere pubblico di svolgere, difatti, non è privo di rilevanza giuridica.

L'imparzialità è la "coscienza morale" dell'Amministrazione che, nel rapporto asimmetrico e sproporzionato del potere pubblico con gli altri, pone il principio della responsabilità alla base della libertà dell'azione amministrativa: la pubblica amministrazione è tenuta all'imparzialità, non soltanto quando adotta provvedimenti, ma anche nei suoi atteggiamenti e comportamenti materiali.

In termini soggettivi, poi, si richiama il rispetto del criterio di equità, ovvero il fatto che l'ordinamento positivo afferma il diritto dell'individuo a un trattamento equo in ogni caso di relazione con l'amministrazione. E invero *l'agere* amministrativo Pubblica amministrazione, per la natura stessa delle sue funzioni e per gli scopi che persegue, non può essere determinato da ragioni contrarie alla morale e all'equità³⁵.

Nel campo del diritto pubblico, pertanto, l'equità implica che i rapporti tra cittadini e Stato debbono disciplinarsi in guisa da raggiungere il massimo utile pubblico col il minimo sacrificio privato.

Ciò è dovuto – soprattutto – all'innegabile solidarietà di interessi tra la società, lo Stato e i cittadini: che lo Stato consegua, con la sua azione, il massimo utile pubblico è interesse anche del singolo; ma gli interessi individuali di questo devono subire il minor sacrificio possibile, tanto cioè quanto è sufficiente, perché sia raggiunto quell'utile pubblico che l'azione dello Stato mira a conseguire.

A ciò si aggiunga che il potere statale può essere esercitato a tutela della salute collettiva soltanto in presenza di una legge introduttiva di obblighi che incidono sulla sfera personale del cittadino, *ex art. 23 Cost.* "La finalità della disposizione è evidentemente garantistica, come traspare anche dalla sua posizione nella Carta costituzionale, subito dopo il riconoscimento delle libertà individualistiche della persona, ed ha una valenza per così dire residuale: ogni forma di obbligo, imperativo o comando, che sia già presidiata dalla più intesa tutela dei diritti espressamente riconosciuti dalla Costituzione, non è lasciata alla sfera dell'indifferenza costituzionale ma viene assistita da una riserva di legge"³⁶.

³⁴ F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, 133 ss.; ID., *Contraddittorio (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, IX, 738 ss.; C. LAVAGNA, *Considerazioni sui caratteri degli ordinamenti democratici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, 393 ss.; L. DE LUCIA, *Procedimento e interessi materiali*, in *Dir. amm.*, 1/2005, 87 ss.

³⁵ L. PERFETTI, *Per una sistematica equità in diritto amministrativo. Principi istituzionali e regole della relazione tra società ed autorità*, in *Scritti in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2012, 714 e 715: "Ne deriva logicamente che il titolare della sovranità, esercitandola, costituisce, legittima e regola l'autorità nelle forme fissate in Costituzione e, tuttavia, le sottrae libertà e diritti fondamentali (che preesistono alla posizione della Costituzione come norma e continuano a vivere nel perimetro dell'autonomia della persona e delle sue relazioni – art. 2 Cost. – come esercizio diretto della sovranità nei confronti dell'autorità). L'autorità si fonda sulla sovranità delle persone, è a questa funzionale ed è regolata nelle forme fissate dalla Costituzione; le libertà ed i limiti ed i diritti fondamentali restano nel perimetro della sovranità delle persone. Ciò non significa che l'autorità non dispone di poteri che incidono sulle libertà e sui diritti fondamentali. Infatti, regola essenziale di libertà e diritti è di essere riconosciuti e garantiti come pieni ed uguali (in Costituzione, gli artt. 2 e 3). È evidente che la necessaria eguaglianza che deve essere assicurata nel godimento di libertà e diritti può – restando nel perimetro della loro sovranità – richiedere l'esercizio di azioni dell'autorità intese a garantire le condizioni di eguaglianza. Ecco allora che si può dare il caso (...) di poteri che sono destinati ad incidere su libertà e diritti fondamentali. In questa prospettiva va letta l'equità come regola di relazione tra ordine giuridico sociale e legale".

³⁶ D. MORANA, *Le origini ed il significato dell'art. 23 cost.*, in AA.VV., *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, I, Bologna, 2018, 160.

Da ciò, la concezione del carattere impositivo della cura – pur essendo stata rifiutata dal Consiglio di Stato, a difesa della sfera inviolabile della persona nell'autodeterminazione – è considerata legittima purché “rispettosa della persona umana” e se espressamente prevista dal Legislatore a tutela della salute collettiva “quale situazione giuridica soggettiva ‘incipite’ (diritto fondamentale del singolo e, insieme, interesse collettività)”³⁷. “Il diritto, dunque, non è una mostruosa ed onnipotente volontà dello Stato, forte nel comando, forte nell'esecuzione autonoma ed incondizionata del comando”³⁸; bensì esso è, nella sua essenza, un rapporto bilaterale in cui l'interesse collettivo e individuale restano sullo stesso piano, in equilibrio di giustizia. In tale contesto, l'azione umana provvede da sé alla tutela dell'interesse che insieme è collettivo e squisitamente personale di ogni cittadino. I singoli cittadini, dunque, non agiscono per interesse personale e diretto ma, con *animus* sociale, a salvaguardia della collettività.

A questo punto, è indispensabile dissipare l'equivoco che intende la legge giuridica come volontà imperativa e coattiva del tutto sociale od in particolare dello Stato, per quanto “di imperatività si può e si deve in altro senso parlare, come richiamo a quella inderogabile ragion d'essere dell'azione, che è il suo esser in universale, il suo valore etico, nel rispetto del dovere di solidarietà”³⁹.

Al suddetto insegnamento, si riallaccia la tesi secondo cui – anziché ricondurre le caratteristiche “dell'azione amministrativa esclusivamente all'esercizio di un potere unilaterale ed imperativo (o autoritario, capace cioè di incidere anche negativamente, sulla sfera giuridica degli amministrati) – sarebbe più corretto sottolineare un'altra, e troppo spesso trascurata, caratteristica dell'azione amministrativa, legata alla dimensione del dovere: la P.A. agisce non soltanto perché ha il potere di erogare tale prestazione ma, anche, perché ha il dovere di agire per la cura e l'interesse pubblico”: e tale caratteristica può trovare fondamento proprio nell'art. 2 Cost.⁴⁰.

A ciò si aggiunga che la stessa giurisprudenza amministrativa, muovendo dall'interpretazione dell'art. 2 Cost., puntualizza: “il dovere di solidarietà deve esser riferito a tutti i soggetti che operano all'interno della Repubblica, siano essi soggetti privati o soggetti pubblici (...), i quali sono chiamati a prestare sostegno (...), nel senso di alleviare nei limiti del possibile, le situazioni di svantaggio, (...) di sofferenza nella quale possano trovarsi altri soggetti. Peraltro, il compito di rimuovere ostacoli che limitando di fatto l'uguaglianza dei cittadini impediscono il pieno sviluppo della persona umana è ribadito dal comma 2 del successivo art. 3 della Costituzione”⁴¹. Il giudice

³⁷ Sul punto si rinvia a Con. Stato, sez. III, 20 ottobre 2021, n. 7045: “(...) il *biopotere*, a tutela della salute pubblica quale interesse della collettività, e con esso le vaccinazioni obbligatorie fra i trattamenti sanitari imposti ai sensi dell'art. 32, comma secondo Cost., da una visione opposta, assolutizzante, unidirezionale e riduttivistica, altrettanto contraria alla Costituzione, del diritto alla salute come appannaggio esclusivo dell'individuo, insensibile al benessere della collettività e al già richiamato principio della solidarietà a tutela dei più fragili”. In tal senso, Cons. Stato, sez. III, 2 settembre 2014, n. 4460. Per una considerazione più ampia dell'attività amministrativa autoritaria, in dottrina E. CASSETTA, in *Attività amministrativa* (voce) in *Dig. disc. Pubbl.*, Torino, 1987, 521-531, per l'A. la nozione di attività amministrativa non sarebbe necessariamente riconducibile alla scienza giuridica, limitandosi ad indicare, dal punto di vista etimologico, una “continuità di azione rivolta alla cura di affari o interessi pubblici e privati”; F. G. COCA, *Attività amministrativa* (voce), in *Enc. Dir.*, agg. VI, Milano, 2000, 89, il quale afferma che l'attività amministrativa è andata progressivamente perdendo il suo connotato tradizionale, correlato all'idea di funzione sovrana, di essere esercizio di poteri autoritativi. Essa, tuttavia, ha assunto la fisionomia di una attività diretta alla cura degli interessi pubblici. In tale sede ne deriva che, da un lato, può dirsi rispettato il principio di legalità nelle ipotesi in cui le norme prescrivano alla P.A. solo i risultati da conseguire e, dall'altro, l'affievolimento dell'importanza del principio di tipicità e di nominatività nel sistema giuridico. Residuano, però, il principio di necessaria predeterminazione normativa dell'attività amministrativa e il principio di articolazione procedimentale.

³⁸ A. MORO, *Lo Stato. Il diritto*, Bari, 2006, 273.

³⁹ A. MORO, *Lo Stato*, cit., 283.

⁴⁰ M. C. CAVALLARO, *Potere amministrativo e responsabilità civile*, Torino, 2004, 183.

⁴¹ Cons. giust. amm. reg. sic., sez. giurisd., 25 luglio 2017, n. 343. In tema di dovere di solidarietà della P.A. si rinvia anche a: Corte cost. sent. 75 del 1992. Per una interessante ricostruzione in ordine ai doveri inderogabili, ex art. 2 Cost., delle P.A., si rinvia a M. MONTEDURO, *Doveri inderogabili dell'Amministrazione e diritti inviolabili della persona: una proposta ricostruttiva*, in *Persona e amministrazione*, cit., 557, secondo il quale: “i doveri inderogabili

amministrativo, quindi, ha ben inteso che le modalità attraverso le quali deve concretizzarsi la solidarietà sono di norma stabilite dalla legge; ma il principio in esame è un criterio guida per la P.A. nell'erogazione della propria prestazione. Tale idea richiamerebbe il dovere di solidarietà nella sua duplice eccezione: doverosità c.d. "privata", che si sostanzia nell'obbligo di ciascun cittadino di sottoporsi a vaccinazione; doverosità c.d. "pubblica", ossia il dovere della P.A. di erogare la prestazione sanitaria a tutela dell'interesse pubblico e di corrispondere un indennizzo, ossia un compenso per il sacrificio patito dall'interesse privato per l'osservanza dell'obbligo imposto dallo Stato, a tutela del pubblico interesse. La concezione della solidarietà quale modello alternativo alla tutela (piena) del diritto si prospetta, dunque, come "ago della bilancia" preposto a garantire quell'equilibrio tra interesse individuale e collettivo alla salute, compromesso ogniqualvolta l'individuo obbligato patisca un danno. Così chiarito, per una esaustiva disamina dell'istituto occorre ulteriormente precisare che – durante lo svolgimento dell'attività autoritativa – l'Amministrazione agisce in conformità sia alle norme di diritto pubblico, sia a quelle generali dell'ordinamento civile, quali la buona fede, la correttezza e la lealtà. Di qui, si rammenta che se la prestazione sanitaria dovesse violare i principi *ex art.* 1337 e 1375 c.c. si riscontrerebbe, oltre ad una responsabilità da attività lecita, anche una responsabilità da comportamento illecito, in conformità alla legge c.d. "Gelli-Bianco"⁴². In tal caso, il cittadino danneggiato potrebbe richiedere la corresponsione di un indennizzo, sì come previsto dalla legge, ed esercitare un'azione risarcitoria *ex art.* 2043 c.c., provando, in tale ultima ipotesi, la propria buona fede soggettiva, ossia l'affidamento incolpevole su cui si fonda la scelta di sottoporsi al trattamento sanitario obbligatorio, la lesione di tale affidamento a seguito della condotta della P.A. contraria ai doveri di correttezza e di lealtà, la colpa e infine il danno – evento (inteso come lesione della libertà di autodeterminazione, ossia di non sottoporsi al trattamento sanitario obbligatorio a presidio della propria salute), il danno conseguenza, oltre ai relativi rapporti di casualità⁴³.

3.1. Segue: *la responsabilità della P.A. da attività lecita per danno da vaccinazione raccomandata.*

Chiarito che la responsabilità per danni da vaccinazione obbligatoria è riconducibile alla responsabilità da attività lecita, non rimane che riflettere in ordine alla natura della responsabilità

dell'amministrazione pubblica sono in rapporto di inerenza e coimplicazione con i diritti inviolabili della persona umana; i primi, pertanto, sono identificabili in corrispondenza dei secondi; - la nomopoiesi dei doveri amministrativi inderogabili si fonda sull'art. 2 Cost. in quanto fonte costituzionale che li genera direttamente e dinamicamente, facendoli scaturire dalla necessità di garantire e rendere effettivi i diritti inviolabili per evitare che questi ultimi restino *flatus vocis illusori*, declamabili teoricamente ma irrealizzabili praticamente; - l'inderogabilità dei doveri amministrativi si radica nell'imperativo costituzionale di preservare l'invulnerabilità dei diritti umani riferita quanto meno al loro "nucleo irriducibile".

⁴² Tar Roma, sez. II, 2019, n. 4561, *cit.*

⁴³Tar Napoli, sez. V, 7 aprile 2021, n. 2301; Tar Roma, sez. II, 8 aprile 2019, n. 4561, in *Foro amm.*, 4/2019, 708 ss.; *ex multis*: Cons. Stato, ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5; Cons. Stato, sez. IV, 6 marzo 2015, n. 1142; Cons. Stato, sez. VI, 6 febbraio 2013, n. 633; Cass. civ., sez. un., 12 maggio 2008, n. 11656; Cass. civ., sez. I, 12 maggio 2015, n. 9636. Occorre precisare che la domanda di indennizzo non osta alla proposizione di un'azione giudiziale al fine di ottenere l'integrale risarcimento dei danni subiti. In ordine al rapporto tra risarcimento del danno ed indennizzo per la giurisprudenza di merito, almeno a partire da Cass. civ., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 584, in *Foro it.*, 1/2008, 451, l'importo ricevuto come attribuzione indennitaria «può» essere integralmente scomputato dalle somme liquidabili a titolo di risarcimento dei danni in caso di esito positivo del giudizio risarcitorio promosso avverso il Ministero della Salute. Per ulteriori approfondimenti e senza ambizioni di esaustività, si cfr.: Cass. civ., 22 agosto 2018, n. 20909, in *Corr. giur.*, 2019, 1036, con nota di PUXEDDU; Cons. Stato, sez. III, 24 giugno 2020, n. 4028, in *Foro amm.*, 6/2020, 1186; Cass. civ., sez. VI, 1° luglio 2021, n. 18723 con nota di BRUSCO; Cass. civ., sez. VI, 31 marzo 2021, n. 8866, in *Giust. civ.*, 2021. In senso contrario, seppur con riferimento all'indennizzo corrisposto per i danni cagionati da emotrasiusione con sangue infetto, si v. a titolo meramente esemplificativo: Tribunale Roma, sez. II, 5 dicembre 2016, n. 22559; Tribunale Roma, sez. II, 11 aprile 2016, n. 7180.

della P.A. in ipotesi di vaccinazione raccomandata; ciò, in quanto il comportamento volontario del cittadino – che si fa carico dei rischi della vaccinazione, pur non essendone legalmente obbligato – risponderebbe a un atteggiamento di corresponsabilità e di cooperazione civica che ben traduce, sul piano dell'azione individuale, il principio di solidarietà.

Una prima soluzione a tale quesito si potrebbe individuare nell'art. 7 della legge Gelli- Bianco, a mente del quale l'esercente la professione sanitaria è responsabile *ex art. 2043 c.c.*, a eccezione delle ipotesi in cui abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente⁴⁴. Senonché, anche tale tesi non convincerebbe per una duplice considerazione: anzitutto, l'eterogeneità tra le due differenti modalità di ristoro si colgono – oltreché dal regime di prescrizione (i.e. decennale per l'indennizzo, *ex art. 2946 c.c.*, e quinquennale per il risarcimento dei danni, *ex art. 2947 c.c.*) – anche in ordine agli aspetti strutturali della disciplina: precisamente, ove la responsabilità fosse riconducibile allo schema aquiliano, il danneggiato dovrebbe provare, oltre alla effettuazione del trattamento sanitario e ai danni patiti, il nesso causale tra condotta e danno e la colpa della P.A.⁴⁵. E tale *probatio diabolica* vanificherebbe la *ratio* sottesa al diritto all'indennizzo, ossia la “esigenza di solidarietà imposta alla collettività, quando il singolo subisce conseguenze negative per la propria integrità psico-fisica derivanti da un trattamento sanitario (obbligatorio o raccomandato)”⁴⁶.

Si aggiunga, poi, che affinché il fatto illecito possa essere fonte di responsabilità aquiliana è necessario la colpa del medico, fondata sulla non corretta esplicazione della prestazione, quanto meno in difetto di diligenza (vuoi per negligenza, in senso stretto, vuoi per imprudenza, vuoi per

⁴⁴ Per completezza sul punto occorre rammentare che l'ordinamento giuridico ha predisposto svariati ordini di rimedi quali l'azione risarcitoria da esperire nei confronti del professionista sanitario e/o della struttura, del Ministero della Salute, per omissione dei dovuti controlli, *ex art. 2043 c.c.*, qualora il medicinale si sia rivelato dannoso, e o del produttore del vaccino, se il vaccino presenti dei difetti e si riveli in ragione di ciò dannoso per la salute.

⁴⁵ L'onere di provare il nesso causale tra la condotta ed il danno spetta al danneggiato. L'accertamento del nesso causale c.d. materiale – distinto da quello giuridico, *ex art. 1223 ss. c.c.* – si effettua applicando regole statistiche e/o scientifiche. Diversamente dall'ambito penale, in cui vige il principio “dell'al di là di ogni ragionevole dubbio”, nella materia in esame si ricorre al criterio della ragionevole probabilità scientifica, il quale – come più volte affermato dalla giurisprudenza di legittimità – non si sostanzia nella mera applicazione della regola quantitativa del 50% *plus unum*, imponendosi difatti una analisi specifica di tutte le risultanze probatorie del singolo caso concreto, si rinvia a: Cass. civ., sez. lav., 3 febbraio 2021, n. 2474, in *Resp. civ. prev.*, 4/2021, 4, 1166; Cass. civ., sez. lav., 11 settembre 2018, n. 22078: “(...) in tema di danni da vaccinazione obbligatoria, la sussistenza del nesso causale tra somministrazione vaccinale ed il verificarsi del danno alla salute deve essere valutata secondo un criterio di ragionevole probabilità scientifica ispirato al principio “del più probabile che non”, da ancorarsi non esclusivamente alla determinazione quantitativo-statistica delle frequenze di classi di eventi (c.d. probabilità quantitativa), ma riconducendone il grado di fondatezza all'ambito degli elementi di conferma disponibili nel caso concreto (c.d. probabilità logica); Cass. civ., 25 ottobre 2018, n. 27101; Cass. civ., sez. VI, 24 ottobre 2017, n. 25119; Cass. civ., sez. VI, 23 ottobre 2017, n. 24959; Cass. civ., sez. VI, 18 marzo 2014, n. 6266; Cass. civ., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 576; Cass. civ., sez. lav., 17 gennaio 2005, n. 753.

⁴⁶ [Corte cost., n. 268 del 2017](#). Altresì, parte della dottrina ricorre all'istituto c.d. “no fault”, invalso in letteratura con riferimento ai sistemi di compensazione, qual è l'indennizzo, alternativi al risarcimento del danno. La sostenibilità di un piano “no fault” – non basato sull'elemento psicologico della colpa - presuppone la sussistenza di molteplici fattori i quali individuano la loro giustificazione “in ragioni sociali e morali tali da far ritenere giusto, in una determinata comunità ed in un determinato contesto spaziale e temporale, la riallocazione di danni secondo regole che si discostano dalla ricerca di un ben definito responsabile”. Per ulteriori approfondimenti si rinvia a: G. Comandè – G. Turchetti (a cura di), *La responsabilità sanitaria. Valutazione del rischio*, Padova, 2004; L. NOCCO, *Un no-fault plan come risposta alla «crisi» della responsabilità sanitaria? Uno sguardo sull'«alternativa francese» a dieci anni dalla sua introduzione*, in *Riv. it. med. leg.*, 2/2012, 449. P. GUARDA, *Il passero (solitario) e la risarcibilità dei danni cagionati dalla fauna selvatica*, in *Nuov giur. civ. comm.*, 1/2009, 388. Quanto poi alla determinazione dell'indennizzo dovrà essere inferiore all'entità risarcibile secondo lo schema della responsabilità e predeterminato con riferimento a criteri standard. In senso contrario si richiama l'orientamento dottrinale che aderisce al modello della risarcibilità, poiché l'implementazione dei piani no fault determinerebbe sul lungo periodo un incremento degli incidenti e delle occasioni di danno oggetto della compensazione automatica, si rinvia a: M. J. TREBILCOCK, *Incentive Issues in the Design of No Fault Compensation Schemes*, in *The University of Toronto Law Journal*, Vol. 39, No. 1 (Winter, 1989), 19-54.

imperizia), che nella materia in esame non si riscontrerebbe stante la liceità della prestazione sanitaria⁴⁷. E ancora, mentre “il risarcimento dei danni presuppone un danno recato con colpa che nasce in seguito a disprezzo o ad oblio delle leggi, l’indennità è invece corrisposta a prescindere dalla colpa ma in conseguenza di atti leciti”⁴⁸. L’obbligato a corrispondere l’indennizzo, dunque, non paga perché è responsabile di un atto illecito ma in quanto esecutore di un atto conforme alla legge.

In altri termini, mentre nell’un caso si ha un atto *in jure* lesivo di un diritto subbiiettivo – che induce una responsabilità giuridica nel soggetto che lo ha compiuto, obbligandolo a risarcire il danneggiato – nel secondo caso si ha, invece, un atto *jure* che comporta un indennizzo in favore di colui a cui l’atto ha recato un sacrificio⁴⁹.

A rimarcare le eterogeneità tra gli istituti in esame, c’è la scelta del legislatore di ricorrere al termine “indennizzo”, differente dal “risarcimento del danno”. A tal proposito, per ragioni di economia testuale, si noti soltanto che, mentre la tutela risarcitoria riveste la funzione di compensare integralmente il danno subito (risarcimento in forma specifica e per equivalente, danno emergente e lucro cessante), l’indennizzo invece assicura una misura economica di sostegno aggiuntiva contenuta nel *quantum*. Difatti, se il risarcimento è strumento di reintegrazione completa della sfera giuridica violata, l’indennizzo costituisce un mezzo diretto ad un riequilibrio parziale, anche se non meramente simbolico, del pregiudizio subito. In questa ultima ipotesi, dunque, si potrà parlare di responsabilità e di risarcimento dei danni soltanto quando non si adempisse all’obbligo di indennizzo imposto dal Legislatore perché, in tal caso, mancando uno dei requisiti essenziali della legalità dell’atto, esso dovrebbe considerarsi come illecito e darebbe luogo, quindi, a responsabilità e perciò, precipuamente, all’obbligo di risarcire i danni.

In linea teorica, inoltre, l’applicazione delle regole civilistiche rinvierebbero ad una possibile responsabilità del Ministero, *ex art.* 2050 c.c.; ma anche tale tesi è stata ritenuta infondata: con la sentenza n. 9406 del 2011, difatti, la Suprema Corte di cassazione ha sottolineato che, in ipotesi di danno da vaccinazione, l’attività della P.A. volta all’esecuzione delle linee-guida – o della legge, in ipotesi di vaccinazione obbligatoria – non possa inserirsi tra le attività pericolose, *ex art.* 2050 c.c.; ciò in quanto il Ministero della salute non svolge in concreto attività imprenditoriale in relazione all’acquisto e distribuzione di prodotto immunizzato antipolio, ma soltanto di controllo e vigilanza a tutela della salute pubblica⁵⁰.

Se dunque si esclude l’operatività degli artt. 2043 e 2050 c.c. la riflessione prosegue in ordine alla possibile configurazione della responsabilità da attività lecita in assenza di un fondamento normativo.

Al riguardo, autorevole dottrina ha affermato: “la responsabilità per atto legittimo non si limiterebbe poi alle sole ipotesi espressamente contemplate” (dal legislatore) “ma di esse ritiene possibile l’estensione a casi non previsti laddove sussistano talune condizioni: un sacrificio speciale e non generale per tutti i cittadini, un atto discrezionale dell’amministrazione e non una legge

⁴⁷ R. ALESSI, *L’illecito e la responsabilità civile degli enti pubblici*, cit., 88.

⁴⁸ G. SALEMI, *La così detta responsabilità per atti legittimi della pubblica amministrazione*, Milano, 1912, 122.

⁴⁹ In dottrina cfr. ad esempio R. Scognamiglio, *Indennità*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. VIII, Torino, 1968, 593 ss., l’A. definisce l’indennità come il corrispettivo da riconoscere a seguito del trasferimento forzoso di un diritto da un soggetto ad un altro ovvero a causa della privazione forzosa di un diritto. Secondo A. PUBUSA, invece, *Indennità ed indennizzo*, cit., 224, mentre il risarcimento deve essere corrisposto in presenza di un fatto antiggiuridico, il diritto all’indennizzo deve essere corrisposto proporzionalmente al valore del bene colpito.

⁵⁰ Corte appello Lecce, sez. I, 10 dicembre 2021, n. 1316; Trib. di Perugia, sez. I, 15 novembre 2019, n. 1766: “Non sussiste alcuna responsabilità da fatto illecito del Ministero nell’aver raccomandato alle strutture sanitarie locali e promosso la campagna vaccinale anti-influenzale, rientrando nell’ambito dei poteri attribuiti alle autorità sanitarie nazionali la comparazione tra rischi accettabili di campagne di prevenzione dirette alla tutela della salute collettiva ed effetti indesiderati di rara verificaazione”; Corte appello Catania, sez. I, 22 maggio 2017, n. 943.

generale, un diritto e non un interesse (nel senso che l'indennità è dovuta quando l'interesse sarebbe un diritto in altre circostanze)"⁵¹.

Tale ultima tesi – applicata nella materia oggetto di studio – non sembrerebbe convincente poiché la somministrazione del vaccino raccomandato non è correlata a un'imposizione autoritativa da parte della P.A. quanto piuttosto al consenso prestato dal paziente.

Il protocollo vaccinale, quindi, non ha una valenza solo formale, ma richiede, comunque, una organizzazione del sistema di gestione del rischio basata sull'osservanza e sull'applicazione di regole tecniche capaci di infondere fiducia nel destinatario del trattamento sanitario.

Giunti sin qui, se si ritiene di dover escludere anche la configurazione della responsabilità da attività lecita per difetto di autoritatività, si potrebbe parlare di un obbligo speciale di indennizzo, il cui fondamento si rinviene nell'art. 1173 c.c., ossia in ogni atto o fatto idoneo a produrre un sacrificio in conformità all'ordinamento giuridico.

Come più volte affermato dalla giurisprudenza costituzionale, il cittadino che decida di sottoporsi a vaccinazione raccomandata manifesta la volontà di aderire al c.d. "patto di solidarietà". Nella concezione filosofico-politica, il c.d. "patto sociale" è sinonimo di contratto sociale, ossia di accordo intervenuto tra il medico e il singolo cittadino per tutelare l'interesse collettivo alla salute – da un lato – e lo stato di salute dell'individuo, dall'altro. Applicando estensivamente tale considerazione alla materia in esame, il contatto tra il medico e il paziente implica – antecedentemente alla sottoscrizione del consenso informato – l'obbligo per il sanitario di fornire le informazioni sui possibili effetti indesiderati del vaccino riportati nel c.d. "prontuario farmaceutico" e del farmaco somministrato, ai fini della legittimità del trattamento sanitario stesso nonché del possibile aggravamento delle condizioni di salute⁵².

Per tale motivo, la metodica sanitaria dovrebbe presupporre un'attenta anamnesi pre-vaccinale che sappia indagare le condizioni sanitarie presenti e passate del paziente, soprattutto in riferimento a eventuali *deficit* immunitari, terapie immunosoppressive, anafilassi e reazioni avverse a vaccinazioni, sì come previsto dalle linee guida diffuse dall'Istituto Superiore di Sanità (o "ISS").

In particolare, le precitate linee-guida, finalizzate a fornire un supporto tecnico al personale sanitario, garantiscono una corretta valutazione delle eventuali controindicazioni o precauzioni alla somministrazione del vaccino, al fine di una sottoposizione consapevole al medesimo. Il consenso informato, quindi, assolve a una essenziale funzione di sintesi tra l'autodeterminazione e il diritto alla salute: rappresenta – secondo la giurisprudenza costituzionale e amministrativa – "la dimensione fisiologica e privilegiata, l'orizzonte normale e consueto entro il quale dovrebbe iscriversi qualsiasi campagna vaccinale", al fine di condurre a un atteggiamento consapevole e responsabile, di adesione volontaria a beneficio di tutti e di ciascuno⁵³.

⁵¹ F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, cit.

⁵² G. Gennari, *Consenso informato: ritorno all'anno zero*, in *Resp. civ. e prev.*, 9/2006, 1417; S. ROSSI, *Consenso informato*, in *Digesto disc. priv., Sez. civ., Agg. VII*, Torino, 2012, 188; P. LAGHEZZA, *Sfumature ed evanescenze del consenso informato: ovvero di come si ragguaglia il paziente e si dimostra la sua libertà di scelta*, in *Foro it.*, 1/2020, 156 ss.; L. ALBANESE, *La responsabilità sanitaria tra acquisizione del consenso informato e rispetto delle Linee guida e delle buone pratiche*, in *Resp. civ. e prev.*, 5/2021, 1668; A. AMIDEI, *Consenso informato e risarcimento del danno per omessa informazione*, in *Giur. it.*, 2/2021, 456 ss.

⁵³ Frequentemente, infatti, l'incremento della percentuale di adesione volontaria alla vaccinazione è indice sintomatico di una decisione ponderata e responsabile che il cittadino assume in virtù della libertà di autodeterminazione sulla base del consenso informato. Sul punto – seppur con riferimento alla situazione emergenziale Covid -19 – il Cons. Stato con sent. del 20 ottobre del 2021, n. 7045: "L'elevatissima adesione volontaria alle vaccinazioni in Italia, al di là delle motivazioni dei singoli, lascia intravedere che tra i cittadini questo esercizio ponderato e responsabile della loro autonomia decisionale sulla base del consenso informato, mediante lo strumento della persuasione nelle sue più varie forme, non ha costituito un obiettivo irraggiungibile, ma tangibile, e nondimeno rispetto alle vaccinazioni contro la diffusione del Sars-CoV-2, come per le altre vaccinazioni nel più recente passato, si è registrato quel fenomeno tipico delle contemporanee *sociétés de la défiance*, le società del sospetto, in cui i cittadini sembrerebbero o si sentirebbero "condannati", come taluno ha detto, a "fidarsi della scienza".

Nel consenso informato confluisce quindi il c.d. “patto di solidarietà tra le parti”, in virtù del quale il medico agisce a tutela della salute collettiva, per il perseguimento di un interesse generale – qual è, ad esempio, la c.d. “immunizzazione di gregge” – e assume l’obbligo c.d. “di protezione del paziente”; mentre il vaccinato contribuisce alla realizzazione della tutela dell’interesse collettivo⁵⁴.

In senso contrario, autorevole dottrina civilistica afferma invece che il consenso informato non crei un vincolo, in quanto “atto di volontà che rimane caratterizzato dalla sua unilateralità e che dunque non va mai a coniugarsi con un’altra volontà in accordo”⁵⁵. Secondo Castronovo, quindi, il consenso informato sarebbe una mera autorizzazione necessaria affinché il medico possa svolgere la propria prestazione in favore del paziente: non darebbe vita ad alcun vincolo tra le parti ma si limiterebbe “a neutralizzare un impedimento all’azione di terzi sul proprio corpo”; si tratterebbe – in altri termini – del classico “consenso dell’avente diritto, che deterge l’antigiuridicità di una condotta, ma che lascia a colui che l’ha dato la titolarità del diritto”⁵⁶.

A escludere la fondatezza della tesi non sarebbe idonea la argomentazione di Carnelutti, secondo cui il paziente sarebbe tenuto a una *patientia*, a un puro soggiacere all’iniziativa altrui, a ciò che altri decida di fare del suo corpo⁵⁷: secondo Castronovo, difatti, non “è certo questo il senso che l’opinione generale è disposta ad assegnare al c.d. consenso. Meno ancora sarebbe pensabile un vincolo di diritto pubblico, il quale da un lato non può nascere da un atto privato di volontà, dall’altro confliggerebbe con la libertà personale, la quale può essere limitata soltanto nei termini dell’art. 13 cost., ove non sia il caso di trattamenti sanitari obbligatori per i quali però allora, a tenore dell’art. 32 cost., è necessaria la previsione legislativa”⁵⁸.

A parere di chi scrive, inoltre, tale idea si conformerebbe alle recenti pronunce dei Giudici costituzionali e di legittimità, secondo le quali la manifestazione del consenso del paziente alla

⁵⁴ [Corte cost. sent. n. 169 del 2017](#): “(...) l’immunità di gregge richiede una copertura vaccinale a tappeto in una determinata comunità, al fine di eliminare la malattia e di proteggere coloro che, per specifiche condizioni di salute non possono sottoporsi al trattamento preventivo”. Sul punto si richiama la tesi enucleata in dottrina, secondo cui “(...) la necessità di personalizzare le cure mediche, anche e soprattutto attraverso il coinvolgimento del paziente, lungo un processo che trasforma il contenuto e l’essenza stessa della relazione di cura: il malato non è più concepito come “l’oggetto” della prestazione sanitaria, destinatario delle cure mediche apprestate. Pur nella problematicità del rapporto, che sconta l’oggettiva difficoltà di una piena equiparazione tra il professionista e il soggetto che necessita della prestazione di cura, affiora il tentativo di restituire soggettività al malato, proprio attraverso la regola del consenso informato, la cui funzione si palesa nell’esigenza di assicurare il pieno coinvolgimento del paziente. Il malato diviene “soggetto” della relazione di cura ed esprime, per mezzo del consenso informato, la propria autodeterminazione ricevere (o non ricevere) le cure proposte, rafforzandosi in tal modo la dimensione relazionale tra medico e paziente”, cfr. M. C. CAVALLARO, *Autodeterminazione del paziente, obiezione di coscienza e obblighi di servizio pubblico: brevi considerazioni sulla struttura del diritto alla salute*, in *Persona e amministrazione*, 1/2020, 202-203; M. D’ARIENZO, *Scelte di fine vita, tutela della dignità del disabile e diritto all’autodeterminazione dell’esercente la professione sanitaria: considerazioni a margine della legge n. 219/2017 alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 242/2019*, in [federalismi.it](#), 20/2020; A. NICOLUSSI, *Testamento biologico e problemi del fine-vita: verso un bilanciamento di valori o un nuovo dogma della volontà?* in *Eur. e dir. priv.*, 2013, 457 ss., secondo cui: “L’atto del consenso informato (...)” va preservato dalla possibilità di essere strumentalizzato a un’operazione di “decostituzionalizzazione, un’operazione cioè rivolta a soggettivare ogni valore costituzionale”. In dottrina sulla distinzione tra obbligo di prestazione e di protezione, si rinvia a: C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, 1998, 181: gli obblighi di protezione “sono considerati autonomi rispetto all’obbligo di prestazione, oltre che sul piano della struttura su quello della fonte: nascono dalla legge, anche quando fonte dell’obbligazione (più correttamente, dell’obbligo di prestazione) sia il contratto”. Il problema che si pone l’autore riguarda “invece l’ipotizzabilità di obblighi di protezione ab origine avulsi da un obbligo di prestazione e ciononostante in grado di dar vita, in caso di danno, a responsabilità contrattuale come conseguenza tipica della violazione di obblighi”; Id. *L’obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, Scritti in onore di Luigi Mengoni, Milano, 1995, 1, 147 ss., 191 ss.; Id., *Obblighi di protezione*, in *Enc. Giur.*, XXI, Roma, 1990, par.4.2.

⁵⁵ C. CASTRONOVO, *Autodeterminazione e diritto privato*, in *Eur. e dir. priv.*, 4/2010, 1046.

⁵⁶ C. CASTRONOVO, *Autodeterminazione*, cit., 1047.

⁵⁷ F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1915, 146 e vedi la critica di L. MENGONI, *L’oggetto dell’obbligazione*, in *Jus*, 1952, 160.

⁵⁸ C. CASTRONOVO, *Autodeterminazione*, cit., 1046.

prestazione sanitaria costituisce esercizio del diritto fondamentale all'autodeterminazione in ordine al trattamento medico propostogli che, in quanto diritto autonomo e distinto dal diritto alla salute, trova fondamento negli artt. 2, 13 e 32, comma 2, Cost.⁵⁹; da tale fondamento costituzionale si coglie “la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha altresì il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole autodeterminazione”⁶⁰.

Le considerazioni sin qui condotte e il più volte richiamato dovere di solidarietà, ex art. 2 Cost., ci consentono di affermare che il medico agisce a presidio: sia nell'interesse del privato – quale protezione della sua integrità psico-fisica – sia a tutela dell'interesse della collettività; della costituzionalizzazione dei diritti sociali; del rapporto tra Stato e cittadino, indirizzato a garantire il diritto al libero sviluppo della sua personalità nell'organizzazione sociale di cui è parte; dell'idea di Stato sociale, quale Stato comunità-Stato organizzazione, equilibratore degli squilibri sociali.

Anche in tema di vaccinazione raccomandata, dunque, la P.A. è preposta alla tutela del diritto inviolabile della persona umana, in virtù del rapporto tra doveri amministrativi inderogabili e diritti umani inviolabili, secondo il modello “dei diritti-ragioni della persona umana che generano, in capo alla P.A., ondate di doveri”, preposti all'effettività dell'esercizio e del godimento dei diritti⁶¹.

⁵⁹ Come osserva E. ROSSI, *Profili giuridici del consenso informato: i fondamenti costituzionali e gli ambiti di applicazione*, in *Rivista AIC*, 2011, 5, il consenso informato è stato collocato tra i principi costituzionali. Per ulteriori approfondimenti sul tema: P. ZATTI, *Maschere del diritto, volti della vita*, Giuffrè, Milano, 2009; G. MARINI, *Il consenso*, in *Ambito e fonti del biodiritto* (a cura di) S. Rodotà, M. Tallacchini (*Trattato di biodiritto diretto da S. Rodotà, P. Zatti*), Milano, 2010, 361 ss.; A. ANDRONIO, *Il consenso alla prestazione delle cure medico-chirurgiche nella Cedu e nella giurisprudenza italiana*, in *Giur. mer.*, 2/2011, 300 ss.; M. GRAZIADEI, *Il consenso informato e i suoi limiti*, in *I diritti in medicina* (a cura di) L. Lenti, E. Palermo Fabris, P. Zatti (*Trattato di biodiritto diretto da S. Rodotà, P. Zatti*), Milano, 2011, 191 ss.; G. FERRANDO, *Diritto alla salute e autodeterminazione tra diritto europeo e Costituzione*, in *Pol. dir.*, 1/2012, 3 ss.; V. CALDERAI, *Consenso informato*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 2015, 225 ss.

⁶⁰ Sul punto è interessante la distinzione elaborata nel corso degli anni dalla giurisprudenza tra consenso informato e trattamento terapeutico, cfr. [Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 438](#) e Cass. civ., sez. III, 6 giugno 2014, n. 12830. Trattasi difatti di due istituti distinti: il consenso informato attiene al diritto fondamentale della persona di aderire al trattamento sanitario proposto dal medico e quindi alla libera e consapevole autodeterminazione del paziente, poiché nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge; il trattamento medico terapeutico, invece, riguarda la tutela del diritto fondamentale alla salute, art. 32, comma 1, Cost. Tale distinzione si riverbera, poi, secondo i criteri forniti dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nn. 26972 e 26974 del 2008 sul piano dei danni risarcibili che possono essere di duplice natura: quelli conseguenti alla lesione del diritto all'autodeterminazione del paziente; quelli relativi alla lesione del diritto all'integrità psico-fisica del paziente, ex art. 32 Cost. Precisamente, mentre la risarcibilità dei primi può essere riconosciuta, “anche se non sussista lesione della salute (cfr. Cass. n. 2468 del 2019) o se la lesione della salute non sia casualmente collegabile alla lesione di quel diritto (perché l'intervento o la terapia sono stati scelti ed eseguiti correttamente), sempre che siano configurabili conseguenze pregiudizievoli (...) che siano derivate dalla violazione del diritto fondamentale all'autodeterminazione in sé stesso considerato (...). Invece, la risarcibilità del danno da lesione della salute che si verifichi per le non imprevedibili conseguenze dell'atto terapeutico necessario e correttamente eseguito ma tuttavia effettuato senza la preventiva informazione del paziente, necessariamente presuppone l'accertamento che il paziente quel determinato intervento avrebbe rifiutato se fosse stato adeguatamente informato, con l'ulteriore precisazione che il relativo onere probatorio, suscettibile di essere soddisfatto anche mediante presunzioni, grava sul paziente: a) perché la prova di nesso causale tra inadempimento e danno comunque compete alla parte che allega l'inadempimento altrui e pretenda per questo il risarcimento; b) perché il fatto positivo da provare è il rifiuto che sarebbe stato opposto dal paziente al medico; c) perché si tratta pur sempre di stabilire in quale senso si sarebbe orientata la scelta soggettiva del paziente, sicché anche i criteri di distribuzione dell'onere probatorio in funzione della “vicinanza” al fatto da provare induce alla medesima conclusione (...).”

⁶¹M. MONTEDURO, *Doveri inderogabili dell'Amministrazione e diritti inviolabili della persona: una proposta ricostruttiva*, cit. Inoltre, l'A. afferma: “I doveri inderogabili sono fondamentali per quelle prestazioni dello Stato che risultano indispensabili perché i cittadini possano esercitare i propri diritti fondamentali (...) in questo, i doveri sono

4. Conclusioni.

Le riflessioni condotte nel presente lavoro ci consentono di cogliere come dalla centralità della persona e dalla caratterizzazione in senso sociale del moderno Stato di diritto sembrano discendere alcune conseguenze di particolare rilievo in relazione allo svolgimento dell'attività amministrativa, le quali proiettano una differente natura della responsabilità da attività lecita.

In particolare, nel concentrare l'attenzione sulle ipotesi qui prese in considerazione, in caso di vaccinazione obbligatoria, la responsabilità in esame radicherebbe il proprio fondamento nella disposizione normativa che se, da un lato, legittima l'esercizio della potestà autoritativa della P.a., dall'altro, invece, riconosce un diritto d'indennizzo al vaccinato danneggiato, proprio nel rispetto dell'art. 2 Cost. e della funzione di giustizia distributiva-equitativa assolta da tale istituto.

In ipotesi di vaccinazione raccomandata, invece, la disciplina del consenso informato – inteso come patto di solidarietà – cristallizza l'affidamento che ciascuna parte ripone nella buona fede, nella correttezza dell'altra, con contestuale configurazione di una responsabilità da contatto sociale, *ex art. 1173 c.c.*⁶². Si tratta quindi di una obbligazione senza prestazione ai confini “tra contratto e torto”, in cui l'assenza del negozio giuridico non neutralizza la professionalità del medico che si traduce in obblighi di comportamento nei confronti del cittadino⁶³.

In tale rapporto, quindi, il *vinculum iuris* si conforma su un dovere di protezione dovuto dal medico in virtù della sua professionalità, sulla quale il paziente ripone un affidamento nell'esatta esecuzione del trattamento sanitario. Da ciò, il dovere di perizia alla quale è tenuto il medico *ex art. 1176, comma 2, c.c.* si applica non solo quando il soggetto sia debitore di un obbligo di prestazione, ma ogniqualvolta sia tenuto a esercitare un'attività *ab origine* connotata da professionalità.

Ne consegue che la violazione di tale vincolo si configura come *culpa in non faciendo*, originando una responsabilità contrattuale. In tal senso, la giurisprudenza di merito ha affermato che le obbligazioni possono sorgere da rapporti contrattuali di fatto, nei casi in cui tali soggetti entrati in

non semplici limiti dei diritti, ma anche contributi subordinati alla loro garanzia effettiva. Si pongono in un rapporto asimmetrico rispetto ai diritti fondamentali perché la stessa interpretazione funzionale risulta incompatibile con lo spirito dei diritti sembra invece doverosa e l'unica compatibile con lo spirito dei doveri. Nulla esclude peraltro che i singoli doveri siano poi legati a singoli diritti fondamentali, per lo più sociali e culturali, come ad es. quello dei trattamenti sanitari di prevenzione al diritto alla salute”.

⁶² E. CASSETTA, *Responsabilità civile della Pubblica Amministrazione*, in *Enc. giur.*, XXVI, Roma, 1991, 1, il quale nell'analizzare il rapporto tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale della P.A. in ipotesi di inadempimento del rapporto obbligatorio sorto tra cittadino e P.A. afferma che: nel nostro ordinamento gli obblighi di protezione anziché formare oggetto di un autonomo obbligo, vengono invece visti sotto il riflesso della tutela dei diritti assoluti di cui all'art. 2043 c.c., ma ingiustificatamente, perché essi non solo non costituiscono, nel caso, la situazione soggettiva di vincolo corrispondente a quella di un altrui diritto soggettivo assoluto (l'obbligo del *neminem laedere*), bensì, con ogni verosomiglianza, non godono di alcuna autonomia. Comunque, autonomi o no, quegli obblighi sono obblighi contrattuali, ed *ex contractu* deve rispondere chi li viola.

⁶³ Sul punto, C. CASTRONONO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in *Europa e dir. priv.*, 1/2011, 59, l'A. afferma: “(...) se si condivide l'idea che nei confronti del paziente l'obbligazione nasce dal contatto sociale qualificato dallo *status* professionale del medico; e che da tali due elementi sorge un affidamento, reso rilevante dalla buona fede quale fonte di obblighi, allora siamo in pieno nel modello che già era noto come proprio del rapporto precontrattuale, il quale è certamente privo di obbligo di prestazione”. Pertanto, “ se tale modello vale a fondare la *culpa in contrahendo* quale fonte di responsabilità nei confronti del contraente danneggiato dalla condotta contraria a buona fede dell'altra parte, per altro verso, (...) l'annidarsi dell'interesse di protezione del paziente nella situazione caratterizzata dalla prestazione dovuta dal medico nei confronti del proprio datore di lavoro non è in grado di trasformare il paziente a sua volta in creditore nei confronti del medico, l'obbligazione senza prestazione rimane l'unica soluzione plausibile al problema della responsabilità del medico. In senso contrario, si veda A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, in *Corr. giur.*, 4/1999, 441 ss., il quale afferma che si può ricorrere allo schema dell'obbligazione senza prestazione solo quando non vi sia una prestazione, come nel caso della responsabilità precontrattuale; ma quando la prestazione vi è, come nel caso del medico, parlare di obbligazione senza prestazione è contraddittorio. In ordine al rapporto tra medico e paziente, dunque, secondo l'A. “(...) in principio (...) v'è dunque la prestazione cui segue come effetto necessario l'obbligazione”.

contatto e - seppur in assenza di ipotesi negoziali - a esso si ricollegano obblighi di comportamento di varia natura, diretti a garantire la tutela degli interessi emersi o esposti a pericolo in occasione del contatto stesso. In questi casi la responsabilità è necessariamente contrattuale, poiché il soggetto non ha fatto (culpa in non faciendo) ciò a cui era tenuto in forza di un precedente *vinculum iuris*. Tale idea sembrerebbe ravvisarsi anche nella sentenza 1° ottobre 1994, n. 7989 della Suprema Corte di cassazione, secondo cui la responsabilità extracontrattuale ricorre solo quando la pretesa risarcitoria venga formulata dall'attore non legato da alcun rapporto giuridico con l'autore del danno ingiusto.

A rafforzare la tesi sin qui sostenuta, è anche l'assenza della qualificazione della colpa, come elemento di imputabilità della responsabilità, indispensabile ai fini di un riconoscimento pieno ed effettivo del diritto all'indennizzo: diversamente da quanto accade nella responsabilità *ex art. 2043 c.c.* difatti, in cui grava sul soggetto danneggiato l'onere di provare gli elementi costitutivi dell'illecito aquiliano, nella responsabilità in esame la colpa non funge da criterio di imputazione del fatto; il risultato difforme da quello dovuto – nel caso di specie, il danno patito dal vaccinato – è perciò esso stesso fonte di responsabilità per il danneggiante senza la necessità di un criterio di imputazione, superfluo stante l'esplicito riconoscimento del diritto all'indennizzo

Questo esito ricostruttivo – a cui si è pervenuti attraverso: il dovere di solidarietà, quale criterio generale di bilanciamento tra interesse generale e individuale; la teoria delle obbligazioni; il principio secondo cui “quando una norma giuridica assoggetta lo svolgimento di una relazione sociale all'imperativo della buona fede, è un indice sicuro che questa relazione sociale si è trasformata, sul piano giuridico, in un rapporto obbligatorio”, *ex art. 1337 c.c.*⁶⁴ - disegna un modello della responsabilità da attività lecita orienta(to) decisamente verso più complessi obiettivi di ingegneria sociale, che investe interamente la posizione dei soggetti in quanto membri della medesima comunità, *ex art. 2 Cost.*

In conclusione, nella materia indagata la responsabilità da attività lecita – sia essa derivante da una vaccinazione obbligatoria, sia da vaccinazione raccomandata, *ex art. 1173 c.c. e art. 1337 c.c.* – non si considera “sanzionatoria” o “punitiva” ma “riparatoria” o “rimediale”, in virtù del principio di solidarietà, della centralità della persona umana e della contestuale preminenza dell'interesse pubblico da tutelare. La sua rilevanza si esplica nell'imporre a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge.

L'obiettivo perseguito nel presente lavoro – dunque - è essenzialmente quello di individuare modelli alternativi agli schemi classici di responsabilità civile, ossia forme di tutela che - discostandosi dal risarcimento ordinario, costruito sulla responsabilità extracontrattuale, *ex art. 2043 c.c.* - possano garantire un ristoro al cittadino danneggiato – inferiore al quantum corrisposto a titolo di risarcimento del danno – con oneri probatori e requisiti assai meno stringenti rispetto a quelli richiesti nella responsabilità per colpa.

⁶⁴ L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 9-10/1956, 364.

Silvio Troilo

**Il principio di solidarietà tra Stato, Regioni e Unione europea:
uno sguardo alla sua declinazione in Lombardia* ****

ABSTRACT: *The principle of solidarity can be articulated in two major types, which Serio Galeotti has defined as “fraternal” and “paternal” (or public). It is enshrined in Italian constitutional order, but also in the European Union legal system, where it is most often conceived on the inter-state level – although sometimes it is also inclusive of solidarity between individuals and groups – and seems to derive, rather than from the universalistic ideal of fraternity among human beings, from the desire for integration and cohesion among European countries.*

Even the Lombardy Region assumes and makes the principle of solidarity its own, concretizing it in forms and ways that are also peculiar: in addition to the provisions of its Statute of Autonomy, it is the regional policies, implemented through programming, laws and administrative measures, that make it real, particularly – but not only – in responding to fragility and needs through the system of social-health services, in the sphere of family and housing policies and for the support of personal autonomy, in the recovery and redistribution of food products, and through the peculiar system of “dowries” (“doti”).

SOMMARIO: 1. Il principio di solidarietà. – 2. Il principio di solidarietà nella disciplina dei rapporti fra Stato ed autonomie territoriali. – 3. Il principio di solidarietà nell’Unione europea. – 4. La declinazione del principio di solidarietà nella Regione Lombardia. – 5. La solidarietà nelle politiche regionali lombarde. – 5.1. Le politiche per la famiglia. – 5.2. Il *voucher* di autonomia. – 5.3. Il contributo di solidarietà abitativo. – 5.4. La redistribuzione dei prodotti alimentari. – 5.5. Il sistema delle doti. – 6. Cenni conclusivi.

1. Il principio di solidarietà

La solidarietà è un valore che incide sull’organizzazione di una comunità e sulle relazioni tra i suoi componenti, comportando la condivisione di una serie di situazioni, vantaggiose o più spesso svantaggiose, anche da parte di soggetti (singoli individui, gruppi od enti) sui quali, di per sé, non graverebbero. Essa rappresenta l’esito di una risposta – più che ad un impulso etico o morale – ad un sentimento di appartenenza ad una medesima comunità, o alla volontà di perseguire un ideale o un progetto comuni¹. Questo valore assume un contenuto giuridico che dà fondamento ad una serie di



** Il presente saggio, destinato anche agli Scritti in onore di Carlo Emanuele Gallo, riprende e sviluppa la relazione tenuta nel convegno su “La solidarietà nell’Unione Europea e in Lombardia”, svoltosi a Milano il 10 dicembre 2021 a cura della Fondazione De Gasperi e del Dipartimento di Studi Internazionali, Giuridici e Storico-Politici dell’Università degli Studi di Milano.

¹ La solidarietà conosce diverse declinazioni (cfr. M.C. BLAIS, *La solidarietà. Storia di un’idea*, Giuffrè, Milano, 2012), tra cui quella di solidarietà tra gli obbligati, nell’ambito delle obbligazioni, e quella di carattere tributario (sulla quale, per tutti, v. A. FANTOZZI, *La solidarietà nel diritto tributario*, Utet, Torino, 1968). Per quanto riguarda l’ambito costituzionalistico e pubblicistico, si richiamano in particolare: G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1967; S. GALEOTTI, *Il valore della solidarietà*, in *Dir. soc.*, 1996, 1 ss.; F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell’ordinamento costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2002; A. APOSTOLI, *La svalutazione del principio di solidarietà. Crisi di un valore fondamentale per la democrazia*, Giuffrè, Milano, 2012; D. FLORENZANO, D. BORGONOVO RE, F. CORTESE, *Diritti inviolabili, doveri di solidarietà e principio di eguaglianza. Un’introduzione*, Giappichelli, Torino, 2012; A. MORELLI, *I principi costituzionali relativi ai doveri inderogabili di solidarietà*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 2015, 1 ss.; S. RODOTÀ, *Solidarietà, un’utopia necessaria*, Laterza, Roma-Bari, 2016; L. CARLASSARE, *Solidarietà: un progetto politico*, in [Costituzionalismo.it](#), 1, 2016, 45 ss. Ulteriori spunti vengono poi dalle riflessioni sul connesso principio di fraternità, su cui v. A. Marzanati, A. Mattioni (a cura di), *La fraternità come principio del diritto pubblico*, Città Nuova Editrice, Roma, 2007; I. MASSA PINTO, *Costituzione e Fraternità. Una teoria della fraternità conflittuale: “come se” fossimo fratelli*, Jovene, Napoli, 2011; F. PIZZOLATO, *Il principio costituzionale di fraternità*.

doveri e – indirettamente – ad una serie di diritti (in particolare, i diritti sociali), il cui soddisfacimento dipende dall'adempimento di quei doveri².

Il richiamo al valore e, insieme, principio giuridico di solidarietà è operato inequivocabilmente dall'art. 2 della Costituzione, da cui emerge il rango supremo dello stesso e la sua stretta congiunzione con il principio personalista, dato che l'uomo si trova ad essere insieme titolare di diritti inviolabili e soggetto a doveri inderogabili che derivano dalla sua appartenenza alla società. Ma tale richiamo è rintracciabile anche in svariate altre disposizioni costituzionali che sanciscono doveri di prestazione a carico della Repubblica, a sostegno di quanti versino in condizioni di debolezza sul piano economico o sociale, al fine di rendere effettiva la dignità personale e di promuovere l'uguaglianza sostanziale. In particolare si riscontra nell'art. 3, comma 2, e poi negli artt. 30, comma 2, e 31 (relativi all'intervento suppletivo dei pubblici poteri rispetto ai genitori), nell'art. 32 concernente la tutela della salute (molto attuale in questi tempi), negli artt. 33 e 34 in materia di istruzione, e poi negli artt. 35, 37, 38, che prevedono forme di tutela del lavoratore e della lavoratrice (e dell'inabile al lavoro) da parte della Repubblica.

Dall'insieme di tali disposizioni emerge che la solidarietà si presenta e si articola in due grandi tipologie:

a) la prima, che uno dei più autorevoli studiosi del tema, Serio Galeotti³, ha definito “fraterna”, si ricava dall'art. 2 della Costituzione, opera su un piano orizzontale ed esprime un moto ascendente, che parte dai singoli e si proietta verso la Repubblica (comprensiva di tutti gli enti e amministrazioni pubblici);

b) l'altra forma di solidarietà, “paterna” o pubblica, agisce invece su un piano verticale, esprimendo un moto discendente, dall'alto verso il basso, e trova più chiaro fondamento nell'art. 3, comma 2, della Costituzione⁴.

Essa non si confonde con la sussidiarietà⁵, pur presentando tratti comuni – basti pensare alla comune radice rappresentata dal primato della persona umana⁶ –, perché la sussidiarietà rappresenta un criterio di allocazione delle competenze, in grado di orientare le scelte pubbliche, preferibilmente a favore dell'attività degli stessi cittadini o del livello territoriale di governo più vicino agli interessati⁷. Diversamente, il principio di solidarietà – che si indirizza anch'esso tanto alle istituzioni quanto alle persone – esprime un'esigenza di mutua condivisione, in vista di un bene comune.

Itinerario di ricerca a partire dalla Costituzione italiana, Città Nuova Editrice, Roma, 2012; F. PIZZOLATO, P. COSTA, *Principio di fraternità e modernità giuridica*, in [Costituzionalismo.it](#), 1, 2013.

² Cfr. G. PECES BARBA, *Teoria dei diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano, 1993, 256-257; A. MATTIONI, *Solidarietà giuridicizzazione della fraternità*, in A. Marzanati, A. Mattioni (a cura di), *La fraternità come principio del diritto pubblico*, cit., 7 ss., nonché [Corte cost., sentenza 17-28 febbraio 1992, n. 75](#), (ove, in particolare, al punto 2 del Considerato in diritto si afferma che «si tratta di un principio che, comportando l'originaria connotazione dell'uomo *uti socius*, è posto dalla Costituzione tra i valori fondanti dell'ordinamento giuridico ... come base della convivenza sociale normativamente prefigurata dal Costituente»).

³ S. GALEOTTI, *Il valore della solidarietà*, cit., 3-4.

⁴ Sottolinea L. CARLASSARE, *Solidarietà*, cit., 52, che «solidarietà è una parola che non sta da sola, ma si accompagna ad altre parole da essa indissolubili, senza le quali sarebbe vuota di senso: “eguaglianza” in primo luogo».

⁵ In particolare, le accennate “dimensioni” della solidarietà potrebbero far pensare a un parallelo con la sussidiarietà, che nella sua versione giuridica è strutturalmente costruita sulle dimensioni verticale e orizzontale. Tuttavia, l'“ascensore” della sussidiarietà, per usare una nota immagine (R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2001, 96), vede come centrale il rapporto tra livelli di governo o tra livelli di governo e cittadini rispetto alla distribuzione delle competenze (cfr., *ex plurimis*, A. D'ATENA, *La declinazione verticale e la declinazione orizzontale del principio di sussidiarietà*, in AA.VV., *Scritti in onore di Alessandro Pace*, Ed. Scientifica, Napoli, 2012, vol. I, 597 ss.; ID., *Lezioni di diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2018, 99 ss.).

⁶ In argomento, v. F. PIZZOLATO, *Il principio costituzionale di fraternità*, cit., 50 ss.

⁷ I due principi, pure così simili, possono, peraltro, in alcuni casi confliggere. Si pensi, in particolare, all'ipotesi in cui la scelta per il livello di governo più vicino agli interessati, effettuata in termini assoluti, scervi da valutazioni sull'adeguatezza dello stesso, finisca per tradursi in maggiori oneri (non solo economici) per il soggetto che versi in condizioni di disagio. Sul tema cfr. S. MABELLINI, *La “declinazione sussidiaria” del principio di solidarietà ... ovvero un passe-partout per il principio dell'equilibrio di bilancio*, in *Giur. cost.*, 2016, 32 ss.

Pure a livello sovra- e sub-statale il principio in oggetto è assunto e fatto proprio, rispettivamente, dall'Unione europea e dalle Regioni.

La Lombardia, in particolare, tende a concretizzarlo in forme e modalità finanche peculiari – traendo ispirazione, in certa misura, anche dalla visuale europea della solidarietà, più attenta alla competitività ed al *self-help* – specialmente nelle risposte alle fragilità e ai bisogni tramite il sistema dei servizi socio-sanitari, nell'ambito delle politiche familiari, abitative e per il sostegno all'autonomia personale, nel recupero e redistribuzione dei prodotti alimentari, nonché attraverso il peculiare sistema delle “doti”. Su tali forme di declinazione del principio di solidarietà ci si intende soffermare in queste note, dopo una sintetica disamina dei relativi riferimenti costituzionali ed europei.

2. Il principio di solidarietà nella disciplina dei rapporti fra Stato ed autonomie territoriali

Va anzitutto ricordato come, nel quadro dei rapporti Stato-Regioni, costituisca espressione della solidarietà “paterna” l'intervento statale volto a garantire livelli di relativa uguaglianza nelle prestazioni attinenti ai diritti civili e sociali a prescindere dalle articolazioni territoriali interne alla Repubblica, mediante strumenti di varia natura contemplati o desumibili dalle disposizioni del nuovo Titolo V della Parte II della Costituzione.

In primo luogo, è assegnato alla potestà legislativa esclusiva dello Stato il compito di «determina[re] i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale». Pure diverse altre materie, sulle quali insistono diritti civili e sociali, sono soggette alla disciplina di principio dello Stato, se non alla sua competenza esclusiva: basti pensare alla previdenza sociale (art. 117, comma 2, lett. o), alla tutela e sicurezza del lavoro, all'istruzione, alla tutela della salute (art. 117, comma 3). Ed è noto che l'intero ambito privatistico è precluso alla disciplina regionale.

Nondimeno, anche le Regioni sono chiamate ad attuare il principio e valore della solidarietà, disciplinando svariate materie, rientranti nella potestà legislativa residuale o in quella concorrente. Ed infatti può dirsi che l'attuale configurazione del *welfare* italiano⁸ ritrovi proprio nella legislazione regionale – a partire dall'attenzione rivolta dagli statuti di autonomia⁹ – una parte assolutamente rilevante delle politiche di protezione dei diritti sociali¹⁰.

All'attenta, anche se non impeccabile, ripartizione delle competenze fra Stato e Regioni si

⁸ Un'analisi, anche sommaria, del sistema di *welfare* italiano esula con tutta evidenza dagli obiettivi di questo saggio. Si può comunque segnalare – con specifica attenzione al principio di solidarietà – che il legislatore statale, fin dagli anni '60, ha indirizzato l'attuazione del dettato costituzionale verso un modello solidaristico, più che mutualistico (o solo parzialmente tale). Mentre quest'ultimo è caratterizzato da una corrispondenza tra rischio e contribuzione e da una rigorosa proporzionalità tra contributi e prestazioni, il primo è ispirato ad una tendenza universalistica. Ciò comporta evidenti conseguenze sia sulla gestione dei servizi collegati, sia sulle prestazioni, sia sul finanziamento. Per una estesa panoramica della giurisprudenza costituzionale in proposito, v. M. Bellocchi, P. Passaglia (a cura di), *La tutela dei “soggetti deboli” come esplicazione dell'istanza solidaristica nella giurisprudenza costituzionale*, al sito [web](#) della Corte costituzionale, 2019.

⁹ Osserva E. CATELANI, *Profili costituzionali della limitazione dei diritti sociali garantiti dallo Stato e dalle Regioni di fronte alla crisi economica*, in E. Catelani, R. Tarchi (a cura di), *I diritti sociali nella pluralità degli ordinamenti*, Ed. Scientifica, Napoli, 2015, 21, che, nonostante l'elencazione degli obiettivi di tutela dei diritti sociali non rappresenti un contenuto statutario obbligatorio prescritto dalla Costituzione, tutte le Regioni dopo la riforma del 1999-2001 «hanno ritenuto essenziale elencare tali obiettivi proprio al fine di determinare in via prioritaria le possibili scelte normative della Regione».

¹⁰ Cfr. F. PATERNITI, *Spunti di riflessione sui problemi di tutela dei diritti sociali nella legislazione regionale*, in [Diritti Regionali](#), 1, 2019, 10. Di particolare interesse lo studio di raffronto, con elementi quantitativi, dei sistemi di *welfare* regionali di G. BERTIN, M. CARRADORE, *Una classificazione dei sistemi regionali di welfare*, in G. Bertin (a cura di), *Welfare regionale in Italia*, Edizioni Ca' Foscari, Venezia, 2012, 139 ss. V. anche E. DEL COLLE, *Il welfare territoriale. Le regioni italiane nel confronto interno e internazionale*, Franco Angeli, Milano, 2012.

affiancano in Costituzione tanto le misure previste per favorire la perequazione finanziaria fra i diversi territori (art. 119, comma 3), quanto quelle volte a sostenere con apposite misure gli enti territoriali più deboli «per promuovere lo sviluppo economico, la coesione e la solidarietà sociale, per rimuovere gli squilibri economici e sociali, per favorire l'effettivo esercizio dei diritti della persona, o per provvedere a scopi diversi dal normale esercizio delle loro funzioni» (art. 119, comma 5)¹¹.

Un ulteriore strumento volto a superare, in un'ottica solidaristica, le differenze economico-sociali tra i territori che incidano sull'eguaglianza fra i cittadini è ravvisabile nel potere sostitutivo governativo, in particolare per «la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, prescindendo dai confini territoriali dei governi locali» (art. 120, comma 2, Cost.)¹².

Sulla base del principio di solidarietà possono trovare fondamento anche altri doveri ed obblighi, ulteriori rispetto a quelli previsti in Costituzione, che il legislatore può sancire nel rispetto delle disposizioni costituzionali.

Non sembra, tuttavia, possibile ravvisare un generale fondamento solidaristico per qualsivoglia dovere che possa legittimare limiti al godimento di diritti; né, tantomeno, invocare il principio solidaristico per giustificare tutte le situazioni passive ed inattive che possa pretendere il titolare di un diritto assoluto (nel senso civilistico del termine). Infatti, per un verso, i limiti all'esercizio dei diritti devono trovare puntuale riscontro nelle disposizioni costituzionali¹³; per altro verso, possono individuarsi doveri privi di fondamento nel solo principio di solidarietà¹⁴.

3. Il principio di solidarietà nell'Unione europea

Il principio di solidarietà è sancito ed opera anche nell'ordinamento europeo¹⁵.

Infatti i due Trattati istitutivi dell'Unione e la Carta dei diritti fondamentali evocano ripetutamente la solidarietà, a cominciare dall'art. 2 del TUE (dove viene annoverata tra i fondamenti comuni agli Stati membri, su cui si basano i valori dell'Unione) e dall'art. 3 dello stesso (in cui è proclamata quale obiettivo dell'azione della stessa Unione, nelle sue varie declinazioni di solidarietà «tra le generazioni»¹⁶, «tra gli Stati membri», «tra i popoli» della Terra e di «coesione economica, sociale e territoriale»), nonché a partire dalla Carta di Nizza, il cui Titolo IV è intitolato, appunto, alla «solidarietà». Altre volte non è citata con questo termine ma richiamata sotto altre formule, ad

¹¹ Su cui v., tra gli altri, C.E. GALLO, *Le risorse aggiuntive e gli interventi speciali dello Stato in favore di Comuni alla luce del nuovo art. 119 Cost.*, in *Foro amm. - CdS*, 2004, 69 ss., a commento della [sentenza della Corte costituzionale n. 16 del 2004](#).

¹² Su cui v., in particolare, A. D'ATENA, *Il principio unitario nel sistema dei rapporti tra Stato e Regioni*, in ID., *Le Regioni dopo il Big Bang. Il viaggio continua*, Giuffrè, Milano, 2005, 67 ss.; S. PAPA, *La sussidiarietà alla prova. I poteri sostitutivi nel nuovo ordinamento costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2008.

¹³ Cfr., per tutti, C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 1958, 17 ss.

¹⁴ Cfr. A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Cedam, Padova, 1990, 15.

¹⁵ In merito v. almeno: C. Boutayeb (a cura di), *Solidarité dans l'Union européenne. Éléments constitutionnelles et matérielles*, Dalloz, Paris, 2001; R.M. CREMONINI, *Il principio di solidarietà nell'ordinamento europeo*, in S. Mangiameli (a cura di), *L'ordinamento europeo. I principi dell'Unione*, Giuffrè, Milano, 2006, 435 ss.; M. ROSS, *Solidarity: A New Constitutional Paradigm for the EU?*, in M. Ross, Y. Borgmann-Prebil (a cura di), *Promoting Solidarity in the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2010, 23 ss.; F. CROCI, *Solidarietà tra Stati membri dell'Unione europea e governance economica europea*, Giappichelli, Torino, 2020; F. COVINO, *Matrice economica del principio solidaristico e tensione dell'UE verso la solidarietà politica*, in [Rivista AIC](#), 3, 2021, 183 ss.; G. CAVAGGION, *Riflessioni su principio di solidarietà e processo di integrazione europea nella prospettiva della crisi economico-sanitaria*, in [federalismi.it](#), 4, 2022, 225 ss.

¹⁶ Sulla solidarietà intergenerazionale, che risulta la declinazione più innovativa del principio in oggetto, v., tra gli altri, G. PALOMBINO, *La solidarietà tra le generazioni nella Carta di Nizza*, in [Rivista AIC](#), 3, 2021, 73 ss. e, in chiave applicata, R. DE CARIA, *Il principio della solidarietà tra generazioni tra mutualizzazione dei debiti e divieto di finanziamento monetario*, [ivi](#), 120 ss.

esempio come “coesione”, oppure prevedendo politiche sociali e territoriali, obiettivi sociali o sancendo veri e propri diritti sociali.

La solidarietà europea – che è più spesso concepita sul piano interstatale, ma talora risulta comprensiva anche della solidarietà tra individui e gruppi¹⁷ – sembra peraltro discendere, più che dall’ideale universalistico di fraternità tra gli esseri umani, dalla volontà di integrazione e coesione fra i Paesi europei, al fine di garantire la pace e la prosperità nel continente dopo le disastrose esperienze delle guerre mondiali¹⁸.

Sono di particolare rilievo l’art. 42, par. 7, comma 1 TUE in materia di reciproca difesa; l’art. 80 TFUE in materia di asilo, immigrazione e controlli alle frontiere (secondo cui «le politiche dell’Unione di cui al presente capo e la loro attuazione sono governate dal principio di solidarietà e di equa ripartizione della responsabilità tra gli Stati membri, anche sul piano finanziario»); l’art. 107, par. 2, lett. a), b) e c), e par. 3, lett. a) e b), TFUE sugli aiuti di Stato (con il connesso Reg. (Ue) n. 651/2014 sugli aiuti di Stato a finalità regionale); l’art. 122 TFUE (clausola di assistenza finanziaria ad uno Stato membro in difficoltà); gli artt. 174 e seguenti del TFUE in materia di coesione economica, sociale e territoriale; l’art. 194 TFUE (in materia di politica energetica) e, in special modo, l’art. 222 TFUE, intitolato proprio “Clausola di solidarietà” (anche se si riferisce al caso eccezionale in cui «uno Stato membro sia oggetto di un attacco terroristico o sia vittima di una calamità naturale o provocata dall’uomo»)¹⁹.

Invero, come è stato ben evidenziato²⁰, dall’insieme delle disposizioni dei Trattati europei si ricava che obiettivo principale dell’azione dell’Unione è la realizzazione di un’Europa sociale, caratterizzata dall’apertura dei sistemi di sicurezza sociale degli Stati membri a tutti i cittadini europei, senza restrizioni basate sulla cittadinanza, e dall’“esportabilità” delle prestazioni previdenziali, garantite da ciascuno Stato a prescindere dalla nazionalità. In aggiunta a ciò, l’Unione persegue importanti interessi sociali oggettivi (l’occupazione, una protezione sociale adeguata, il dialogo sociale, ecc.), mentre la tutela dei diritti sociali in sé, come situazioni soggettive individuali, sembra dipendere ampiamente dal bilanciamento con l’esigenza di mantenere la competitività dell’Unione: infatti ai sensi dell’art. 151 TFUE i diritti sociali sono «tenuti presenti», ma occorre anche «tener conto della necessità di mantenere la competitività dell’economia dell’Unione»²¹. Lo testimoniano, d’altronde, le note pronunce *Viking* e *Laval* del 2007²², che hanno ridotto la possibilità che si instaurino forme di solidarietà transnazionale tra movimenti sindacali.

Inoltre, si fatica a rinvenire nella Carta di Nizza – i cui principi, ex art. 51, devono essere non

¹⁷ Sulla contestualizzazione del principio di solidarietà nell’ambito peculiare dell’ordinamento dell’UE v. G. COMAZZETTO, *La solidarietà nello spazio costituzionale europeo. Tracce per una ricerca*, in [Rivista AIC](#), 3, 2021, 267 ss.

¹⁸ Cfr., per tutti, F. COVINO, *Matrice economica del principio solidaristico*, cit., 186.

¹⁹ Inoltre, la dichiarazione n. 37 allegata al Trattato specifica che «nessuna delle disposizioni dell’articolo 222 pregiudica il diritto di un altro Stato membro di scegliere i mezzi più appropriati per assolvere ai suoi obblighi di solidarietà nei confronti dello Stato membro in questione».

²⁰ V., per tutti, E. ROSSI, *Tutela individuale e tutela collettiva dei diritti fondamentali europei*, in P. Costanzo (a cura di), *La Carta europea dei diritti*, Facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Genova - De Ferrari, Genova, 2002, 185. Cfr. anche S. GIUBBONI, *Solidarietà*, in *Pol. dir.*, 2012, 525 ss.

²¹ Cfr., *ex plurimis*, S. GIUBBONI, *I diritti sociali nell’Unione europea dopo il Trattato di Lisbona: paradossi, rischi, opportunità*, in C. Salvi (a cura di), *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*, Giappichelli, Torino, 2012, 102 ss.; D.U. GALETTA, *La tutela dei diritti fondamentali (in generale, e dei diritti sociali in particolare) nel diritto Ue dopo l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2013, 1175 ss.

²² Su cui v. M.V. BALLESTRERO, *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia “bilancia” il diritto di sciopero*, in *Lavoro e diritto*, 2, 2008, 371 ss.; CORTE COSTITUZIONALE – SERVIZIO STUDI (a cura di B. Brancati), [Il bilanciamento tra diritti sociali e libertà economiche in Europa](#). Invero, oltre ad operare un “bilanciamento ineguale” tra diritti sociali e libertà economiche, la Corte di giustizia ha talora manifestato orientamenti che hanno posto in risalto il valore della solidarietà, ad esempio intendendo la cittadinanza europea come status di «integrazione sociale transnazionale»: cfr. S. GIUBBONI, *La solidarietà come scudo. Il tramonto della cittadinanza sociale transnazionale nella crisi europea*, in *Quad. cost.*, 2018, 592.

«rispettati», ma semplicemente «osservati»²³ – quello spirito di solidarietà che, secondo la Corte costituzionale italiana, trae fondamento «dall’originaria identificazione del singolo con le formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità e dal conseguente vincolo di appartenenza attiva che lega l’individuo alla comunità degli uomini» e che comporta «l’originaria connotazione dell’uomo *uti socius*»²⁴.

Così, nonostante le affermazioni di principio, non traspare in modo evidente dall’ordinamento comunitario quella stretta connessione tra il rapporto di solidarietà che lega il singolo alle formazioni sociali e il rapporto che lo collega con l’ordinamento nel suo complesso, senza la quale non sembra agevole porre la solidarietà «come base della convivenza sociale normativamente prefigurata» (per usare ancora le parole della Corte costituzionale).

La Carta di Nizza tradisce, insomma, un’impostazione basata sulle esigenze dell’individuo (attivo e mobile, ma socialmente irrelato) più che dell’*homme situé* e richiama una dimensione della solidarietà servente più alle libertà economiche che all’uguaglianza sostanziale²⁵. Mentre, nel complesso, la solidarietà europea pare evocata fundamentalmente per sostenere il processo di integrazione e coesione tra le diverse parti dell’Unione²⁶.

Così anche in materia di gestione dei flussi migratori – da tempo all’ordine del giorno – prevale nell’ambito dell’UE una solidarietà che si realizza attraverso meccanismi intergovernativi, i quali consentono solo eccezionalmente un’interferenza con le competenze statali, e che viene interpretata nel suo significato “emergenziale”, come sancito dal par. 3 dell’art. 78 TFUE²⁷, piuttosto che nella sua portata “di sistema” ex art. 80 TFUE²⁸. Pertanto, rispetto alle persone richiedenti protezione la solidarietà risulta intesa in senso residuale e limitato²⁹.

²³ La *ratio* di una simile regola, che riecheggia quella delle c.d. norme programmatiche della nostra Costituzione, sembrerebbe quella di “contenere” gli effetti dei diritti sociali della Carta e di limitarne l’applicazione giudiziale in assenza di intermediazione legislativa (cfr. E. ROSSI, *Tutela individuale e tutela collettiva*, cit., 185). Sulla differenza tra diritti e principi e sulle conseguenti implicazioni riguardo alla tutela dei diritti a livello nazionale cfr. A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Rivista AIC*, 4, 2017, 9 ss. Cfr. anche E. CAVASINO, *Diritti e principi nello spazio giuridico europeo dei diritti fondamentali: un aspetto dell’esperienza costituzionale*, in *Rivista AIC*, 1, 2020, 561 ss.

²⁴ Riprendendo la già citata [sentenza della Corte costituzionale n. 75 del 1992](#), in particolare il punto 2 del Considerato in diritto. Nondimeno, nel nostro ordinamento si è realizzato un effetto di «traboccamento» della Carta di Nizza oltre il suo ambito, che ex art. 51 è quello relativo «esclusivamente [a]ll’attuazione del diritto dell’Unione» (v., per tutti, A. BARBERA, *La Carta dei diritti*, cit., 3 ss.).

²⁵ Cfr., *ex plurimis*, A. LUCARELLI, *Principi costituzionali europei tra solidarietà e concorrenza*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, [VI, Diritto costituzionale eurounitario e comparazione costituzionale](#), Consulta OnLine, Genova, 2020, 80; F. MEDICO, *Il ruolo della Carta di Nizza e la questione sociale: ci può essere solidarietà senza integrazione politica?* in *Rivista AIC*, 3, 2021, 255.

²⁶ Come sottolinea, da ultimo, G. COMAZZETTO, *La solidarietà nello spazio costituzionale europeo*, cit., 274, «essa esige la messa in comune di beni, risorse e attività. Esige il sostegno e l’aiuto reciproco tra le parti della Federazione. La solidarietà assume qui rilevanza sotto un profilo strutturale, nella sua qualità di principio che tiene insieme l’ordinamento e giustifica la scelta delle parti dell’Unione di associarsi – alla luce della loro inadeguatezza a perseguire determinate finalità *uti singuli*».

²⁷ Secondo cui, «qualora uno o più Stati membri debbano affrontare una situazione di emergenza caratterizzata da un afflusso improvviso di cittadini di paesi terzi, il Consiglio, su proposta della Commissione, può adottare misure temporanee a beneficio dello Stato membro o degli Stati membri interessati».

²⁸ Il quale, come già ricordato, afferma che «le politiche dell’Unione di cui al presente capo e la loro attuazione sono governate dal principio di solidarietà e di equa ripartizione della responsabilità tra gli Stati membri, anche sul piano finanziario».

²⁹ In merito v. M.I. PAPA, *Crisi dei rifugiati e principio di solidarietà ed equa ripartizione delle responsabilità tra gli Stati membri dell’Unione Europea*, in [Costituzionalismo.it](#), 3, 2016, 287 ss.; G. MORGESE, *La “nuova” solidarietà europea in materia di asilo e immigrazione: molto rumore per poco?*, in [federalismi.it](#), 35, 2020, 15 ss.; M. MESSINA, *Il principio di solidarietà e di equa ripartizione della responsabilità tra gli Stati membri nella politica d’immigrazione UE: la continua ricerca di una sua declinazione concreta*, in M. Messina (a cura di), *I valori fondanti dell’Unione europea a 60 anni dai Trattati di Roma*, Ed. Scientifica, Napoli, 2017, 127 ss.

Se e in che misura l'integrazione con l'ordinamento europeo rafforzi o indebolisca la precettività del principio di solidarietà come inteso nell'ordinamento italiano – dove, come si è illustrato, è proclamato con maggior tono ed efficacia – è questione problematica³⁰. A parte la possibilità in casi limite di invocare il principio "italiano" nel suo nucleo irriducibile, con i doveri che ne sono manifestazione, come controlimite nei confronti di norme europee che rischiano di comprometterne la portata normativa minima, non sembra impossibile cercare di interpretare la normativa europea in modo da conciliare principi solidaristici (intesi secondo la più pregnante accezione italiana) e cultura del mercato: in particolare riguardo all'utilizzo dei fondi strutturali europei, che possono considerarsi espressione di quei principi come recepiti dall'ordinamento comunitario³¹.

Oltre ai noti Fondo sociale europeo (artt. 162 ss. TFUE), Fondo europeo di sviluppo regionale (artt. 176 ss. TFUE), Fondo di coesione (che finanzia i progetti nel settore dei trasporti e dell'ambiente nei Paesi in cui il reddito nazionale lordo *pro capite* è inferiore al 90% della media dell'UE) ed ai più settoriali Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale e Fondo europeo per gli affari marittimi e la pesca, merita di essere citato il Fondo di solidarietà dell'Unione europea (FSUE), nato con regolamento (CE) n. 2012 dell'11 novembre 2002 per rispondere alle calamità naturali ed esprimere la solidarietà europea alle popolazioni da esse colpite all'interno dell'UE³². In reazione alla pandemia di Covid-19, a partire dal 1° aprile 2020 il campo di applicazione del Fondo di solidarietà è stato esteso per comprendere le principali emergenze sanitarie.

Nell'ambito, poi, della transizione ecologica è stato creato il Fondo per una transizione giusta (FTG o JTF), come strumento della politica di coesione 2021-2027 e come primo pilastro del meccanismo per una transizione giusta nel contesto del *Green Deal* europeo, che mira a raggiungere la neutralità climatica dell'UE entro il 2050. Il Fondo sostiene i territori più colpiti dalla transizione verso la neutralità climatica e ne allevia i costi socio-economici innescati da tale transizione, per evitare l'aumento delle disuguaglianze regionali, in linea con l'obiettivo della politica di coesione dell'Unione europea di ridurre le disparità regionali e affrontare i cambiamenti strutturali nell'UE³³.

Non si può non menzionare, poi, il *Next Generation EU*, che, pur se previsto come strumento *una tantum*, è una «decisione ispirata alla solidarietà»³⁴. In esso, «in effetti, sono abbozzate le diverse declinazioni della solidarietà: quella orizzontale tra gli Stati più ricchi e più poveri; quella verticale tra le istituzioni sovranazionali e gli Stati stessi; ancora quella orizzontale, tra i cittadini di Stati diversi»³⁵.

³⁰ È una questione che solleva anche R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, Franco Angeli, Milano, 2018, *passim*.

³¹ In proposito v., in particolare, R. SAPIENZA, *La politica comunitaria di coesione economica e sociale*, Il Mulino, Bologna, 2000; C. GOLINO, *L'intervento pubblico per lo sviluppo economico delle aree depresse tra mercato e solidarietà*, Giappichelli, Torino, 2018; G. CENTURELLI, *I Fondi strutturali e le procedure di gestione e controllo: come rafforzarne l'attuazione ed accelerarne la spesa in Italia? Analisi del contesto e prospettive future*, in *Riv. giur. Mezzogiorno*, 2019, 995 ss.

³² Il Fondo è stato istituito a seguito delle gravi inondazioni che hanno devastato l'Europa centrale nell'estate del 2002. Da allora è stato utilizzato ben 80 volte in risposta a diversi tipi di catastrofi, tra cui inondazioni, incendi forestali, terremoti, tempeste e siccità, erogando oltre 5 miliardi di euro a favore di 24 Paesi europei.

³³ Il Fondo, ad esempio, sostiene: investimenti produttivi nelle piccole e medie imprese; attività di ricerca e innovazione; risanamento ambientale; energia pulita; aggiornamento e riqualificazione dei lavoratori; assistenza alla ricerca di lavoro e inclusione attiva delle persone in cerca di lavoro; trasformazione degli impianti esistenti ad alta intensità di carbonio quando questi investimenti portano a sostanziali riduzioni delle emissioni e alla protezione dei posti di lavoro. Per sbloccare e implementare le risorse del JTF, gli Stati membri dell'UE devono predisporre piani strategici territoriali per una transizione giusta (TJTP), identificando i territori che si prevede saranno i più colpiti dalla transizione climatica.

³⁴ Come ha sottolineato il Presidente del Consiglio Mario Draghi, nel [discorso in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario della Corte dei conti](#), Roma, 19 febbraio 2021: «Mai nella storia dell'UE, i governi avevano tassato i loro cittadini per dare i proventi di questa tassazione ai cittadini di altri Paesi dell'Unione. È avvenuto con i trasferimenti a fondo perduto stabiliti dal Next Generation. Si tratta di una straordinaria prova di fiducia reciproca che, se validata da scelte oneste ed efficaci, potrà un giorno sfociare nella creazione di un bilancio europeo comune da cui dovrebbero trarre maggior beneficio proprio i Paesi più fragili dell'Unione».

³⁵ Come evidenzia F. COVINO, *Matrice economica del principio solidaristico*, cit., 195.

Va ricordato anche il recente regolamento (UE) n. 2092 del 16 dicembre 2020 sulla condizionalità di bilancio, che subordina l'erogazione delle provvidenze europee e, quindi, l'attivazione della solidarietà dell'Unione alla condivisione dei valori europei da parte degli Stati membri³⁶.

4. *La declinazione del principio di solidarietà nella Regione Lombardia*

Anche la Regione Lombardia, come già ricordato, assume e fa proprio il principio e valore della solidarietà, pur non sempre – potremmo dire – chiamandolo per nome.

Così nello Statuto di autonomia della Regione³⁷, all'art. 2, si proclama che essa, nell'ambito delle sue competenze, ha fra gli elementi che la contraddistinguono e la qualificano la volontà di agire in ottica solidaristica (rispetto, ad esempio, alla famiglia, al lavoro, ai disabili, all'integrazione degli stranieri residenti ed alle stesse imprese, di cui «promuove la responsabilità sociale»). È vero che le enunciazioni programmatiche di uno statuto regionale, ai sensi della giurisprudenza costituzionale, non hanno efficacia giuridica, ma esplicano una funzione di natura culturale e politica³⁸, ma si tratta comunque di affermazioni significative, che delineano il modo in cui la Regione intende dare attuazione ai principi e valori sanciti dalla Costituzione e sviluppare le politiche regionali.

Inoltre, lo statuto lombardo dedica un apposito articolo (l'art. 7) alla *solidarietà interregionale* – denominata proprio così –, impegnando la Regione a concorrere al superamento degli squilibri territoriali, economici, sociali e culturali presenti nelle diverse aree d'Italia.

Si tratta di una disposizione importante, che costituisce un argine interno all'ordinamento lombardo contro una ipotetica declinazione del principio di autonomia e di differenziazione tra le Regioni tesa a considerare le sole esigenze di una di esse, mediante ad esempio la pretesa dell'integrale disponibilità delle risorse prodotte sul territorio. Contro tale declinazione, peraltro, si porrebbero anche e soprattutto gli argini previsti dall'ordinamento complessivo, a cominciare dal principio di unità della Repubblica e, proprio, dal principio di solidarietà³⁹.

³⁶ In merito v., *ex plurimis*, A. CIRCOLO, *È la "rule of law" a proteggere il bilancio dell'Unione o viceversa? La nuova proposta di regolamento "sulle carenze generalizzate riguardanti lo Stato di diritto"*, in *Dir. Unione eur.*, 2019, 395 ss.; E. CASTORINA, *Stato di diritto e "condizionalità economica": quando il rispetto del principio di legalità deve valere anche per l'Unione europea (a margine delle Conclusioni del Consiglio europeo del 21 luglio 2020)*, in federalismi.it, 29, 2020, 44 ss.; C. FASONE, *Crisi dello stato di diritto: il regolamento sulla condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione e il valore delle conclusioni del Consiglio europeo*, in *Quad. cost.*, 2021, 214 ss.; G. GIOIA, *La condizionalità nell'esperienza dell'Unione europea. Protezione del bilancio e valori costituzionali*, in *Diritti Comparati*, 3, 2021, 153 ss.; S. TROILO, *La tutela dello Stato di diritto nell'Unione europea post Covid-19*, in *Forum di Quaderni costituzionali - Rass.*, 4, 2021, 74 ss., spec. 82 ss.; A. CONZUTTI, «In conditionality we trust». *Riflessioni sulle condizionalità macroeconomiche introdotte dal recovery and resilience facility*, in AmbienteDiritto.it, 3, 2022, 1 ss.

³⁷ Su cui, v. almeno, S. Troilo, M. Gorlani (a cura di), *Il nuovo statuto di autonomia della Regione Lombardia. Prime riflessioni*, Giuffrè, Milano, 2008; L. Violini, Q. Camerlengo (a cura di), *Lineamenti di diritto costituzionale della Regione Lombardia*, Giappichelli, Torino, 2014.

³⁸ In merito v., *ex plurimis*, A. ANZON, *L'"inefficacia giuridica" di norme "programmatiche"*, in Costituzionalismo.it, 2004, 1 ss.; C.E. GALLO, *Il valore delle disposizioni di principio contenute negli statuti regionali*, in *Foro amm. - CdS*, 2004, 3386 ss.; nonché A. RUGGERI, *Gli statuti regionali alla Consulta e la vittoria di Pirro*, P. CARETTI, *La disciplina dei diritti fondamentali è materia riservata alla Costituzione*, S. BARTOLE, *Norme programmatiche e Statuti regionali*, R. BIN, *Perché le Regioni dovrebbero essere contente di questa decisione*, G. PASTORI, *Luci e ombre dalla giurisprudenza costituzionale in tema di norme programmatiche degli statuti regionali*, tutti in Forum di Quaderni costituzionali, 2004.

³⁹ Cfr., per tutti, V. BALDINI, *Unità dello Stato e dinamiche delle autonomie territoriali*, in federalismi.it, 3, 2019, 17. Sul punto è apparso determinante il richiamo operato dalla sentenza della Corte costituzionale n. 118 del 2015, riguardo ad una consultazione referendaria della Regione Veneto, con la quale si intendevano prospettare agli elettori – oltre che scelte ancora più dirompenti (su cui cfr. D. TRABUCCO, *La regione Veneto tra referendum per l'indipendenza e richiesta di maggiori forme di autonomia*, in Amministrazione in cammino, 2014; G. FERRAIUOLO, *Due referendum non comparabili*, in *Quad. cost.*, 2014, 703 ss.) – il trattenimento sul territorio regionale dell'80% dei tributi riscossi o versati al suo interno. La Consulta ha ribadito l'incompatibilità con l'assetto costituzionale di alterazioni stabili e profonde degli equilibri della finanza pubblica che potrebbero incidere sui legami di solidarietà tra la popolazione regionale e il resto

Può essere interessante, in questa sede, mettere a confronto la clausola generale di solidarietà dello statuto lombardo con quella presente nel TFUE all'art. 222.

Quest'ultima è riferita a situazioni eccezionali, poiché «l'Unione e gli Stati membri agiscono congiuntamente in uno spirito di solidarietà qualora uno Stato membro sia oggetto di un attacco terroristico o sia vittima di una calamità naturale o provocata dall'uomo. L'Unione mobilita tutti gli strumenti di cui dispone, inclusi i mezzi militari messi a sua disposizione dagli Stati membri», per prestare assistenza al Paese colpito.

Quella lombarda è, invece, una solidarietà generale e permanente, che impegna la Regione – sia pure compatibilmente con le sue finalità primarie e nel rispetto degli interessi essenziali dei suoi cittadini – a concorrere al superamento degli squilibri territoriali, economici, sociali e culturali esistenti nelle varie aree del Paese e all'affermazione delle loro rispettive autonomie.

In questo senso, essa si avvicina maggiormente alla già ricordata coesione economica, sociale e culturale europea, che, in particolare, «mira a ridurre il divario tra i livelli di sviluppo delle varie regioni ed il ritardo delle regioni meno favorite» (art. 174 TFUE). Tale azione, però, è condotta dall'Unione nei confronti di alcune aree del proprio territorio – concretizzando una solidarietà paterna – mentre quella della Lombardia è concepita come una solidarietà fraterna, pur se condotta da un ente pubblico, e presenta un grado anche maggiore di gratuità e di disinteresse per ogni vantaggio di ritorno.

5. La solidarietà nelle politiche regionali lombarde

Sono, comunque, le politiche regionali, realizzate tramite la programmazione (il Programma regionale di sviluppo e i piani settoriali) e tramite le leggi e i provvedimenti attuativi, ad inverare il valore della solidarietà in Lombardia.

In senso lato, si può dire che tutta la programmazione, la produzione normativa e l'attività amministrativa relative alla sfera sociale si pongono come svolgimento diretto o indiretto dei principi costituzionali e statutari di solidarietà nonché di uguaglianza sostanziale⁴⁰.

In questa sede, si possono soltanto illustrare alcune fattispecie che delineano il modo in cui viene attuato il principio in oggetto. In particolare, l'ispirazione solidaristica risulta evidente quando la Regione Lombardia affronta le fragilità e i bisogni tramite il sistema dei servizi socio-sanitari: va, qui, sottolineato come i bisogni siano già codificati e collegati a specifici interventi, mentre le fragilità siano meno definite e restino più lontane e meno presenti al legislatore ed al programmatore regionale, pur se andrebbero affrontate con azioni di natura preventiva⁴¹.

della Repubblica. Al riguardo v., per tutti, il commento di S. BARTOLE, *Pretese venete di secessione e storica questione catalana, convergenze e divergenze fra Corte costituzionale italiana e Tribunale costituzionale spagnolo, anche con ripensamenti della prima*, in *Giur. cost.*, 2015, 942 ss.

⁴⁰ Tanto che c'è chi ha teorizzato il passaggio da un sistema di “welfare state” ad uno di “welfare regionale e municipale”: E. FERIOLI, *Diritti e servizi sociali nel passaggio dal Welfare state al Welfare municipale*, Giappichelli, Torino, 2003. Sui nuovi modelli normativi ed organizzativi di protezione sociale sperimentati dalle Regioni v., in particolare, V. Fargion, E. Gualmini (a cura di), *Tra l'incudine e il martello. Regioni e nuovi rischi sociali in tempo di crisi*, Il Mulino, Bologna, 2013; A. MORELLI, *Qualità della normazione regionale e tutela dei diritti sociali*, in *Rivista AIC*, 1, 2014, 1 ss.

⁴¹ Invece, il sistema dei servizi pubblici appare concentrato, in Lombardia e in altre Regioni, sul problema, non ancora del tutto risolto, di dare sufficiente copertura ai bisogni espressi, mentre appare assai meno orientato ad occuparsi dei bisogni inespressi, che, pertanto, spesso restano tali. Per alcune considerazioni all'indomani dell'incremento delle competenze regionali nel 2001 v. A. PURCARO, *La disciplina dei servizi pubblici locali: analogie e differenze tra la legge regionale Lombardia n. 26/2003 e l'art. 14 del decreto legge n. 269/2003*, in *LexItalia.it*, 3, 2004. Cfr. anche F. PASTORE, *Modelli regionali alla luce della riforma dei Centri per l'impiego. Un confronto fra Toscana e Lombardia*, in *Economia & lavoro*, 3, 2017, 189 ss., nonché M. MOLITERNI, *Solidarietà e concorrenza nella disciplina dei servizi sociali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 119 ss. In Lombardia, comunque, la D.G.R. n. 116 del 2013 ha riconosciuto la fragilità quale

Vanno poi ricordate, senza pretesa di esaustività:

a) le politiche volte a sostenere il benessere della famiglia, con interventi sia a favore del nucleo familiare (ossia politiche esplicite), sia a favore dei suoi componenti individuali (c.d. politiche implicite)⁴²;

b) quelle a sostegno dell'autonomia delle persone (persone con disabilità, ma anche con altri limiti alla propria autonomia);

c) quelle a favore degli immigrati;

d) quelle a favore dei detenuti e degli ex detenuti⁴³;

e) quelle a favore dei giovani⁴⁴;

f) le politiche abitative;

g) quelle indirizzate a sostenere e promuovere certi tipi di produzioni o di attività, non al fine di incrementare la competitività e lo sviluppo dell'economia lombarda ma in un'ottica di solidarietà con certi territori o popolazioni o categorie o gruppi di lavoratori (si pensi al sostegno ai negozi di vicinato o alle attività artigiane o a certi tipi di coltivazioni, e così via);

h) le politiche a favore del volontariato e della cittadinanza attiva, che in certo senso "solidarizzano con coloro che sono solidali"⁴⁵;

i) le politiche di solidarietà verso i territori svantaggiati, come quelli montani.

5.1. Le politiche per la famiglia

Riguardo alle politiche per la famiglia, lo stesso Consiglio regionale della Lombardia, in una sua missione valutativa, ne ha identificate ben 138, di cui 103 realizzate da enti pubblici e 35 da soggetti privati⁴⁶.

situazione suscettibile di tutela mediante la protezione delle persone disagiate incapaci di trovare sufficienti ed adeguate risposte nella rete regionale dei servizi sociosanitari.

⁴² Cfr. S. COLTELLESA, *Impegni statali, protezione sociale e politiche per la famiglia. Il governo regionale nei processi di trasformazione del 'welfare state'*, in V.E. Parsi (a cura di), *Lo spazio politico della Regione. Cittadinanza, azione di governo e politiche pubbliche*, Vita e pensiero, Milano, 2004, 331 ss.

⁴³ In particolare, la l.r. n. 13 del 2003 "*Promozione all'accesso al lavoro delle persone disabili e svantaggiate*" prevede, a favore delle persone detenute, opportunità di svolgere attività lavorative, mentre la l.r. n. 25 del 2017 "*Disposizioni per la tutela delle persone sottoposte a provvedimento dell'Autorità giudiziaria*" intende favorire il reinserimento nella società degli adulti e dei minori coinvolti da misure detentive o alternative alla detenzione, attraverso percorsi lavorativi, socio-educativi, formativi e di riqualificazione professionale ed il sostegno alle associazioni ed attività del volontariato penitenziario.

⁴⁴ Tra cui *Garanzia Giovani in Lombardia*, programma attuativo del Piano Europeo per la lotta alla disoccupazione giovanile e del relativo PON italiano, rivolto ai giovani dai 16 ai 29 anni che non studiano e non lavorano (i c.d. Neet), ai quali vengono offerte opportunità di orientamento, *problem solving*, formazione e inserimento al lavoro attraverso percorsi personalizzati in funzione dei bisogni individuali.

⁴⁵ Con la l.r. n. 1 del 2008 "*Testo unico in materia di volontariato, cooperazione sociale, associazionismo e società di mutuo soccorso*" la Regione Lombardia ha definito il volontariato quale strumento di solidarietà sociale e di concorso autonomo all'individuazione dei bisogni e al conseguimento dei fini istituzionali dei servizi, riconoscendone la funzione di promozione culturale e di formazione ad una coscienza della partecipazione. Va segnalata anche l'istituzione, con la l.r. n. 33 del 2014, della Leva civica volontaria regionale, successivamente implementata grazie alle relative Linee guida, adottate con D.G.R. n. 3694 del 2015. La Leva civica si presenta, da un lato, come un investimento della comunità lombarda sulle giovani generazioni e, dall'altro, come una esperienza di cittadinanza attiva per la formazione di persone partecipi delle dinamiche sociali e consapevoli dei doveri di solidarietà e di concorso al progresso materiale e spirituale della società.

⁴⁶ Classificazione delle politiche familiari, per numero di interventi (cfr. [Missione valutativa n. 25 del 2020, Le politiche per la famiglia in Lombardia, Executive Summary](#)):

	N. politiche ...	di cui multi-obiettivo ...	di cui multi-intervento
Da enti pubblici	103	15	17
Da enti privati	35	20	15
Totale	138	35	32

Gli interventi messi in campo da enti pubblici sono più specializzati, mentre quelli attivati da privati sono più complessi, con molteplici obiettivi e strumenti⁴⁷. Si riscontra una prevalenza dell'intervento pubblico nella forma del sostegno economico (a singoli individui e nuclei familiari), mentre si nota l'esigenza di rafforzare un approccio olistico verso i molteplici bisogni dei componenti delle famiglie, coinvolgendo soggetti di natura diversa, pubblici e privati, che possano mettere in comune strumenti, risorse, strategie e informazioni.

La pandemia di Covid-19 ha acuito bisogni esistenti, già espliciti o latenti, di natura economica (reddituale e occupazionale), abitativa, psico-sanitaria, socio-relazionale, genitoriale ed educativa, alcuni dei quali solo parzialmente e momentaneamente contenuti dalle misure adottate. Ma sono emersi il bisogno nuovo della digitalizzazione – in termini di fragilità più culturale che economica – e le debolezze informative e comunicative che intersecano trasversalmente le altre fragilità e acquiscono la difficoltà a chiedere aiuto.

Inoltre, dal lato dell'offerta, la pandemia ha messo in discussione i servizi esistenti, talvolta per le modalità che non era più possibile applicare (ad esempio per i servizi in presenza), talaltra per l'improvviso aumento della domanda (ad esempio per l'assistenza domiciliare agli anziani). Questo, peraltro, ha innescato processi adattivi, ha stimolato l'utilizzo di nuove risorse, soprattutto con il coinvolgimento del volontariato.

5.2. *Il voucher di autonomia*

Un altro esempio di misura solidaristica può essere considerato il *voucher* di autonomia⁴⁸.

La misura rientra nelle iniziative del Programma operativo regionale 2014-2020, cofinanziato con risorse del Fondo sociale europeo, e ha l'intento di migliorare la qualità della vita dei giovani e adulti con disabilità e degli anziani, favorendo il mantenimento dell'autonomia personale, la permanenza presso il proprio luogo di vita, lo sviluppo di abilità e l'inclusione attiva.

L'intervento è rivolto a un *target* particolare, caratterizzato da compromissioni lievi o moderate, in un'ottica di prevenzione e investimento solidale, con l'importante obiettivo di favorire l'autonomia di vita e ritardare l'eventuale istituzionalizzazione dei soggetti interessati.

I principali punti di forza sembrano essere il *target* dei destinatari, in precedenza poco curato, la flessibilità dell'intervento, l'esistenza di una collaborazione consolidata tra servizi territoriali e terzo settore.

Le criticità, rilevate dallo stesso Consiglio regionale in un'altra missione valutativa⁴⁹, interessano gli adempimenti amministrativi, il meccanismo di pagamento del *voucher*, la durata e l'importo dello stesso, la non piena comprensione degli obiettivi e delle caratteristiche della misura, la frammentarietà complessiva degli interventi sociali.

Di conseguenza, anche le basi normative sono varie, pur se risultano centrali la l.r. n. 23 del 1999, "*Politiche regionali per la famiglia*" e la complementare l.r. n. 34 del 2004 "*Politiche regionali per i minori*", nonché la l.r. n. 3 del 2008 "*Governo della rete degli interventi e dei servizi alla persona in ambito sociale e sociosanitario*", e successive modifiche. Più recentemente, è stato istituito con D.G.R. n. 116 del 2013 un Fondo regionale a favore della famiglia e dei suoi componenti fragili, quale strumento per tutelare – anche mediante l'erogazione di *voucher* per l'acquisto di prestazioni e servizi – il benessere di tutti i suoi membri, incluse le persone fragili e non autosufficienti; a sua volta, la l.r. n. 18 del 2014 "*Norme a tutela dei coniugi separati o divorziati, in condizione di disagio, in particolare con figli minori*" intende alleviare alcuni dei problemi più comuni che possono presentarsi a seguito di una rottura del nucleo familiare, favorendo il recupero di un'esistenza dignitosa e dell'autonomia abitativa degli ex coniugi. Va ricordato anche che la l.r. n. 10 del 2017 ha introdotto il c.d. fattore famiglia lombardo (FFL), un indicatore della situazione reddituale e sociale integrativo dell'indicatore della situazione economica equivalente (ISEE).

⁴⁷ Infatti, su 103 interventi pubblici, solo 15 sono multi-obiettivo e 17 multi-intervento, contro i 20 multi-obiettivo e 15 multi-intervento sui complessivi 35 interventi privati.

⁴⁸ Disciplinato con D.G.R. n. 5672 del 2016, nell'ambito del programma regionale "Reddito di autonomia" (di cui alla DGR n. 4155 del 2015), composto da diverse iniziative sperimentali a favore delle persone povere e vulnerabili.

⁴⁹ [Missione Valutativa n. 22 del 2020, Voucher di autonomia: attuazione ed esiti dell'intervento di Regione Lombardia. Rapporto finale.](#)

In particolare, non sempre gli intenti e le caratteristiche della misura sono stati compresi dai destinatari, che spesso si aspettavano di ricevere una prestazione monetaria (e non dei servizi); questa circostanza ha portato alla presentazione di richieste di accesso improprie o a successive rinunce.

Inoltre, il *voucher* di autonomia si inserisce in un contesto di politiche sociali regionali frammentato, nel quale oltre 60 differenti misure risultano attivate sul territorio⁵⁰ e si affiancano (o sovrappongono) a ulteriori interventi sociali promossi a livello nazionale e locale.

5.3. *Il contributo di solidarietà abitativo*

Nell'ambito delle politiche abitative, la Regione Lombardia ha istituito, oltre a un "sostegno abitativo per l'integrazione del canone di locazione a favore di coniugi separati o divorziati" (per il 2020-2021), un "*contributo regionale di solidarietà*" (denominato proprio così). Si tratta di una agevolazione economica, erogata alle famiglie in affitto nei servizi abitativi pubblici di proprietà dei Comuni o delle ALER per sostenere i costi della locazione sociale. Per l'anno 2021 la Regione Lombardia ha stanziato 23 milioni di euro.

Con regolamento regionale 10 ottobre 2019, n. 11 la Giunta ha dato attuazione all'art. 25 della l.r. n. 16 del 2016, disciplinando le condizioni di accesso, la misura e la durata del contributo finanziario regionale.

5.4. *La redistribuzione dei prodotti alimentari*

La Regione Lombardia è impegnata da 15 anni nel recupero e redistribuzione di prodotti alimentari a fini di solidarietà sociale: il primo passo in questa direzione è stata la l.r. n. 25 del 2006 "*Politiche regionali di intervento contro la povertà attraverso la promozione dell'attività di recupero e distribuzione dei prodotti alimentari ai fini di solidarietà sociale*", che ha formalizzato la collaborazione con le organizzazioni del terzo settore. In attuazione della successiva l.r. n. 34 del 2015 "*Legge di riconoscimento, tutela e promozione del diritto al cibo*", la Regione si è concentrata sulle attività necessarie per un tale riconoscimento, tutela e promozione (che sono state finanziate attraverso i Piani di intervento biennali 2017-2018 e 2019-2020)⁵¹.

Le misure previste si fondano, da un lato, su forme di premialità per gli operatori del settore impegnati nella cessione di alimenti o nel contrasto allo spreco e, dall'altro, su incentivi alle iniziative per il recupero, a livello locale, dei prodotti non raccolti, rimasti invenduti o scartati lungo l'intera filiera agroalimentare, al fine di redistribuirli gratuitamente alle persone al di sotto della soglia di povertà, o comunque in gravi difficoltà economiche⁵².

⁵⁰ Tra cui quelle, complementari, previste dalla l.r. n. 15 del 2015 "*Interventi a favore del lavoro di assistenza e cura svolto dagli assistenti familiari*" a favore dei soggetti con compromissioni gravi: esse consistono, oltre che nell'istituzione di sportelli per l'assistenza familiare, nell'erogazione di forme di sostegno economico alle persone non autosufficienti (o alle loro famiglie) che usufruiscano dell'attività di cura e assistenza svolta da apposite figure professionali iscritte in registri territoriali, spendibili nell'ambito della rete di tali figure.

⁵¹ Il tema della solidarietà alimentare è studiato in dottrina sotto diversi aspetti: v. almeno F. PIZZOLATO, *Il diritto all'alimentazione. Un bisogno fondamentale povero di tutele*, in *Agg. sociali*, 2015, 135 ss.; M. BOTTIGLIERI, *La protezione del diritto al cibo adeguato nella Costituzione italiana*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2016, 1 ss.; C. DELLA GIUSTINA, *Il diritto al cibo adeguato: un diritto umano presupposto o consequenziale? Riflessioni a margine di un diritto dalle molteplici sfumature*, in *AmbienteDiritto.it*, 1, 2021, 1 ss.; M. GANDOLFI, *La solidarietà alimentare in tempi di COVID-19*, in *Forum di Quaderni costituzionali - Rass.*, 2, 2022, 83 ss.

⁵² Va ricordato che, ai sensi della legge statale di bilancio per il 2018 (l. n. 205 del 2017), il paniere dei beni donabili nell'ambito di iniziative di questo tipo (disciplinate ora anche a livello nazionale dalla l. n. 166 del 2016) è stato esteso a medicinali, integratori alimentari, presidi medico-chirurgici, prodotti destinati all'igiene e cura della persona e della casa, prodotti di cartoleria e di cancelleria.

5.5. *Il sistema delle doti*

Risulta ispirato al valore della solidarietà, pur se vi concorrono anche ulteriori fattori, l'articolato sistema delle "doti", peculiare della Regione Lombardia, mediante cui quest'ultima eroga contributi economici ai beneficiari finali, i quali possono utilizzarli, però, solo per acquisire servizi e prestazioni da parte di operatori accreditati⁵³.

In particolare, con la *Dote Impresa* la Regione eroga contributi finalizzati all'assunzione di persone con disabilità o di giovani disabili che escono dalle scuole, oppure al mantenimento di persone già occupate che conoscano una riduzione della capacità lavorativa acquisita nel corso della carriera lavorativa.

Ma anche la *Dote Unica Lavoro* (DUL), pur rappresentando lo strumento principale per l'attuazione delle politiche attive del lavoro in Lombardia, manifesta una ispirazione solidaristica nella volontà di accompagnare le persone lungo tutto l'arco della loro vita lavorativa, nella ricerca di un lavoro e nell'accrescimento delle proprie competenze – e quindi nello sviluppo della loro personalità – in relazione alle caratteristiche di ognuno (età, genere, stato occupazionale, tempo trascorso dall'ultimo rapporto di lavoro/altro avviamento, carriera professionale, ecc.).

La stessa *Dote Scuola e Formazione*, nel promuovere l'effettività del diritto all'istruzione ed alla formazione, rappresenta anche un aiuto solidale (nell'ottica "paterna"). Ciò risulta maggiormente evidente nelle componenti *Scuole dell'infanzia e Sostegno disabili*, caratterizzate dalla parziale copertura del costo del personale insegnante impegnato in attività **didattica di sostegno** presso scuole dell'infanzia autonome, non statali e non comunali, e scuole paritarie (primarie e secondarie di primo e secondo grado)⁵⁴.

6. *Cenni conclusivi*

Dalle politiche e dagli interventi che si sono descritti, risulta che il principio di solidarietà viene declinato dalla Regione Lombardia nell'accezione propria dell'ordinamento italiano (e non in quella dell'UE) e prevalentemente nella forma paterna.

Ma la Lombardia specifica e attualizza il principio in modalità anche originali, non sempre identiche a quelle nazionali e di altre Regioni, traendo ispirazione, in certa misura, anche dalla visuale europea della solidarietà, più attenta alla competitività ed al *self-help*, pur senza ricalcarne la prospettiva emergenziale.

Ovviamente, guardando oltre le previsioni "astratte" contenute negli atti normativi, negli indirizzi e nelle politiche pubbliche, in Lombardia come altrove si può opinare circa il grado di adeguatezza

⁵³ Su tali forme di sostegno v., *ex plurimis*, L. VIOLINI, S. CERLINI, *Il sistema della "Dote" in Lombardia: prime riflessioni su un'esperienza in atto*, in *Riv. dir. sicurezza soc.*, 2011, 43 ss.; L. MARTIGNANI, *An Example of Personalised Local Welfare? The Endowment System called "Dote Regione Lombardia"*, in *Sociologia e politiche sociali*, 3, 2013, 135 ss. La normativa di riferimento è costituita dalle leggi regionali n. 22 del 2006 "*Il mercato del lavoro in Lombardia*" (modificata dalla l.r. n. 9 del 2018), n. 13 del 2003 "*Promozione all'accesso al lavoro delle persone disabili e svantaggiate*" (come modificata dalla l.r. n. 22 del 2006), n. 19 del 2007 "*Norme sul sistema educativo di Istruzione e formazione della Regione Lombardia*" (e successive modifiche), n. 30 del 2015 "*Qualità, innovazione ed internazionalizzazione nei sistemi di istruzione, formazione e lavoro in Lombardia. Modifiche alle ll.rr. 19/2007 sul sistema di istruzione e formazione e 22/2006 sul mercato del lavoro*", nonché dai Programmi Regionali di Sviluppo (il più recente dei quali, relativo alla XI Legislatura, è stato approvato dal Consiglio Regionale il 10 luglio 2018 con D.C.R. XI/64).

⁵⁴ A ciò si aggiunge la *Dote Orientamento scuola/lavoro – persone con disabilità*, con cui viene riconosciuta un'integrazione alla Dote Scuola per garantire la personalizzazione del percorso di istruzione e formazione professionale degli allievi disabili e la copertura delle spese connesse al diritto allo studio.

della concretizzazione del principio in oggetto⁵⁵. Al riguardo assumono notevole importanza anche i profili amministrativi e finanziari, che esulano dai confini del presente saggio: non bisogna dimenticare, però, che è a questi livelli che si inverano i grandi principi e si realizza l'effettiva garanzia dei diritti e degli interessi legittimi, come ci ha sempre autorevolmente insegnato Carlo Emanuele Gallo⁵⁶.

⁵⁵ In passato, è stata denunciata la «lancinante contraddizione tra l'ipertrofia degli usi anche giuridici della parola 'solidarietà' e lo stato miserevole in cui versa la concreta attuazione del sottostante principio nelle effettive politiche pubbliche degli Stati democratici dell'Occidente» (S. GIUBBONI, *Solidarietà*, cit., 526-27).

⁵⁶ Basti pensare, fra i suoi tanti scritti, a C.E. GALLO, *Soggetti e posizioni soggettive nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, Utet, Torino, vol. XIV, 1999, 284 ss., nonché ID., *I problemi della tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi sessant'anni dopo*, in *Dir. economia*, 2, 2013, 395 ss.; ID., *La configurazione delle situazioni giuridiche soggettive degli utenti*, in *Trattato di Biodiritto - Salute e Sanità*, diretto da S. Rodotà, P. Zatti, R. Ferrara, Giuffrè, Milano, 2010, 381 ss.; ID., *La sanità tra solidarietà e sussidiarietà*, in C. Bottari, F.A. Roversi Monaco (a cura di), *La tutela della salute tra garanzie degli utenti ed esigenze di bilancio*, Maggioli, Rimini, 2012, 67 ss.

Pasquale Costanzo – Lara Trucco
The historical roots of legislative technique in constitutional parliamentarism
(a framework)*

SUMMARY: 1. Introduction (or the benefits of good legislation). - 2. An old subject and yet always sensitive to the evolution of the form of the State and the government. -3. The theoretical premises of legislative technique in the Age of Enlightenment. - 4. *(to be continued)* Jeremy Bentham vs. Common Law. - 5. The experience of liberal parliamentarism in Great Britain. - 6. The experience of liberal parliamentarism in France. - 7. Short conclusions.

ABSTRACT: *The essay aims to illustrate how the drafting of laws constitutes an important element for the for the history of the parliamentary institutions and one of their major identity components. In particular, it highlights the progresses on a variety of fronts with the development of the modern State and the recently trend to bring the problem of drafting even all the way to the constitutional judicial review, referring to constitutional principles and norms.*

1. *Introduction (or the benefits of good legislation)*

Nowadays, dealing with the matter of legal drafting means in general dealing with the drafting techniques of any legal deed, therefore not just laws, but also legislative contents of the most varied origin, jurisdictional resolutions, contracts and even procedural documents of the parties.

However, given the particular context of the conference, the focus will be on the specific deed that is the law of the parliament, namely a representative body, collegian in structure and, at least since the eighteenth-century revolutions, fundamental for the reconstruction of the government¹.

Therefore, looking preliminarily at the current situation and understanding the matter, drafting as a topic seems to be valid nowadays, perhaps even more than in the past, to provide the identity of a particular legislative assembly and this through the quality of its main product.


In fact, there is no doubt that the degree of progress in legislative techniques is a clear indicator of the institutional importance of parliamentary representation, as well as of the solidity of the state of law in general.

In this regard, even if our focus will be, as requested, on the history of the representative institutions, we believe it is useful to summarize the main advantages offered by good legislative drafting.

Therefore, without going into details, by understanding this formula as the set of drafting techniques used to draw up a legislative text, it may be agreed that not all techniques necessarily head towards good quality content, and it is then necessary to define, at least approximately at first, what a good legislative text is and how it can be recognized as such.

Since this is unfortunately a fairly abstract concept, luckily there are indexes developed by legal literature, jurisprudence and parliamentary practice, and among these, the most appreciated are the perspicuity and understandability of the rules, their accuracy, the non-redundancy of the precepts, their non-contradictory nature, without neglecting their satisfactory efficiency both from an applicability and *ex-post* assessment points of view.

These characteristics have a beneficial direct impact first of all on the recipients of the regulations in terms of legal certainty; however, they can also produce further indirect advantages, such as greater delimitation of the interpretative activity of the judges, thus mitigating the risk of making them *tout*

*  *Per agevolarne un'eventuale, più ampia diffusione, si ripubblica a conclusione dell'annata la relazione svolta alla 70° Conference of the International Commission for the History of Representative and Parliamentary Institutions (ICHRPI).*

¹ See in particular, D. BARANGER, *Penser la loi. Essai sur le législateur des temps modernes*, Paris, 2018.

court creators of legal regulations in clear violation of the fundamental principle of any Constitutional State, and, related to this, that of different applications from judge to judge. This still generates a sense of uncertainty among the governed individuals and excessively exalts the guaranteed role of power of the supreme courts.

Currently, as known, a considerable number of factors plays against good laws, such as, among others, the increasing social complexity, globalization pressure, the need for decisions taken almost in real time, the difficulties of an ideal preliminary investigation given how many variables have to be taken into account, the trend to adopt laws *ad tempus* and *ad personam*, the high number of disputes among members of parliament, and the deliberate adoption of equivocal and amphibologic compromise solutions, the often all-enveloping action - to the brink of corruption - of the lobbies, the inadequacy and age of parliamentary rules and, to be honest, an overall lack of preparation from the emerging political class due to the recruitment systems accepted.

One must say, however, that the governing bodies are well aware of these issues.

This is particularly clear from the multiplication of directives, often within the parliament itself, aimed at encouraging the good drafting of texts and even establishing agencies in charge of their verification.

In addition, there is the concern to limit the excessive number of laws through legislative campaigns and simplification measures. Even if the specific issue of legislative inflation and the damages it causes has ancient roots: let us mention the «*Corruptissima re publica plurimae leges*» by Tacitus and, in more recent times, Montesquieu's warning stating: «*les lois inutiles affaiblissent les lois nécessaires*».

Moreover, it is true that the overall matter dates back to ancient times, thus the impression that the approach to good legislative drafting meets specific current needs is sometimes misleading or that its analysis is a new discipline to be proposed even as completion of legal training in universities.

In absolute terms, it is also not acceptable that «*le développement véritable de légistique dut attendre l'après seconde-guerre mondiale, pratiquement en parallèle avec la contestation des effets de l'État-Providence*».

The good drafting of legal rules, as a topic in Western parliamentary matters, in fact, boasts strong and historical roots.

Therefore, we will attempt to provide evidence, even if limited by the extent of this report.

2. *An old subject and yet always sensitive to the evolution of the form of the State and the government*

What seems to be unquestionable, instead, is that discussing the legislative drafting in the current sense of the word was not conceptually possible until the notion of the law in the modern sense had not emerged; to be understood as the voluntary product of a parliamentary assembly claiming, for itself or in conjunction with the sovereign, the competence to dictate rules in the most sensitive fields of property, freedom and life itself.

On the other hand, if one would want to reason about a more general need for the creation of good regulations, it would be necessary to admit, without attributing overwhelming importance to even more ancient finds, that it manifested abundantly during the Justinian Age, in which the drafting technique met the government needs of a complex political phenomenon such as that of the Roman Empire at that time. In fact, to this end, an accurate editing and selection of the precepts occurred, as Dante pointed out in the VI Chant of *Paradiso* (Paradise), writing the famous words of the emperor: «*Caesar I was, and am Justinian, he, who by the will of that First Love which now I feel, withdrew the useless and excessive from the laws*»².

² With regard to ancient times, see Tacito, «*Corruptissima re publica plurimae leges*», *Annales*, III, 27.

And similar needs were present in subsequent ages. As a way of example, they can be found in the manuscript by the twenty-four barons of the Westminster Provisions (dated 1259), with the main objective of «replacing» the Oxford Provisions (dated 1258), which, instead, represented one personal choice of King Henry III of England.

The fact that, subsequently, these latter were also drawn up in English (as well as in Latin), and that their contents were published (thus restoring a process that at least since Norman times was no longer applied) was not useful to remove the «sin of origin» of their «concession».

Or, again, in the XVI century, when, after the States General of Blois in 1576-1577, Henry III of Valois ordered the drafting of a law to bring back the order in the general confusion of the laws of the time. And yet again, the substantial uselessness of inapplicable laws remains famous for the almost contemporary considerations of the fourteen-year-old Edward VI Tudor, in his *Discourse on the reformation of abuses* in 1551, where: «*Nevertheless, when all thies lawes be made, established, and enacted, they serve to noe purpose, except they be fully and duely executed*»³: while, as multiple sources reported, in his Throne Speech in 1609, King James I complained that: «*divers cross and cuffing statutes, and some so penned that they may be taken in divers, yea, contrary senses*»⁴.

However, as stated above, it seems useless, for our specific purposes, to go further back than the eighteenth-century revolutions and the influences that they had in the creation of new constitutions both in America and in continental Europe, influencing also the development of differently structured constitutional dynamics, like the English one. In such a context, in fact, the novelty, if one may say so, represented by the production of the law by assembly, collegial *id est*, represented a major push towards the streamlining of the legislative procedure through pre-existing rules, functional to the successful outcome of the procedure itself. A result that Great Britain had already obtained a long time ago, so much so as to make the experience of the English parliament a sort of universal model, and that only the radical change of political perspective was able to achieve in both sides of the Atlantic.

3. *The theoretical premises of legislative technique in the Age of Enlightenment.*

The aforementioned official time-limit does not exonerate, however, from verifying the ideological and cultural premises of our discourse which, similarly to what led to the establishment of the new representative institutions of the eighteenth century as a whole, finds certain references in political and philosophical Enlightenment.

Even from our perspective, Montesquieu may be considered the most illustrious representative of a public law that, while referring back to numerous examples of the past, forecasts, particularly in chapter XVI of the XIX book of the *Esprit des lois*, the drafting issues that will characterise modern Parliaments between the seventeenth and eighteenth centuries and then more clearly in the first half of the nineteenth century with the triumph of the liberal State.

In fact, it is with the legal Enlightenment that the law drafting technique became more aware; using the words of Baron de la Brède, it is indeed possible to learn that «*Ceux qui ont un génie assez étendu pour pouvoir donner des lois à leur nation ou à une autre doivent faire de certaines attentions sur la manière de les former*» and more specifically, «*Le style des lois doit être simple; l'expression directe s'entend toujours mieux que l'expression réfléchie*» or that «*Lorsque, dans une loi, l'on a bien fixé les idées des choses, il ne faut point revenir à des expressions vagues*», and yet again to draw conclusions on the matter «*Les lois ne doivent point être subtiles; elles sont faites pour des gens de médiocre entendement: elles ne sont point un art de logique, mais la raison simple d'un père de famille.// Lorsque, dans une loi, les exceptions, limitations, modifications, ne sont point nécessaires, il vaut beaucoup mieux n'en point mettre. De pareils détails jettent dans de nouveaux détails*»

³ Referred in *The Quarterly Review*, XIX, 1818, 87.

⁴ In *Hansard's Parliamentary Debates*, vol. CXV, London, 1856, 619.

Not of lesser importance is the Maieutic role of some Italian scholars, among which in particular Antonio Ludovico Muratori, who, in his work *Dei difetti della giurisprudenza* (1742), focuses on the need to draft clear laws, which must correspond to the *ratio* thought out by the law-maker. Moreover, according to Muratori, the proliferation of confused laws lacking rational order, arbitrarily transfers the authority and task of writing the laws from the princes - subjects entitled to said task - to the Doctors of Law.

Similarly, Alessandro Verri (in his articles published between 1764 and 1766 in the magazine *Il Caffè*) strongly disapproves the accumulation and chaos emerging from the legislations, as a terrain perfect for the proliferation of antinomies, obscurity and chaos. Even for Verri, then, the excessive number of laws leads to having few of said laws to be obeyed, leaving the interpretation up the Courts and leading to uncertainties and lack of a rational order.

However, it is above all with Gaetano Filangieri that the growing drafting of laws enters the limelight and indeed one could say that it is his monumental work "*La scienza della legislazione*" (1784) to mark, even before the British Jeremy Bentham, the start of a specific law literature related to the drafting of laws. Therefore, the goal that Filangieri sets for himself is to provide guidelines for the drafting of legislations that are beneficial to humanity, in compliance with Enlightenment thinking and perceived as the ideal legislation. Similarly, they are rich in formal elements from which the origins of the modern drafting techniques can be traced back. In this framework, he makes reference even to a fourth power, the Censor of Laws, which would have the task to remedy the excess of legislations and oversee their continuous updating.

Not to be neglected, however, is that the idea of a science of legislation attracted German jurists as well, such as Johann Friedrich Reitemeier, according to whom, in fact, said science would have represented the common ground between the task of the legislator and that of the jurist (by him we should mention at least the nineteenth century study titled *Allgemeines deutsches Gesetzbuch aus den unveränderten brauchbaren Materialien des gemeinen Rechts in Deutschland*).

4. (to be continued) *Jeremy Bentham vs. Common Law*

But utilitarian Jeremy Bentham can certainly be associated with legal Enlightenment on the other side of the English Channel.

In fact, he is the first clear critic of the legislative technique linked, this time, to the peculiar topic of Common Law, promoting a system of written legislation as the only one that could pursue the common good through its ability to continuously evolve into controversy due to the immobility of judicial law and jurists as a class in general: an expression of consolidated interests.

In this regard, the distance that separated him from other illustrious English jurists, especially from his approximately contemporary William Blackstone, is known. The idea of Statute Consolidation was present, especially beginning with Francis Bacon, when some sorts of merging between Statute Law and Common Law was rumoured. But the marked difference both of origin and structure between the respective sources of the regulations made this project impossible to implement. Thus favouring the autonomy of Common Law, which was furthermore necessary, according to William Blackstone, due to the redundancy and excessive number of the written sources.

On the other hand, Bentham had a clear preference for regulatory laws characterised by a rigorous and scientifically drawn up logic against the vagueness and lack of legibility of Common Law, which gave, in his opinion, the class of jurists (especially lawyers, fiercely opposed by Bentham) the monopoly of legislative interpretation. From here, again, the identification of an art of drafting laws in an appropriate manner (developing a work of formal law drafting entitled *Nomography or the art of inditing Laws*) and the instruction related to the need to have professional figures in such field.

On the assumption, then, of the essential nature of the function of the regulations «to direct the conduct of citizens», the element of comprehensibility of the provisions is key to the Benthamian analysis (and thus the criticism of provisions and/or sentences too long, excessively short and/or

equivocal, being thus vague or ambiguous). This with the related need to write their contents to obtain clear and concise drafting⁵. From here, again, the vision of legal drafting as «*a practical operation*» and the drafter as a technical, neutral executor of the «pure and simple will of the law-maker».

On this basis, Bentham expressed aversion for the anti-drafting tradition of his country, seeing instead only in law drafting a rationally organised body of laws.

As we know, his attempt to write the *Pannomion*, that is, an organic and complete collection of laws in the most varied sectors was unsuccessful, giving life only to the Constitutional Code, considered a significant priority compared to the rest of the laws and published in 1830: it means two years before his death⁶. Nevertheless, before and after his death, he strongly influenced the theory and parliamentary practice of his time in various countries⁷. Continuing on the topic of the English experience, the Benthamian analysis already initiated, for example, at that time a still ongoing debate about the opportunity - and the possibility - to reconcile the Cartesian style of continental origin with the English language, which, by common opinion «*is not an instrument of mathematical precision...*». In the same time period, John Austin confirmed the difficulty of implementing such an approach considering, in particular «*that what is commonly called the technical part of legislation, is incomparably more difficult than what may be styled the ethical. In other words, it is far easier to conceive justly what would be useful law, than so to construct that same law that it may accomplish the design of the lawgiver*»⁸. Where even the Courts had started to admit that «*Nothing is so easy as to pull them [Acts of Parliament] to pieces, nothing is so difficult as to construct them properly*»⁹.

5. The experience of liberal parliamentarism in Great Britain

«*The rational method, so warmly recommended by Bentham, is the best*»: this is how perhaps one of the most interesting epigones by Bentham is expressed, thus recognising him as a pioneer. In 1835 Arthur Symonds published in London a kind of manual «*Intended for the use of legislators, and all other persons concerned in the making and understanding of English laws*», meaningfully titled *The Mechanics of Law-Making*.

From here, it should be noted that the idea of drafting is some kind of art that shapes precepts not so differently from what an artist would do with matter, understood, on the one hand, to improve the legislative product and on the other hand, to reconcile the recipients of the law with it, closer to the current language and style. In this sense it is sufficient to browse the index of the work to realise how, indeed following on the footprints of Bentham, of whom he shares approvals and disapprovals regarding the current practice in Parliament - furthermore passionate about legislation - Symonds provides to lawmakers the instructions necessary to carry out their work at its best. These instructions, among others, concern the use of terms, the structure of the sentence, the spacing between the title and the body of the law, going through the writing of the exceptions and tiniest details. In addition, it is particularly noteworthy the conviction that it would not be possible to resolve regulatory chaos until actual offices are established for the review of the deeds drafted by the officials who – note – the legislator shall address in advance with the necessary instructions «*governing the arrangement, style, and character of our Acts of Parliament*». Then, the attention to the packaging process of the laws makes the book an actual manual of Parliamentary Law, somehow and in several sections

⁵ See, in particular, J. BENTHAM, *A general view of a complete code of laws*, in *The Works of Jeremy Bentham*, vol. III, 1843, 155 and ID., *Nomography, or the art of inditing laws*, in *The Works of Jeremy Bentham*, vol. 3, 1843, 231.

⁶ See E. DE CHAMPS, *Loi et progrès dans le Code Constitutionnel de Jeremy Bentham*, in *Les Cahiers du C.R.E.AA.C.T.I.F.*, 2000, 14.

⁷ G.R. RAJAGOPAL, K. KUSUM, *The drafting of laws*, Gent, 2006, 25.

⁸ J. AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law*, by R. Campbell, J. Murray, London, 1879, 1136.

⁹ Lord St. Leonards in *O'Haberty v. McDowell* (1857), 6 HLC 142 at 179.

preceding the more famous work dated 1844 by Thomas Erskine May, *A treatise upon the law, privileges, proceedings and usage of Parliament*.

The second illustrious imitator of Bentham can be considered George Coode. Author of the 1845 work *On Legislative Expression, or The Language of the Written Law*. In particular, in proposing again the idea of the importance of the use of a legal language «with the simplest, fewest and fittest words, precisely what it means»¹⁰, he warned of the risks (especially of ambiguity and vagueness) of the use of certain grammatical terms and forms (emblematic, the use of may instead of shall and the use of different tenses¹¹).

Focusing now the attention on the institutional context, it is possible to note that in 1850 one of the most important regulatory texts on legal drafting was adopted, namely the *Interpretation of Acts* of 1850 (known as «*Lord Brougham's Act*») with which, by following the path indicated first by Bentham and then by Symonds, it was finally possible to formalize the structure and articulation of legislative acts, until then «with a generally free scheme»¹².

The subdivision into articles and paragraphs was then ratified, and then, in subsections, sections, as well as, for the more complex acts, into parts (numbered in Roman characters and marked by titles in capital letters), sometimes further grouped into chapters (fundamentally, according to the current schematics, today governed by the *Act of Parliament Numbering and Citation* from 1982).

It was instead the official clerks to introduce the titles in the legislative acts: first long titles, and then, starting from the late XIX century, short titles, whose discipline would have been later formalized by the *Short Titles Act* of 1892 and 1896.

It was also in terms of practice then that said texts started to be accompanied by «notes on margins» reporting any external regulatory references and the content of the provisions. The documents no longer in force (which we would consider «repealed» today) began to be indicated in the schedules at the foot of the legal text.

On the contrary, it seems that the creation of an office specialized in the subject was established as far back as 1833: the Ministry of the Treasury at the time was «to draw or settle all the Bills that belong to Government in the Department of the Treasury»¹³ destined to be made available also to other ministries and departments. At that point, the House of Commons also named a «Select Committee» with the task «to consider of the expediency and practicability of adopting some plan for the more carefully preparing, drawing and revising Public Bills, previous to their being brought in, or during their progress through the House of Commons».

These innovations surely gave strength, in terms of prestige and legitimacy, to the parliamentary body. But it appeared most controversial with regard to the judicial power, whose activity, in front of well-written laws was seen facilitated (especially from a hermeneutic point of view) and at the same time limited (compared to its nomopoietic capacity).

The role played by the lords, at the crossroads of the multiple centres of power and interests concerned of that time, was decisive in dissolving conflicts¹⁴.

In this regard, emblematic is the figure of Lord Thring «careful admiring student of Bentham» and author of: «*Instructions for Draftsmen*» (subsequently published with the Benthamian title «*Practical Legislation*»)¹⁵, where, among other things, it was shown that «the antagonism» between French legal drafting and British legal drafting was «not so absolute as is thus suggested».

In practical terms, he is recognised the merit «to have drawn all the most important Cabinet measures of his time». In particular, the appointment of the Statute Law Committee (established for

¹⁰ G. MACKAY, *Introduction to an Essay on the Art of Legal Composition Commonly Called Drafting*, 3 *Law Q. Rev.* 326, 1887 (now in B.A. GARNER, *Dictionary of Modern Legal Usage*, Oxford, 2001, 663).

¹¹ G. COODE, *On Legislative Expression: on the Language of the Written Law* (1848), Philadelphia, 1947, *passim*.

¹² A. SYMONDS, *The mechanics of law-making*, London, 1835.

¹³ C.P. ILBERT, *Legislative Methods and Forms*, Oxford, 1901, 81.

¹⁴ See, *amplius*, F.A.R. BENNION, *Statutory interpretation. A Code*, London-Dublin-Edinburgh, 1997, 164.

¹⁵ See C.P. ILBERT, *The Mechanics of Law Making*, New York, 1914, 99 and ID., *Legislative Methods and Forms*, above-cited, 84.

the first time in 1868, and then reorganised in 1914) and, above all, the establishment, in 1869, of the «Parliamentary Counsel» established by a circular of the Treasury Ministry (dated 8 February 1869)¹⁶ and its members were appointed by the First Lord of the Treasury, who «usually represents the Executive Government in the House of Commons»¹⁷.

«Parliamentary Counsel» – of which Thring became *the first man to be put in charge of the Parliamentary Counsel* – can be considered the main legal drafting experience gained at the time, having historically represented the first technical body - «a political» and «non-partisan» one - with the task of drafting laws out of governmental legislative initiative.

With the establishment of the Parliamentary Counsel there would therefore be better focus on «security for uniformity of language, style, or arrangement, in laws which were intended to find their place in a common Statute Book»¹⁸. However, the focus is mainly on the economic data, considering that with it, the goal was to remedy the costs deriving from reliance of legal drafting to external professionals (barristers and solicitors). With the result, according to work of Courtenay Ilbert, *Legislative methods and forms*, edit in 1901: «*this system was far from satisfactory. The cost was great; for barristers employed 'by the job' were entitled to charge fees on the scale customary in private Parliamentary practice*» for different reasons, the lack of a centralised structure able to ascertain the financial coverage of the laws (so that «*there was no check on the financial consequences of legislation. There was nothing to prevent any Minister from introducing a Bill which would impose a heavy charge on the Treasury, and upset the Chancellor of the Exchequer's Budget calculations for the year*»)¹⁹.

In more general terms, the institution of the Counsel should be framed in the evolution of the British form of State and government: hence the focus on the electoral reforms carried out in that period of time (1832, 1867), which led to a progressive extension of suffrage, and to a greater democratisation of the system, from which, in turn, a more pressing question would arise from a better understandable draft legislation especially for the subjects represented²⁰.

Then, the increase in legislative production of Parliamentary origin (especially bill and statute law, but also subordinate legislation) would have made impelling the topic of the relation with the rules of common law of an everyday nature, so as to further push towards a technical approach in legal drafting within the *iter legis* part of the wider framework of judicial reforms that culminated with the *Judicature Acts* (from 1873-75).

6. The experience of liberal parliamentarism in France

It was a Swiss clergyman to act as a *trait d'union* between the British and the French practically at the time of contact between the two parliamentarians. As known, in fact, it is the Geneva-born

¹⁶ A. PIZZORUSSO, *La manutenzione del libro delle leggi ed altri studi sulla legislazione*, Torino, 1999, 23.

¹⁷ Even if later this relationship would not have been more stringent, since the Counsel was called to ensure greater coordination on the matter also with the other ministries and departments «in its character of central department of the administration». When, as has been noted, «*different Departments employed independent counsel to draw their Bills, while other Bills were drawn by Departmental officers without legal aid*» e «*Different Departments introduced inconsistent Bills and there was no adequate means by which the Minister, or the Cabinet as a whole, could exercise effective control over measures fathered by individual Ministers*» (C.P. ILBERT, *Legislative Methods and Forms*, above-cited, 83).

¹⁸ C.P. ILBERT, *Legislative Methods and Forms*, above-cited, 219.

¹⁹ So «*there was no check on the financial consequences of legislation. There was nothing to prevent any Minister from introducing a Bill which would impose a heavy charge on the Treasury, and upset the Chancellor of the Exchequer's Budget calculations for the year*» (C.P. ILBERT, *The Mechanics of Law Making*, above-cited, 64). An important role was also played by the aim of saving costs deriving from the assignment of the legal drafting activity to external professionals (barristers and solicitors), with the result that «*this system was far from satisfactory. The cost was great; for barristers employed 'by the job' were entitled to charge fees on the scale customary in private Parliamentary practice*» (v. C.P. ILBERT, *ibidem*, 83).

²⁰ L. TRUCCO, *Democrazie elettorali e stato costituzionale*, Torino, 2011, 4 e 182.

Pierre Étienne Louis Dumont who is responsible for translating into French in 1791 both Bentham's *Panopticon*, to which, among other things, he is personally linked since he resided in London for about 20 years, and, later, in 1816, the famous *Tactique des assemblées législatives*, drawing it from the manuscripts of Bentham himself²¹.

Bentham's influence was not only cultural, but also personal, in a sort of triangulation of frequentation mediated by Mirabeau, with whom Dumont held a close relationship. It was yet again Mirabeau to forecast the import of the English parliamentary rules to the revolutionary Constituent Assembly, which as Philippe Valette and Benat Saint-Marsy reported in their *Traité de la confection des lois* dated 1838²² «malgré son désir de n'imiter personne, dut subir la puissance de la nécessité, en empruntant au parlement anglais plusieurs formes de délibération qu'on retrouve dans son règlement»²³.

In this respect, it is still possible to add how the English influence continued in France, passing through parliamentary regulations in subsequent political regimes, which used the 1790 regulation as their model.

However, it does not seem that the parliamentary rules met much application for the entire revolutionary period due to the significant political turmoil, but that even in the following stage in which Napoleon gained power, they lost importance due to the loss of role of parliamentarian representation.

Paradoxically, however, it is in this second period of time that the major news concerning the matter we are discussing took place and furthermore it was long-lasting because it arrived to the present days.

In fact, under the consular regime, when the government takes on the monopoly of the legislative initiative, a *Conseil d'État* is established (or re-established) with the task, among others, to draft the laws. In this manner, next to the clear political characterisation of this assignment inspired and monitored by the executive power, greater attention in the drafting of the text starts to be paid.

The enthusiasm for such juridical creation, however, must be toned down immediately for a two-fold reason: a historical one and a structural one.

From the first point of view, in fact, this significant resource for law drafting did not have much chance to develop under this approach, both because of the marginalisation that the law underwent during the autocratic periods and due to the short life of the Second Republic, when there had been an attempt to strengthen the technical aspect²⁴, as well as due to the hyper-parliamentarisation that took place under the Third Republic, which was not open to interferences. As it was verified during the last breaths of the Third Republic, when the use of the Conseil d'état occurred only three times in sixty years, «Le Conseil d'État n'est pas un organe normalement et pratiquement employé dans l'élaboration des lois. En matière législative il n'est nullement le conseiller technique du Gouvernement. C'est la conséquence du régime parlementaire et démocratique»²⁵.

The second one is closely related to the first, since it is clear that the intervention of the *Conseil* is, in any case, upstream of the Government's legislative initiative and has no impact on the legislative production originating from the Parliament.

²¹ The work was also translated into Italian language: G. BENTHAM, *Tattica delle assemblee legislative seguita da un Trattato di sofismi politici*, Napoli, 1820.

²² PH. VALETTE e B. SAINT-MARCY, *Traité de la confection des lois*, Paris, 1839, 8.

²³ R. BONNARD, *Les règlements des assemblées législatives de la France depuis 1789 (notices historiques et textes)*, Paris, 1926.

²⁴ The Constitution of the Second Republic (1848), stated: «Le Conseil d'État est consulté sur les projets de loi du Gouvernement qui, d'après la loi, devront être soumis à son examen préalable, et sur les projets d'initiative parlementaire que l'Assemblée lui aura renvoyés» (art. 75).

²⁵ Even the placement of the Conseil upstream of the legislative initiative of the Government would have limited the effects on the legislative production of parliamentary origin. Over time these défaillances were attenuated and after the last world war the role of the Conseil d'État was enhanced by allowing individual parliamentarians to benefit from the services of the consultative body on the occasion of the constitutional reform of 2008 (P. COSTANZO, *La "nuova" Costituzione della Francia*, Torino, 2009, 273).

History, as well known, will try to mitigate these «*défaillances*» because, after the last world war, the Conseil d'état will be given more value in its role of drafting, while with the constitutional reform of 2008, even individual members of parliament will be eligible to benefit from the services of the advisory body.

In any case, it is known that in the period now considered, namely that of a strengthening parliamentary system in France of a (in practice under the last House of Bourbon, and more specifically with the July Monarchy), legislative inflation and the obscurity of the regulations with the formation of a contradictory jurisprudence constituted the most felt issues. Note how the *référé législatif*, in force throughout the period from 1792 to 1837 proved to be a mere panacea, with the last word on the meaning to be given to a law being reserved to parliament. Thus, after said date, the only remedy will remain the guaranteed role of power attributed to the Court of Cassation.

After all, the publication of the previously mentioned *Tactique des assemblées législatives* proved the cultural, if not political, need for significant reforms in the sector, which, however, concerning the techniques for a better quality of legislative texts, never saw the light of day within the internal regulations of the assemblies up until those we reviewed in both Republican chambers of June 1876 with the changes brought forth since the First World War.

In this sense, we must mention the mere cultural influence brought forth by the publication of the translation of the work by Thomas Jefferson - in the same time period (1814) - titled *Manuel de droit parlementaire*, which, even if it is true that it did not have such a specific objective as that of Bentham's work, had as its purpose, according to the words of his author, at that time Vice-President of the United States and as such a Senate Chairman: «*But I have begun a sketch, which those who come after me will successively correct and fill up, till a code of rules shall be formed for the use of the Senate, the effects of which may be accuracy in business, economy of time, order, uniformity and impartiality*»²⁶.

From all this, it is clear that the lack of sensitivity of the political class towards the internal regulations of the chambers could not compromise right from the start the idea of drawing up more specific rules - and indeed more refined ones - dedicated to the drafting technique. To understand this, it is sufficient to refer to the aforementioned *Traité* of Valette and Saint-Marsy, where «*Elles [les formes réglementaires] existent aujourd'hui, mais dans un état d'infériorité et même d'abandon tel qu'il demeure évident qu'on les a toujours considérées d'un point de vue trop secondaire*»²⁷.

In our opinion, these considerations justify the fact that, unlike the British experience, the discussion on legislative drafting in France is now continuing only from a doctrinal point of view - certainly no less important.

In this sense, we will briefly review the studies that, during the nineteenth century, mostly took into account the organisation of the work of the chambers, both to provide a critical description and to plead - as already mentioned - for their reform and modernisation.

Therefore, focusing back on the *Traité* of Valette and Saint-Marsy, let us first bring back to memory how it was already the subject of exhaustive and in-depth analyses, so that, for our limited purposes, we note how the two authors demonstrated in several points that they took into account both Jefferson and Bentham showing, however, that they had more affinity with the exegetical method of the American Vice-President than with the more dogmatic method of the English jurist, from whom they somehow dissociated themselves. Actually, it is specifically from a drafting point of view, not taken into specific consideration, that perhaps these differences of opinion can be better measured. Even if, indeed, the sensitivity for the matter of good drafting of the laws emerges in a more general fashion: in fact, «*A ne les considérer que sous le point de vue spécial des formes réglementaires, les débats d'une assemblée législative peuvent donner lieu à plusieurs sortes d'observations. Les uns y verront un moyen de diriger les majorités dans le sens de telle opinion*

²⁶ T. JEFFERSON, *A Manual of Parliamentary Practice for the Use of the Senate of the United States*, Washington, 1801, XXIX.

²⁷ PH. VALETTE e B. SAINT-MARCY, *Traité de la confection des lois*, above-cited, 2.

dominante ou dans les vues de tel parti ; d'autres y étudieront les combinaisons et les ressources de la stratégie parlementaire ; il ne faut y chercher, ce nous semble, que le moyen le plus efficace de créer de bonnes lois, parce que là est la fin du régime représentatif»²⁸.

Before discussing a work featuring particular originality in terms of the history of parliamentary law, namely the *Traité de droit politique, électoral et parlementaire*, by Eugène Pierre, of 1893²⁹, it seems appropriate to mention another work, perhaps more of a collecting-type of work that, however, contributed to set the tone regarding the drafting issue. The work in question is the *Science nouvelle des lois: principes, méthodes et formules suivant lesquels les lois doivent être conçues, rédigées et codifiées* by Gustave Rousset, published in 1871³⁰, the year that marked a turning point in the conflict between the autocratic and republican experiences in France.

Curiously, said work does not mention the *Traité* of Valette and Saint-Marsy. Not being able to know the reasons, a perhaps legitimate assumption derives from the type of the treatment, which reminds of the approach of Bentham and Montesquieu himself to whom many passages are dedicated and especially Chapitre II, which expressly discusses *Du style des lois suivant Montesquieu et Jérémie Bentham*. Therefore, unlike the book of Valette and Saint-Marsy, which has as its objective the foundation of parliamentary law as a legal science, the book by Rousset already states in its title the desire to specifically argue on the science of legislation, even described as a Science nouvelle. It is for this reason that all the linguistic, grammatical and syntactical issues already mentioned by the two representatives of the French and English Enlightenment can be found in the treatment.

In conclusion, we wish to give space to a brief and inadequate reference to Eugène Pierre's monumental *Traité*, which also seems to embody the spirit of the time at its best. However, the work seems to wish to stand almost as an «opera prima» (and it is so, if only for the vastness of the constitutional interests it brings forth): Montesquieu never mentioned, Bentham cited only once, Valette and Saint-Marsy rarely remembered, not to mention Rousset whose memory has been forgotten.

On the contrary, the illustrious scholar seems to wish to found parliamentary law on the new republican bases: apparent proof of this is the demonstrated affinity of thought with Jefferson, the only author emerging from a similar republican constitutional experience

Regarding the legislative techniques, however, a few interesting ideas are certainly present. Reasoning, for example, about the *Conseil d'État* and explaining the reasons for its marginal role, as previously seen, under the Third Republic, he, however, informs about the attempts made in the past to «attribuer au Conseil d'État une collaboration plus active dans la confection des lois», noting the difficulties deriving from the form of government³¹. The aforementioned proposal for a constitutional revision of the then President of the Ministers Council dated 15 October 1888 is interesting, and reporting an extract seems appropriate: «Un Conseil d'État désigné par le Sénat et la Chambre des représentants, ayant un rôle consultatif dans la préparation, la discussion et la rédaction des lois au point de vue juridique, et renfermant des sections plus spécialement chargées d'éclairer les Assemblées par des avis officiels sur les grandes questions d'affaires touchant aux intérêts du travail, de l'industrie, du commerce, des arts et de l'agriculture», since what matters is «que la volonté du législateur soit complètement éclairée au milieu de tant d'intérêts quelquefois contradictoires qui sollicitent son attention et réclament son intervention; c'est pourquoi il nous paraît bien utile d'organiser fortement autour de lui des conseils techniques (...). Il y faudrait créer des sections spéciales dont les membres seraient aussi choisis par la Chambre des députés et le Sénat, mais sur des liste de présentation dressées par les groupes professionnels légalement constitués et qui seraient désignés par la loi d'organisation. Le Conseil d'État, dont l'intervention ne pourrait restreindre ni

²⁸ PH. VALETTE E B. SAINT-MARCY, *Traité de la confection des lois*, above-cited, 3.

²⁹ E. PIERRE, *Traité de droit politique, électoral et parlementaire*, Paris, 1893.

³⁰ G. ROUSSET, *Science nouvelle des lois: principes, méthodes et formules suivant lesquels les lois doivent être conçues, rédigées et codifiées*, 2 tomes, Paris, 1871.

³¹ E. PIERRE, *Traité de droit politique, électoral et parlementaire*, above-cited, 81 and H. CANNAC, *Eléments de procédure législative en droit parlementaire français*, Paris, 1939, 11 s.

l'initiative parlementaire ni le droit d'amendement, pourrait être chargé, dans des conditions à déterminer, de préparer les lois importantes, d'en suivre la discussion par l'intermédiaire des commissaires»³².

For the rest, however, the interest in improving the quality of the legislative production can only be perceived, as it was in Valette and Saint-Marsy, by the attention to details with which the preparation procedure of the law is described and commented.

7. Short conclusions

We have attempted, with the previous considerations, to illustrate how the drafting of laws constitutes an important element both for the development of constitutional laws and, as far as it is concerned herein, for the history of the parliamentary institutions, and in some way perhaps one of their major identity components.

In accordance with the premises, we were also able to identify how a discipline that is now more current than ever actually has illustrious origins and dates back to the history of Western parliamentarianism³³, with original acquisitions that were already modern at the time, so much so that almost all of them will never become obsolete over time.

Certainly, it must be pointed out how even the precepts of Montesquieu remained largely ignored, given that the legislative production has always inevitably obeyed not so much to the technical approach as to the politics.

Even if it is undeniable how its preparation has progressed on a variety of fronts with the development of the modern State, the change of parliaments, and, more recently, the trend to bring the problem of drafting even all the way to the constitutional level, both by clarifying some of the rules in the Charters, and by considering them implicit in the principles of the constitutional state law, as well as, in one case or another, by making them justiciable before the Constitutional Courts.

Moreover, there are already several examples of interventions in this sense, aimed at declaring invalid those regulations that were badly written, and even - as in a clamorous French case - to the point of denying the law its substantial nature because it was formulated in such a way that it did not meet its purpose: that to provide accurate legislative provisions and not vague political proclamations. A situation, after all, well described, for example, by François Terré, in his study of *La méthode législative* in memory of Jean Carbonnier: «*La divagation législative s'est développée sous l'influence de la colère des victimes, des clameurs de la rue et de l'inculture juridique assez fréquente des médias*»³⁴.

Finally, we did not mention an old dispute about the exact nature of law drafting, namely whether it is an art, as some of the works would suggest, or a technique, as one would think by considering its rational foundations.

Fortunately the solution to the problem does not seem to be essential and perhaps even impossible, maybe because the law is basically an entity onto itself, oscillating between the aesthetics of poetry and the perspicuousness of prose, so much so that Philippe Malaurie's words can be borrowed: «*Que la loi est belle lorsqu'elle est claire, simple, limpide et compréhensible par tous!*»³⁵.

³² So only in a narrow perspective could it be said that “*le développement véritable de légistique dut attendre l'après seconde-guerre mondiale, pratiquement en parallèle avec la contestation des effets de l'État-Providence*” (J.-P. DUPRAT, *Genèse et développement de la légistique*, in R. Drago (ed.), *La confection de la loi*, Paris, 2005).

³³ E. PIERRE, *Traité de droit politique, électoral et parlementaire*, above-cited, 82.

³⁴ See *Conseil constitutionnel*, dec. 2005-512 DC (about this see P. COSTANZO, *La “nuova” Costituzione della Francia*, above-cited, 287). More in general, see F. TERRE, *La méthode législative*, in *Hommage à Jean Carbonnier: “La divagation législative s'est développée sous l'influence de la colère des victimes, des clameurs de la rue et de l'inculture juridique assez fréquente des médias”*, Paris, 2007, 157.

³⁵ PH. MALAURIE, *L'intelligibilité des lois*, in *Pouvoirs*, 2005/3, 136.

ABSTRACT

QUIRINO CAMERLENGO, Le convenzioni costituzionali tra principio di leale collaborazione e teoria dei giochi

(10.01.22)

This essay aims to study constitutional conventions drawing on game theory. In fact, constitutional conventions produce rules to regulate strategic interactions between the various protagonists of institutional life. Game theory studies these strategic interactions in order to identify predicting patterns of future behaviours.

Elements taken from game theory will demonstrate the close connection between these conventions and the principle of loyal cooperation between constitutional bodies. Thus, the deviation from a constitutional convention can be considered as a “symptom” of a violation of that principle.

GIUSEPPE BERGONZINI, Delega di funzioni amministrative regionali e principio di sussidiarietà, a vent’anni dalla riforma del Titolo V (nota a Corte cost., 7 ottobre 2021, n. 189)

(12.01.22)

With the decision no. 189/2021, the Italian Constitutional Court ruled on administrative devolution powers and their relationship with the current article 118 of the Constitution. Twenty years after the approval of the emended Title V, Part II of the Constitution, that decision allows us to focus on some peculiar effects of the substantial tightening of the scheme of allocation of the administrative powers, as a result of the new formulation of art. 118 Const.; hence, an additional administrative centralization in the hands of the Regions, to the detriment of local authorities.

GIANLUCA FAMIGLIETTI, Presidente di assemblea “giudice” (della costituzionalità) o “arbitro” (della vita parlamentare)? (nota a Corte cost. ord. n. 188 del 24 settembre 2021)

(17.01.22)

The author analyzes the ordinance n. 188 of 2021 with which the Constitutional Court declared inadmissible the conflict of attribution raised by the Deputy against the decision of the President of the Chamber to declare his bill inadmissible because he considered it unconstitutional. The author questions the legitimacy and extent of such a power

GIOVANNA RAZZANO, Quali implicazioni per il giudizio di ammissibilità dopo l’ordinanza dell’Ufficio centrale per il referendum, che ha dichiarato legittima la denominazione «abrogazione parziale dell’art. 579 c.p. (omicidio del consenziente)» e ha respinto «Disponibilità della propria vita mediante consenso libero, consapevole e informato»?

(21.01.22)

The paper focuses on the order of the Central Office at the Court of Cassation, that has established the name of the referendum aimed at partially repealing art. 579 of the penal code (consensual homicide) and analyzes its effects on the upcoming judgment of the Constitutional Court, which must verify the referendum admissibility.

DANIELE MANELLI, La diffamazione a mezzo stampa e il persistente dominio dell’inerzia legislativa nella tutela dei diritti. La Consulta perfeziona un nuovo caso di “incostituzionalità differita” con la sentenza n. 150 del 2021

(31.01.22)

After Cappato’s case, the Italian Constitutional Court had to opt again to use the new decision practice of “delayed unconstitutionality”, to decide on the legitimacy question about press-related defamation, because of the evident divergence between the Italian law in matters

and the Strasburg Court consolidated path. Starting from this case, the intention is describing the “two steps” technique structure, in order to analyze briefly its features and to bring to light its problematic aspects. The Constitutional Court, indeed, was obliged to develop new legal instruments, due to the lawmaker chronic inactivity, as done by foreign systems, at which looking with the purpose, to perfect what we could call a new persistent type of decision.

SILVIO TROLO, Controllimiti versus Stato di diritto? Gli esiti della giurisdizionalizzazione dello scontro fra Unione europea e Polonia sull'indipendenza della magistratura

(02.02.22)

On October 7, 2021, the Polish Constitutional Tribunal ruled that some of the corollaries of the primacy of EU law are inconsistent with the national Constitution, opening a very serious legal and institutional crisis with the European Union.

The conflict between Poland and the EU stemmed from the substantive value accorded in recent years by the European institutions to the concept of the rule of law, on which, along with other values, the EU is based. It also has an effect when the Member States intervene in the field of application of European law: in this case, they are subject both to the “centralized” control of the Commission and the Court of Justice, through the infringement procedures, and to the “diffuse” control entrusted to national judges, who cannot apply incompatible domestic legislation.

In addition, there are the two procedures – one of mere censure, the other of sanctions – governed by art. 7 TEU, the “European mechanism for the rule of law”, which provides for an annual dialogue between all interested parties, and the recent Regulation no. 2020/2092 which provides for the withdrawal of European funding assigned to a member country if it violates the rule of law, jeopardizing sound financial management or the financial interests of the EU.

While the use of the new regulation on budgetary conditionality would have the merit of bringing the conflict back to the administrative and financial level (albeit in the light of precise legal bases), the jurisdictionalisation of the conflict through infringement procedures could also send it into a downward spiral.

FRANCESCA MAURI, Il Tribunale costituzionale polacco, le Corti sovranazionali e la salvaguardia dello Stato di diritto in Europa

(02.02.22)

The paper explores Poland’s troubled relationship with the European Union and the Council of Europe on the justice’s reform package. Starting from the two recent judgements of the Polish Constitutional Tribunal, with which it has declared the unconstitutionality of articles 1, 2 and 19 TEU and article 6 paragraph 1 ECHR, the paper analyses the possible evolution of Poland’s membership in the two Organizations.

GIUSEPPE LANEVE, La funzione parlamentare al cospetto della funzione giurisdizionale nel prisma della giurisprudenza costituzionale sui conflitti tra poteri: uno studio sugli ultimi trent’anni

(02.02.22)

Since the beginning of Nineties years of last Century, both the anti-corruption operation started by judiciary – well known as Mani Pulite – and the result of Referendum on Electoral Law produced a dramatic effect on Italian politics. The traditional parties’ system - that had supported the national institutions for more than forty years - failed. At constitutional level, one of the main effects was the increasingly tense in relationship between political branch and judiciary. Since there, the conflict on allocation of powers between branches of the State has experienced an unknown vitality before the Constitutional Court (until then, mostly involved in judicial review of legislation and conflicts between State and Regions judgments). Indeed, a new era of the Constitutional Court case-law started at the turn of 2000s, the so called Conflicts

Season (stagione dei conflitti). This essay aims to analyze the enormous amount of decisions ruled by the Constitutional Court in such conflicts case-law arisen between a judicial organ and a House of Parliament, regarding the immunity guaranteed to Members of Parliament by Constitution (art. 68 Const.). In particular, the first part is focused on conflicts that more than others have characterized the Conflict Season: conflicts based on art. 68, par. 1, which establishes the non-liability of Members for opinions and votes cast in the performance of their function. The scope of the protection afforded as regards “opinions” stated is one of the most controversial aspects of non-liability. To avoid a broad interpretation of this immunity that can turn it into a personal privilege, the Constitutional Court has created a functional link (nesso funzionale) between opinion that can be covered by immunity and parliamentary activity. Yet, this concept is very debated, especially in the current social media era of communication. The second part is focused on conflicts based on art. 68, par. 2 and 3 that lay down rules governing inviolability. After the Reform in 1993, authorization of the House is no longer required in order to institute criminal proceedings. Instead, it is necessary only if the Judge proposed to take certain steps against a Member of Parliament such as arrest or other specific measures (autorizzazioni ad acta). Finally, the essay focuses on few conflicts arisen between a judge and House of Parliament regarding the “legitimate impediment” claimed by a Member of Parliament on appearing before the Court due to his duties. After an overview of the criteria adopted by the Court in dealing with such conflicts that clear up some judicial tendencies, the essay identifies two aspects that can affect these conflicts before the Court: the new rules on Constitutional Court proceedings and the Constitutional Reform (adopted by Const. Law 1/2020) that had reduced Members of Italian Parliament from the next Legislature.

ANTONIO RUGGERI, Diritti fondamentali e scienza: un rapporto complesso

(04.02.22)

The paper analyzes the mutual implications that exist between fundamental rights, science and context, the latter referring here, on the one hand, to the relationships between internal norms and norms having an external origin (in particular, those contained in the Charters in which rights are recognized linked to scientific and technological development) and, on the other hand, to a situation marked by multiple emergencies. The impact exercised by science in constitutional interpretation is then examined, with specific attention to cases in which the former is seriously divided internally.

FEDERICO GIRELLI - FRANCESCO CIRILLO, Immuni e green pass. Prospettive di bilanciamento nella pandemia

(08.02.22)

In the health emergency, the values of freedom and health protection came into conflict in various circumstances. This conflict generated a radicalization of the debate far from common sense. Balancing operations in the emergency often relied on digital devices, such as contact tracing apps and green passes, whose development and implementation were entrusted with the search for a balance among rights and interests involved. The paper analyzes the perspectives for balancing in the digital environment and the application of the proportionality test in sectors with a high technological or scientific thickness, inferring that, in this context, the reference to science is a limit to legislative power also in such assessments of proportionality.

ALESSIO RAUTI, “A che punto è la notte?” L’approccio interculturale all’immigrazione fra capacità e accomodamenti

(09.02.22)

The paper analyzes the two main approaches to cultural diversity (interculturalism and multiculturalism), highlighting the criticalities about the first and the consonance of the second with the Italian Constitution. Particularly, the attention is placed on the links between

interculturalism, the approach of skills developed by Marta Nussbaum and the construction of the so-called reasonable accommodation test. Finally, it is verified if and in what way the intercultural approach is developed in judicial decisions taking a cue from two rulings of the Supreme Court relating to the cases of the kirpan and the display of the crucifix in schools.

BRUNO NASCIMBENE, Un "Dizionario dei diritti degli stranieri" (recensione e commento)

(11.02.22)

The paper comments and reviews the volume "Dictionary of foreigners" edited by Claudio Panzera and Alessio Rauti published in Naples in 2020. It examines the dictionary entries and carries out remarks and suggestions.

FIAMMETTA SALMONI, La funzionalizzazione della tutela dello Stato di diritto alla sana gestione finanziaria e alla tutela del bilancio dell'UE (a prima lettura delle sentt. C-156 e C157 Ungheria e Polonia v. Parlamento e Consiglio)

(23.02.22)

With its two judgments, cases C-156 and C-157, the Court of Justice has rejected the requests of Hungary and Poland for the annulment of the Rule of Law Regulation 2020/2092. This paper analyzes the reasoning of the Court of Luxembourg which, among many important statements, underlines that the protection of the rule of law is functional to the sound financial management and protection of the EU budget, through which the European Union would apply the principle of solidarity, to be implemented in order to promote the free market. It is clear from these statements that the EU considers the rule of law a "budgetary objective" and that the principle of solidarity is applied for the proper functioning of the market. In short, the fundamental principle on which the supranational construction continues to be based is, as always, that of the market and free competition, which is an economic dogma that is difficult to reconcile with the very different fundamental principles at the basis of our Constitution.

MASSIMILIANO MEZZANOTTE, La proporzionalità "contesa": Corte di giustizia e giudici nazionali a confronto

(23.02.22)

Proportionality is a principle which, in addition to being present in national legal systems, is provided in art. 5 TEU as a limit to the exercise of the competences of the European Union. The study analyzes specifically the jurisprudence that, applying this criterion, has been formed on the subject of limits to the powers of the European Central Bank, from which it emerges that while the German Constitutional Court uses a strict scrutiny, the Court of Justice balances in a flexible way costs and benefits, according to the objectives of economic policy pursued by the Union. The result is a different way of understanding this principle, which is also influenced by the specific interests pursued, and which leads to questions about the need to increase the dialogue between the Courts and between the ECB and national representative bodies.

MARIO BERTOLISSI, L'udienza pubblica dinanzi alla Corte costituzionale

(24.02.22)

The judge must be third and impartial. The judgment must take place in compliance with the cross-examination between the parties. The outcome must be a fair decision. That requires the public hearing to be enhanced through the positive action of the judge and the reasoning of the lawyer. Coram populo, to avoid any compromise. It applies to every judge. Even more so for the Constitutional Court.

ANDREA CARDONE, Pena detentiva per la diffamazione e funzione democratica della libertà di espressione: quid iuris oltre il caso della professione giornalistica?

(24.02.22)

The mandatory application of the punishment of imprisonment for the crime of aggravated defamation is un-lawful because the provision of the imprisonment determines an intimidating effect on the function of democratic control which is proper to the journalistic profession. On the other hand, the question of the constitutionality of the rule which provides for the penalty of imprisonment as an alternative to the pecuniary sanction is unfounded because the rule is susceptible of a consistent interpretation. In relation to both of these provisions, the reasoning revolves around the need to protect the democratic role of the journalistic profession and the pluralism of information sources. Particularly in the context of the Internet, however, defamation is often carried out by persons who do not exercise the journalistic profession and against persons with-out any power. These cases should be considered by the legislator for a more effective protection of reputation and a more reasonable balance with freedom of expression.

ANTONIO RUGGERI, Alla Cassazione restia a far luogo all'applicazione diretta del diritto eurounitario la Consulta replica alimentando il fecondo "dialogo" tra le Corti (a prima lettura della sent. n. 67/2022)

(14.03.22)

The paper examines a decision of the Constitutional Court condemning discrimination against foreigners in the enjoyment of a right recognized to citizens. The author highlights the potential contained in the judgment regarding a constructive "dialogue" between the Courts, affirming the obligation for the judges of immediate application of the violated supranational rules.

ANTONIO GUSMAI, Sulla legittimità costituzionale dei soggetti della rappresentanza politica a sollevare conflitti di attribuzione

(17.03.22)

The essay trying to shed some light on a very complex and still unresolved issue. In particular, the focus is on the legitimacy of the subjects of political representation to raise conflicts of attribution between state powers. The starting point of the analysis is the existence of a pathological "quadrilateral" that seems to characterize today's political representation. Indeed, also parliamentary groups have been added over the time to the triad of electors-parties-elected representatives, as autonomous subjects of the representative circuit.

Starting from this scenario, some arguments developed by constitutional jurisprudence will be put under the magnifying glass, in order to highlight the many contradictions in subiecta materia.

FRANCESCO VALERIO DELLA CROCE - GIUSEPPE LIBUTTI - GIAMPIERO BUONOMO, Sulla gestione del patrimonio pubblico di Roma Capitale. Per una regolamentazione fondata sul principio di uguaglianza e su un'interpretazione costituzionalmente orientata dei beni comuni

(29.03.22)

The social and cultural value of the heritage of Roma Capitale cannot be overshadowed by the need to regulate the management of public assets in accordance with the general rules of administration and accounting. A proper measure can only be achieved by balancing the proprietary interest with the social value exercised, also considering the principle of horizontal subsidiarity. The new regulation of the matter must inspire itself to respect the constitutional principle of equality and place itself outside the logic of the competitive market.

ANTONIO RUGGERI, Oscurità e carenze della progettazione legislativa in tema di morte medicalmente assistita (prime notazioni)

(31.03.22)

The paper aims to note the law proposal concerning the medically assisted death, outlining that the legislator has distorted in several points the indications provided by the Constitutional Court in the "Cappato" decision.

SILVIO TROILO, (Ancora su) democrazia, rappresentanza e numero dei parlamentari. Considerazioni sulla riforma di cui alla legge costituzionale n. 1/2020

(07.04.22)

The article analyzes the effects on the Houses of Parliament and on the representative relationship resulting from the reduction in the number of members of Parliament ordered by Constitutional Act no. 1/2020 in light of the simultaneous, continued application of the electoral system set forth in Act no. 165/2017 (the so-called Rosatellum), adapted by Act no. 51/2019. The thesis is that this incisive reduction does not mortify the representative relationship as it has been interpreted in Italy up to now, nor does it prevent the Houses from carrying out the decisive role assigned to them by the Constitution. Instead, it is today's electoral system – together with the "intrusiveness" of the Government and of European and international bodies – which significantly empties the representative relationship of content and which, applied to a smaller number of members of Parliament, produces distorting effects, especially in the Senate.

CECILIA SICCARDI, Anticorruzione e PNRR: profili costituzionali

(07.04.22)

After a review of anti-corruption measures provided by the European Recovery and Resilience Facility (Reg. UE 2021/241) and the National Recovery and Resilience Plan, the paper focuses on the constitutional issues of recent provisions impacting on the prevention of corruption and the limitation of public administrators' liability. The background is characterized by the complex balance between deregulation and legality.

P.C. Osservazioni minime a margine della sent. n. 56 del 2022 della Corte costituzionale

(27.04.22)

The paper examines the referendum declared admissible by the Constitutional Court concerning the ban on running as candidate in the elections and the suspension and the revocation of the electoral mandate, provided by the decree n. 235/2012, in the light of the previous constitutional disputes.

COSIMO LOTTA, La legislazione emergenziale per contrastare la pandemia da Covid-19 tra scienza e diritto: il ruolo del Comitato tecnico-scientifico

(27.04.22)

The paper aims to analyse the relationship between the opinions of the technical-scientific committee and the legislative measures adopted during the health emergency. In particular, it will be a question of understanding whether the opinions issued by the Technical-Scientific Committee on the epidemiological situation in Italy are to be considered recommendations which the Government and Parliament can comply with or whether, by reason of the body from which they emanate and its importance in the emergency management system, must be considered binding opinions to which the emergency legislator must adapt.

Against the background of these questions, the question of the relationship between science and law arises: it is necessary to ask who, in general, is the ultimate decision-maker in political choices that have scientific parameters as their object.

If it is true that the final acts of the decision-making processes concerning measures to combat Covid-19 are taken by Parliament, by the Government (by decree-laws or legislative

decrees) or by the President of the Council of Ministers with his decrees, the fact that their content is (to a certain extent) strongly constrained, if not bound tout court, by scientific evidence can nevertheless be overlooked.

Therefore, the role of the Technical-Scientific Committee must be understood in order to understand its role and its impact on emergency legislation.

VALENTINA PUPO, Sulle discriminazioni degli stranieri nel settore della sicurezza sociale: una nuova pronuncia della Corte costituzionale all'esito di un caso di doppia pregiudizialità
(28.04.22)

The paper examines Constitutional Court's dec. n. 54/2022, which declared the unconstitutionality of certain provisions on social assistance to foreigners, that the Court of Justice of European Union, in the preliminary ruling action brought by the Constitutional Court itself, had already considered contrary to the Charter of Fundamental Rights of the European Union and to secondary European law with regard to the prohibition of discrimination against legally resident third-country nationals. The story is part of the debate on dual prejudiciality (constitutional and European) and of the c.d. dialogue between the Courts, with a view to strengthening the protection of rights, and highlights the importance of wider dissemination of loyal cooperation at institutional level.

FRANCESCO ALBERTO SANTULLI, «Quando il mio ultimo giorno verrà»: brevi riflessioni a margine di Corte cost. n. 50/2022 in materia di omicidio del consenziente
(02.05.22)

With judgement n. 50 of 2022, the Constitutional Court declared the inadmissibility of the referendum on the partial abrogation of the felony of consensual homicide, provided for by art. 579 of the penal code. Nevertheless, it is clear that public opinion believed that the referendum would have had euthanasia as its object. This short article intends to highlight the reasons followed by the Court to clarify how a new legislation on the matter of the "end of life" cannot pass through the expulsion from our legal system of a constitutionally necessary law – as art. 589 represents for the protection of vulnerable subjects – but requires an organic measure, preferably by the Parliament.

FRANCESCA MAURI, La Corte costituzionale tra questione di genere, discrezionalità del legislatore ed esigenza di preservare l'armonia del sistema (a margine della sentenza 1/22 della Corte costituzionale)
(03.05.22)

The paper analyzes the decision 1/2022 of the Italian Constitutional Court on the constitutionality of the gender-based selection of boarding school educators. Focusing on the Court's reasoning, the paper investigates the relationship between the Constitutional court and the legislator concerning sensitive issues requiring an interpretation of the collective will

SIMONE FREGA, L'accordo di "donazione futura" dell'aspirante candidato con il partito per le elezioni politiche e la successiva richiesta di detrazione fiscale per l'erogazione effettuata (alcuni spunti di riflessione sulla sentenza n. 207 del 2021)
(04.05.22)

The article regards a judgment of the Italian Constitutional Court, which declares unfounded the request to affirm unconstitutional the Article 11, c. 4-bis, of Decree-Law No. 179/2014, formulated by the Trento Tax Commission. Especially, the sentence allows to explore a particular practice, which consists in a stipulation of a contract between candidate or elected people and the politician party or movement. This practice may not respect the principles of the Italian Constitution in the field of political rights (such as, i.e., Articles 3 and 49 of the Italian Constitution) but, in any cases, it is certainly not an appropriate practice

MARGHERITA CORVASCE, L'intervento del Presidente del Consiglio dei ministri nel giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale: spunti ricostruttivi alla luce della recente prassi giurisprudenziale

(04.05.22)

The contribution intends to analyze the Prime Minister's presence in the judicial review cases and highlight the problems raised by the participation of the Head of Government in the constitutional judgment, still considered an "enigma" by the doctrine. After examining the substantive and procedural profiles of the subject of study, will be addressed the issue of the relations between the Prime Minister and his legal representative - the State Legal Service - and between the Prime Minister and the other constitutional bodies - Council of Ministers and Parliament -, in the light of the provisions contained in Law 400/88. The institution in question is characterized by significant cognitive limits, generated by the impossibility of knowing the preliminary phase of the question of constitutional legitimacy, which takes place entirely within the Presidency of the Council, and of accessing the documents that the Presidency sends to the defense, in the case in which it opts to intervene in court. For this reason, in order to investigate the conduct of the Prime minister in court, a case study of the measures issued by the Constitutional Court in 2020 and 2021 was carried out.

ALESSIA-OTTAVIA COZZI, Per un elogio del primato, con uno sguardo lontano. Note a Corte cost. n. 67 del 2022

(07.05.22)

The Italian Constitutional Court (ItCC) judgment no. 67 of 2022 is marked by two aspects. Firstly, the recognition of primacy as the architrave of the European system and its values, and at the same time the driver of the domestic system, in a legal system in which the Courts assume and act as guarantors of reciprocal rights and obligations. Secondly, the persistent vitality of disapplication, the traditional way of guaranteeing the primacy of EU law, which the new approach introduced by the ItCC's decision no. 269 of 2017 had made less certain. Arguably, the reasons for reaffirming the primacy do not depend on the case in question, but on the need, in the face of the rule of law crisis and, today, of a new war in the continent, to reaffirm the values on which the European Union is based

MARCO MARAZZINI, Emergenza politica e custodia della Costituzione. Il contributo di Kelsen e Schmitt nel contesto del processo Prussia contro Reich del 1932

(31.05.22)

The essay retraces the controversy between Hans Kelsen and Carl Schmitt on the 'Custody of the Constitution' in the light of the historical events of the end of the Weimar Republic. Methodologically, it starts from the idea that it is useful to study legal ideas as historically given in their political and social context. It will be shown how the theoretical positions of the two great jurists on the protection of the constitutional order, jurisdiction and emergency were reflected in the 1932 Prussia v. Reich trial. It is precisely this hard case that offers the opportunity to measure the impact of jurists, courts and institutional actors on a situation of 'political' emergency

LUCA BARTOLUCCI, Riforma dei regolamenti parlamentari e Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza

(24.05.22)

The National Recovery and Resilience Plan (NRRP) is a tool that could cause a profound transformation of Parliaments, which must reinvent their ability to think in the medium-long term. However, no adjustments have been made so far at the parliamentary level. A "window of opportunity" for the reform of parliamentary rules of procedure is offered by the

constitutional law (n. 1/2020) on the reduction of the number of MPs. The objective of the paper, therefore, is to identify the areas in which parliamentary rules of procedure could be adapted with an eye to the implementation of the NRRP, using this tool to correct some pre-existing gaps that have characterized the life of the Chambers, also by improving the legislative procedure, without leading to serious upheavals.

ALESSANDRA CAMAIANI, “Il fine non giustifica i mezzi”: la Corte costituzionale frena gli entusiasmi referendari sul fine vita, ma salva l’ordinamento da un grave vuoto sanzionatorio
(20.05.22)

After having reconstructed the reasons for the inadmissibility of the referendum on the murder of the consenting person, the paper examines the criticalities of the exploitation of democratic institutions for purposes other than those for which they are set up. The choice of the Constitutional Court is therefore approved even if an inappropriate return to the concept of unavailability of life is contested.

STEFANO ROVELLI, Azionabilità del diritto al giudice naturale, rule of law e dignità dell’ordine giudiziario
(12.05.22)

The right to a natural judge previously established by law is currently recognised as one of the cornerstones of the rule of law in Europe. In the light of a number of judgments pronounced on the subject by supranational courts, the essay examines the paradox of the Italian situation in which, in the face of the formal recognition of the strong conception of this right and of its decisive role in the construction of the democratic judicial system, domestic case law has denied a specific and effective jurisdictional remedy for its protection to the person party to the judicial proceedings. In particular, the essay aims to lay the groundwork for overcoming this paradox on the basis of the rediscovery of the foundation of the right under consideration on that value of the dignity of the judicial order which, in its being a direct emanation of the rule of law, makes it possible to define a new model of the right to the natural judge previously established by law which is indispensable to ensure the trust that people must be able to place in the judicial system in a democratic society.

ANTONIO RUGGERI, I principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale tra interpretazioni storicamente orientate e revisioni a finalità espansiva
(12.05.22)

The paper highlights the importance possessed by the historically oriented interpretation in order to grasp the essence of the fundamental principles of the constitutional order and therefore focuses on the need, expressed by the same principles in question, of their updating with the forms of constitutional revision where no longer the resources offered by interpretation help, in order to be able to assert oneself at best, under the objective conditions of the context. Finally, he focuses on the importance possessed by cultural habits widespread in the social body that vigorously push for the revision of the Charter, as was recently the case with the changes made to Articles 9 and 41.

FEDERICO GIRELLI, L’“ordinanza Cappato” e il fattore tempo nella giustizia costituzionale
(09.05.22)

The ordinance n. 207 of 2018 of the Constitutional Court inaugurates an entirely new decision-making technique. It does not simply contain a warning addressed to the legislator but punctually identifies the illegitimacy profiles of the contested legislation and establishes a deadline within which the legislator can remedy the defects found. In other words, it outlines the contents of the decision that will be adopted in the event of inaction by the legislator.

Therefore, constitutional justice is rendered "in two steps": once the term elapsed, the Court decides definitively since the legislator did not use of the time he had.

FRANCESCO TORRE, L'assegno per il nucleo familiare sfugge dalla morsa della doppia pregiudizialità: occasione mancata o balzo in avanti per il dialogo tra Roma e Lussemburgo? (prime riflessioni a margine della sent. n. 67/2022)

(09.05.22)

The paper analyses the recent Constitutional Court, ruling no. 67 of 11 march 2022, concerning the recognition of family benefits (ANF) for non-EU citizens. However, in this judgment, the Court did not effectively declare directly the unconstitutionality of the Italian rules on the ANF. Instead, it mandated the Court of Cassation with the task of disapplying those rules. The present work also seeks to offer a broader view of the connections between Judgment no. 67 and Judgment no. 54/2022 all of which appear to be linked by a common thread.

AURORA VESTO, Capacità di autodeterminazione, disagio psichico e rilevanza giuridica dei trattamenti sanitari

(09.05.22)

This paper analyzes the individual's self-determination capacity within the health sector, with particular reference to both mandatory health treatments (individually implemented) and mandatory vaccinations. Under such circumstances, therapeutic self-determination is weakened whenever the health of the individual, from one hand and of the community, from the other one, appears to be compromised. Considering the specific case, a significant role is actually played by Artificial Intelligence, which with modern instruments, with regards to specific cases of compromised physical fragility, may achieve a compensatory function of the condition of human vulnerability. In fact, well-being may be achieved through interaction with technology, as well; therefore, the category of legal capacity should be observed in the light of the binomial "access-capacity", the exclusion of which may finally result in a potential damage to the individual's health. The hermeneutic approach takes place along the lines of the principles of subsidiarity and solidarity in the axiological primacy of public health; in particular, the principle of horizontal subsidiarity plays a preferential role in the realization of the interest in well-being, which unfolds its effects in a perspective of inclusion and enhancement of private autonomy. Furthermore, within the balance between an individual and a collective interest, the concept of health takes on relevance according to a solidaristic declination that does not legitimize an "omnivorous" vision of the individual's self-determination (as recently noted by the Council of State), but which finds realization in a behavior teleologically oriented towards satisfying the prevailing interest.

MARINA ROMA, La Corte costituzionale su reddito di cittadinanza e reddito di inclusione. Bisogni primari degli individui e limite delle risorse disponibili

(03.06.22)

With judgments no. 19/2022 and 34/2022, the Constitutional Court ruled on the questions of constitutionality of the provisions on the eligibility requirements to access the citizenship income and the inclusion income.

The Court has the opportunity to mention its previous case-law, but at the same time to focus on the above-mentioned instruments.

In the background - and expressly mentioned in judgment no. 19/2022 - is the issue of the lack of financial resources to cover the assistance measures in question.

OMAR CARAMASCHI, Diritto alla vita e diritto all'autodeterminazione: un diverso bilanciamento è possibile? (a margine di Corte cost., sent. n. 50/2022)

(03.06.22)

The paper examines the judgment no. 50 of 2022 of the Italian Constitutional Court relating to the inadmissibility of the request for an abrogative referendum concerning the article 579 (consensual homicide) of the Italian Penal Code, also dealing with the issue of the balance between the right to life and the right to personal self-determination in matters of "end of life".

MARIA ASSUNTA ICOLARI, I criteri giuridici della tassazione ambientale e il bisogno di un nuovo modello per favorire l'integrazione europea e il regionalismo

(07.06.22)

After the reform of articles 9 and 41 of the Italian Constitution environmental protection is back as an emergency from which human life arises. Starting from the assumption that your health is a condition of differentiation also of the economic conditions between all, the writing that follows intends to investigate on what environmental taxation can do to contribute both to the realization of a European Union, jury regionalism in Italy. Therefore, after a brief introduction on the current state of environmental taxation, remarking its residual character within the order, due to the absence of an environmental prerequisite as ordering criteria, the examination aims at the tax forecast of a European tax approved by a qualified majority for the use of the "passerella" clause. If at the European level everything turns around the exceeding of the unanimity criteria, in the regional context, instead, while waiting for the completion of the tax autonomy, continuing to foresee environmental corresponsives may contribute to natural asset, for another versus, to lower the national tax pressure.

QUIRINO CAMERLENGO, Valori e identità: per un rinnovato umanesimo costituzionale

(15.06.22)

Values and Identity are two elements that can conflict. Values express specific points of view. Identity makes a Person unique and unrepeatable. can values define personal Identity? This article aims to describe a methodological path so that Values can legitimately condition the process of progressive building of personal Identity. The first part is dedicated to the study of personal Identity, examined in its three components: individual Identity, social Identity, constitutional Identity. In the second part I will support the thesis according to which Values can perform that function only if transformed into constitutional Principles: Values will be understood as ideal conceptions of Society. The third part will be dedicated to the construction of a structure with concentric circles where the nucleus is the Person. The three rings of Proximity, Sovereignty and Integration gravitate around the nucleus. Through the constitutional Identity, the Person will be able to consciously participate in the relationship with other People in a space of constitutional Humanism where Citizenship is not the necessary condition.

GIORGIA NICOLÒ, La pena pecuniaria come sanzione sostitutiva di pene detentive brevi: riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 28 del 2022, in attesa della riforma Cartabia

(18.06.22)

The discipline of the pecuniary sanction currently in force presents gaps and inaccuracies such as to compromise its effectiveness. In fact, the disparity between the complexity of the offense and the amount of the pecuniary sanction in lieu of a short prison sentence, through the lens of the principle of proportionality, allows to recognize numerous criticalities. With the sentence in question, the Constitutional Court therefore intervened in order to guarantee a sort of "second degree" proportionality, in order not to see the correspondence between the gravity of the fact and the aggressiveness of the sanctioning response cancelled.

ELENA SAMMACICCIO, La Corte e il processo telematico: valutazioni e prospettive dopo la pandemia

(18.06.22)

The evolution of the sanitary emergency has led the Italian Constitutional Court to rethink its procedural rules, which until that moment did not reckon on telematic procedures. By introducing the new “Norme integrative”, the Court has started a new procedural experience, replacing the old methods of filing deeds and documents with a computerized portal, called e-Cost, which allows them to be filed electronically. Among the merits of this reform it is noted, first of all, the speed and efficiency that this new mechanism is destined to bring, even if its practical and applicative implications, impacting on the whole legal system, will require the Court itself to reflect about the direction to take in the future.

ARMANDO LAMBERTI, Libertà di informazione e democrazia ai tempi della società digitale: problemi e prospettive

(20.06.22)

The Internet, with its promises of unprecedented democratic openness to a public debate that is finally equal, thanks to the possibility for each citizen-user to be able to share their ideas with a potentially planetary community without having to have enormous economic capacities, unfortunately seems to have betrayed the expectations. Search engines and social networks with global reach have ended up holding a quasi-monopolistic position in their respective markets and have significantly changed the context in which fundamental activities for our democracies take place, such as those related to the expression of thought of individuals and freedom of information.

The search for remedies, but for the moment still mild, is underway: it is in fact necessary to realize that we are in the presence of an epochal challenge for the law, and in particular for constitutional law, which must be faced and overcome, in the name of a vision which reaffirms the centrality of the human person in the face of the logic of profit of the new protagonists of technological capitalism.

ALESSANDRO ROSARIO RIZZA, Sul potere dimezzato del Gestore dei Servizi Energetici: brevi riflessioni sui profili critici della legge di sanatoria

(24.06.22)

The paper examines the new GSE's power of verification, pursuant to the “new” art. 42, par. 3, of the legislative decree n. 28/2011, with various forays on the requirements of the “law exonerating” in the constitutional jurisprudence

STEFANIA MABELLINI, Il “radicamento territoriale”: chiave d'accesso e unità di misura dei diritti sociali?

(24.06.22)

The paper focuses on the question of social services to foreigners, highlighting the great influence that both the Court of Justice of European Union and the European Court of Human Rights have over national jurisprudence. More than anything the Author draws attention to the problematic condition of residence, that could be used as incisive instrument of discrimination in the provisions on social security benefits. Concerning that point, the paper focuses on some recent rulings of the Constitutional Court, that arrives at not really convincing conclusions.

UGO ADAMO, È (resterà) due senza tre? Sull'“incostituzionalità prospettata”: criticità ulteriori di una tecnica decisoria già di per sé problematica

(28.06.22)

The paper examines Constitutional Court's ordinance n. 122/2022, which postpones for a second time the decision on the constitutionality of life imprisonment. The “postponement of referral” opens to a series of additional critical issues of a decision-making technique that is already problematic in itself. Currently, there is still a lack of comprehensive jurisprudence able to clarify and solving some of the problems posed by the use of the “proposed unconstitutionality”, among others the definition of the time duration of the deferral to be granted (variable or standard) and the same reasons as the use or not of the deferral to a fixed date. All this makes at least unpredictable the application of the decision-making technique that the paper critically examines.

ANTONIO IGNAZIO ARENA, La questione di fiducia nella formazione delle leggi ordinarie: quali limiti costituzionali

(28.06.22)

The paper concerns the “matter of confidence” and its constitutional limits in Italy. In the paragraphs 2-3 it focuses on thesis based on the symmetrical character of bicameralism and on the supermajority rule. In the paragraphs 4-7 it is argued that Government could not designate a particular vote to be a matter of confidence in proceedings through which the Parliament controls the executive. It is doubtful instead that a matter of confidence on a “total amendment” is unconstitutional. In the third and last part of the essay (paragraphs 8-10) are analyzed constitutional limits to the matter of confidence in the regional order.

DAMIANO FLORENZANO, La disciplina dell'assegnazione delle concessioni di grande derivazione idroelettrica: una competenza legislativa primaria “sui generis” delle Province Autonome. La definizione può attendere, nel mentre si applicano i limiti comunque desumibili dalla legislazione statale vigente

(25.07.22)

The paper examines the judgment of the Constitutional Court that deals for the first time with the subject and the limits of the legislative competence of the Autonomous Provinces in the matter of the allocation of large hydroelectric concessions. The coordinates used to resolve the issues of constitutional legitimacy devolved to prove that there is little room in this area for the legislator of special autonomies.

MARCO LADU, Le più recenti esternazioni del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella e il problematico andamento del sistema di governo italiano

(25.07.22)

The paper tries to offer an interpretation of the statements by Sergio Mattarella, President of the Italian Republic, made during its seven-years' office. It highlights how his statements affect the governing system, eventually influencing its performance. A context analysis is, indeed, compulsory since today the Head of the State is acting as a “deputy” facing the disruption of the political system, thus becoming a point of reference of the mediation activity between political forces. The tendency of the institutional role of the Parliament, increasingly recessive before the governmental hegemony, as well as the growing mistrust of the electoral body in its representatives, well highlighted by the growing abstentionism, serve as a substrate on which a political function of the President of the Republic is cultivated and called upon to intervene in some sensitive passages of the institutional life of Italy.

MICHELE FRANCAVIGLIA, *Sulle traiettorie divergenti della Corte costituzionale e del Presidente della Repubblica sulla decretazione d'urgenza. Un tentativo di analisi sinottica a margine di Corte cost., sent. n. 8 del 2022*

(29.07.22)

The essay intends to jointly examine the institutional and jurisprudential trajectories drawn by the President and the Constitutional Court in the matter of urgent decree, with particular reference to the concept of homogeneity. The paper analyzes and compares some recent statements by the Head of State and the Court's ruling no. 8 of 2022 in order to reconstruct the limits and potentialities deriving from the overall concurrence of these two 'parallel jurisprudences'.

LORENZO SOTTILE, *L'intervento manipolativo della Corte costituzionale nel quadro della conformazione costituzionale del diritto di difesa nell'esecuzione penale (riflessioni a margine della sentenza n. 18 del 2022)*

(01.09.2022)

In the judgment no. 18/2022 the Constitutional Court deals with the legitimacy of the article 41 bis, para. 2 quater, e) of the penitentiary law that does not exclude from censorship the correspondence between prisoners under the special regime and their lawyers. Resorting to the arguments developed by the previous judgment no. 143/2013 the Court based his decision on the right of defense, that overcomes in the balance against the demands of public order and security. By references to the European Court of Human Rights judgments and to the soft-law instruments, the Court declares unconstititutional the contested provision, after ruling out the possibility of a constitutionally oriented interpretation

GIORGIA NICOLÒ, *Riflessioni sul principio di proporzionalità nella vita della sanzione penale*

(02.09.2022)

Judgment no. 63 of 2022, by means of which the judges of the Italian Constitutional Court declared the illegality of the aggravating circumstance referred to in art. 12 co. 3 letr. d) first part of Legislative Decree 286 of 1998, judging it in contrast with the principles of equality and proportionality, offers the opportunity to reflect, in a broader sense, on the principle of proportionality of the sentence. The examination, which is based on the relationship between punishment and proportionality, makes us question the possibility of recognizing the principle of proportionality even in the executive phase, leading us to the conclusion that this principle permeates the entire life of the criminal sanction.

GIORGIO CATALDO, *Lo Stato, interventista ma non troppo, di fronte all'emergenza energetica e alle opportunità offerte dagli artt. 41 e 43 Cost.: il caso degli idrocarburi*

(05.09.2022)

With the aim of intensifying the hydrocarbons extraction in national sea to help overcome the energy crisis, the provision contained in Article 16 of Decree Law no. 17/2022 represents a privileged observation point to understand what terms and assumptions are characterising the return of the State to the economy during the emergency. Among the different options offered by the Constitution, particularly in Articles 41 and 43, the State seemed to suffer from structural limitations that prevented its complete freedom of choice. The provision, which can also produce effects beyond the crisis, implies benefits to energy companies at the expense of other constitutional interests: a condition that, at this juncture, appears paradoxically (and problematically) inevitable, in line with the reduced public capacity to impact on productive and social dealings.

ANDREA LOLLO, Libertà di manifestazione del pensiero e uso dei social da parte dei magistrati (a proposito di una recente delibera del Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa)

(05.09.2022)

The contribution addresses the issue of the freedom of expression of judges on social networks, taking its cue from the recent resolution of the Presidency Council of Administrative Justice, approved in the session of 25 March 2021. Resolution which, precisely, dictates some rules on use of electronic means of communication and social media by administrative magistrates. The contribution attempts to focus on the limits imposed on magistrates on the exercise of freedom of expression on social media for reasons related to compliance with the constitutional principles that govern the exercise of judicial functions. To this end, after having proceeded to outline the constitutional framework, the Author reconstructs the relevant legislation and jurisprudence, proposing his own theoretical vision. Finally, the contribution ends with a critical analysis of the contents of the resolution of the Presidential Council of Administrative Justice.

LUCA BARTOLUCCI, La disciplina del "doppio cognome" dopo la sentenza n. 131 del 2022: la prolungata inerzia del legislatore e un nuovo capitolo dei suoi rapporti con la Corte

(06.09.2022)

The paper analyzes sentence no. 131 of 2022 of the Italian Constitutional Court, on the question of the "double surname". In particular, the comment arises in the context of the evolution of the complex relations between the Constitutional Court and the legislator: in fact, that of the Court on the subject was a gradual path, with repeated requests for intervention from the legislator, who remained inert for a long time.

CARMINE GUERRA, Patrocinio a spese dello Stato e mediazione obbligatoria (considerazioni a margine della sentenza n. 10/2022 della Corte costituzionale)

(09.09.2022)

The aim of this article is to explore Judgment n. 10 / 2022 of the Italian Constitutional Court, that declared illegitimate due to their conflict with the Italian Constitution Arts. 74, para. II and 75, para. I of Presidential Decree n. 115 / 2002, insofar as they do not provide for the applicability of the benefit of legal aid ("Patrocinio a spese dello Stato") to mediation proceedings established under Art. 5, para. I-bis, of Legislative Decree n. 28 / 2010, whenever the parties involved reach an agreement throughout those proceedings, as well as Art. 83, para. II, of the same Presidential Decree n. 115 / 2002, insofar as, in the aforementioned scenario, it does not vest the judicial authority that would otherwise retain competence over the controversy in case of litigation with the duty to liquidate the attorney's fees.

PAOLO BONINI, La questione dell'evoluzione della funzione giurisdizionale (alcune riflessioni sull'eccesso di potere giurisdizionale)

(19.09.2022)

The article aims to investigate the evolutions of the judicial function in the contemporary constitutional system. Starting from the doctrine's considerations on the "leaps forward" of jurisprudence, the contribution proposes to resort to the figure of "excess of jurisdictional power," a case of abuse of right, to explain the ongoing dynamics. Case law on the subject is also analyzed. In conclusion, it proposes some preventive or subsequent hypotheses in order to rationalize the dynamics proper to the judicial function in relation to the legislative function as well.

ANTONIO RUGGERI, In tema di paradossi della Costituzione e della giustizia costituzionale (prime notazioni)

(03.10.2022)

The contribution focuses on some paradoxes that emerged from the constitutional dictate, with specific reference to the expressive enunciations of the fundamental principles, as well as on other paradoxes inherent in constitutional justice which, called to satisfy fundamental rights and to preserve institutional balances, unnaturally becomes a tool to alter such balances. The study ends with a concise final reflection on the "dialogue" between the Courts as a possible cultural remedy for deviations from the constitutional route.

MARIA CRISTINA CARBONE, Famiglia e nuovi rapporti di parentela: la Corte costituzionale traccia il sentiero per il riconoscimento giudicio della "familiarità sociale"

(04.10.2022)

The paper analyzes the Italian Constitutional Court's ruling No. 79 of 2022 on the issue of the recognition of kinship relationships arising from adoption "in special cases." The reflection then examines the concept of family in the light of experience, which gives us new forms of family life "de facto couples", same-sex unions) based on the emotional element and the free expression of consent between the partners.

ARMANDO LAMBERTI, Il diritto all'istruzione delle persone con disabilità: prospettive di tutela multilevel

(07.10.2022)

The following contribution is dedicated to the multilevel protection of the right to education of persons with disabilities: after having examined the constitutional legal bases, from which its configuration as a fundamental social right emerges in the prism of the dignity of the human person, the analysis is focused on the main international documents, starting with the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, in relation to which the need for greater enhancement by constitutional jurisprudence as an interposed parameter of constitutionality is argued. The construction in progress, still in the process of consolidation, of a complete multilevel protection system will be appreciated, as evidenced by the fluctuations in the jurisprudence of the Court as in Strasbourg - regarding which the need for fixed points in defining the limits to the margin of appreciation by the States is underlined - and by the slow affirmation of school inclusion among the values of the European Union legal system.

ANDREA LOLLO, Riflessioni critiche a margine del secondo rinvio della Corte costituzionale sull'ergastolo "ostativo"

(12.10.2022)

The contribution deals with the issue of the relationship between the Constitutional Court and Parliament in the matter of life imprisonment, starting from ordinance 122 of 2022. Order by which the Court has postponed the question of the constitutionality of the life imprisonment for the second time to a new role. After having proceeded to outline the jurisprudential framework, the Author dwells on the content of the Court's decision, formulating some critical remarks on the decision itself and, more generally, on the relationship between Parliament and the Judge of the laws within the constitutional system.

GIOVANNI TARLI BARBIERI, I nodi irrisolti della legislazione elettorale di contorno alla prova delle elezioni del 25 settembre: appunti per la XIX legislatura

(15.10.2022)

The electoral legislation complementary to the electoral system has a fundamental importance for the proper functioning of a democratic system: however, in Italy this legislation is mostly outdated or incomplete. The paper analyses the main regulatory changes that

occurred during the XVIII legislature, and the reform proposals that will eventually be passed in the next legislature.

MARIA AGOSTINA CABIDDU, Autonomia e indipendenza della Magistratura

(21.10.2022)

The article deals with the autonomy and independence of the judiciary, focusing on the functions and role of the Superior Council concerning its place in the constitutional system under the dual profile of the composition established by art. 104 of the Constitution, immediately after affirming the judiciary as an "autonomous and independent order from any other power" and of the attributions.

It focuses critically on the interpretation of the formula "self-government of the judiciary" and comes to affirm personal independence that the individual magistrate - beyond or, better yet, before the independence ensured by the organization in a representative sense of the judiciary government - can only reach through the professionally responsible exercise of one's role as interpreter of the law.

LAURA LORELLO, La Corte definisce un altro tassello per l'effettività del principio delle pari opportunità. La sentenza n. 62 del 2022

(25.10.2022)

In the judgment no. 62 of 2022, the Italian Constitutional Court deals one more time with the principle of equal access in political representation. The decision shows a new approach of the Italian Constitutional Judge in strengthening gender equality, on the basis of Art. 3rd and Art. 51.1st of the Italian Constitution and provides the principle with a new effectiveness.

ALESSANDRA CAMAIANI, Il valzer fabiano della Corte costituzionale in assenza delle rime obbligate. Illegittimo il tetto alle indennità per licenziamento non conforme alla legge, ma tocca (ancora!) al legislatore

(31.10.2022)

After having reconstructed the reasons for the inadmissibility of the issues of constitutionality raised on the compensation provided for unjustified dismissal of the so-called small companies, the paper examines the Courts' approach to the threshold fixed sanctions and briefly dwells on the tolerability of a wait-and-see attitude in the face of the Parliament's inertia, wondering if it is not necessary to provide for forms of its mandatory activation.

AGATINO CARIOLA, Il tempo del processo tra giudici a quibus e Corte costituzionale: una proposta

(09.11.2022)

Proceeding from the fact that the times of the trials are defined by the same judges, including the Constitutional Court, a constitutional law is proposed that allows the same judge to ask the Constitutional Court to assess the urgency of the question of legitimacy; however, it is noted that the referring court could already inform the Constitutional Court today of the need to give a resolution to the dispute soon.

ANTONIO RUGGERI, Teoria delle fonti versus teoria dei diritti fondamentali? (Oscillazioni e aporie di una ricostruzione ordinamentale internamente sfilacciata)

(14.11.2022)

The contribution highlights that the reconstructive results achieved by the theory of sources adopted by current doctrine and jurisprudence appear unrelated to those achieved by the theory of fundamental rights. This is confirmed by the solutions now established in terms of limits to the constitutional revision and relations between legal systems, as well as by the same

methods of functioning of the criteria for ordering the sources: all solutions that do not seem to take into account the need to guarantee the optimal protection of fundamental rights.

FIAMMETTA SALMONI, Il parere della Corte dei conti tedesca sullo Scudo per l'emergenza energetica. Fondi speciali e contabilità extra bilancio: come la Germania elude legalmente le regole del Patto di stabilità e crescita

(25.11.2022)

The German government's recent law establishing a 200 billion Euro Scudo using a special fund to protect itself against the consequences of the Russian war of aggression is analyzed here on the basis of an important report by the German Federal Court of Auditors, which highlights its criticality and unconstitutionality profiles, mainly because these funds, not entering into the federal budget, would undermine its transparency and fairness. But even more relevant, at the European level, is the fact that through this escamotage, Germany would always be in a position to comply with the Stability and Growth Pact, avoiding exceeding the deficit/GDP and debt/GDP parameters by simply allocating these funds extra-budgetarily. And Italy? Why can such an accounting expedient not be used by us as well? The proposal, only sketched out, is to amend Article 81 of the Italian Constitution by introducing the possibility, in exceptional cases, of setting up special funds whose debt does not affect the public budget, along the lines of the German Constitution.

DANIELA TARANTINO, Il "crudele contagio". Chiesa e Stato dalla spagnola alla Covid-19 fra regole dell'emergenza e devozione popolare

(29.11.2022)

The contrast between the safeguarding of personal freedom, on the one hand, and the protection of public health, on the other, evoked in the battle against the "terrible disease" of the 20th century, has returned to the fore due to Covid-19. An analysis of the juridical strategies adopted to combat the Spanish virus allows us to trace points of comparison between yesterday and today, allowing us to grasp parallels and discontinuities with the current fight against the coronavirus, especially as regards the field of tension between religious freedom and health emergency, and its reflection on public opinion.

GIUSEPPE BERGONZINI, Statuti regionali, disposizioni programmatiche e di principio, diritti costituzionali: brevi spunti per un rinnovato dialogo

(02.12.2022)

This contribution, starting from the possible overcoming of the Constitutional court's case law that denied the legal value of the basic and programmatic provisions of the regional Statutes, questions the constitutional legitimacy of the statutory provisions that aim to regulate constitutional rights; as well as the limits that condition their possible integrative, evolutionary and (potentially) innovative effects with respect to the current Constitution. The study is carried on in an attempt to understand whether the pre-conditions for a constitutional dialogue (hopefully fruitful) between the Constitution and regional statutes actually exist in the Italian legal system.

ANGELO LICASTRO, La questione del velo in azienda e le politiche di neutralità per la prevenzione dei conflitti ideologici tra i lavoratori

(14.12.2022)

The Court of Justice of the European Union held that a policy of neutrality, whether it meets a genuine need of the employer, such as avoiding social conflicts within the undertaking, may constitute a legitimate aim, within the meaning of Article 2(2)(b)(i) of Directive 2000/78, establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation. This article, by analyzing the recent Belgian case-law related to law and religion issues, argues that

the principle affirmed by the Court cannot be an escamotage for the unconditional acceptance of the wish of the employer to have a strict policy of neutrality.

VINCENZO TIGANO, La detenzione domiciliare “umanitaria” per i condannati presuntivamente pericolosi: il percorso giurisprudenziale di riallineamento ai principi di eguaglianza e di rieducazione

(20.12.2022)

Among the various alternative measures to detention envisaged in the penitentiary system, home detention remains the one most markedly oriented towards protecting convicts suffering from a condition of vulnerability. However, the presence of numerous foreclosures based both on convictions for crimes envisaged by art. 4-bis and on the application of the aggravating circumstance of recidivism, risks compromising the humanitarian needs underlying the measure in question. The numerous interventions of the Constitutional Court have partially remedied these critical issues for certain subjective categories (above all, those in which there is a need to ensure a pre-eminent protection to minors, where directly or indirectly affected by the effects of the prison sentence), often invoking the dutiful respect of constitutional principles of equality and re-education of convicted persons. However, numerous foreclosures still remain in force on which a reform intervention by the legislator or a review of reasonableness by the Constitutional Court would be desirable.

MARIA VITTORI, I decreti-legge e i d.p.c.m. dell'emergenza sanitaria tra riserva di legge, tipizzazione del contenuto dei provvedimenti e bilanciamento dei diritti (riflessioni non ancora desuete a margine di Corte costituzionale sent. n. 198/2021)

(30.12.2022)

The contribution analyses the Constitutional Court's judgement no. 198/2021. The ruling affirmed the constitutional legitimacy of the health emergency decree laws and the following d.p.c.m. (decrees of the President of the Council of Ministers) implementing them. The essay also examines the doubts of the ordinary judge who raised the question of constitutionality and then highlights some still uncertain issues concerning the respect of the rule of law, the statutory reserve clause and the balancing of rights.

ALESSANDRA AMORE, La responsabilità della P.A. per danno da vaccinazione: il bilanciato legame tra dovere di solidarietà e dignità umana

(30.12.2022)

The history of yesterday and today – think of the emergency caused by the spread of the infection from Covid- 19 – tells us about the suspension of constitutional guarantees, reason of State and emergencies that justify the limitation or cancellation of fundamental rights; as well as “full powers” granted to governments and continuous attempts to consider the freedoms recognized as excessive in relation to the needs of social control or economic development. In this context, a relationship that tends to be equal between the State and the individual has been accompanied by an unequal relationship in which the inequality is the fundamental constitutional rule, since everyone knows that subjective rights, even those that represent the most immediate incarnations of individual freedom are by definition yielding to public power, which in turn refers to the necessary or reason of the state as the exclusive organization of the social order. This can be clearly understood in terms of compulsory health treatment, in which public opinion is strongly divided on the issue of vaccination between those who support the discriminatory nature of this legislative choice, unjustifiably limiting other fundamental freedoms, and those who see the need of such limitations in the name of public health protection. The paper consist of two parts: the first will investigate how constitutional jurisprudence has, over the years, attempted to preserve the value of the human person in terms of vaccination, pursuant to art. 2 of the Constitution; in the second, instead, an attempt will be made to

highlight how the duty of solidarity – places to safeguard a balances social bond – has affirmed the general character of the responsibility of the Public Administration from lawful activity. It will be particularly highlighted how the “person-state” holder of eminent dominion over all goods and interest, which reserved to the Legislator to choose of recognizing a compensation for the sacrifice made to the interest of the individual – has affirmed the general principle of state compensatory intervention in favor of the person injured by the vaccine.

SILVIO TROILO, Il principio di solidarietà tra Stato, Regioni e Unione europea: uno sguardo alla sua declinazione in Lombardia

(31.12.2022)

The principle of solidarity can be articulated in two major types, which Serio Galeotti has defined as “fraternal” and “paternal” (or public). It is enshrined in Italian constitutional order, but also in the European Union legal system, where it is most often conceived on the inter-state level – although sometimes it is also inclusive of solidarity between individuals and groups – and seems to derive, rather than from the universalistic ideal of fraternity among human beings, from the desire for integration and cohesion among European countries.

Even the Lombardy Region assumes and makes the principle of solidarity its own, concretizing it in forms and ways that are also peculiar: in addition to the provisions of its Statute of Autonomy, it is the regional policies, implemented through programming, laws and administrative measures, that make it real, particularly – but not only – in responding to fragility and needs through the system of social-health services, in the sphere of family and housing policies and for the support of personal autonomy, in the recovery and redistribution of food products, and through the peculiar system of “dowries” (“doti”).

PASQUALE COSTANZO – LARA TRUCCO, The historical roots of legislative technique in constitutional parliamentarism (a framework)

(31.12.2022)

The essay aims to illustrate how the drafting of laws constitutes an important element for the for the history of the parliamentary institutions and one of their major identity components. In particular, it highlights the progresses on a variety of fronts with the development of the modern State and the recently trend to bring the problem of drafting even all the way to the constitutional judicial review, referring to constitutional principles and norms.

I COLLABORATORI DI QUESTO VOLUME

UGO ADAMO – Ricercatore t.d. di Istituzioni di Diritto pubblico nell'Università Mediterranea di Reggio Calabria

ALESSANDRA AMORE - Dottoressa di ricerca in Scienze economiche, aziendali e giuridiche presso l'Università di Enna "Kore"

ANTONIO IGNAZIO ARENA - Ricercatore t.d. nell'Università di Messina

LUCA BARTOLUCCI - Dottore di ricerca in Teoria dello Stato e istituzioni politiche comparate presso l'Università di Roma "La Sapienza"

GIUSEPPE BERGONZINI - Ricercatore t.d. di Diritto costituzionale nell'Università di Padova

MARIO BERTOLISSI - Professore emerito di Diritto costituzionale nell'Università di Padova

PAOLO BONINI - Dottore di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale, presso l'Università di Roma "La Sapienza"

GIAMPIERO BUONOMO – Consigliere presso il Senato della Repubblica

MARIA AGOSTINA CABIDDU – Professoressa ordinaria di Istituzioni di Diritto pubblico nel Politecnico di Milano

ALESSANDRA CAMAIANI - Dottoranda in Internazionalizzazione dei sistemi giuridici e diritti fondamentali presso l'Università della Campania L. Vanvitelli

QUIRINO CAMERLENGO – Professore ordinario di Diritto costituzionale nell'Università di Milano-Bicocca

MARIA CRISTINA CARBONE - Dottoressa di ricerca in Diritto costituzionale presso l'Università di Cassino e del Lazio Meridionale

ANDREA CARDONE - Professore ordinario di Diritto costituzionale nell'Università di Firenze

OMAR CARAMASCHI - Dottore di ricerca in Diritto presso l'Università di Genova

AGATINO CARIOLA - Professore ordinario di Diritto costituzionale nell'Università di Catania

GIORGIO CATALDO - Ricercatore t.d. di Diritto costituzionale nell'Università del Salento

FRANCESCO CIRILLO - Dottore di ricerca in Law and Cognitive Neuroscience presso l'Università telematica Niccolò Cusano di Roma

MARGHERITA CORVASCE – Dottoressa magistrale in Giurisprudenza (Univ. Trieste)

PASQUALE COSTANZO – Professore emerito di Diritto costituzionale nell'Università di Genova

ALESSIA-OTTAVIA COZZI - Professoressa ordinaria di Istituzioni di Diritto pubblico nell'Università di Udine

FRANCESCO VALERIO DELLA CROCE - Dottorando in Diritto Pubblico, Comparato e Internazionale presso l'Università di Roma "La Sapienza"

GIANLUCA FAMIGLIETTI - Professore associato di Diritto costituzionale nell'Università di Pisa

DAMIANO FLORENZANO - Professore ordinario di Istituzioni di Diritto pubblico nell'Università di Trento

MICHELE FRANCAVIGLIA - Ricercatore t.d. di Diritto costituzionale nell'Università di Genova

SIMONE FREGA – Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale presso la Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa

FEDERICO GIRELLI - Professore associato di Diritto costituzionale nell'Università telematica Niccolò Cusano di Roma

CARMINE GUERRA - Assegnista di ricerca in Diritto processuale civile presso l'Università di Milano Bicocca

ANTONIO GUSMAI - Professore associato di Istituzioni di Diritto pubblico nell'Università di Bari

MARIA ASSUNTA ICOLARI – Professoressa associata di Diritto tributario nell'Università telematica Guglielmo Marconi di Roma

MARCO LADU – Dottore di ricerca in Istituzioni di diritto pubblico presso l'Università di Brescia

ARMANDO LAMBERTI - Professore ordinario di Istituzioni di Diritto pubblico nell'Università di Salerno

GIUSEPPE LANEVE - Professore associato di Diritto costituzionale nell'Università di Macerata

GIUSEPPE LIBUTTI – Avvocato del Foro di Roma

ANGELO LICASTRO - Professore ordinario di Diritto ecclesiastico nell'Università di Messina

ANDREA LOLLO - Professore associato di Diritto costituzionale nell'Università di Catanzaro

LAURA LORELLO - Professoressa ordinaria di Diritto costituzionale nell'Università di Palermo

STEFANIA MABELLINI - Professoressa associata di Diritto costituzionale nell'Università di Roma Tor Vergata

DANIELE MANELLI - Dottore magistrale in Giurisprudenza (Univ. Pavia)

MARCO MARAZZINI – Dottorando in Diritto presso l'Università di Genova

FRANCESCA MAURI - Assegnista di ricerca presso l'Università di Milano-Bicocca

MASSIMILIANO MEZZANOTTE - Professore associato di Istituzioni di Diritto pubblico nell'Università di Teramo

BRUNO NASCIMBENE - Professore emerito di Diritto dell'Unione europea nell'Università di Milano Statale

GIORGIA NICOLÒ - Dottoranda di Ricerca in Scienze Giuridiche presso l'Università di Trieste

VALENTINA PUPO – Ricercatrice Id. di Diritto costituzionale nell'Università di Catanzaro

ALESSIO RAUTI - Professore associato di Diritto costituzionale nell'Università Mediterranea di Reggio Calabria

GIOVANNA RAZZANO - Professoressa ordinaria di Istituzioni di Diritto pubblico nell'Università di Roma “La Sapienza”

ALESSANDRO ROSARIO RIZZA - Ricercatore Id. di Diritto costituzionale presso la Scuola Universitaria Superiore Sant'Anna di Pisa

MARINA ROMA - Dottoranda in Diritto presso l'Università di Genova

ANTONIO RUGGERI - Professore emerito di Diritto costituzionale nell'Università di Messina

FIAMMETTA SALMONI - Professoressa ordinaria di Istituzioni di Diritto pubblico nell'Università telematica Guglielmo Marconi di Roma

ELENA SAMMACICCIO – Dottoranda presso l'Università di Milano-Bicocca

FRANCESCO ALBERTO SANTULLI – Dottore di ricerca in Scienze Giuridiche presso l'Università di Bologna

CECILIA SICCARDI - Ricercatrice Id. di Diritto costituzionale nell'Università di Milano Statale

LORENZO SOTTILE - Dottorando in Scienze sociali presso l'Università di Genova

DANIELA TARANTINO – Professoressa associata di Diritto ecclesiastico nell'Università di Genova

GIOVANNI TARLI BARBIERI - Professore ordinario di Diritto costituzionale nell'Università di Firenze

VINCENZO TIGANO - *Ricercatore t.d. di Diritto penale nell'Università di Catanzaro*

FRANCESCO TORRE - *Dottorando di ricerca in Scienze Giuridiche presso l'Università di Messina*

SILVIO TROILO - *Professore ordinario di Istituzioni di Diritto pubblico nell'Università di Bergamo*

LARA TRUCCO - *Professoressa ordinaria di Diritto costituzionale nell'Università di Genova*

AURORA VESTO – *Ricercatrice t.d. di Istituzioni di Diritto privato nell'Università per stranieri di Reggio Calabria*

MARIA VITTORI - *Dottoranda in Diritto Costituzionale presso l'Università Europea di Roma*

2022